



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 scomuto. 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 scomuto 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'analogha 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 Cirillo)

(Giuseppe Minicone)

Il dirigente
(Licia Grassucci)