

M_INF-GABINETTO
Uffici Diretta Collaborazione Ministro
UFFLEGISL

REGISTRO UFFICIALE
Prot: 0007238-16/07/2008-INGRESSO
25.400/220

Consiglio di Stato

SECRETARIATO GENERALE

N. 3711/08

Roma, add. 16 LUGLIO 2008

Risposta a nota del.....

N. Div.

OGGETTO

Schema di decreto legislativo
recante "Ulteriori modifiche ed
integrazioni al decreto
legislativo 12 aprile 2006, n. 163
a norma dell'articolo 25, comma
3, della legge 18 aprile 2005, n.
62"

Allegati N.
.....

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE
E TRASPORTI
-Gabinetto-

ROMA

D'ordine del Presidente,
mi prego di trasmettere
copia del parere numero
2357/2008 emesso dalla
Sezione Consultiva per gli
Atti Normativi di questo
Consiglio sull'affare a
fianco indicato, in
conformità a quanto
disposto dall'art. 15 della
Legge 21 luglio 2000, n.
205.

IL SEGRETARIO GENERALE

[Handwritten signature]



CONSIGLIO DI STATO

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza del 14 luglio 2008

N. della Sezione:
2357/08

OGGETTO:

MINISTERO INFRASTRUTTURE E
TRASPORTI – Schema di decreto
legislativo recante “*Ulteriori modifiche
ed integrazioni al decreto legislativo
12 aprile 2006, n. 163 a norma
dell’articolo 25, comma 3, della legge
18 aprile 2005, n. 62*”.

La Sezione

Vista la relazione trasmessa con nota
prot. n. 0005145 del 30 giugno 2008
con la quale il ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo
– ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo
in oggetto.

Esaminati gli atti e uditi i relatori ed estensori Consiglieri G. Paolo Cirillo
e Giuseppe Minicone ;

PREMESSO

Viene sottoposto all'esame della Sezione lo schema di decreto legislativo, contenente disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, recato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Esso viene emanato in attuazione dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consente l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso, nonché dell'articolo 1 comma 3, della stessa legge, secondo cui qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma, ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 8, scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini previsti dai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di novanta giorni.

Il presente decreto è stato preceduto da due decreti legislativi correttivi: il decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6 e il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113.

Il decreto ora in esame, proseguendo l'opera di revisione al fine di giungere ad una definizione normativa organica e condivisa della materia, tiene conto: 1) delle osservazioni della Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana in ordine alla trasposizione delle direttive in materia di contratti pubblici (lettera di messa in mora n. 2007/2309); 2) della sentenza della Corte di giustizia della comunità europea e il 15 maggio 2008, relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale dei contratti sotto soglia; 3) delle osservazioni della Sezione, espresse nel parere n. 3262 del 2007, reso sullo schema di regolamento di esecuzione ed attuazione, ai sensi dell'articolo 5 del Codice di contratti pubblici.

Lo schema di decreto è corredato dalla relazione tecnica ed è stato bollinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, in data 27 giugno 2008.

Inoltre è stato trasmesso alla Conferenza unificata, che ha reso il relativo parere.

Mancano gli atti espressi del concerto delle altre amministrazioni; concerto, che comunque può ritenersi acquisito con l'approvazione del

provvedimento da parte del Consiglio dei ministri, avvenuto in data 27 giugno 2008.

Lo schema in data 30 giugno c.a. è stato trasmesso alle competenti commissioni parlamentari per il prescritto parere.

Lo schema si compone, oltre all'articolo di chiusura contenente la norma finanziaria, di due corposi articoli, che, secondo la tecnica della novellazione, incidono sul decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare l'articolo 1 contiene disposizioni di adeguamento comunitario, mentre l'articolo 2 contiene disposizioni di coordinamento.

CONSIDERATO

1. Preliminarmente la Sezione rileva che sembra corretto ritenere che lo schema si muova nei limiti temporali fissati dall'articolo 1, comma 3, applicabile ad esso in quanto richiamato dall' articolo 25, comma 3, della legge n. 62 del 2005. Tuttavia dagli atti risulta che è stato richiesto il parere delle Commissioni parlamentari senza che tale istanza fosse corredata dal parere reso in data odierna dalla Sezione. Pertanto si invita l'amministrazione richiedente ad integrare l'indicata richiesta con il parere odierno onde fornire alle Commissioni parlamentari la documentazione completa.

Nel caso di specie, non si pone – se non per aspetti marginali - il problema, già affrontato dalla Sezione a proposito di precedenti decreti correttivi, circa l'inadeguatezza di tale strumento nell'ipotesi in cui si intendano apportare variazioni sistematiche al decreto originario, in quanto lo schema contiene pressochè esclusivamente disposizioni di adeguamento alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito del procedimento di infrazione, apertosi nei confronti dello Stato italiano relativamente al recepimento delle direttive europee in materia, nonché norme tecniche di coordinamento. Solo a tali modifiche la Sezione deve fare riferimento, non potendo naturalmente prendere in considerazione quelle ulteriori proposte in sede di Conferenza unificata e non fatte proprie del Governo, se non come arricchimento istruttorio e sempre che riguardino le modifiche in oggetto.

2. Si passa ora all'esame delle singole disposizioni, meritevoli di osservazioni, contenute nell'articolo 1.

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 la Commissione 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 conclusione la Sezione ritiene che l'emendamento proposto dalla Conferenza unificata risponda meglio alle esigenze di adeguamento di cui sopra. Il testo quindi diventa il seguente: "*g) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti*

all'amministrazione medesima, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, per gli oneri della sicurezza;”.

2.2. La modifica g) riguarda l'articolo 34, comma 1. Secondo la Commissione europea, l'articolo - laddove elenca le categorie di operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici - nel prevedere “*i consorzi*” si riferisce ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e da questa disciplinati; conseguentemente, verrebbe esclusa la partecipazione di operatori economici costituiti secondo la legislazione di altri Stati membri.

La Sezione osserva che è sufficiente ad evitare possibili ambiguità interpretative il richiamo alla nozione rigorosa della direttiva, così come recepita dall'articolo 3 del Codice. Pertanto si suggerisce l'aggiunta della seguente espressione: “*Fermi i requisiti di cui all'articolo 3, commi 19 e 22,...*”.

2.3. La modifica h) riguarda l'articolo 37, comma 11. Secondo la Commissione la norma contrasta con le direttive, laddove vieta il subappalto, imponendo una forma giuridica determinata: il raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

La Sezione osserva, che pur nella consapevolezza che la limitazione stabilita dalla norma attualmente in vigore serve per contrastare fenomeni di infiltrazioni della malavita negli appalti, la modifica proposta è conforme ai principi comunitari e pertanto non può essere elusa.

Quanto alla integrazione proposta dalla Conferenza unificata - ossia quella di segnalare la necessità che già in sede di gara venga identificato il subappaltatore qualificato per la categoria specialistica di appartenenza – essa non può essere assecondata dalla Sezione. Infatti l'indicazione del nominativo

del subappaltatore già nella fase della presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara finirebbe con l'assegnare un potere di condizionamento eccessivo in capo al subappaltatore, condizionando a sua volta i termini dell'offerta del partecipante, a tutto discapito del principio della libera partecipazione dei concorrenti.

La Sezione rileva che nella modifica proposta viene previsto un ribasso non superiore all'8 %, di molto inferiore a quello attualmente vigente. Siccome non viene fornita alcuna motivazione sulla scelta operata, la Sezione non può che richiamare l'attenzione circa l'opportunità di riesaminare i termini del ribasso operabile .

Va invece accolta l'osservazione dell'ANCE, pervenuta per le vie brevi, circa la opportunità di precisare meglio quanto statuito nella modifica apportata alla fine del penultimo periodo, mediante l'aggiunta dopo la parola "contratti" delle parole "di subappalto", per evitare che il riferimento possa estendersi a rapporti di altra natura (forniture).

2.4. Nello schema in esame non vengono recepite le osservazioni della Commissione relative all'istituto dell'avvalimento.

La Commissione osserva che l'articolo 49 del Codice prevede la possibilità per gli operatori che desiderano partecipare ad una gara di appalto di avvalersi della capacità di altri soggetti. Tuttavia, il comma 6 di tale articolo limita questa possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria. Il ricorso alle capacità di più soggetti è consentito solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. Inoltre, il comma 7 del medesimo articolo prevede che il bando di gara possa limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi ai soli requisiti economici o tecnici ovvero esigere che il ricorso alle capacità tecniche sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente in misura o percentuale indicata nell'avviso.

In proposito la Commissione rileva che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'articolo 54, paragrafo 5 e

paragrafo 6 della direttiva 2004/17/CE, riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami, non essendo prevista nessuna limitazione dalle direttive, che pongono quale unica condizione quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se il candidato disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto. Pertanto le limitazioni previste dall'articolo 49, commi 6 e 7 del Codice sono, secondo la Commissione, in contrasto con le citate disposizioni delle direttive indicate.

Parimenti, la Commissione rileva che l'articolo 50 del Codice, laddove limita la possibilità di avvalersi della capacità ai soli membri del medesimo gruppo, per le imprese che desiderano ottenere l'attestazione SOA, si pone in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, che prevede, all'articolo 52, tale limitazione solamente per le iscrizioni su elenchi ufficiali di operatori economici, ma non è invece prevista dall'articolo 53 della direttiva 2004/17/CE, per quanto riguarda i sistemi di qualificazione.

La Sezione prende atto della posizione dell'amministrazione, laddove implicitamente ritiene che le disposizioni sospettate di contrasto con la normativa comunitaria non siano in contrasto con il principio della libera concorrenza, poiché predispongono solamente un accorgimento tecnico volto ad impedire che possano formarsi nel mercato imprese che abbiano quale unico scopo sociale quello di coordinare imprese operative, realizzando per altra via una situazione di monopolio e di controllo da parte di imprese che da sole non avrebbero mai ottenuto la qualificazione.

2.5. La modifica r) riguarda l'articolo 83, comma 4, laddove sopprime il terzo periodo. La soppressione viene condivisa dalla Sezione, atteso che l'affidare alla Commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando, può risolversi - come risulta anche da non pochi arresti giurisprudenziali - nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici. Tuttavia proprio per realizzare l'intento voluto dalla

Commissione a che siano fissati nel bando tutti gli elementi necessari allo svolgimento della gara, la Sezione ritiene che alla fine del primo periodo del comma 4 in questione si aggiunga l'espressione "*e i relativi criteri di valutazione*".

2.6. Le modifiche di cui alle lettere y), z) e aa) si sono rese necessarie a seguito delle osservazioni della Commissione europea e dell'eliminazione del diritto di prelazione nella finanza di progetto, per opera del decreto legislativo n. 113 del 2007. In particolare l'articolo 153 viene completamente riscritto.

Com'è noto, il promotore è un operatore che formula una proposta per la realizzazione, in regime di concessione, di lavori inseriti nel programma triennale dell'amministrazione aggiudicatrice. Nel caso in cui la proposta di un promotore venga considerata di pubblico interesse dall'amministrazione, questa indice una procedura negoziata di messa in concorrenza costituita da due fasi: 1) l'amministrazione aggiudicatrice indice una gara, ponendo a base di gara il progetto del promotore e gli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) la concessione viene aggiudicata a seguito di una procedura negoziata fra il promotore e i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella prima fase, ovvero, in caso vi sia stato un solo partecipante, fra il promotore e il presentatore.

La Commissione, dopo aver preso atto del fatto che gli articoli 153 e 154 del Codice non prevedono più il diritto di prelazione a favore del promotore, ossia il diritto ad adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e aggiudicarsi così la concessione, previsto nella precedente disciplina, ha segnalato la permanenza di residui problemi di compatibilità con il diritto comunitario. In particolare rileva l'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore e il concessionario nonché la posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, laddove continua a partecipare ad una sola procedura, quella negoziata, nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente.

Orbene, la riformulazione dell'articolo 153 corrisponde ad entrambe le osservazioni svolte dalla Commissione europea, laddove al comma 3 si stabilisce che il bando di gara va pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 120, e laddove al comma 3, lettera c), viene stabilito che l'amministrazione nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta e non colui il quale aveva presentato la proposta originaria, figura che sembra del tutto scomparsa nella nuova riformulazione.

La Sezione osserva tuttavia che la norma così come concepita finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della e della concessione, di cui al Capo II del Codice. Le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all'oggetto dell'offerta – che nella concessione comprende il progetto definitivo e qui il preliminare – e alla possibilità del “*promotore*” di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma.

Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della P.A..

Considerato infine che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo.

3. Per quel che concerne le modifiche ed integrazioni proposte con l'art. 2 dello schema in esame, si formulano le seguenti osservazioni.

3.1. La modifica a), volta ad inserire il comma 15-*bis* nell'art. 3, in aderenza al suo intento di definire l'istituto della locazione finanziaria ed in armonia con le altre definizioni recate dallo stesso articolo, dovrebbe essere così riformulata “*La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori*”.

3.2. La modifica d.1), così come formulata, sostituisce, nell'art. 7, comma 4, lettera d), un concetto temporale (l'attuale pubblicazione semestrale del programma triennale e degli elenchi annuali) con l'indicazione del contenuto di tale pubblicazione (“*per estremi*”).

La sostituzione, oltre ad interessare elementi eterogenei fra loro, lascia, senza che la relazione di accompagnamento ne dia giustificazione, indeterminata la periodicità con la quale deve avvenire la pubblicazione del programma e degli elenchi.

Appare, quindi, necessario, ove si voglia, comunque, superare il riferimento semestrale, indicare un diverso riferimento temporale.

3.3. La modifica g.6) introduce l'obbligo per le SOA di dare previa comunicazione all'Autorità dell'avvio del procedimento di decadenza dell'attestazione di qualificazione, per carenza o venir meno del possesso dei requisiti prescritti, al fine, evidentemente, di consentire all'Autorità di verificare eventuali inadempienze delle stesse SOA, per i conseguenti provvedimenti.

La disposizione, tuttavia, va completata con la previsione dell'obbligo, a carico delle SOA, di comunicare, in ogni caso, anche l'esito del procedimento avviato, dal momento che questo, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, potrebbe concludersi, in ipotesi, senza l'adozione del preannunciato provvedimento di decadenza.

3.4. Lo schema in esame propone, alla lettera h), una modifica, all'art. 41, comma 4, al dichiarato scopo di chiarire, per servizi e forniture, che le dichiarazioni bancarie di almeno due istituti, atte a dimostrare il requisito della capacità economica e finanziaria devono essere presentate dal concorrente già in sede di presentazione dell'offerta.

Ora, ancorché su tale prescrizione questo Consesso non abbia osservazioni da formulare, l'occasione appare opportuna per eliminare talune imperfezioni ed incongruenze che si rilevano nel testo attuale dell'articolo in esame.

In particolare, non appare corretta, innanzi tutto, l'espressione iniziale del quarto comma "*Il concorrente attesta il possesso dei requisiti previsto nelle lett. b) e c) mediante...*", giacché le lett. b) e c) (sottinteso, del comma 1) non indicano i requisiti, ma i mezzi di prova (bilanci, fatturato globale ecc.) della capacità economica e finanziaria.

Analogo rilievo può farsi per l'espressione di cui all'ultimo periodo (*"Il requisito di cui al comma 1, lettera a) è provato..."*).

Al fine di rendere più coerente il testo complessivo dell'art. 41, si suggeriscono le seguenti modificazioni:

- al comma 1, lett. a) la frase *"idonee dichiarazioni bancarie"* dovrebbe essere sostituita dalla seguente: *"dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385"*;
- al comma 1, lett. b) la frase *"bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa"* dovrebbe essere integrata con il seguente periodo: *"ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445"*;
- al comma 1, lettera c), tra le parole *"dichiarazione"* e *"concernente il fatturato"*, dovrebbe essere inserito il seguente inciso: *“, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445,“*;
- il comma 4 dovrebbe essere sostituito dal seguente:
"La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c)".

In ogni caso, non può farsi a meno di osservare che le prescrizioni di cui ai commi 1 e 4 sono suscettibili di essere vanificate da quella di cui al comma 3, tutte le volte in cui il concorrente possa far valere *"giustificati motivi"*, per provare altrimenti la propria capacità economica e finanziaria.

3.5. Appaiono condivisibili le perplessità dell'ANCI circa l'inserimento, con la modifica i.2) all'art. 53, della obbligatorietà, per i contratti relativi a lavori di cui al comma 2 lett. b) e c), di stipulare a corpo, salve alcune eccezioni.

Del resto, il mancato recepimento nel Codice della previsione di cui all'art. 19, commi 4 e 5, della legge n. 109 del 1994 rispondeva, probabilmente, alla constatazione della inopportunità di mantenere un regime così rigido per le amministrazioni aggiudicatrici; né sono state esposte ragioni di rilievo atte a giustificare un intervento siffatto, avente carattere sostanziale

e, pertanto, esulante dai limiti del potere correttivo come individuati nel parere dell'Adunanza Generale n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

Si esprime parere negativo, pertanto, in ordine alla modifica in questione.

In via meramente incidentale, si osserva che, al comma 4-ter, il periodo *“in deroga a quanto disposto dal precedente comma 4-bis primo periodo”* si rivela superfluo.

3.6 L'aggiunta, con la modifica n. 5), dell'aggettivazione *“tecnico-amministrativo”*, dopo la parola *“collaudo”*, all'art. 92, comma 5, è giustificata, dalla relazione di accompagnamento, con l'argomentazione che il collaudo statico è disciplinato dalla legge n. 1086/1971 e non dal regolamento di attuazione del codice.

Tale giustificazione non convince.

E' da osservare che l'art. 141 del Codice disciplina il collaudo dei lavori pubblici indistintamente per ogni tipo di opere, senza operare alcuna esclusione. A sua volta, l'art. 187 del d.P.R. n. 554 del 1999, nel definire l'oggetto del collaudo, afferma espressamente che esso comprende *“tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore”*, ivi compresa, quindi, anche la legge n. 1086 del 1971.

Dunque non vi è ragione per sottrarre il collaudo statico alla più generale categoria.

Al contrario una più analitica specificazione del collaudo, nell'ambito di una norma rivolta a determinare la somma destinata ad incentivo per tale attività, avrebbe un effetto negativo e cioè quello di non ricomprendere più il compenso per il collaudo statico nel 2% di cui all'articolo 92, compenso che pertanto finirebbe con il gravare sul quadro economico di ciascun intervento.

Il che appare incompatibile con l'art. 3 dello schema, che prevede che dall'attuazione del correttivo non possono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Sulla modifica stessa si esprime, pertanto, parere negativo.

3.7. Per le medesime ragioni, si esprime parere ugualmente negativo circa la modifica di cui alla lettera n.6), che, attraverso il comma 7-bis, riconduce, tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento, l'assicurazione dei dipendenti nonché le spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione ad esso.

Se, come sembra, con tale integrazione si intende specificare che le spese di cui sopra (alcune delle quali, oltre tutto, genericamente definite come “*spese di funzionamento*”) non rientrano nella somma destinata ad incentivo, di cui al comma 5 dell'articolo in esame, la disposizione (neppure menzionata nella relazione tecnica) appare anch'essa difficilmente armonizzabile con l'art. 3 dello schema circa l'invarianza degli oneri derivanti dal decreto correttivo e va, pertanto, espunta.

3.8. La modifica all'art. 112, di cui alla lettera o.1) introduce, tra l'altro, l'accollo per intero all'amministrazione del costo della polizza assicurativa per i dipendenti che effettuano la verifica, sul quale questo Consesso aveva già espresso le proprie riserve in occasione del parere n. 3262/2007, reso sullo schema di regolamento di attuazione del Codice.

Essa mira, ora, a riprodurre, a livello di decreto legislativo, per i soggetti verificatori interni, la previsione dell'art. 90, c. 5, riguardante i progettisti, la quale, però, non dispone l'assunzione per intero del costo della polizza, ma rinvia al regolamento per i “*limiti e le modalità*” di tale assunzione.

Ciò posto, va osservato che neppure questa modifica è presa in considerazione dalla relazione tecnica, ancorché la stessa, ancora una volta, non si concili con l'art. 3 dello schema di decreto legislativo di modifica, relativo all'invarianza degli oneri.

Il secondo periodo del comma 4-bis, pertanto, dalle parole “*Il premio relativo a tale copertura assicurativa*” in poi, va soppresso.

3.9. La lettera c) del comma 5 dell'art. 112 – della quale si propone la modifica sub o.2) – appare già contenuta nella previsione del primo periodo

del nuovo comma 4-*bis*, onde si rivela, attualmente, superflua e può essere soppressa

3.10. La modifica di cui alla lettera q) è rivolta ad inserire nel corpo del Codice gli articoli 351, 352, 353, 354 e 355 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, risalenti nel tempo, che pongono incisivi limiti all'azione dei creditori di soggetti imprenditoriali, in relazione alla circostanza che questi ultimi risultino, all'atto dell'escussione del credito, affidatari di lavori pubblici.

Al riguardo, questo Consesso non può esimersi dall'esprimere dubbi circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito della delega anche la materia di cui ai citati articoli, volta ad attribuire alle stazioni appaltanti un vasto potere discrezionale in ordine al soddisfacimento dei creditori, indipendentemente anche dal titolo che assista il credito.

A maggior ragione, la materia *de qua* non sembra poter formare ammissibile oggetto del potere di correzione e integrazione.

La modifica va pertanto soppressa.

Comunque, ove si dovesse mantenere detta disciplina nello schema in esame, va sottolineato che la formulazione proposta sembra recepire la tesi restrittiva secondo cui il limite per i creditori dell'appaltatore riguarda solo il sequestro e non anche il pignoramento delle somme dovute dalla stazione appaltante all'esecutore. Poiché, tuttavia, la giurisprudenza ha sostenuto anche la diversa tesi secondo cui l'art. 351 richiederebbe il consenso della stazione appaltante anche per il pignoramento, l'Amministrazione referente dovrebbe valutare l'opportunità di chiarire se il pignoramento stesso rientri nell'ambito di operatività delle norme in questione ovvero ne debba essere escluso.

3.11. In ordine alla modifica apportata dalla lettera r.2) al comma 4, primo periodo, volta ad operare il coordinamento dell'art. 118 con il nuovo testo dell'art. 37, come modificato dallo schema in esame, si richiamano le osservazioni sopra svolte in relazione a quest'ultimo articolo.

3.12. Al comma 6-*bis*, come modificato dalla lettera r.4) l'espressione "*comparativamente rappresentative*" va corretta in "*comparativamente più rappresentative*"

Come segnalato anche dall'ANCI, è necessario, poi, sostituire il riferimento all'art. 1, commi 1173 e 1174 della legge n. 296 del 2006, poiché detti commi sono stati abrogati dall'art. 39, comma 10, lett. n), del d.l n.. 112 del 2008.

3.13. Il comma 1-*bis*, aggiunto all'art. 120 dalla lettera s), introduce, per i contratti relativi a servizi e forniture, sostanzialmente la stessa disciplina del conferimento dell'incarico di collaudo, prevista, per i lavori pubblici, dalla successiva modifica z) all'art. 4, secondo periodo, dell'art. 141.

Poiché l'art. 120, nei primi due commi, già contempla sia i contratti relativi a servizi e forniture sia quelli relativi a lavori, si suggerisce, per semplificazione normativa ed immediatezza di lettura, di inserire, anziché il proposto comma 1-*bis*, un comma 3 unificato, comprendente anche il testo della modifica del secondo periodo del quarto comma dell'art. 141.

Di conseguenza, la modifica *sub z)* dovrebbe essere sostituita dalla seguente: "*Nell'art. 141, comma 4, il secondo periodo è soppresso*";

3.14. Nella modifica di cui alla lettera aa.2), la frase contenuta nel primo periodo del comma 4-*bis* dell'art. 160-*bis*, "*che stipula un contratto di locazione finanziaria di opera pubbliche o di pubblica utilità*", riferita al soggetto finanziatore, è superflua. Essa, oltre tutto, può essere fonte di equivoco, giacché sembra richiedere la dimostrazione del possesso dei mezzi necessari all'esecuzione nel momento della stipula del contratto di locazione finanziaria, laddove tale dimostrazione deve essere data, secondo i principi generali, in sede di offerta.

Se ne propone, pertanto, l'espunzione.

Nel secondo periodo del medesimo comma 4-*bis*, dopo l'espressione "*un contraente generale*", sarebbe opportuno aggiungere la specificazione "*come definito dall'art. 162, comma 1, lettera g)*", allo scopo di chiarire che al contraente generale che partecipa alle gare per l'esecuzione di opere diverse

dalle infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi si applica, comunque, la procedura di affidamento di cui agli artt. 176 e 177.

Il comma 4-*quater*, infine, pone un'alternativa fra l'applicazione, all'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria, del "*regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi*" o la sua realizzazione "*su area nella disponibilità dell'aggiudicatario*", alternativa che non è concettualmente omogenea, dal momento che il regime di opera pubblica, quanto meno ai fini urbanistici ed edilizi, può anche applicarsi all'opera realizzata su suolo dell'aggiudicatario.

La frase "*ovvero essere realizzata su area di proprietà privata*", che nulla aggiunge, del resto, alla disciplina della locazione finanziaria, va, dunque, soppressa.

3.15. L'abrogazione, ad opera della lettera ee.2), del quinto comma dell'art. 192, relativo all'istituzione della commissione per l'esame dei ricorsi amministrativi contro i provvedimenti di attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali, recepisce un rilievo mosso da questo Consesso con il parere n. 3262/2007, relativo al regolamento di attuazione del Codice.

Non risulta, peraltro, accolta l'analoga osservazione dello stesso parere, riguardante la Commissione consultiva prevista dal sesto comma, la quale è stata mantenuta in vita.

Si richiama l'attenzione dell'amministrazione referente su tale discrasia, anche alla luce del disposto dell'art. 68 del d. l. 25 giugno 2008 n. 112.

3.16. I commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 203, aggiunti dalle modifiche di cui alle lettere gg.1) e gg.2), riproducono testualmente, nel corpo dello schema di decreto legislativo, due disposizioni che erano già state inserite nello schema di regolamento di attuazione del Codice e sulla cui formulazione questo Consesso aveva espresso perplessità, oltre che per sede normativa secondaria, per l'eccessiva discrezionalità lasciata al responsabile del procedimento, in relazione a beni che, per il loro carattere culturale, sono di particolare importanza.

Si rinnova, pertanto, l'invito ad una maggiore riflessione in ordine alla possibilità di adottare ulteriori cautele atte a garantire una corretta e completa progettazione.

3.17. Il periodo aggiunto alla fine del comma *1-quinquies* dell'art. 253, dalla lettera ii.1), così come formulato, si rivela di difficile intelligenza e contrastante con le esigenze di chiarezza legislativa, giacché, dalla sua lettura, non è dato evincere, con la necessaria immediatezza, le norme considerate tuttora operative.

Ciò posto e poiché la precisazione appare, in realtà, superflua, in relazione al disposto del citato comma *1-quinquies*, si esprime il parere che il periodo in questione vada soppresso.

3.18. La previsione (lettera ii.2) di cui al periodo aggiunto al secondo comma dell'art. 253, secondo il quale "*Le disposizioni regolamentari previste ai sensi dell'articolo 40, comma 4, lettera g) e g-bis)*" - ovverosia quelle che prevedono sanzioni pecuniarie e interdittive a carico delle SOA e degli operatori economici inottemperanti alle richieste di informazioni - "*entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione del regolamento di cui all'articolo 5*", innova radicalmente l'orientamento seguito in sede di emanazione del Codice, il quale, pur prevedendo già tali sanzioni (sia pure solo nei riguardi delle SOA), aveva ritenuto di indicare, per tale disciplina, lo stesso momento di entrata in vigore della generalità delle norme regolamentari (centottanta giorni dalla pubblicazione).

Trattandosi, pertanto, di un intervento di carattere sostanziale e non meramente correttivo e integrativo, si esprime parere negativo, sulla scorta delle considerazioni formulate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

In ogni caso, avuto riguardo alla natura delle disposizioni considerate, non si ritiene che possa derogarsi, quanto meno, al periodo minimo di quindici giorni, stabilito, in via generale, dall'art. 10 delle pre-leggi.

3.19. La lettera ii.3), attraverso l'introduzione del comma *9-bis* dell'art. 253, amplia, fino al 31 dicembre 2010, a 10 anni il periodo di riferimento per la

dimostrazione dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari da parte delle imprese che debbono conseguire la qualificazione.

Detta possibilità, secondo quanto afferma l'Amministrazione referente, viene consentita in regime transitorio, per far fronte alla crisi attuale del mercato, in particolare per le piccole e medie imprese e per evitare il fenomeno della c.d. "rincorsa al fatturato", che sarebbe fonte di squilibri nel mercato e di alterazione dell'affidabilità del sistema stesso della qualificazione.

La modifica sarebbe, altresì, compatibile con il diritto comunitario, tenuto conto della peculiarità dell'ordinamento italiano che prevede il regime di previa qualificazione delle imprese, a differenza dell'ordinamento comunitario che prevede la qualificazione "gara per gara", e che, dunque, può essere più favorevole o penalizzante per le imprese nazionali a seconda del caso concreto.

La tesi non è persuasiva.

Va notato che la norma riproduce, nell'ispirazione, quella dell'art. 22 del d.P.R. n. 34 del 2000, la quale, tuttavia, emanata in un diverso contesto, era limitata alle categorie OG5, OG9 e OG10 ed ha cessato di operare definitivamente con il 31 dicembre 2005, in forza della proroga concessa dal d.l. 26 aprile 2004 n. 107 convertito dalla legge 24 giugno 2004 n. 162.

La stessa rappresenta, quindi, una innovazione sostanziale e pone, ad avviso di questo Consesso, problemi sia di compatibilità con la normativa comunitaria sia di applicazione concreta, per la coesistenza contemporanea di certificazioni SOA, ancora valide, rilasciate in base al regime ordinario, più rigoroso, e certificazioni SOA rilasciate sulla base di un periodo più ampio e, quindi, meno garantistico circa il possesso attuale di requisiti adeguati all'appalto da assumere.

Si suggerisce quindi una attenta rimediazione della proposta e, in ogni caso, si esprime parere negativo in ordine all'ampliamento del periodo di riferimento per quel che riguarda la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e dell'adeguato organico medio, che sono requisiti strutturali dell'impresa e non correlati, quindi, al fatturato contingente.

3.20. Per quel che riguarda le modifiche *sub* jj.2, jj.3 e jj.4, si osserva che il sostantivo “alinea” è di genere maschile e che, pertanto, vanno declinati al maschile tutti gli aggettivi che ad esso si riferiscono.

Inoltre, l’alinea “*l’art. 32 del d.m. 19 aprile 2000, n. 145*”, di cui alla lettera *sub* jj.3, va così corretto: “*l’art. 32, quarto comma, del d.m. 19 aprile 2000, n. 145*”, dal momento che soltanto il quarto comma è stato riprodotto nel Codice.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole condizionato nei sensi di cui in motivazione

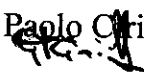
Il Presidente della Sezione

(Giancarlo Coraggio)

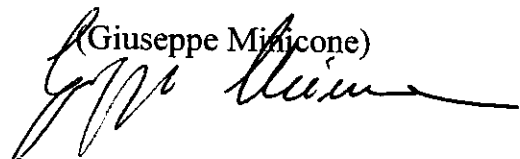


Gli Estensori

(G. Paolo Orillo)

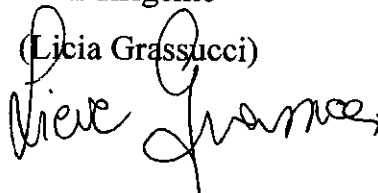


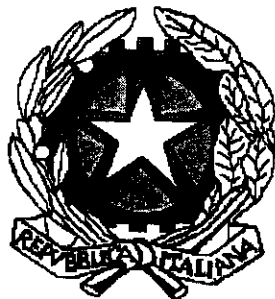
(Giuseppe Mimicone)



Il dirigente

(Licia Grassucci)





M_INF-GABINETTO
Uffici Diretta Collaborazione Ministro
UFFLEGISL

REGISTRO UFFICIALE
Prot: 0007238-16/07/2008-INGRESSO
25.400/220

Consiglio di Stato

SECRETARIATO GENERALE

N. 3711/08

Roma, add. 16 LUGLIO 2008

Risposta a nota del.....

N. Div.

OGGETTO

Schema di decreto legislativo
recante "Ulteriori modifiche ed
integrazioni al decreto
legislativo 12 aprile 2006, n. 163
a norma dell'articolo 25, comma
3, della legge 18 aprile 2005, n.
62"

Allegati N.
.....

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE
E TRASPORTI
-Gabinetto-

ROMA

D'ordine del Presidente,
mi prego di trasmettere
copia del parere numero
2357/2008 emesso dalla
Sezione Consultiva per gli
Atti Normativi di questo
Consiglio sull'affare a
fianco indicato, in
conformità a quanto
disposto dall'art. 15 della
Legge 21 luglio 2000, n.
205.

IL SEGRETARIO GENERALE
[Handwritten signature]



CONSIGLIO DI STATO

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza del 14 luglio 2008

N. della Sezione:
2357/08

OGGETTO:

MINISTERO INFRASTRUTTURE E
TRASPORTI – Schema di decreto
legislativo recante “*Ulteriori modifiche
ed integrazioni al decreto legislativo
12 aprile 2006, n. 163 a norma
dell’articolo 25, comma 3, della legge
18 aprile 2005, n. 62*”.

La Sezione

Vista la relazione trasmessa con nota
prot. n. 0005145 del 30 giugno 2008
con la quale il ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Ufficio legislativo
– ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sullo schema di decreto legislativo
in oggetto.

Esaminati gli atti e uditi i relatori ed estensori Consiglieri G. Paolo Cirillo
e Giuseppe Minicone ;

PREMESSO

Viene sottoposto all'esame della Sezione lo schema di decreto legislativo, contenente disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, recato dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Esso viene emanato in attuazione dell'articolo 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consente l'emanazione di disposizioni correttive ed integrative del Codice dei contratti pubblici, entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso, nonché dell'articolo 1 comma 3, della stessa legge, secondo cui qualora il termine per l'espressione del parere parlamentare di cui al presente comma, ovvero i diversi termini previsti dai commi 4 e 8, scadano nei trenta giorni che precedono la scadenza dei termini previsti dai commi 1 o 5 o successivamente, questi ultimi sono prorogati di novanta giorni.

Il presente decreto è stato preceduto da due decreti legislativi correttivi: il decreto legislativo 26 gennaio 2007 n. 6 e il decreto legislativo 31 luglio 2007, n. 113.

Il decreto ora in esame, proseguendo l'opera di revisione al fine di giungere ad una definizione normativa organica e condivisa della materia, tiene conto: 1) delle osservazioni della Commissione europea nei confronti della Repubblica italiana in ordine alla trasposizione delle direttive in materia di contratti pubblici (lettera di messa in mora n. 2007/2309); 2) della sentenza della Corte di giustizia della comunità europea e il 15 maggio 2008, relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale dei contratti sotto soglia; 3) delle osservazioni della Sezione, espresse nel parere n. 3262 del 2007, reso sullo schema di regolamento di esecuzione ed attuazione, ai sensi dell'articolo 5 del Codice di contratti pubblici.

Lo schema di decreto è corredato dalla relazione tecnica ed è stato bollinato dal Ministero dell'economia e delle finanze, in data 27 giugno 2008.

Inoltre è stato trasmesso alla Conferenza unificata, che ha reso il relativo parere.

Mancano gli atti espressi del concerto delle altre amministrazioni; concerto, che comunque può ritenersi acquisito con l'approvazione del

provvedimento da parte del Consiglio dei ministri, avvenuto in data 27 giugno 2008.

Lo schema in data 30 giugno c.a. è stato trasmesso alle competenti commissioni parlamentari per il prescritto parere.

Lo schema si compone, oltre all'articolo di chiusura contenente la norma finanziaria, di due corposi articoli, che, secondo la tecnica della novellazione, incidono sul decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163.

In particolare l'articolo 1 contiene disposizioni di adeguamento comunitario, mentre l'articolo 2 contiene disposizioni di coordinamento.

CONSIDERATO

1. Preliminarmente la Sezione rileva che sembra corretto ritenere che lo schema si muova nei limiti temporali fissati dall'articolo 1, comma 3, applicabile ad esso in quanto richiamato dall' articolo 25, comma 3, della legge n. 62 del 2005. Tuttavia dagli atti risulta che è stato richiesto il parere delle Commissioni parlamentari senza che tale istanza fosse corredata dal parere reso in data odierna dalla Sezione. Pertanto si invita l'amministrazione richiedente ad integrare l'indicata richiesta con il parere odierno onde fornire alle Commissioni parlamentari la documentazione completa.

Nel caso di specie, non si pone – se non per aspetti marginali - il problema, già affrontato dalla Sezione a proposito di precedenti decreti correttivi, circa l'inadeguatezza di tale strumento nell'ipotesi in cui si intendano apportare variazioni sistematiche al decreto originario, in quanto lo schema contiene pressochè esclusivamente disposizioni di adeguamento alle osservazioni formulate dalla Commissione europea nell'ambito del procedimento di infrazione, apertosi nei confronti dello Stato italiano relativamente al recepimento delle direttive europee in materia, nonché norme tecniche di coordinamento. Solo a tali modifiche la Sezione deve fare riferimento, non potendo naturalmente prendere in considerazione quelle ulteriori proposte in sede di Conferenza unificata e non fatte proprie del Governo, se non come arricchimento istruttorio e sempre che riguardino le modifiche in oggetto.

2. Si passa ora all'esame delle singole disposizioni, meritevoli di osservazioni, contenute nell'articolo 1.

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 la Commissione 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 conclusione la Sezione ritiene che l'emendamento proposto dalla Conferenza unificata risponda meglio alle esigenze di adeguamento di cui sopra. Il testo quindi diventa il seguente: "*g) lavori pubblici da realizzarsi da parte di soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5, della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti*

all'amministrazione medesima, in sede di richiesta del permesso di costruire, un progetto preliminare delle opere da eseguire. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e le esecuzioni di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, per gli oneri della sicurezza;”.

2.2. La modifica g) riguarda l'articolo 34, comma 1. Secondo la Commissione europea, l'articolo - laddove elenca le categorie di operatori ammessi a partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici - nel prevedere “*i consorzi*” si riferisce ai consorzi costituiti secondo la legge italiana e da questa disciplinati; conseguentemente, verrebbe esclusa la partecipazione di operatori economici costituiti secondo la legislazione di altri Stati membri.

La Sezione osserva che è sufficiente ad evitare possibili ambiguità interpretative il richiamo alla nozione rigorosa della direttiva, così come recepita dall'articolo 3 del Codice. Pertanto si suggerisce l'aggiunta della seguente espressione: “*Fermi i requisiti di cui all'articolo 3, commi 19 e 22,...*”.

2.3. La modifica h) riguarda l'articolo 37, comma 11. Secondo la Commissione la norma contrasta con le direttive, laddove vieta il subappalto, imponendo una forma giuridica determinata: il raggruppamento temporaneo di imprese di tipo verticale.

La Sezione osserva, che pur nella consapevolezza che la limitazione stabilita dalla norma attualmente in vigore serve per contrastare fenomeni di infiltrazioni della malavita negli appalti, la modifica proposta è conforme ai principi comunitari e pertanto non può essere elusa.

Quanto alla integrazione proposta dalla Conferenza unificata - ossia quella di segnalare la necessità che già in sede di gara venga identificato il subappaltatore qualificato per la categoria specialistica di appartenenza - essa non può essere assecondata dalla Sezione. Infatti l'indicazione del nominativo

del subappaltatore già nella fase della presentazione dell'istanza di partecipazione alla gara finirebbe con l'assegnare un potere di condizionamento eccessivo in capo al subappaltatore, condizionando a sua volta i termini dell'offerta del partecipante, a tutto discapito del principio della libera partecipazione dei concorrenti.

La Sezione rileva che nella modifica proposta viene previsto un ribasso non superiore all'8 %, di molto inferiore a quello attualmente vigente. Siccome non viene fornita alcuna motivazione sulla scelta operata, la Sezione non può che richiamare l'attenzione circa l'opportunità di riesaminare i termini del ribasso operabile .

Va invece accolta l'osservazione dell'ANCE, pervenuta per le vie brevi, circa la opportunità di precisare meglio quanto statuito nella modifica apportata alla fine del penultimo periodo, mediante l'aggiunta dopo la parola "contratti" delle parole "di subappalto", per evitare che il riferimento possa estendersi a rapporti di altra natura (forniture).

2.4. Nello schema in esame non vengono recepite le osservazioni della Commissione relative all'istituto dell'avvalimento.

La Commissione osserva che l'articolo 49 del Codice prevede la possibilità per gli operatori che desiderano partecipare ad una gara di appalto di avvalersi della capacità di altri soggetti. Tuttavia, il comma 6 di tale articolo limita questa possibilità alle capacità di un solo soggetto terzo per ciascun requisito o categoria. Il ricorso alle capacità di più soggetti è consentito solo quando il bando di gara ammette tale possibilità in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni. Inoltre, il comma 7 del medesimo articolo prevede che il bando di gara possa limitare la possibilità di avvalersi della capacità di terzi ai soli requisiti economici o tecnici ovvero esigere che il ricorso alle capacità tecniche sia possibile solo per integrare un preesistente requisito già posseduto dal concorrente in misura o percentuale indicata nell'avviso.

In proposito la Commissione rileva che gli articoli 47, paragrafo 2, e 48, paragrafo 3, della direttiva 2004/18/CE, nonché l'articolo 54, paragrafo 5 e

paragrafo 6 della direttiva 2004/17/CE, riconoscono agli operatori economici il diritto di avvalersi della capacità di altri soggetti, a prescindere dalla natura giuridica dei loro legami, non essendo prevista nessuna limitazione dalle direttive, che pongono quale unica condizione quella di permettere all'amministrazione aggiudicatrice di verificare se il candidato disporrà delle capacità richieste per l'esecuzione dell'appalto. Pertanto le limitazioni previste dall'articolo 49, commi 6 e 7 del Codice sono, secondo la Commissione, in contrasto con le citate disposizioni delle direttive indicate.

Parimenti, la Commissione rileva che l'articolo 50 del Codice, laddove limita la possibilità di avvalersi della capacità ai soli membri del medesimo gruppo, per le imprese che desiderano ottenere l'attestazione SOA, si pone in contrasto con la direttiva 2004/18/CE, che prevede, all'articolo 52, tale limitazione solamente per le iscrizioni su elenchi ufficiali di operatori economici, ma non è invece prevista dall'articolo 53 della direttiva 2004/17/CE, per quanto riguarda i sistemi di qualificazione.

La Sezione prende atto della posizione dell'amministrazione, laddove implicitamente ritiene che le disposizioni sospettate di contrasto con la normativa comunitaria non siano in contrasto con il principio della libera concorrenza, poiché predispongono solamente un accorgimento tecnico volto ad impedire che possano formarsi nel mercato imprese che abbiano quale unico scopo sociale quello di coordinare imprese operative, realizzando per altra via una situazione di monopolio e di controllo da parte di imprese che da sole non avrebbero mai ottenuto la qualificazione.

2.5. La modifica r) riguarda l'articolo 83, comma 4, laddove sopprime il terzo periodo. La soppressione viene condivisa dalla Sezione, atteso che l'affidare alla Commissione giudicatrice il compito di fissare i criteri motivazionali per attribuire a ciascun criterio e subcriterio di valutazione il punteggio tra il minimo ed il massimo prestabiliti dal bando, può risolversi - come risulta anche da non pochi arresti giurisprudenziali - nella violazione del principio di trasparenza e di preconnoscenza di tutte le condizioni del bando da parte degli operatori economici. Tuttavia proprio per realizzare l'intento voluto dalla

Commissione a che siano fissati nel bando tutti gli elementi necessari allo svolgimento della gara, la Sezione ritiene che alla fine del primo periodo del comma 4 in questione si aggiunga l'espressione "*e i relativi criteri di valutazione*".

2.6. Le modifiche di cui alle lettere y), z) e aa) si sono rese necessarie a seguito delle osservazioni della Commissione europea e dell'eliminazione del diritto di prelazione nella finanza di progetto, per opera del decreto legislativo n. 113 del 2007. In particolare l'articolo 153 viene completamente riscritto.

Com'è noto, il promotore è un operatore che formula una proposta per la realizzazione, in regime di concessione, di lavori inseriti nel programma triennale dell'amministrazione aggiudicatrice. Nel caso in cui la proposta di un promotore venga considerata di pubblico interesse dall'amministrazione, questa indice una procedura negoziata di messa in concorrenza costituita da due fasi: 1) l'amministrazione aggiudicatrice indice una gara, ponendo a base di gara il progetto del promotore e gli elementi necessari per la determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; 2) la concessione viene aggiudicata a seguito di una procedura negoziata fra il promotore e i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella prima fase, ovvero, in caso vi sia stato un solo partecipante, fra il promotore e il presentatore.

La Commissione, dopo aver preso atto del fatto che gli articoli 153 e 154 del Codice non prevedono più il diritto di prelazione a favore del promotore, ossia il diritto ad adeguare la propria proposta a quella giudicata dall'amministrazione più conveniente e aggiudicarsi così la concessione, previsto nella precedente disciplina, ha segnalato la permanenza di residui problemi di compatibilità con il diritto comunitario. In particolare rileva l'assenza di pubblicità a livello comunitario degli avvisi diretti a scegliere il promotore e il concessionario nonché la posizione di vantaggio di cui il promotore continua a beneficiare, laddove continua a partecipare ad una sola procedura, quella negoziata, nella quale deve confrontarsi unicamente con i soggetti che hanno presentato le due migliori offerte nella gara precedente.

Orbene, la riformulazione dell'articolo 153 corrisponde ad entrambe le osservazioni svolte dalla Commissione europea, laddove al comma 3 si stabilisce che il bando di gara va pubblicato con le modalità di cui all'articolo 66 ovvero di cui all'articolo 120, e laddove al comma 3, lettera c), viene stabilito che l'amministrazione nomina promotore il soggetto che ha presentato la migliore offerta e non colui il quale aveva presentato la proposta originaria, figura che sembra del tutto scomparsa nella nuova riformulazione.

La Sezione osserva tuttavia che la norma così come concepita finisce con l'essere un inutile duplicato dell'istituto della e della concessione, di cui al Capo II del Codice. Le uniche differenze che rimangono, infatti, attengono all'oggetto dell'offerta – che nella concessione comprende il progetto definitivo e qui il preliminare – e alla possibilità del “*promotore*” di chiedere l'inserimento di un nuovo intervento nel programma.

Entrambi sono discutibili e in particolare la seconda comporta pericolose interferenze con quella attività di programmazione che è bene rimanga prerogativa della P.A..

Considerato infine che l'istituto non è previsto nelle direttive comunitarie, la Sezione invita l'amministrazione a prendere seriamente in considerazione la possibilità di sopprimerlo.

3. Per quel che concerne le modifiche ed integrazioni proposte con l'art. 2 dello schema in esame, si formulano le seguenti osservazioni.

3.1. La modifica a), volta ad inserire il comma 15-*bis* nell'art. 3, in aderenza al suo intento di definire l'istituto della locazione finanziaria ed in armonia con le altre definizioni recate dallo stesso articolo, dovrebbe essere così riformulata “*La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*” è il contratto avente ad oggetto la prestazione di servizi finanziari e l'esecuzione di lavori”.

3.2. La modifica d.1), così come formulata, sostituisce, nell'art. 7, comma 4, lettera d), un concetto temporale (l'attuale pubblicazione semestrale del programma triennale e degli elenchi annuali) con l'indicazione del contenuto di tale pubblicazione (“*per estremi*”).

La sostituzione, oltre ad interessare elementi eterogenei fra loro, lascia, senza che la relazione di accompagnamento ne dia giustificazione, indeterminata la periodicità con la quale deve avvenire la pubblicazione del programma e degli elenchi.

Appare, quindi, necessario, ove si voglia, comunque, superare il riferimento semestrale, indicare un diverso riferimento temporale.

3.3. La modifica g.6) introduce l'obbligo per le SOA di dare previa comunicazione all'Autorità dell'avvio del procedimento di decadenza dell'attestazione di qualificazione, per carenza o venir meno del possesso dei requisiti prescritti, al fine, evidentemente, di consentire all'Autorità di verificare eventuali inadempienze delle stesse SOA, per i conseguenti provvedimenti.

La disposizione, tuttavia, va completata con la previsione dell'obbligo, a carico delle SOA, di comunicare, in ogni caso, anche l'esito del procedimento avviato, dal momento che questo, a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, potrebbe concludersi, in ipotesi, senza l'adozione del preannunciato provvedimento di decadenza.

3.4. Lo schema in esame propone, alla lettera h), una modifica, all'art. 41, comma 4, al dichiarato scopo di chiarire, per servizi e forniture, che le dichiarazioni bancarie di almeno due istituti, atte a dimostrare il requisito della capacità economica e finanziaria devono essere presentate dal concorrente già in sede di presentazione dell'offerta.

Ora, ancorché su tale prescrizione questo Consesso non abbia osservazioni da formulare, l'occasione appare opportuna per eliminare talune imperfezioni ed incongruenze che si rilevano nel testo attuale dell'articolo in esame.

In particolare, non appare corretta, innanzi tutto, l'espressione iniziale del quarto comma "*Il concorrente attesta il possesso dei requisiti previsto nelle lett. b) e c) mediante...*", giacché le lett. b) e c) (sottinteso, del comma 1) non indicano i requisiti, ma i mezzi di prova (bilanci, fatturato globale ecc.) della capacità economica e finanziaria.

Analogo rilievo può farsi per l'espressione di cui all'ultimo periodo (*"Il requisito di cui al comma 1, lettera a) è provato..."*).

Al fine di rendere più coerente il testo complessivo dell'art. 41, si suggeriscono le seguenti modificazioni:

- al comma 1, lett. a) la frase *"idonee dichiarazioni bancarie"* dovrebbe essere sostituita dalla seguente: *"dichiarazione di almeno due istituti bancari o intermediari autorizzati ai sensi del d. lgs. 1 settembre 1993, n. 385"*;
- al comma 1, lett. b) la frase *"bilanci o estratti dei bilanci dell'impresa"* dovrebbe essere integrata con il seguente periodo: *"ovvero dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445"*;
- al comma 1, lettera c), tra le parole *"dichiarazione"* e *"concernente il fatturato"*, dovrebbe essere inserito il seguente inciso: *“, sottoscritta in conformità alle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, ”*;
- il comma 4 dovrebbe essere sostituito dal seguente:
"La dichiarazione di cui al comma 1, lettera a), è presentata già in sede di offerta. Il concorrente aggiudicatario è tenuto ad esibire la documentazione probatoria a conferma delle dichiarazioni di cui al comma 1, lettere b) e c)".

In ogni caso, non può farsi a meno di osservare che le prescrizioni di cui ai commi 1 e 4 sono suscettibili di essere vanificate da quella di cui al comma 3, tutte le volte in cui il concorrente possa far valere *"giustificati motivi"*, per provare altrimenti la propria capacità economica e finanziaria.

3.5. Appaiono condivisibili le perplessità dell'ANCI circa l'inserimento, con la modifica i.2) all'art. 53, della obbligatorietà, per i contratti relativi a lavori di cui al comma 2 lett. b) e c), di stipulare a corpo, salve alcune eccezioni.

Del resto, il mancato recepimento nel Codice della previsione di cui all'art. 19, commi 4 e 5, della legge n. 109 del 1994 rispondeva, probabilmente, alla constatazione della inopportunità di mantenere un regime così rigido per le amministrazioni aggiudicatrici; né sono state esposte ragioni di rilievo atte a giustificare un intervento siffatto, avente carattere sostanziale

e, pertanto, esulante dai limiti del potere correttivo come individuati nel parere dell'Adunanza Generale n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

Si esprime parere negativo, pertanto, in ordine alla modifica in questione.

In via meramente incidentale, si osserva che, al comma 4-ter, il periodo *“in deroga a quanto disposto dal precedente comma 4-bis primo periodo”* si rivela superfluo.

3.6 L'aggiunta, con la modifica n. 5), dell'aggettivazione *“tecnico-amministrativo”*, dopo la parola *“collaudo”*, all'art. 92, comma 5, è giustificata, dalla relazione di accompagnamento, con l'argomentazione che il collaudo statico è disciplinato dalla legge n. 1086/1971 e non dal regolamento di attuazione del codice.

Tale giustificazione non convince.

E' da osservare che l'art. 141 del Codice disciplina il collaudo dei lavori pubblici indistintamente per ogni tipo di opere, senza operare alcuna esclusione. A sua volta, l'art. 187 del d.P.R. n. 554 del 1999, nel definire l'oggetto del collaudo, afferma espressamente che esso comprende *“tutte le verifiche tecniche previste dalle leggi di settore”*, ivi compresa, quindi, anche la legge n. 1086 del 1971.

Dunque non vi è ragione per sottrarre il collaudo statico alla più generale categoria.

Al contrario una più analitica specificazione del collaudo, nell'ambito di una norma rivolta a determinare la somma destinata ad incentivo per tale attività, avrebbe un effetto negativo e cioè quello di non ricomprendere più il compenso per il collaudo statico nel 2% di cui all'articolo 92, compenso che pertanto finirebbe con il gravare sul quadro economico di ciascun intervento.

Il che appare incompatibile con l'art. 3 dello schema, che prevede che dall'attuazione del correttivo non possono derivare nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica.

Sulla modifica stessa si esprime, pertanto, parere negativo.

3.7. Per le medesime ragioni, si esprime parere ugualmente negativo circa la modifica di cui alla lettera n.6), che, attraverso il comma 7-bis, riconduce, tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun, intervento, l'assicurazione dei dipendenti nonché le spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione ad esso.

Se, come sembra, con tale integrazione si intende specificare che le spese di cui sopra (alcune delle quali, oltre tutto, genericamente definite come “*spese di funzionamento*”) non rientrano nella somma destinata ad incentivo, di cui al comma 5 dell'articolo in esame, la disposizione (neppure menzionata nella relazione tecnica) appare anch'essa difficilmente armonizzabile con l'art. 3 dello schema circa l'invarianza degli oneri derivanti dal decreto correttivo e va, pertanto, espunta.

3.8. La modifica all'art. 112, di cui alla lettera o.1) introduce, tra l'altro, l'accollo per intero all'amministrazione del costo della polizza assicurativa per i dipendenti che effettuano la verifica, sul quale questo Consesso aveva già espresso le proprie riserve in occasione del parere n. 3262/2007, reso sullo schema di regolamento di attuazione del Codice.

Essa mira, ora, a riprodurre, a livello di decreto legislativo, per i soggetti verificatori interni, la previsione dell'art. 90, c. 5, riguardante i progettisti, la quale, però, non dispone l'assunzione per intero del costo della polizza, ma rinvia al regolamento per i “*limiti e le modalità*” di tale assunzione.

Ciò posto, va osservato che neppure questa modifica è presa in considerazione dalla relazione tecnica, ancorché la stessa, ancora una volta, non si concili con l'art. 3 dello schema di decreto legislativo di modifica, relativo all'invarianza degli oneri.

Il secondo periodo del comma 4-bis, pertanto, dalle parole “*Il premio relativo a tale copertura assicurativa*” in poi, va soppresso.

3.9. La lettera c) del comma 5 dell'art. 112 – della quale si propone la modifica sub o.2) – appare già contenuta nella previsione del primo periodo

del nuovo comma 4-*bis*, onde si rivela, attualmente, superflua e può essere soppressa

3.10. La modifica di cui alla lettera q) è rivolta ad inserire nel corpo del Codice gli articoli 351, 352, 353, 354 e 355 della legge 20 marzo 1865, n. 2248, allegato F, risalenti nel tempo, che pongono incisivi limiti all'azione dei creditori di soggetti imprenditoriali, in relazione alla circostanza che questi ultimi risultino, all'atto dell'escussione del credito, affidatari di lavori pubblici.

Al riguardo, questo Consesso non può esimersi dall'esprimere dubbi circa la possibilità di ricomprendere nell'ambito della delega anche la materia di cui ai citati articoli, volta ad attribuire alle stazioni appaltanti un vasto potere discrezionale in ordine al soddisfacimento dei creditori, indipendentemente anche dal titolo che assista il credito.

A maggior ragione, la materia *de qua* non sembra poter formare ammissibile oggetto del potere di correzione e integrazione.

La modifica va pertanto soppressa.

Comunque, ove si dovesse mantenere detta disciplina nello schema in esame, va sottolineato che la formulazione proposta sembra recepire la tesi restrittiva secondo cui il limite per i creditori dell'appaltatore riguarda solo il sequestro e non anche il pignoramento delle somme dovute dalla stazione appaltante all'esecutore. Poiché, tuttavia, la giurisprudenza ha sostenuto anche la diversa tesi secondo cui l'art. 351 richiederebbe il consenso della stazione appaltante anche per il pignoramento, l'Amministrazione referente dovrebbe valutare l'opportunità di chiarire se il pignoramento stesso rientri nell'ambito di operatività delle norme in questione ovvero ne debba essere escluso.

3.11. In ordine alla modifica apportata dalla lettera r.2) al comma 4, primo periodo, volta ad operare il coordinamento dell'art. 118 con il nuovo testo dell'art. 37, come modificato dallo schema in esame, si richiamano le osservazioni sopra svolte in relazione a quest'ultimo articolo.

3.12. Al comma 6-*bis*, come modificato dalla lettera r.4) l'espressione "*comparativamente rappresentative*" va corretta in "*comparativamente più rappresentative*"

Come segnalato anche dall'ANCI, è necessario, poi, sostituire il riferimento all'art. 1, commi 1173 e 1174 della legge n. 296 del 2006, poiché detti commi sono stati abrogati dall'art. 39, comma 10, lett. n), del d.l n.. 112 del 2008.

3.13. Il comma 1-*bis*, aggiunto all'art. 120 dalla lettera s), introduce, per i contratti relativi a servizi e forniture, sostanzialmente la stessa disciplina del conferimento dell'incarico di collaudo, prevista, per i lavori pubblici, dalla successiva modifica z) all'art. 4, secondo periodo, dell'art. 141.

Poiché l'art. 120, nei primi due commi, già contempla sia i contratti relativi a servizi e forniture sia quelli relativi a lavori, si suggerisce, per semplificazione normativa ed immediatezza di lettura, di inserire, anziché il proposto comma 1-*bis*, un comma 3 unificato, comprendente anche il testo della modifica del secondo periodo del quarto comma dell'art. 141.

Di conseguenza, la modifica *sub z)* dovrebbe essere sostituita dalla seguente: "*Nell'art. 141, comma 4, il secondo periodo è soppresso*";

3.14. Nella modifica di cui alla lettera aa.2), la frase contenuta nel primo periodo del comma 4-*bis* dell'art. 160-*bis*, "*che stipula un contratto di locazione finanziaria di opera pubbliche o di pubblica utilità*", riferita al soggetto finanziatore, è superflua. Essa, oltre tutto, può essere fonte di equivoco, giacché sembra richiedere la dimostrazione del possesso dei mezzi necessari all'esecuzione nel momento della stipula del contratto di locazione finanziaria, laddove tale dimostrazione deve essere data, secondo i principi generali, in sede di offerta.

Se ne propone, pertanto, l'espunzione.

Nel secondo periodo del medesimo comma 4-*bis*, dopo l'espressione "*un contraente generale*", sarebbe opportuno aggiungere la specificazione "*come definito dall'art. 162, comma 1, lettera g)*", allo scopo di chiarire che al contraente generale che partecipa alle gare per l'esecuzione di opere diverse

dalle infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi si applica, comunque, la procedura di affidamento di cui agli artt. 176 e 177.

Il comma 4-*quater*, infine, pone un'alternativa fra l'applicazione, all'opera oggetto del contratto di locazione finanziaria, del "*regime di opera pubblica ai fini urbanistici, edilizi ed espropriativi*" o la sua realizzazione "*su area nella disponibilità dell'aggiudicatario*", alternativa che non è concettualmente omogenea, dal momento che il regime di opera pubblica, quanto meno ai fini urbanistici ed edilizi, può anche applicarsi all'opera realizzata su suolo dell'aggiudicatario.

La frase "*ovvero essere realizzata su area di proprietà privata*", che nulla aggiunge, del resto, alla disciplina della locazione finanziaria, va, dunque, soppressa.

3.15. L'abrogazione, ad opera della lettera ee.2), del quinto comma dell'art. 192, relativo all'istituzione della commissione per l'esame dei ricorsi amministrativi contro i provvedimenti di attestazione del possesso dei requisiti dei contraenti generali, recepisce un rilievo mosso da questo Consesso con il parere n. 3262/2007, relativo al regolamento di attuazione del Codice.

Non risulta, peraltro, accolta l'analoga osservazione dello stesso parere, riguardante la Commissione consultiva prevista dal sesto comma, la quale è stata mantenuta in vita.

Si richiama l'attenzione dell'amministrazione referente su tale discrasia, anche alla luce del disposto dell'art. 68 del d. l. 25 giugno 2008 n. 112.

3.16. I commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 203, aggiunti dalle modifiche di cui alle lettere gg.1) e gg.2), riproducono testualmente, nel corpo dello schema di decreto legislativo, due disposizioni che erano già state inserite nello schema di regolamento di attuazione del Codice e sulla cui formulazione questo Consesso aveva espresso perplessità, oltre che per sede normativa secondaria, per l'eccessiva discrezionalità lasciata al responsabile del procedimento, in relazione a beni che, per il loro carattere culturale, sono di particolare importanza.

Si rinnova, pertanto, l'invito ad una maggiore riflessione in ordine alla possibilità di adottare ulteriori cautele atte a garantire una corretta e completa progettazione.

3.17. Il periodo aggiunto alla fine del comma *1-quinquies* dell'art. 253, dalla lettera ii.1), così come formulato, si rivela di difficile intelligenza e contrastante con le esigenze di chiarezza legislativa, giacché, dalla sua lettura, non è dato evincere, con la necessaria immediatezza, le norme considerate tuttora operative.

Ciò posto e poiché la precisazione appare, in realtà, superflua, in relazione al disposto del citato comma *1-quinquies*, si esprime il parere che il periodo in questione vada soppresso.

3.18. La previsione (lettera ii.2) di cui al periodo aggiunto al secondo comma dell'art. 253, secondo il quale "*Le disposizioni regolamentari previste ai sensi dell'articolo 40, comma 4, lettera g) e g-bis)*" - ovverosia quelle che prevedono sanzioni pecuniarie e interdittive a carico delle SOA e degli operatori economici inottemperanti alle richieste di informazioni - "*entrano in vigore il giorno successivo alla pubblicazione del regolamento di cui all'articolo 5*", innova radicalmente l'orientamento seguito in sede di emanazione del Codice, il quale, pur prevedendo già tali sanzioni (sia pure solo nei riguardi delle SOA), aveva ritenuto di indicare, per tale disciplina, lo stesso momento di entrata in vigore della generalità delle norme regolamentari (centottanta giorni dalla pubblicazione).

Trattandosi, pertanto, di un intervento di carattere sostanziale e non meramente correttivo e integrativo, si esprime parere negativo, sulla scorta delle considerazioni formulate dall'Adunanza generale del Consiglio di Stato n. 1750/2007 del 6 giugno 2007.

In ogni caso, avuto riguardo alla natura delle disposizioni considerate, non si ritiene che possa derogarsi, quanto meno, al periodo minimo di quindici giorni, stabilito, in via generale, dall'art. 10 delle pre-leggi.

3.19. La lettera ii.3), attraverso l'introduzione del comma *9-bis* dell'art. 253, amplia, fino al 31 dicembre 2010, a 10 anni il periodo di riferimento per la

dimostrazione dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari da parte delle imprese che debbono conseguire la qualificazione.

Detta possibilità, secondo quanto afferma l'Amministrazione referente, viene consentita in regime transitorio, per far fronte alla crisi attuale del mercato, in particolare per le piccole e medie imprese e per evitare il fenomeno della c.d. "rincorsa al fatturato", che sarebbe fonte di squilibri nel mercato e di alterazione dell'affidabilità del sistema stesso della qualificazione.

La modifica sarebbe, altresì, compatibile con il diritto comunitario, tenuto conto della peculiarità dell'ordinamento italiano che prevede il regime di previa qualificazione delle imprese, a differenza dell'ordinamento comunitario che prevede la qualificazione "gara per gara", e che, dunque, può essere più favorevole o penalizzante per le imprese nazionali a seconda del caso concreto.

La tesi non è persuasiva.

Va notato che la norma riproduce, nell'ispirazione, quella dell'art. 22 del d.P.R. n. 34 del 2000, la quale, tuttavia, emanata in un diverso contesto, era limitata alle categorie OG5, OG9 e OG10 ed ha cessato di operare definitivamente con il 31 dicembre 2005, in forza della proroga concessa dal d.l. 26 aprile 2004 n. 107 convertito dalla legge 24 giugno 2004 n. 162.

La stessa rappresenta, quindi, una innovazione sostanziale e pone, ad avviso di questo Consesso, problemi sia di compatibilità con la normativa comunitaria sia di applicazione concreta, per la coesistenza contemporanea di certificazioni SOA, ancora valide, rilasciate in base al regime ordinario, più rigoroso, e certificazioni SOA rilasciate sulla base di un periodo più ampio e, quindi, meno garantistico circa il possesso attuale di requisiti adeguati all'appalto da assumere.

Si suggerisce quindi una attenta rimediazione della proposta e, in ogni caso, si esprime parere negativo in ordine all'ampliamento del periodo di riferimento per quel che riguarda la dimostrazione del possesso di adeguate attrezzature tecniche e dell'adeguato organico medio, che sono requisiti strutturali dell'impresa e non correlati, quindi, al fatturato contingente.

3.20. Per quel che riguarda le modifiche *sub* jj.2, jj.3 e jj.4, si osserva che il sostantivo “alinea” è di genere maschile e che, pertanto, vanno declinati al maschile tutti gli aggettivi che ad esso si riferiscono.

Inoltre, l’alinea “*l’art. 32 del d.m. 19 aprile 2000, n. 145*”, di cui alla lettera *sub* jj.3, va così corretto: “*l’art. 32, quarto comma, del d.m. 19 aprile 2000, n. 145*”, dal momento che soltanto il quarto comma è stato riprodotto nel Codice.

P.Q.M.

Esprime parere favorevole condizionato nei sensi di cui in motivazione

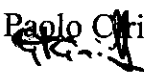
Il Presidente della Sezione

(Giancarlo Coraggio)

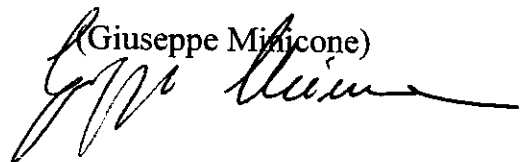


Gli Estensori

(G. Paolo Orillo)

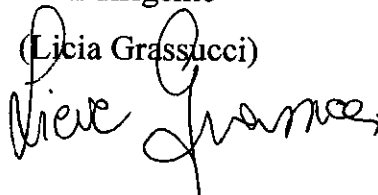


(Giuseppe Mimicone)



Il dirigente

(Licia Grassucci)





*Presidenza
del Consiglio dei Ministri*

CONFERENZA UNIFICATA

Parere, ai sensi dell'art. 25, comma 2, della legge 18 aprile 2005, n.62, sullo schema di Decreto Legislativo recante ulteriori disposizioni correttive e integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Rep. Atti n. 69/CU del 10 luglio 2008

LA CONFERENZA UNIFICATA

Nell'odierna Seduta del 10 luglio 2008

VISTE le direttive 2004/17 e 2004/18, che coordinano le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, servizi e forniture, nonché le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua ed energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali;

VISTO il regolamento (CE) 1874/2004 della Commissione del 28 ottobre 2004, che modifica le direttive sopra citate riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti;

VISTA la legge 18 aprile 2005, n.62 e, in particolare, l'art.25 che delega il Governo a recepire le direttive 2004/17 e 2004/18 con uno o più decreti legislativi, da emanare previo parere della Conferenza, che si pronuncia entro trenta giorni;

VISTO il decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163, recante "Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture", emanato in attuazione delle Direttive 2004/17 e 2004/18 CE;

VISTO l'art.25, comma 3 della citata legge 18 aprile 2005, n.62, che prevede la possibilità di emanare disposizioni correttive e integrative del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 entro due anni dalla sua entrata in vigore;

VISTE le precedenti disposizioni correttive e integrative del Codice degli appalti contenute nel D.Lgs. 26 gennaio 2007 n.16 e nel D.Lgs. 31 luglio 2007, n.113;

VISTO lo schema di decreto legislativo recante ulteriori modifiche ed integrazioni al D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, a norma dell'art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, approvato dal Consiglio dei Ministri in data 27 giugno 2008 e trasmesso con nota della Presidenza del Consiglio dei Ministri- DAGL 1/050090/10.3.74 pervenuta in data 30 giugno;

VISTI gli esiti della riunione tecnica tenutasi in data 8 luglio 2008, nel corso della quale le Regioni e l'ANCI, nell'esprimere parere favorevole allo schema in esame, hanno consegnato due documenti, discussi nel corso dell'incontro, contenenti le osservazioni e le richieste di modifica e di integrazione al provvedimento, ritenute in parte accoglibili dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti;

VISTI gli esiti dell'odierna Seduta, nel corso della quale Le Regioni hanno espresso parere favorevole sullo schema di decreto legislativo in esame, con la richiesta di inserimento degli emendamenti contenuti in un documento, consegnato in Seduta che, allegato al presente atto, ne costituisce parte integrante (All.1) e con la richiesta di attivare un Tavolo permanente Stato-Regioni per il monitoraggio dell'applicazione del Codice;



*Presidenza
del Consiglio dei Ministri*
CONFERENZA UNIFICATA

CONSIDERATO che l'ANCI ha espresso parere favorevole con la richiesta di modifica ed integrazione al testo contenute nel documento consegnato nel corso della riunione tecnica, al cui contenuto rinvia e che, allegato al presente atto (All.2), ne costituisce parte integrante e che l'UPI e l'UNCEM hanno espresso parere favorevole;

CONSIDERATO che il Governo ha ritenuto in linea di massima accoglibili le richieste espresse dalle Regioni e dall'ANCI, riservandosi ulteriori verifiche

ESPRIME PARERE FAVOREVOLE

nei termini di cui in Premessa, ai sensi dell'art. 25, comma 2, della legge 18 aprile 2005, n.62, sullo schema di Decreto Legislativo recante ulteriori disposizioni correttive e integrative del D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163, recante il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Il Segretario
Dott.ssa Ermenegilda Siniscalchi

Il Presidente
On.le Raffaele Fitto



CONFERENZA DELLE REGIONI E DELLE PROVINCE AUTONOME

**PARERE SULLO SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE
ULTERIORI DISPOSIZIONI CORRETTIVE E INTEGRATIVE DEL D.
LGS. 12 APRILE 2006, N. 163, RECANTE IL
CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI
E FORNITURE, A NORMA DELL'ARTICOLO 25, COMMA 3, DELLA
LEGGE 18 APRILE 2005, N. 62**

All. 4
Consegnato nella
seduta del
10 giugno 2008
38

Punto 3) - Elenco B - Conferenza Unificata

La Conferenza delle Regioni e delle Province autonome esprime parere favorevole sullo schema di decreto legislativo in oggetto con le seguenti proposte emendative e con la richiesta di attivare un Tavolo permanente Stato-Regioni per il monitoraggio dell'applicazione del Codice.

PROPOSTE DI EMENDAMENTO

A. Proposte di emendamento al Codice dei contratti pubblici non connesse allo schema di decreto legislativo in argomento.

1. Al comma 4 dell'articolo 5 dopo le parole "Consiglio superiore dei lavori pubblici" sono inserite le seguenti "e della Conferenza unificata".
2. All'articolo 33 sono apportate le seguenti modificazioni:
 - a) al comma 3, le parole "pubblici o" sono soppresse; le parole "di lavori pubblici. Tuttavia le" sono sostituite dalle parole "le"; le parole "di lavori pubblici ai servizi integrati infrastrutture e trasporti (SIIT) o alle amministrazioni provinciali" sono sostituite dalle parole "ad altre amministrazioni aggiudicatrici".
 - b) dopo il comma 3 è aggiunto il seguente: "3 bis. Le Regioni disciplinano i casi e le modalità di affidamento delle funzioni e delle attività di stazione appaltante".
3. All'articolo 6 dopo il comma 13 è inserito il seguente:

"13. bis. L'Autorità provvede alla definizione delle risorse necessarie per le Sezioni regionali dell'Osservatorio nella misura non inferiore al 10% delle proprie disponibilità di bilancio, il cui riparto è concertato in sede di Conferenza Stato-Regioni".

B. Proposte di emendamento alle disposizioni di cui all'articolo 1 dello schema di decreto legislativo.

Comma 1, lett. f)

La lettera g) del comma 1 dell'articolo 32 è sostituita dalla seguente:

"g) lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso, ai sensi dell'articolo 16, comma 2, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 e dell'articolo 28, comma 5 della legge 17 agosto 1942, n. 1150. L'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione, il titolare del permesso di costruire presenti all'amministrazione medesima in sede di richiesta del permesso di costruire un progetto preliminare delle opere da eseguire. L'amministrazione, sulla base del progetto preliminare, indice una gara con le modalità previste dall'articolo 55. Oggetto del contratto, previa acquisizione del progetto definitivo in sede di offerta, sono la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori. L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva ed esecutiva, per l'esecuzione dei lavori, e degli oneri della sicurezza".

Non sembra corretto il riferimento che la modifica prevista dal Ministero fa alla figura del promotore, in quanto la fattispecie non riguarda il contratto di concessione di lavori pubblici; pertanto il richiamo all'art. 153 non appare pertinente. Sembra invece maggiormente aderente allo spirito della normativa comunitaria e alla logica di questo istituto il ricorso all'appalto di progettazione ed esecuzione, nei termini dell'emendamento presentato.

Comma 1, lett. h)

Si propone di stralciare la modifica all'art. 37, comma 11, così come proposto all'articolo 1, comma 1, lett. h) dello schema presentato dal Ministero, ovvero, in subordine, di mantenere la modifica integrata con l'aggiunta del seguente periodo: *"L'istanza di partecipazione alla gara deve indicare il nominativo del subappaltatore che deve essere in possesso dei requisiti di qualificazione per i lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica".*

Per quanto attiene alle modifiche all'art. 37, comma 11, del Codice dei contratti, non si condividono le proposte formulate dal Ministero in quanto si ritiene corretta la norma attualmente in vigore, trattandosi di una disciplina dettata da prevalenti esigenze di ordine pubblico, indispensabile per contrastare fenomeni di infiltrazioni della malavita negli appalti. Si sottolinea inoltre che tra i "considerando" della Direttiva 2004/18/CE, è chiarito espressamente che la sua applicazione non pregiudica le misure di ordine pubblico stabilite dagli ordinamenti nazionali.

In subordine, si propone di integrare la proposta del Ministero con la specificazione che, in caso di subappalto di una opera specialistica, è necessario già in sede di gara identificare il subappaltatore qualificato per la categoria specialistica di appartenenza.

Comma 1, lett. v)

La lettera v) del comma 1 è sostituita dalla seguente:

Al comma 9 dell'articolo 122 sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) all'inizio sono inserite le parole: *"Per lavori d'importo inferiore o pari a 2 milioni di euro;*
- b) dopo le parole *"quando il numero delle offerte ammesse è "* le parole *"inferiore a cinque"* sono sostituite con le parole *"inferiore a dieci"*.

Comma 1, lett. w)

La lett. w) del comma 1 è sostituita dalla seguente:

Al comma 8 dell'articolo 124 sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) all'inizio sono inserite le parole: *"Per servizi e forniture di importo inferiore a 100.000 euro";*
- b) dopo le parole *"quando il numero delle offerte ammesse è "* le parole *"inferiore a cinque"* sono sostituite con le parole *"inferiore a dieci"*.

A proposito dell'esclusione automatica dell'offerta anomala nei contratti sotto soglia, in attuazione dei principi enunciati nella sentenza della Corte di Giustizia 15 maggio 2008, si ritiene che nel contesto italiano sia necessario - trattandosi di attuazione e on di esecuzione della sentenza - utilizzare tutti gli spazi lasciati dalla Corte di Giustizia stessa, per non arrivare ad una totale eliminazione delle esclusioni automatiche. Sul punto è necessario trovare un equilibrato recepimento dei principi comunitari, definendo a livello normativo, come consentito dalla stessa sentenza, la soglia dell'interesse transfrontaliero dell'appalto e individuando il numero delle offerte al di sopra del quale la verifica in contraddittorio aggraverebbe eccessivamente l'attività delle stazioni appaltanti.

C. Proposte di emendamento alle disposizioni di cui all'articolo 2 dello schema di decreto legislativo.

Comma 1, lettera c.1)

Nella lettera c.1) del comma 1 dopo le parole "sette anni", sono inserite le seguenti: *"sino all'approvazione della legge di riordino delle autorità indipendenti"*.

Comma 1, lett. g)

Si propone di sopprimere la modifica apportata dal Ministero *sub*) g1 e g2.

Non si condivide l'abolizione della Commissione consultiva presso l'Autorità di vigilanza prevista all'art. 40, in quanto esplica un ruolo utile, si propone invece al comma 3 di prevedere che la partecipazione dei componenti è senza costo per l'Autorità, introducendo un nuovo comma che superi il dettato del decreto Bersani.

All'art. 92 del Codice si prevede la possibilità di compenso e incentivo anche ai fini della sicurezza per il responsabile dei lavori e per i coordinatori della sicurezza sia in fase di progettazione sia in fase esecuzionale nonché per i validatori e verificatori del progetto. Su questo infatti si crede che questi aspetti appartengano alla sfera organizzativa delle amministrazioni e quindi non di competenza esclusiva dello Stato.

Comma 1 lett. r.4)

Al comma 1, lett. r.4) dopo le parole *"per lavori è verificata"* si propone di inserire le parole *"dalla Cassa edile, sulla base di accordi stipulati a livello regionale da Inps e Inail"*.

L'emendamento proposto serve a mantenere l'indicazione del soggetto competente ad effettuare la verifica del rispetto degli indici di congruità della manodopera. Si sottolinea peraltro che i commi 1173 e 1174 dell'articolo 1 della legge finanziaria 2007 sono stati abrogati dal D.L. 112/2008.

Comma 1, lett. z)

Per omogeneità alla modifica proposta all'art. 120 del Codice, si propone di stralciare l'ultimo capoverso della modifica all'art. 141 (art. 2, comma 1, lett. z).

Roma, 10 luglio 2008



Att. 2



**SCHEMA DI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE ULTERIORI MODIFICHE
ED INTEGRAZIONI AL DECRETO LEGISLATIVO 12 APRILE 2006, N. 163, A
NORMA DELL'ARTICOLO 25, COMMA 3, DELLA LEGGE 18 APRILE 2005, N.
62.**

**Riunione Tecnica
Conferenza Unificata**

Roma, 8 Luglio 2008

PREMESSE

Occorre necessariamente promettere che in considerazione dei tempi molto ristretti con i quali è stato portato a conoscenza il presente schema di decreto, l'ANCI non ha avuto la possibilità, diversamente da quanto auspicato, di effettuare un esame approfondito del predetto schema, oggetto della presente riunione, per un indispensabile confronto fra Comuni, strutturalmente diversi per dimensioni, territorio e per ragioni sociali.

Pertanto, compatibilmente con le scadenze previste per il prosieguo dell'iter di approvazione definitivo del testo, l'ANCI si riserva di presentare nuove osservazioni, qualora venissero sollevate ulteriori criticità da parte dei comuni.

Ad avviso dell'ANCI le continue modifiche, integrazioni e correzioni che sono state apportate fino ad oggi al Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture rappresentano un gravoso onere, non del tutto giustificato, per i Comuni e le altre Stazioni appaltanti.

I Comuni, infatti, sono costretti ad attivare costanti e ripetuti aggiornamenti degli atti di gara e alla ripetizione di provvedimenti, già perfezionati, ma non ancora pubblicati.

Era già noto, prima dell'emanazione dei due precedenti decreti correttivi, che alcuni aspetti del Codice si presentavano in contrasto con le Direttive comunitarie ed era prevedibile la Decisione della Commissione del 31 gennaio 2008 con la conseguente necessità di apportare variazioni e modifiche, anche sostanziali, come quelle proposte con lo schema di III° decreto correttivo, oggetto della presente riunione tecnica.

Inoltre la sospensione "fino al Regolamento" di numerose parti dell'articolato ha comportato e comporta, per i Comuni, notevoli difficoltà attuative, che dipendono da una normativa incompleta e a volte nebulosa.

A tal riguardo si evidenzia che in Italia le opere e le infrastrutture si realizzano in tempi compatibili con gli obiettivi da perseguire solo attraverso: "norme straordinarie"; Ordinanze della Presidenza del Consiglio dei Ministri; leggi speciali che derogano le procedure ordinarie.

Ciò dimostra che le norme così come sono andate a configurarsi non risultano del tutto efficaci e in grado di garantire quella celerità del processo tecnico/amministrativo, tanto auspicata, in tutte le sedi istituzionali.

Fatte queste premesse di ordine generale si evidenziano le seguenti osservazioni allo schema di III° decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici.

ARTICOLO 1

(Disposizioni di adeguamento comunitario)

Modifiche agli artt. 3-13-18-21-24: nessuna osservazione

la lettera f) è così sostituita:

"l'articolo 32, comma 1, lett. g) è così sostituito: "g) ... l'amministrazione che rilascia il permesso di costruire può prevedere che, in relazione alla realizzazione delle opere di urbanizzazione il titolare del permesso di costruire proponga all'amministrazione medesima, preventivamente al rilascio del permesso di costruire, con le modalità di cui al comma 16 dell'art. 153, uno studio di fattibilità o un progetto preliminare relativo alle opere di urbanizzazione da eseguire. L'amministrazione, sulla base della proposta presentata dal titolare del permesso di costruire, provvede ad apportare le modifiche progettuali

necessarie ai fini dell'approvazione e sviluppa gli elaborati tecnici amministrativi e progettuali necessari per indire una gara con le modalità previste all'art. 53 lett. c)"

MOTIVAZIONE modifica all'art. 32 comma 1 lett. g):

L'intento di recepire le osservazioni della Commissione europea, affinché vengano superati i problemi di compatibilità con il diritto comunitario (già sollevati in materia di promotore, risultanti anche nella disciplina prevista dal codice, relativamente alla realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo) non risulterebbe assicurato mediante la modifica, così come apportata nello schema di decreto.

In particolare viene disposto l'utilizzo dell'istituto della concessione in contrasto con la definizione attribuita dallo stesso codice a tale istituto (art. 3 comma 1 e artt. 142 e 143).

Le opere di urbanizzazione di cui all'art. 16 comma 2 del D.P.R. 380/01 sono realizzate, come è noto, con gli oneri dovuti dal titolare del permesso di costruire e, pertanto, finanziate integralmente con finanziamenti pubblici e non suscettibili di remunerazione attraverso la gestione da parte del privato.

La modifica, così come prospettata, potrebbe dare adito a nuovi rilievi da parte della Comunità in quanto la fattispecie è integralmente riconducibile all'Istituto dell'appalto di lavori, o lavori e servizi, qualora si affidi anche la fase di gestione della realizzazione al privato.

Le opere di urbanizzazione previste dal citato art. 16 sono strettamente connesse alla gestione del territorio e ai processi correlati di trasformazione incidendo sostanzialmente sulla proprietà privata.

Tale contesto comporta la stretta correlazione tra il soggetto privato proprietario delle aree e titolare del diritto di edificare e il soggetto pubblico che ha concesso il citato "Diritto edificatorio" attraverso i propri atti di pianificazione.

Tale particolarità potrebbe essere risolta nell'ambito del Codice e nel rispetto degli indirizzi comunitari inserendo le trasformazioni del territorio, costituite da programmi e piani complessi, finalizzati ad una crescita omogenea e articolata dei centri urbani, nell'ambito delle infrastrutture strategiche di cui agli art. 161 e seguenti del Codice stesso con la conseguente applicazione di quanto ivi previsto tra cui l'art. 172 che consente il coinvolgimento anche del privato titolare del diritto edificatorio nell'attività di coordinamento delle opere.

In tale ambito appare evidente che per i programmi complessi di trasformazione urbana, realizzati con le modalità e i termini delle opere strategiche, dovranno essere escluse le competenze connesse alle opere e ai finanziamenti statali rinviano ogni attività gestionale e di vigilanza alle Regioni e al competente comune.

A supporto della presente proposta, che dovrà coinvolgere necessariamente la correlata normativa nazionale nel settore urbanistico ed edilizio, si rileva che la crescita del territorio attraverso la realizzazione coordinata delle infrastrutture di supporto deve costituire obiettivo strategico primario dello Stato per assicurare la modernizzazione e lo sviluppo omogeneo del territorio.

Peraltro nell'ambito dei citati programmi urbanistici complessi, sono presenti tutta una serie opere pubbliche o di interesse pubblico suscettibili di gestione e, pertanto, sarebbe possibile anche il ricorso all'istituto della concessione coinvolgendo, anche, risorse economiche private.

Si rileva, inoltre, che solo nell'ambito di programmi e piani urbanistici complessi la sommatoria degli oneri di urbanizzazione è tale da rientrare nei termini comunitari di cui all'art. 28 del Codice.

Modifica art. 34: nessuna osservazione

Modifica art. 37, comma 11:

prendendo spunto dalle osservazioni della Comunità europea sulle A.T.I. verticali obbligatorie previste dal Codice, non risulta del tutto condivisibile la modifica proposta. L'individuazione di una particolare fattispecie di subappalto, disciplinata diversamente nell'ambito dello stesso Codice dei contratti, costituisce una ulteriore difficoltà interpretativa per i Comuni e le altre stazioni appaltanti.

Si creerebbe una disparità di trattamento fra subappaltatori, alcuni dei quali beneficerebbero sempre del pagamento diretto e altri, invece, solo se lo ritiene la stazione appaltante (art. 118 comma 3 del Codice)

Inoltre le amministrazioni appaltanti sarebbero investite del compito di dirimere eventuali controversie fra appaltatore e subappaltatore.

In ogni caso, pertanto, la predetta modifica dovrebbe essere inserita nell'ambito di quanto disposto dall'art. 118.

La lettera k) è così sostituita:

"nell'art. 48, dopo il comma 1 è inserito il comma 1-bis: "1-bis: "Quando le stazioni appaltanti si avvalgono della facoltà di limitare il numero di candidati da invitare, ai sensi dell'articolo 62, comma 1, richiedono ai soggetti invitati di comprovare il possesso dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa, nonché di cui all'art. 38 eventualmente richiesti nel bando di gara, presentando, in sede di offerta, la documentazione indicata in detto bando o nella lettera di invito in originale o copia conforme ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. Non si applica il comma 1 primo periodo."

MOTIVAZIONE Modifica art. 48:

L'ANCI ritiene condivisibile la modifica apportata dallo schema di decreto al codice dei contratti pubblici, benché, tuttavia ritiene opportuno inserire la predetta frase.

Sarebbe opportuno prevedere la facoltà, per le stazioni appaltanti, di applicare tale comma a tutte le procedure di gara, in deroga all'art. 43 del DPR 445/2000, previa motivazione per importo inferiori a 1.000.000,00. Ciò consentirebbe una notevole contrazione dei tempi di gara e di aggiudicazione definitiva, nonché l'eliminazione di tutta una serie di ricorsi in sede di aggiudicazione.

L'ammissione al calcolo della soglia di anomalia di tutti gli operatori economici sulla base delle sole autocertificazioni, con il controllo effettuato a campione, determina un rallentamento dell'attività amministrativa, anche nella fase di aggiudicazione definitiva.

I tempi tecnici per acquisire, dalle varie amministrazioni, la conferma di quanto autocertificato in sede di gara sono pari a circa 90/120 giorni dalla richiesta, con il rischio che se è stata fatta una dichiarazione falsa, occorre rideterminare la soglia e iniziare nuovamente la procedura.

Modifiche artt. 50-58-64-65-70-79-83-90-91-101: nessuna osservazione

La lettera v. 1) è così sostituita:

"l'art. 122, comma 8, è così sostituito: "Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), si applica la procedura prevista dall'art. 57, comma 6: l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti se sussistono in tale numero aspiranti idonei"

In questo modo vi è la previsione, per le opere a scomputo primarie e secondarie sottosoglia, dell'affidamento mediante una gara informale tra cinque soggetti.

MOTIVAZIONE Modifiche art. 122, comma 8.

Rispettando la discrezionalità degli Stati membri nell'ambito dei contratti pubblici sotto soglia, la Comunità europea, nella sentenza n. C/412/04 del 21/02/2008 ha richiamato la necessità che l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione da parte del titolare del permesso di costruire sia preceduta dalla verifica dell'entità complessiva di tali opere, senza alcuna artificiosa suddivisione per categorie, configurandosi dette opere come un unico progetto generale suddiviso per lotti.

Al riguardo si ritiene che nel rispetto di tale principio siano introdotte, in questo comma, anche le opere di urbanizzazione secondaria, oltre che le primarie esplicitamente escluse dall'art. 253 comma 8 al fine di consentire celerità e semplificazione nell'ambito degli interventi edilizi di limitata consistenza, in ottemperanza a quanto previsto dal DPR 380/2001.

La lettera v. 2) è così sostituita:

"Per lavori d'importo inferiore o pari a 2 milioni di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso,

Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci"

MOTIVAZIONE Modifiche art. 122, comma 9.



Al riguardo si segnala che tale modalità di individuazione dell'aggiudicatario provvisorio evita la complessa procedura di verifica della congruità delle offerte sopra soglia di anomalia ed è molto usata dalle stazioni appaltanti.

Il comma 9 dell'art. 122 riguarda la possibilità di procedere, previa previsione nel bando, all'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti di lavori sotto soglia. Tale possibilità residua, nello schema di decreto correttivo, viene soppressa in quanto ritenuta non rispondente alla sentenza della Corte di Giustizia del 15 maggio 2008. La disciplina, attualmente in vigore, dell'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia, sarebbe ritenuta illegittima.

In realtà la sentenza della Corte di Giustizia sopramenzionata fa riferimento al previgente art. 21 comma 1bis della legge Merloni che imponeva l'esclusione automatica.

Nel codice dei contratti vigente, invece, vi è una sola una facoltà da prevedersi nel bando.

In sostanza l'interpretazione della sentenza non appare così rigida da eliminare del tutto la facoltà di ricorrere all'esclusione automatica.

Modifiche art. 124 comma 8:

vale quanto osservato per la soppressione dell'art. 122 comma 9.

Modifiche art. 140 commi 1-2-3-4: nessuna osservazione

Modifica art. 153:

L'ANCI considera favorevolmente la totale riscrittura dell'articolo 153, in quanto viene a delinearci una procedura sicuramente più snella rispetto alla precedente.

Tuttavia si espongono alcune considerazioni: non si comprende la necessità, disciplinata al comma 2, della pubblicazione di un "avviso indicativo", laddove segue una procedura ad evidenza pubblica (comma 3 e seguenti) sulla base di uno studio di fattibilità redatto dall'amministrazione e tenuto conto che il programma triennale, ai sensi dell'art. 128, è già oggetto di pubblicazione (comma 11).

La previsione di fasi procedurali non indispensabili costituisce solo ulteriori, nonché inutili adempimenti per i Comuni ed esposizione a ricorsi.

Per quanto attiene al comma 11 lett. b si osserva che a seguito della gara un solo progetto potrà essere dichiarato di pubblico interesse e quindi non si comprende la dizione: "b) redige una graduatoria di quelle che ritiene di pubblico interesse"

Per quanto attiene al comma 11 lett. f, appare di difficile applicazione quanto previsto considerato che l'oggetto della procedura di gara è uno studio di fattibilità e quindi ogni concorrente potrà sviluppare progetti preliminari molto diversificati in termini tecnici ed economici.

Appare opportuno, in relazione al comma 15, precisare che il concessionario è autorità espropriante ai sensi del DPR 327/2001.

Al comma 16 è prevista la facoltà per gli operatori economici di presentare studi di fattibilità che possono essere adottati dall'amministrazione anche al di fuori del programma triennale. Al riguardo occorre chiarire se tali studi sono equiparati a quelli di cui al comma 3 del medesimo articolo.

Al comma 3, infatti, è esplicitato che la base di gara è costituita dallo studio di fattibilità predisposto dall'amministrazione aggiudicatrice.

Abrogazione artt. 154-155: nessuna osservazione

Modifiche art. 156: nessuna osservazione

La lettera bb) è così sostituita:

bb2) il comma 3 è così sostituito. "3. La società pubblica di progetto è istituita allo scopo di garantire il coordinamento...."

MOTIVAZIONE Modifiche art. 172: si rileva che l'accoglimento delle osservazioni della Comunità ha snaturato le finalità dell'istituto e il testo ora proposto si configura come una ripetizione di strutture già previste nell'ambito del D.Lgs 267/00.

Modifiche artt. 174-175-176-179-225-232-237: nessuna osservazione

L'ANCI ritiene, inoltre, che al di là di quanto disposto dall'art. 1 del presente schema di decreto, occorrerebbe apportare modifiche ad un altro articolo (art. 49 del codice) al fine di risolvere le censure comunitarie riguardanti l'istituto dell'avvalimento, tenendo, tuttavia, in considerazione le peculiarità presenti nel sistema italiano, in materia di qualificazione dei lavori pubblici. Le limitazioni previste nell'attuale disposto, alla possibilità per gli operatori di avvalersi della capacità di altri soggetti, sarebbero in contrasto con le direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE. Pertanto modificando l'art. in oggetto si potrebbe prevedere che il concorrente possa avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascun requisito o categoria, ad eccezione del caso in cui il bando consenta, in ragione dell'importo dell'appalto o della particolarità della prestazione, l'avvalimento di più imprese ausiliarie, mantenendo inalterato il divieto di utilizzo frazionato, per il concorrente, dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

All'art. 49 sono apportate le seguenti modifiche:

- il comma 6 è così sostituito: *"6) Per lavori, il concorrente può avvalersi di una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione. Il bando di gara può ammettere l'avvalimento di più imprese ausiliarie in ragione dell'importo dell'appalto o della peculiarità delle prestazioni, fermo restando il divieto di utilizzo frazionato per il concorrente dei singoli requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi di cui all'art. 40, comma 3, lettera b) che hanno consentito il rilascio dell'attestazione in quella categoria"*
- Il comma 7 è soppresso.

ARTICOLO 2

(Disposizioni di coordinamento)

Modifiche artt. 3-5-6-7-13-38-40-41: nessuna osservazione

Modifiche art. 53:

L'inserimento della obbligatorietà per i contratti relativi a lavori di cui al comma 2 lett. b) e c) di stipulare a corpo con alcune eccezioni non appare coerente. In particolare si verrebbe a configurare, con le modifiche proposte, che un progetto esecutivo a base di gara può prevedere lavori a corpo e lavori a misura, mentre lo stesso progetto posto a base di gara a livello definitivo deve essere appaltato a corpo. Tale differenziazione non è condivisibile.

Modifiche artt. 74-75-88: nessuna osservazione

La lettera n) è così sostituita:

n.6 dopo il comma 7 è inserito il comma 7bis. "Tra le spese tecniche da prevedere nel quadro economico di ciascun intervento sono comprese l'assicurazione dei dipendenti, le spese per il collaudo statico, nonché le spese di funzionamento delle amministrazioni aggiudicatrici sostenute in relazione all'intervento";

MOTIVAZIONE modifiche art. 92:

L'ANCI non rileva particolari osservazioni alle modifiche apportate, ad eccezione del comma 7bis ove appare necessario inserire, tra le spese tecniche, anche quelle per il collaudo statico, al fine di evitare che uno dei principali atti tecnici, nell'ambito dei lavori, non venga remunerato, oppure, come avviene in molte stazioni appaltanti, venga posto a carico dell'operatore economico.

[Handwritten signature]

Modifiche artt. 112-113: nessuna osservazione

Modifica art. 117:

al comma 1 dell'art. 117 -bis, dopo le parole "alcun sequestro" aggiungere le parole "o pignoramento"

MOTIVAZIONE modifica art. 117

Il sequestro è preordinato al pignoramento, quindi, secondo la dottrina più accreditata, la norma deve applicarsi anche al pignoramento (la ratio è la medesima sia per il sequestro, sia per il pignoramento). Per il resto l'ANCI non rileva alcuna osservazione, con l'introduzione dell'art. 117-bis, poiché si tratta del recepimento di alcuni articoli della legge n. 2248/1865 abrogati dal codice dei contratti

Modifica art. 118 comma 6bis

Il comma 6 bis è così sostituito: *"Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso... Tale congruità, per servizi e forniture, è verificata ai sensi dell'art. 1, commi 1173 e 1174 della legge 27 dicembre 2006, n. 296..."*

MOTIVAZIONE modifica art. 118 comma 6bis

Necessita sostituire il riferimento all'art. 1, commi 1173 e 1174 della Legge 296/06, poiché sono stati abrogati dall'art. 39, comma 10, lett. n), del D.L. 112/08

Modifiche artt. 120-125-123-128-129-133-135-141: nessuna osservazione

Modifiche artt. 160bis-188-189-191-192-194-203-240 bis: nessuna osservazione

Modifica art. 253:

L'ANCI in relazione al punto ii) riguardante l'introduzione del comma 1-quinquies apprezza l'inserimento della norma transitoria, benché intende ribadire, come già precisato in altre sede istituzionali, che la continua sospensione degli artt. 3 e 53 non è compatibile con l'entrata in vigore del codice risalente a luglio 2006 e con le modalità di individuazione dei criteri di aggiudicazione. La legge 109/94 e s.m.i. costituiva un articolato di norme tra loro coerenti ed omogenee per cui la sola estrapolazione di alcune parti del testo normativo comporta difficoltà interpretative e il conseguente instaurarsi di contenzioso.

Modifica art. 256: nessuna osservazione

L'ANCI ritiene, sulla base delle medesime considerazioni espresse nella parte relativa all'art. 1 del presente schema di decreto che, al di là di quanto disposto dall'art. 2, occorrerebbe apportare modifiche ai seguenti articoli:

- art. 36 comma 5 per ragioni di chiarezza in materia di consorzi stabili
- art. 85 commi 7 e 13 in materia di aste elettroniche
- art. 92 inserendo il comma 5bis in materia di compensi
- art. 112 inserendo il comma 3bis in materia di compensi

All'art. 36, comma 5 sono apportate le seguenti modifiche:

L'articolo 36, comma 5 è sostituito dal seguente: *"5. I consorzi stabili, sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre; a questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara; in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato; in caso di inosservanza di tale divieto si applica l'articolo 353 del codice penale. E' vietata la partecipazione a più di un consorzio stabile".*

MOTIVAZIONE modifica art. 36 comma 5.

Sarebbe opportuno precisare che il divieto di contemporanea partecipazione alla medesima procedura di gara, del consorzio stabile e del consorziato, riguarda solo i consorziati che già partecipano alla gara mediante la struttura consortile, con applicazione della sanzione prevista dall'art. 353 del c.p.

Quindi, anche i consorzi stabili devono indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre. A tali consorziati è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi forma, alla stessa gara. Da ciò potrebbe evincersi che, diversamente, il divieto di partecipazione alla medesima gara, non sussiste per i consorziati per conto dei quali il consorzio non ha dichiarato di voler partecipare.

All'art. 85, sono apportate le seguenti modifiche:

- 1) nel comma 7, dopo le parole "le stazioni appaltanti effettuano" sono inserite le parole "*in seduta riservata*"
- 2) nel comma 13, sono sopresse le parole "*Per l'acquisto di beni e servizi*"

MOTIVAZIONE Modifica art. 85 commi 7 e 13 in materia di aste elettroniche.

Occorre chiarire che la valutazione completa delle offerte da eseguire, prima di procedere all'asta elettronica, deve essere effettuata in seduta riservata al fine di evitare cordate tra imprese che, incontrandosi nella sede pubblica, possono prendere accordi per rilanci delle offerte, durante l'asta elettronica.

Inoltre necessita correggere un errore del codice che, rispetto alle direttive europee 2004/18 e 2004/17 limita immotivatamente il ricorso a procedure di gara gestite con sistemi telematici al solo acquisto di beni e servizi, escludendolo per i lavori.

All'art. 92, sono apportate le seguenti modifiche:

dopo il comma 5 è inserito il comma 5-bis: "*A coordinatore per l'esecuzione dei lavori dipendente dalla stazione appaltante spetta un compenso, nella misura individuata da ogni stazione appaltante, non superiore a quello spettante per la medesima prestazione ad un soggetto esterno, da prevedere tra le spese tecniche del quadro economico di ciascun intervento*"

MOTIVAZIONE modifica art. 92 inserendo un comma 5bis in materia di compensi

la modifica consente di prevedere che al coordinatore per l'esecuzione dei lavori, dipendente della stazione appaltante, spetti un compenso non superiore a quello spettante per la medesima prestazione ad un soggetto esterno, da prevedere tra le spese tecniche comprese nel quadro economico di ciascun intervento, attesa la particolarità dell'incarico e le responsabilità penali connesse allo stesso.

All'art. 112, sono apportate le seguenti modifiche:

dopo il comma 3 è inserito il comma 3-bis: "*in caso di verifica eseguita attraverso strutture tecniche della stazione appaltante al personale dipendente spetta un compenso, nella misura individuata da ogni stazione appaltante, non superiore a quello spettante per la medesima prestazione ad un soggetto esterno, da prevedere tra le spese tecniche del quadro economico di ciascun intervento*".

MOTIVAZIONE modifica art. 112 inserendo un comma 3-bis in materia di compensi

la modifica chiarisce che in caso di verifica eseguita attraverso strutture tecniche della stazione appaltante, al personale dipendente spetta un compenso non superiore a quello spettante per la medesima prestazione ad un soggetto esterno, da prevedere tra le spese tecniche del quadro economico di ciascun intervento.