

all'applicazione del codice dei contratti pubblici possono avvalersi anche del contratto di locazione finanziaria».

Il comma 907 autorizza, quindi, i soggetti tenuti all'osservanza del D.Lgs. n. 163/2006 a ricorrere per gli scopi indicati anche ai contratti di locazione finanziaria altrimenti noto come *leasing*. Questo rappresenta una forma di finanziamento che si basa sulla realizzazione e sull'acquisizione in proprietà di beni immobili da parte della società locatrice, mediante imprese di costruzione dalla stessa prescelte, con la concessione del bene all'utilizzatore (in questo caso la pubblica amministrazione interessata) a fronte di canoni di ammortamento e finale riscatto dell'immobile stesso (*leasing* traslativo).

Ai sensi dell'articolo 1, comma 908, della legge in parola, in caso di ricorso al *leasing* finanziario, il bando indica i requisiti soggettivi, finanziari, economici, tecnico - realizzativi ed organizzativi di partecipazione, le caratteristiche tecniche ed estetiche dell'opera, i costi, i tempi e le garanzie dell'operazione, nonché i parametri di valutazione tecnica ed economico - finanziaria dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Il comma 912 prevede, poi, che l'offerente possa essere anche una associazione temporanea, costituita dal soggetto finanziatore e dal soggetto realizzatore, responsabili, ciascuno, in relazione alla specifica obbligazione assunta, ovvero un contraente generale. La norma prevede, altresì, che qualora uno dei due soggetti costituenti l'ATI sia inadempiente in caso di fallimento, inadempimento o sopravvenienza di qualsiasi causa, l'altro possa sostituirlo con un soggetto avente medesimi requisiti e caratteristiche, previo assenso del committente.

Il comma 913 disciplina, invece, l'adempimento degli impegni della stazione appaltante, che resta in ogni caso condizionato al positivo controllo della realizzazione e dell'eventuale gestione funzionale dell'opera secondo le modalità previste.

Infine, il comma 914 allo scopo di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, considera, in ogni caso, rispettati i requisiti tecnici prescritti anche ove la disponibilità dei mezzi tecnici necessari ed

idonei all'espletamento del servizio sia assicurata mediante contratti di locazione finanziaria con soggetti terzi.

La disciplina in questione, se da un lato è stata intesa come strumento di modernizzazione del settore, dall'altro ha sollevato perplessità per il rischio di un progressivo processo di finanziarizzazione del settore che sembra privilegiare la capacità finanziaria ed organizzativa degli operatori a scapito della capacità imprenditoriale e professionale.

Le disposizioni della legge finanziaria per il 2007, pertanto, se legittimano ora il ricorso al *leasing*, la disciplina che ne deriva, tuttavia, non si presenta pienamente coordinata con le norme recate dal D.Lgs. n. 163/2006 né esaustiva degli aspetti problematici che possono emergere in relazione all'istituto. Restano, infatti, insolute alcune questioni, tra le quali, in particolare, la natura del soggetto offerente, la procedura da seguire per l'affidamento dei lavori nell'ipotesi in cui l'offerente sia la sola società di *leasing*, la qualificazione giuridica dell'istituto come appalto di lavori o di servizi in base alle norme del Codice.

Sulla prima questione, il citato articolo 1, comma 912, precisa che il soggetto offerente può essere costituito in forma di associazione temporanea di imprese, costituita dal finanziatore e dal costruttore ovvero in forma di contraente generale.

L'ATI tra società di *leasing* e costruttore si presenta, dunque, come facoltativa e l'offerente può essere anche il solo finanziatore.

Inoltre, si osserva che la norma prevede l'ATI tra società di *leasing* ed impresa costruttrice come una tipologia di associazione di impresa del tutto innovativa nel panorama normativo. A differenza, infatti, del consueto regime delle responsabilità nel raggruppamento d'impresa, nel caso di specie si prevede che realizzatore e finanziatore siano ciascuno responsabili esclusivamente della propria prestazione e si giunge al punto di prevedere la sostituibilità dell'uno o dell'altro nel caso di proprio inadempimento.

In ordine alla qualificazione giuridica dell'istituto in base al D.Lgs. n. 163/2006 occorre considerare che la realizzazione dell'opera rappresenta l'obiettivo principale e, quindi, sarebbe ipotizzabile la collocazione del *leasing* negli appalti di lavori; tuttavia rileva anche la prestazione relativa al

finanziamento dell'opera, riconducibile all'appalto di servizi elencati nell'Allegato II A al Codice (Servizi finanziari). Né pare possa dirsi che la fattispecie sia inquadrabile nell'appalto misto, cioè nell'appalto di servizi con solo obbligo di adeguata qualificazione dell'esecutore dei lavori, in quanto - come sopra detto - se si affronta il tema con una visione funzionale non pare dubbio che sia la prestazione di finanziamento dell'opera ad essere accessoria rispetto all'opera e non viceversa.

Ad ogni modo, resta ferma l'applicazione delle norme del Codice, come del resto deriva dal tenore del comma 908, il quale prevede che il bando di gara, ferme le altre indicazioni previste dal D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163, determina i requisiti di partecipazione.

Dunque, anche in base a tale disposizione, il ricorso alla locazione finanziaria non può che avvenire nel rispetto della normativa oggi contenuta nel Codice dei Contratti.

Con ciò, tuttavia, non si risolve il problema della procedura da seguire per la scelta del costruttore. Non è chiaro, cioè, se la società di *leasing* deve indicare in sede di offerta l'impresa cui affidare i lavori ovvero se deve individuare quest'ultima con procedura ad evidenza pubblica.

Al di là delle soluzioni possibili il *leasing*, come già precisato, non può e non deve consentire l'elusione delle regole di concorsualità nella scelta del costruttore. Pertanto appare necessario che le stazioni appaltanti fissino nel bando di gara alcuni principi che assicurino il rispetto di tali regole.

E, tra gli aspetti da ricondurre alla disciplina del Codice, appare fondamentale prevedere che la progettazione sia effettuata dall'Amministrazione o comunque secondo le procedure ivi contemplate, la fissazione nei documenti di gara delle caratteristiche tecnico-funzionali dell'opera, il controllo sull'intero iter realizzativi dell'opera, il computo dei costi per la realizzazione dell'opera; elementi, questi, sulla base dei quali la società di *leasing* determinerà gli oneri di finanziamento e l'ammontare dei canoni, voci determinanti del prezzo di offerta.

Il Direttore dei lavori deve, inoltre, essere nominato secondo le previsioni del Codice per consentire alla stazione appaltante di controllare e sorvegliare la corretta esecuzione delle opere.

1.3.3 Tariffe

Tra le modifiche rilevanti nella disciplina sui contratti pubblici merita certamente attenzione il decreto legge 223/2006 che, all'articolo 2, comma 1, ha disposto: "... sono abrogate le disposizioni legislative e regolamentari che prevedono, con riferimento alle attività libero professionali e intellettuali: a) la fissazione di tariffe obbligatorie fisse o minime ovvero il divieto di pattuire compensi parametrati al raggiungimento degli obiettivi perseguiti...".

In sede di conversione del suddetto decreto, da parte della legge 4 agosto 2006 n. 248, la disposizione è stata così modificata alla lettera a): l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime ovvero ...". Inoltre, è stata aggiunta, al comma 2 del medesimo articolo 1, la seguente disposizione: "nelle procedure ad evidenza pubblica, le stazioni appaltanti possono utilizzare le tariffe, ove motivatamente ritenute adeguate, quale criterio o base di riferimento per la determinazione dei compensi per attività professionali".

L'articolo 92, comma 2, ultimo periodo, del Codice, dispone che: "I corrispettivi sono minimi inderogabili ai sensi dell'ultimo comma dell'articolo unico della legge 4 marzo 1958, n. 143, introdotto dall'articolo unico della legge 5 maggio 1976, n. 340. Ogni patto contrario è nullo."

Disposizioni analoghe sono contenute nell'articolo 92, comma 4, nell'ultimo periodo del comma 3, dell'articolo 53, del Codice stesso.

Dalla lettura delle norme sopra richiamate emerge, dunque, una non univoca disciplina del regime dei corrispettivi per le attività libero professionali ed intellettuali.

Tale mancanza di coordinamento normativo va risolta ricorrendo al criterio cronologico previsto dall'articolo 15 delle disposizioni preliminari del Codice Civile, dalla cui applicazione deriva che l'articolo 2 del D.L. n. 223/2006, convertito nella legge 248/2006, emanato successivamente, prevale sulle norme contenute nel D.Lgs. n. 163/2006 per sopravvenuta regolamentazione della materia già disciplinata da fonte anteriore.

Né si può sostenere che le disposizioni citate del D.Lgs. n. 163/2006 costituiscano norma speciale rispetto all'articolo 2, della legge 248/2006.

Dal punto di vista oggettivo, infatti, le “attività libero professionali e intellettuali”, cui si riferisce il predetto decreto, sono tutte le attività professionali o servizi professionali, compresi i servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, nonché le attività tecnico-amministrative connesse; tale interpretazione è confermata dal diritto comunitario, i cui principi sono richiamati nella disposizione in esame, ed in particolare dall’articolo 50 del Trattato, che precisa che i servizi comprendono, tra l’altro, le attività di libera professione.

Inoltre, l’affidamento di tali servizi da parte delle amministrazioni aggiudicatrici è disciplinato dalle direttive comunitarie di settore. Peraltro, a favore della suddetta interpretazione depone anche il comma 2 dell’articolo 2 della legge 248/2006, che fa esplicito riferimento alle procedure ad evidenza pubblica.

Pertanto, in considerazione delle innovazioni legislative sopra richiamate, sono da considerare implicitamente abrogati l’ultimo periodo del comma 2 dell’articolo 92, il comma 4 dell’articolo 92 del Codice (i corrispettivi determinati ai sensi del Decreto del Ministero della Giustizia 04/04/2001 sono minimi inderogabili) e l’ultimo periodo del comma 3 dell’articolo 53 (le spese di progettazione esecutiva sono minimi inderogabili).

Attualmente, l’applicazione di tale ultima disposizione, come rilevato in precedenza, è sospesa fino al 1 agosto 2007 per effetto del D.Lgs. 26 gennaio 2007, n. 6. Tuttavia, può considerarsi implicitamente abrogata la identica disposizione, applicabile fino al 1 agosto 2007 contenuta nell’articolo 19 comma 1-ter della legge n. 109/94.

Per quanto riguarda il DPR 21 dicembre 1999, n. 554, le disposizioni di cui all’articolo 62 e quelle di cui all’articolo 210, che prevedono, rispettivamente, che “la quota del corrispettivo complessivo riferita alla progettazione è determinata sulla base delle percentuali ed aliquote di prestazioni parziali previste dalle vigenti tariffe professionali...” e che “i compensi spettanti ai collaudatori non appartenenti all’organico della stazione appaltante per l’effettuazione del collaudo e della revisione degli atti contabili, si determinano applicando le tariffe professionali degli ingegneri ed architetti...” si

devono intendere nel senso che gli importi così determinati non sono più da considerare come minimi inderogabili.

Stante, quindi, l'asserita applicabilità dell'articolo 2 della legge n. 248/2006 anche al settore degli affidamenti di servizi di ingegneria e di architettura disciplinati dal Codice, l'Autorità ha ritenuto opportuno affrontare le problematiche applicative derivanti dall'abrogazione dei minimi tariffari, con la determinazione n. 4 del 29/03/2007, con la quale è stato stabilito (tra l'altro) che "...l'abrogazione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari disposta dall'articolo 2, della legge n. 248/2006, si applica anche agli affidamenti di servizi di ingegneria ed architettura disciplinati dal D.Lgs. n. 163/2006" e che "sono da considerarsi implicitamente abrogate le seguenti disposizioni del decreto legislativo 163/2006: l'ultimo periodo del comma 2 dell'articolo 92 il comma 4, dell'articolo 92 e l'ultimo periodo del comma 3 dell'articolo 53".

1.3.4 *In house providing*

L'istituto dell'affidamento *in house* è stato oggetto di accesi dibattiti giurisprudenziali e dottrinali, sia comunitari sia nazionali, in relazione alla contestata disciplina degli affidamenti diretti, caratterizzata da un vuoto normativo che ha determinato non poche incertezze applicative per la normativa degli appalti pubblici.

Per "*in house*" s'intende l'insieme dei casi nei quali le prestazioni delle pubbliche amministrazioni vengono affidate direttamente a società detenute o partecipate dalle stesse, senza procedere all'espletamento di gare ad evidenza pubblica.

Nel nostro ordinamento fattispecie di tal genere, com'è noto, sono state spesso dibattute con particolare riferimento alla disciplina relativa all'affidamento dei servizi pubblici locali, di cui al D.Lgs. n. 267/2000.

L'orientamento più recente del giudice comunitario tende ad una restrizione dell'ambito di operatività dell'*in house*, evidenziando i limiti del ricorso allo stesso: l'amministrazione pubblica eserciti un controllo analogo a quello che può esercitare sui propri organi; la società affidataria svolga prevalentemente, se non esclusivamente, la sua attività nei rapporti con quell'amministrazione.

Com'è noto, il D.Lgs. n. 163/2006 non contempla disposizioni in materia di affidamento *"in house"*, limitandosi ad indicare (articolo 32) le condizioni necessarie affinché le società con capitale pubblico, che non siano organismi di diritto pubblico, non siano tenute all'applicazione del Codice stesso.

Pertanto, pur non intervenendo direttamente sulla disciplina recata dal predetto decreto legislativo, merita un cenno - per il rilievo che riveste il tema nell'ambito dei contratti pubblici - l'articolo 13, comma 1, della legge del 4 agosto 2006, n. 248 di "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, recante disposizioni urgenti per il rilancio economico e sociale, per il contenimento e la razionalizzazione della spesa pubblica, nonché interventi in materia di entrate e di contrasto all'evasione fiscale". Ai sensi del predetto articolo 13, infatti, al fine di evitare alterazioni o distorsioni della concorrenza e del mercato e di assicurare la parità degli operatori, le società, a capitale interamente pubblico o misto, costituite o *partecipate* dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, in funzione della loro attività, con esclusione dei servizi pubblici locali, nonché, nei casi consentiti dalla legge, per lo svolgimento esternalizzato di funzioni amministrative di loro competenza, devono operare esclusivamente con gli enti costituenti o partecipanti o affidanti, non possono svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara, e non possono partecipare ad altre società o enti. Il comma 3, inoltre, disciplina le modalità con le quali le società, che attualmente svolgono le attività non più consentite ai sensi del precedente comma 1, assicurano l'effettività delle disposizioni di cui al medesimo articolo 13.

Entro ventiquattro mesi dall'entrata in vigore della legge, dette società devono:

- cessare le attività svolte a favore di soggetti diversi dall'ente o dagli enti pubblici loro soci, ovvero
- cedere eventuali partecipazioni detenute in altre società o enti.

La cessazione delle attività può avvenire con le seguenti modalità alternative: cessione delle attività individuando il soggetto cessionario con le procedure dell'evidenza pubblica; operazione di scorporo delle attività non più consentite.

La previsione di cui al citato articolo 13, comma 1, pone dunque il tassativo divieto per le società a capitale interamente pubblico o misto, costituite o partecipate dalle amministrazioni pubbliche regionali e locali per la produzione di beni e servizi strumentali all'attività di tali enti, di svolgere prestazioni a favore di altri soggetti pubblici o privati, né in affidamento diretto né con gara.

Poiché l'articolo 13 espressamente esclude dalla propria disciplina i servizi pubblici locali, la materia dallo stesso disciplinata attiene a quella attività espletata delle società miste/pubbliche che svolgono in *outsourcing* attività di pertinenza delle amministrazioni locali. Sulla base della illustrata disciplina, pertanto, è vietata l'attività *extra moenia* di dette società, al fine di porre un freno all'incidenza che la loro composizione può comportare sull'assetto del mercato, in difesa del principio della libera concorrenza.

Infatti detti soggetti godono di asimmetrie informative di notevoli dimensioni, in grado di alterare la par condicio con gli altri operatori agenti nello stesso mercato e di eludere sostanzialmente il rischio d'impresa.

L'obiettivo che si prefigge l'articolo 13, quindi, è evidentemente quello di ridurre i costi e razionalizzare la spesa pubblica, nonché tutelare la concorrenza, evitando distorsioni sul mercato ed assicurando la par condicio degli operatori.

L'Autorità, al riguardo, ha espresso il proprio avviso anche con la recente deliberazione n. 135/2007, con la quale ha stabilito l'operatività di tale disciplina, anche con riferimento alla partecipazione indiretta dell'ente locale alla società.

Infatti, ammettere che i vincoli posti dalla norma speciale riguardino esclusivamente le partecipazioni dirette degli enti pubblici alle società di cui trattasi varrebbe a sostenere che i vincoli stessi possano agevolmente essere aggirati mediante meccanismi di partecipazioni societarie mediate. Al contrario, anche nelle società c.d. di terzo grado, individuandosi con detta

definizione quelle società che non sono state costituite da amministrazioni pubbliche e non sono state costituite per soddisfare esigenze strumentali alle amministrazioni pubbliche medesime, rimane pur sempre il rilievo che l'assunzione del rischio avviene con una quota di capitale pubblico, con ciò ponendo in essere meccanismi potenzialmente in contrasto con il principio della par condicio dei concorrenti.

L'interpretazione anzidetta trova ulteriore e indiretta conferma nel comma 3 del medesimo articolo 13 suindicato, laddove il legislatore ha previsto un regime transitorio durante il quale le società pubbliche o miste dovranno dismettere in particolare le loro partecipazioni in altre società.

1.4. Valutazione di taluni interventi regionali

Un quadro normativo generale entro il quale l'Autorità è chiamata ad operare non sarebbe completo senza un riferimento alla legislazione regionale.

Al riguardo, occorre precisare che l'articolo 4 del codice dei contratti ha delineato l'assetto delle competenze legislative dello Stato e delle Regioni in materia di appalti pubblici, in conformità al nuovo articolo 117 della Costituzione. Sono state così specificate in dettaglio le materie di competenza esclusiva statale che riguardano i seguenti ambiti, disciplinati dal Codice dei contratti: la qualificazione e selezione dei concorrenti, le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; i criteri di aggiudicazione; il subappalto; i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; le attività di progettazione e ai piani di sicurezza; la stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; il contenzioso. Si tratta, infatti, di profili rientranti, a vario titolo, nelle materie contemplate nell'articolo 117, comma 1, della Costituzione ed in particolare nelle lettere e), l), m), s).

Conseguentemente, secondo il predetto articolo 4 del Codice, le Regioni, nel rispetto dell'articolo 117, comma 2, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del suddetto Codice in relazione agli aspetti sopra menzionati.

Sulla base delle precedenti considerazioni, l'Autorità ha compiuto una propria valutazione con riferimento alla L.R. Campania n. 3 del 27/02/2007 (recante "disciplina dei lavori pubblici, dei servizi e delle forniture in Campania"), che detta una disciplina organica in materia e ad altre leggi regionali che, invece, sono intervenute solo su particolari aspetti della materia stessa, come la L.R. Abruzzo n. 33 del 22/11/2006 (recante "modifiche e integrazioni di leggi regionali concernenti i lavori pubblici e l'edilizia residenziale pubblica"), la L.R. Lombardia n. 6 del 23/02/2007 (recante "disposizioni in materia di opere pubbliche e di edilizia residenziale pubblica - Collegato") e la L.R. Puglia n. 23 del 01/08/2006 (recante "norme regionali per la promozione degli acquisti pubblici ecologici e per l'introduzione degli aspetti ambientali nelle procedure di acquisto di beni e servizi delle amministrazioni pubbliche").

In relazione alla suindicata L.R. Campania n. 3 del 27/02/2007, si è constatato che la stessa ha disciplinato in modo difforme rispetto al Codice alcuni istituti appartenenti alla potestà esclusiva statale.

Tra questi, l'istituto dell'avvalimento che, nella legge regionale (articolo 20, comma 2) è escluso per gli appalti sotto soglia sia in gara sia nel sistema di qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici, in tal modo incidendo su un aspetto strettamente connesso ad una materia di esclusiva competenza legislativa dello Stato ed in particolare sulla materia di tutela della concorrenza.

Le medesime valutazioni sono state effettuate per l'introduzione, all'articolo 46, comma 2, dell'obbligatorietà dell'esclusione automatica delle offerte anomale per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, in difformità dal Codice che invece lascia tale facoltà alle stazioni appaltanti.

Ancora, la legge regionale in questione (articolo 51) prevede l'inserimento di clausole contrattuali speciali, anche a tutela della sicurezza

e della salute dei lavoratori con obblighi di denuncia dei tentativi di infiltrazione della criminalità organizzata.

L'articolo 62 della legge esaminata, poi, disciplina l'arbitrato, materia del pari di esclusiva competenza statale.

Ulteriori difformità riguardano, tra l'altro, l'articolo 2, comma 6, che diversamente dalla disciplina statale, sembra ammettere il ricorso al cosiddetto "*general contractor*" per tutte le tipologie di lavori pubblici e non solo per le infrastrutture strategiche; la mancata previsione, all'articolo 6, che il responsabile unico del procedimento deve essere un tecnico per gli appalti di lavori pubblici; l'articolo 12, comma 1, che per la progettazione sembra prevedere che i contenuti della progettazione possano essere determinati dalla Giunta Regionale.

Per quanto riguarda, infine, gli aspetti organizzativi, si rileva che l'articolo 78 istituisce e disciplina l'Osservatorio regionale degli appalti e concessioni, attribuendovi competenze che in parte replicano e si sovrappongono a quelle stabilite dall'articolo 7 del Codice per l'Osservatorio dei Contratti Pubblici.

Con riferimento alla L.R. Abruzzo n. 33/2006 si è osservato come ai sensi dell'articolo 7 (recante "disposizioni in materia di lavori pubblici") della stessa, fino a nuove disposizioni regionali in materia di collaudi delle opere pubbliche, continuano ad applicarsi le disposizioni contenute nella legge regionale 17 novembre 1976, n. 62 recante "Istituzione dell'Albo regionale dei collaudatori di opere pubbliche". Tale legge prevede che il collaudatore sia nominato tra gli iscritti ad un apposito albo regionale.

Ciò appare in contrasto con la legislazione nazionale che è stata adeguata ai rilievi sollevati in sede comunitaria: già la legge comunitaria 2004 (legge n. 62 del 2005) ha abrogato i commi 8, 9, 10 e 11 dell'articolo 188 del D.P.R. n. 554 del 1999. In tal modo, è stato implicitamente riconosciuto che, essendo il collaudo un "servizio", in caso di affidamento esterno occorre rispettare la normativa in materia di appalti di servizi.

Infine, in relazione alla disciplina della Regione Sicilia, si rileva quanto segue.

Il riconoscimento statutario della competenza legislativa esclusiva nella materia di cui trattasi non comporta l'insussistenza di limiti a tale competenza. Questi sono costituiti, in primo luogo, dal rispetto della Costituzione, dello Statuto e delle relative norme di attuazione, nonché dai vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali ed infine dai principi delle grandi riforme economico-sociali.

Tale ricostruzione generale va, poi, coniugata con la riforma del Titolo V della Costituzione, che ha rivisitato il riparto di competenze legislative dello Stato e delle Regioni.

Tale nuovo riparto riconosce in capo allo Stato competenza legislativa esclusiva, tra l'altro, in materia di tutela della concorrenza (articolo 117). Pertanto l'esercizio della funzione legislativa delle regioni speciali deve coniugarsi con il rispetto delle materie riservate allo Stato.

Invero, alla materia della concorrenza vanno riferiti aspetti essenziali della disciplina sugli appalti, individuati dal Consiglio di Stato - nel parere reso sul codice dei contratti pubblici n. 355/06 - come segue “.. qualificazione e selezione dei concorrenti, ... procedure di gara, ... criteri di aggiudicazione, ... subappalto e ... vigilanza sul mercato degli appalti affidata all'Autorità, costituiscono il nucleo principale del contenuto del Codice, in cui non vi è dubbio che la concorrenza giochi un ruolo preponderante”.

In conformità a quanto sopra, l'articolo 4, comma 5, del D.Lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che “le regioni a statuto speciale e le province autonome di Trento e Bolzano adeguano la propria legislazione secondo le disposizioni contenute negli statuti e nelle relative norme di attuazione”.

Il comma 4 dello stesso articolo parlando indistintamente di “regioni” stabilisce poi che “nelle materie di competenza normativa regionale, concorrente o esclusiva, le disposizioni del presente codice si applicano alle regioni nelle quali non sia ancora in vigore la normativa di attuazione e perdono comunque efficacia a decorrere dalla data di entrata in vigore della normativa di attuazione adottata da ciascuna regione”.

Sulla base della predetta disposizione, quindi, il Codice dovrebbe applicarsi a “tutte” le Regioni nelle quali non sia stata ancora adeguata la disciplina in materia di contratti pubblici.

Tuttavia, la Regione Sicilia ha ritenuto che, anche dopo l’entrata in vigore del D.Lgs. n. 163 del 2006, continui a trovare applicazione la normativa previgente fino ad un’ulteriore intervento legislativo regionale, mentre il Codice andrà applicato limitatamente alle parti che costituiscono esplicazione di competenza legislativa esclusiva dello Stato, nonché attuazione di norme comunitarie.

E’ quanto statuito con la circolare del 18 settembre 2006 (sull’applicazione del D.Lgs. n. 163 del 2006 alla Regione Sicilia), con la quale l’Assessorato dei Lavori Pubblici della Regione Sicilia ha dettato disposizioni in ordine all’efficacia del D.Lgs. n. 163 del 2006 nell’ordinamento regionale, stabilendo quanto segue:

- per gli appalti di servizi, di forniture e settori esclusi, la legge regionale n. 7 del 2002 agli articoli 31, 32 e 33, ha operato un rinvio dinamico alla disciplina statale, oggi abrogata dal nuovo Codice; sicché, può senza dubbio concludersi che per essi il Codice trova immediata applicazione nel territorio regionale.
- per i lavori pubblici, invece, fino all’emanazione della normativa regionale di adeguamento alle disposizioni del Codice dei contratti, in Sicilia continua ad applicarsi la legge regionale n. 7 del 2002 e s.m., fermo restando l’obbligo della Regione di adeguarsi ai principi fondamentali del Codice dei contratti che costituiscono norme di grande riforma economico sociale. Infatti, poiché la precedente normativa nazionale, è stata recepita dal legislatore regionale per mezzo di un rinvio recettizio alla legge n. 109 del 1994, fino a che non si determini un’ulteriore intervento legislativo regionale, le disposizioni del Codice dei contratti non hanno effetto sull’ordinamento della Regione, ad eccezione di quelle norme che sono di competenza esclusiva dello Stato e delle norme comunitarie precettive - c.d. *self executing*.

CAPITOLO 2

L'OSSERVATORIO DEI CONTRATTI PUBBLICI

2.1 L'Attività dell'Osservatorio sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

Per esercitare un'attività che non sia solo di controllo giuridico ma di monitoraggio ed analisi dei mercati di riferimento, l'Autorità si avvale dell'Osservatorio che provvede all'acquisizione ed interpretazione di conoscenze sulle dinamiche dei contratti stipulati nel settore e della connessa quota di risorse finanziarie impiegate: monitoraggio, dunque, e controllo strategico dei processi di spesa.

Introduzione

L'attribuzione all'Autorità delle competenze aggiuntive in materia di servizi, forniture e di alcuni settori speciali, operata dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, comporta un'estensione degli ambiti di osservazione ed un conseguente notevole aumento della mole dei dati da acquisire, trattare, analizzare.

La pubblicazione dei bandi e degli avvisi nella sezione dell'Osservatorio del sito informatico dell'Autorità, nonché dei programmi triennali ed elenchi annuali per estremi e le lettere di invito per la procedura negoziata nel campo dei Beni Culturali consente all'Autorità di svolgere un servizio nei confronti delle stazioni appaltanti. E' previsto, inoltre, un archivio per la pubblicazione di massime tratte da decisioni giurisdizionali e lodi arbitrali.

L'Autorità, tramite l'Osservatorio, svolgerà anche funzioni di «certificazione» relativamente all'iscrizione dei prestatori di servizi e dei fornitori negli elenchi ufficiali; certificazione che costituisce, nei confronti delle stazioni appaltanti, presunzione d'idoneità alla prestazione, corrispondente alla classificazione del concorrente iscritto.

Sono stati estesi a forniture e servizi tutti i compiti già svolti ed in particolare l'elaborazione dei costi standardizzati.

E' stata, inoltre, fissata dal Codice al 1° luglio 2007 l'entrata in vigo-

re delle norme concernenti gli obblighi di comunicazione relativi ai contratti di servizi e forniture ed ai settori speciali.

In relazione a tale scadenza, l'Autorità nel corso del 2006 ha approfondito i problemi metodologici ed operativi per una efficace raccolta ed analisi dei dati dei lavori, servizi e forniture come richieste dal Codice. Tramite l'Osservatorio essa ha meglio definito i processi e gli adempimenti degli operatori, per la rilevazione quantitativa dei dati del mercato di riferimento.

Lo sforzo ha dato i primi frutti; così - a titolo esemplificativo - per migliorare le attività di «rilevazione ed elaborazione dati», esse sono state strutturate in ben definiti campi di azione, e ciò in conformità alla legge vigente. Tali campi di azione riguardano la rilevazione dei dati su:

- programmazione annuale ed elenco annuale dei lavori pubblici;
- bandi ed avvisi di gara dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ;
- imprese partecipanti alle gare per contratti pubblici e relative offerte di partecipazione ;
- qualificazione delle imprese ;
- imprese che hanno commesso gravi infrazioni alle norme in materia di sicurezza e ad ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro;
- sanzioni pecuniarie irrogate a seguito della mancata dimostrazione del possesso dei requisiti, soprattutto in relazione alle ragioni ed al dislocamento territoriale delle esclusioni, già svolta nel campo dei lavori pubblici;
- aggiudicazione e affidamento dei contratti pubblici, nonché loro esecuzione ;
- affidamenti tramite cottimo ;
- ricorrenza delle sospensioni della consegna dei lavori, nonché sospensioni dei lavori oltre il quarto del tempo contrattuale, unitamente ad un'analisi statistica dettagliata delle maggiori cause di tali eventi;
- analisi statistica dettagliata delle maggiori cause del recesso dal contratto e degli accordi bonari ;

- studio dei dati di progetto per la determinazione dei costi standardizzati per tipo di lavoro e per area geografica, nonché delle tariffe ricorrenti e dei costi dei servizi e delle forniture;
- società di ingegneria.

Ma tutto ciò non poteva bastare.

L'Autorità, consapevole del salto di qualità imposto dal Codice in materia di raccolta dei dati finalizzati a più sofisticate analisi dei mercati, non solo ha riorientato le correnti attività e gli attuali sistemi informativi dell'Osservatorio in modo che dal 1° luglio scorso potessero coprire anche i servizi e le forniture, ma soprattutto ha adottato, lo scorso Aprile, un Masterplan per lo sviluppo di un nuovo "Sistema Informativo Integrato" sui contratti pubblici per poter disporre di un razionale, completo e sicuro sistema integrato di banche-dati.

Tale nuovo sistema, per la cui completa realizzazione saranno necessari dai 15 ai 24 mesi e che nella intenzione della Autorità di avvarrà del riutilizzo di sistemi già in uso nella Pubblica Amministrazione, una volta a regime, consentirà di semplificare la raccolta dei dati a livello del mercato e di offrire on line agli enti aggiudicatori tutte le informazioni loro necessarie.

Esso consentirà anche di supportare la formazione delle decisioni che competono alla Autorità e di dare una base statistico conoscitiva all'attività, da parte del Consiglio, di «regolazione» e di elaborazione delle opportune "guidelines" per il mercato.

Ben inteso, tale sistema integrato di base di dati faciliterà anche la predisposizione delle analisi consuntive per riferire al Parlamento sulle disfunzioni riscontrate nel settore, offrendo anche analisi aggiornate della struttura dei mercati e della filiera industriale dei fornitori, comprese le PMI.

D'altro canto, una conoscenza approfondita di questi «meccanismi», assoggettata ad analisi di confronto dei dati con schemi procedurali standardizzati per la conseguente espressione di giudizi di «ordinarietà» o di «straordinarietà», contribuisce alla puntuale individuazione di