

# **Le novità recate dal secondo correttivo del codice dei contratti pubblici e le ulteriori sopravvenienze normative**

(Rosanna De Nictolis)\*

\* In corso di pubblicazione per Giuffrè

**Sommario:** 1. Premessa. – 2. Le nuove materie demandate al regolamento e le previsioni dello schema di regolamento in contrasto con il secondo correttivo. - 2.1. Le nuove materie demandate al regolamento. - 2.2. Le norme regolamentari in contrasto con le nuove norme primarie. - 3. Il capitolato generale per i lavori pubblici: perdurante vigenza. - 4. L’Autorità di vigilanza e il suo personale. - 5. L’Osservatorio. - 6. I diritti dell’aggiudicatario in caso di mancata stipula del contratto. - 7. Gli appalti segreti estesi all’amministrazione della giustizia. - 8. Le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione dovuto per il permesso di costruire. - 9. I consorzi. - 10. La qualificazione. - 11. Il sistema SOA sempre più attratto al diritto pubblico. - 12. L’appalto misto di progettazione ed esecuzione: ancora un differimento temporale; l’appalto - concorso e l’appalto - integrato sdoganati solo sopra soglia e ammessi con limitazioni sotto soglia. - 13. La procedura ristretta senza scelta delle imprese da invitare. - 14. La procedura negoziata previo bando: cadono alcune ipotesi. - 15. La procedura negoziata senza bando: vietata la ripetizione di lavori analoghi. - 16. Il dialogo competitivo vietato per le infrastrutture strategiche. - 17. Gli accordi quadro. - 18. La forma e il contenuto delle offerte. - 19. L’offerta economicamente più vantaggiosa. - 20. L’asta elettronica. - 21. La progettazione e i concorsi di progettazione: esteso l’ambito delle procedure di evidenza pubblica, aboliti i minimi tariffari. - 22. La fase di esecuzione dei contratti pubblici: garanzie e termini di adempimento. - 23. La pubblicità sotto soglia. - 24. Il subappalto e la disciplina antimafia. - 25. La risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell’attestazione di qualificazione. - 26. La concessione di lavori pubblici: ridotto il rischio del concessionario; estensione dei principi comunitari alle concessioni sotto soglia. - 27. Il *project financing*: scompare la prelazione in favore del promotore. - 28. Il *leasing finanziario* per le opere pubbliche spostato dalla legge finanziaria 2007 al codice. – 29. Le infrastrutture strategiche. - 30. I settori speciali. - 31. L’arbitrato. - 32. Le disposizioni a tutela dei lavoratori. - 33. Le modifiche all’allegato XXI (relativo alle infrastrutture strategiche). - 34. Le abrogazioni. - 35. L’entrata in vigore e gli istituti differiti. - 36. Le questioni aperte. - 36.1. *L’in house*. - 36.2. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni. - 36.3. Le centrali di committenza. - 36.4. L’arte negli edifici pubblici. – 37. Le altre sopravvenienze normative.

## **1. Premessa.**

In data 31 luglio 2007 è stato pubblicato in G.U. il secondo decreto legislativo correttivo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 luglio 2007 n. 113) approvato in via definitiva dal Consiglio dei Ministri il 27 luglio 2007, ed entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta, e dunque il 1° agosto 2007.

Sul disegno del correttivo è stato espresso parere negativo da parte della Conferenza Unificata Stato – Regioni nella seduta del 15 marzo 2007.

Sul disegno del correttivo è stato espresso il parere favorevole con osservazioni del Consiglio di Stato, ad. gen., 6 giugno 2007 n. 1, ed è stato acquisito il parere delle competenti commissioni parlamentari, subordinato a condizioni e osservazioni (Senato, Commissione VIII, 19 luglio 2007; Senato, Commissione V 11 luglio 2007, Camera, Commissione VIII, 18 luglio 2007, Camera, Commissione V 11 luglio 2007).

Il decreto correttivo è stato emanato in attuazione dell’art. 25, co. 3, l. 18 aprile 2005, n. 62, che consente l’emanazione di disposizioni correttive ed integrative del codice dei contratti pubblici

relativi a lavori, servizi e forniture, recato dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 entro due anni dalla data di entrata in vigore dello stesso.

Con il secondo correttivo si prosegue l'opera di revisione del codice avviata con il primo d.lgs. correttivo (d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6).

Il secondo decreto correttivo consta di cinque articoli, di cui il primo e il secondo recano modifiche sostanziali e formali, essenzialmente a tutela della concorrenza e del mercato, il terzo reca modifiche sostanziali a tutela del lavoro e della prevenzione della criminalità, il quarto contiene la consueta clausola di invarianza della spesa, il quinto reca le abrogazioni, e la disciplina in ordine alla entrata in vigore.

Il disegno perseguito dal secondo correttivo, come si evince dalla sua relazione illustrativa, è da un lato la conformazione dell'ordinamento ad esigenze di matrice anche comunitaria, e dunque la tutela della concorrenza e lo snellimento delle procedure *<<ma comunque – indipendentemente da tale origine, cioè - assunte come pilastri fondamentali ed insostituibili del nuovo regime, in una accezione attenta ai profili sostanziali e funzionali, più che meramente formalistici. Ci si intende riferire, in particolare, alle basilari esigenze di apertura del mercato e promozione effettiva e totalizzante di condizioni sostanziali e immediatamente tangibili di sana e corretta concorrenza tra gli operatori economici. Ma analoghe considerazioni valgono per tutto quanto in grado di potenziare gli strumenti di trasparenza delle procedure, accentuando le occasioni di verificabilità della legittimità della condotta sia degli operatori economici, sia delle stazioni appaltanti e di ogni altro attore a qualunque titolo istituzionalmente coinvolto nelle complesse dinamiche che interessano il settore. In ultimo, una ulteriore esigenza particolarmente avvertita è quella di snellimento delle procedure, rimuovendo ogni pericolo di incrostazione burocratica o comunque non funzionale al conseguimento delle esigenze sopra indicate di trasparenza e apertura del mercato. Un eccesso di regolazione inutile e non funzionale al conseguimento di tali obiettivi, infatti, si traduce nella negazione di quelle stesse priorità, contraddicendone i contenuti e le finalità. Al contrario, in molti casi occorre una attenta disciplina in grado di evitare che la discrezionalità richiesta per assicurare la dovuta flessibilità resti fedelmente ancorata a canoni di legittimità e trasparenza, per la tutela delle esigenze di pubblico interesse sottese, nonché di corretta competizione concorrenziale tra gli operatori. Si impone, pertanto, una attenta disamina caso per caso, al fine di colmare eventuali lacune di disciplina, ovvero – al contrario – per adeguare quella esistente alle indicate priorità>>*.

Dall'altro lato, lo scopo del correttivo è una migliore tutela delle condizioni dei lavoratori del settore edile e la prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici. A tale scopo provvedono le innovazioni contenute nell'art. 3 del correttivo.

Come si legge nella relazione illustrativa *<<Le disposizioni di cui all'articolo 3 introducono alcune previsioni volte a rafforzare la tutela del lavoro - con riguardo segnatamente alle condizioni di lavoro e ai diritti dei lavoratori nell'esecuzione dei contratti pubblici - e la vigilanza in materia, soprattutto per esigenze di contrasto alla criminalità mafiosa, in virtù di una attenta considerazione della realtà nazionale ed in accoglimento di precise indicazioni formulate, rispettivamente, dal Ministero del lavoro e della previdenza sociale e dal Ministero dell'interno.*

*La disciplina di questo settore strategico non può, infatti, prescindere da una adeguata considerazione degli aspetti sociali implicati dallo stesso, e deve quindi mirare a promuovere un elevato livello di occupazione, di protezione sociale e di tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, nonché il miglioramento delle loro condizioni di vita e di lavoro. Appare altresì indispensabile potenziare gli strumenti di vigilanza e controllo dei comportamenti di tutti i soggetti operanti nel settore, nonché predisporre mezzi di intervento rapidi per ristabilire la legalità, ove violata. Le modifiche introdotte dal presente decreto in tema di pubblicità e trasparenza, promuovendo procedure di aggiudicazione leali, non discriminatorie e trasparenti riducono certamente il rischio di frode e di corruzione nelle amministrazioni, ma la trasparenza da sola non basta a sradicare le stesse, imponendo la necessità di prevedere meccanismi di monitoraggio e di controllo delle procedure, nonché sanzioni effettive e dissuasive>>*.

Il secondo correttivo contiene innovazioni sia sostanziali che formali.

Tra le principali novità si segnalano sin da ora:

- l'estensione dell'ambito soggettivo degli appalti segreti, consentiti d'ora innanzi anche all'amministrazione della giustizia;
- la <<pubblicizzazione>> delle SOA;
- l'ulteriore differimento temporale della liberalizzazione dell'appalto misto di progettazione ed esecuzione, e la possibilità di appalto concorso e appalto integrato senza limiti oggettivi solo sopra soglia, mentre sotto soglia tali istituti vengono ammessi solo in casi tassativi;
- l'ulteriore differimento temporale del dialogo competitivo, e il divieto di esso per le infrastrutture strategiche;
- la riduzione del rischio del concessionario, mediante previsione del rimborso, allo scadere della concessione, della quota non ammortizzata;
- l'eliminazione del diritto di prelazione del promotore nel *project financing* (ma non anche per il promotore delle opere di urbanizzazione a scomuto);
- l'eliminazione dei minimi tariffari per i progettisti;
- l'ampliamento delle procedure di evidenza pubblica per l'affidamento non solo degli incarichi di progettazione e i concorsi di progettazione, ma per un più ampio novero di servizi connessi all'architettura e all'ingegneria.

E' stata invece persa l'occasione del secondo correttivo, nonostante il suggerimento del Consiglio di Stato, per disciplinare in termini più coerenti con la concorrenza gli appalti *in house* e le centrali di committenza.

Nonostante il disegno complessivo del correttivo sia in favore di una maggiore tutela della concorrenza, tuttavia sono stati introdotti anche istituti che restringono la stessa: così, l'ampliamento della trattativa privata, che consegue all'estensione soggettiva degli appalti segreti all'amministrazione della difesa, e la riduzione del rischio del concessionario, mediante previsione del rimborso, allo scadere della concessione, della quota non ammortizzata.

E per converso, nell'ottica di una maggiore concorrenza, si sono eccessivamente ristretti i margini di manovra per la pubblica amministrazione, pure consentiti dal diritto comunitario, mediante drastica limitazione dell'appalto – integrato e dell'appalto – concorso sotto soglia, e mediante un sostanziale azzeramento della procedura ristretta in tutti i settori ordinari.

Nello studio si dà conto delle principali novità, seguendo l'ordine degli articoli del codice.

## **2. Le nuove materie demandate al regolamento e le previsioni dello schema di regolamento in contrasto con il secondo correttivo.**

### **2.1. Le nuove materie demandate al regolamento.**

Numerose nuove materie vengono demandate dal secondo correttivo al regolamento di attuazione ed esecuzione del codice.

Le nuove materie demandate al regolamento verranno esaminate analiticamente in sede di commento alle innovazioni recate ai singoli articoli del codice.

Giova, qui, in sintesi, ricordare, che il regolamento disciplinerà, in aggiunta a quanto già previsto dall'art. 5 e da altri specifici articoli del codice:

1) in materia di requisiti soggettivi, la regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'articolo 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 novembre 2002 n. 266 (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);

2) sempre in materia di requisiti soggettivi, la previsione di misure incentivanti stabilite dalla legislazione vigente volte ad attenuare i costi della qualificazione per le piccole e medie imprese (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);

3) in materia di tutela del lavoro, l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore (art. 5, co. 5, lett. r), del codice, come sostituita dal correttivo);

4) sempre in materia giuslavoristica, la tutela dei diritti dei lavoratori <<secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145>> (art. 5, co. 5, lett. s bis, del codice, introdotta dal correttivo);

5) in materia di qualificazione per i lavori pubblici, la revisione periodica delle categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie (art. 40, co. 2, del codice, novellato), con indicazione del periodo di durata di validità delle categorie generali e speciali oggetto della revisione di cui al co. 2 dell'art. 40 (art. 40, co. 4, lett. f), del codice, come novellato).

6) in materia di SOA, l'individuazione dei soggetti a cui le SOA devono rendere disponibile la documentazione e gli atti, anche in caso di sospensione o revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione (art. 40, co. 9 bis, del codice, introdotto dal secondo correttivo);

7) sempre in materia di SOA, il termine per il quale le SOA restano obbligate alla conservazione degli atti (art. 40, co. 9 bis, del codice, introdotto dal correttivo);

8) in tema di appalto – concorso, ai fini della valutazione del progetto, i fattori ponderali da assegnare ai “pesi” o “punteggi” in modo da valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali (art. 53, co. 2, lett. c), del codice, come novellato dal correttivo);

9) in materia di appalto - integrato e appalto - concorso sotto soglia, i presupposti oggettivi in presenza dei quali tali istituti sono ammessi sotto soglia (art. 122 del codice, come novellato dal correttivo);

10) in tema di concorsi di progettazione sotto soglia, le disposizioni volte ad assicurare l'adeguata partecipazione di giovani professionisti;

11) in tema di termini di pagamento per le stazioni appaltanti, i termini massimi saranno fissati dal regolamento e non più dal capitolato generale (v. art. 133, co. 1, del codice, come novellato dal correttivo).

## **2.2. Le norme regolamentari in contrasto con le nuove norme primarie.**

La sopravvenienza del decreto correttivo pone un problema di coordinamento con lo schema di regolamento approvato in via preliminare dal Governo prima dell'approvazione definitiva del correttivo, e trasmesso per i pareri, senza tener conto delle nuove materie ad esso demandate dal secondo correttivo, e senza aver compiuto una verifica di compatibilità dello schema di regolamento con le nuove disposizioni.

Il codice impone l'esercizio unitario della potestà regolamentare, atteso che l'art. 5 prevede il <<regolamento>> e non <<uno o più regolamenti>>.

L'esercizio unitario della potestà regolamentare, quanto meno in sede di adozione del primo regolamento di esecuzione e attuazione del codice, è anche indispensabile sia alla luce del principio di semplificazione normativa e burocratica, sia per garantire la esatta corrispondenza delle norme regolamentari alla volontà <<attuale>> del legislatore.

Lo schema di regolamento trasmesso dal Governo è:

- da un lato incompleto, perché non contempla tutte le nuove materie demandate alla potestà regolamentare;

- dall'altro lato contenente disposizioni in contrasto con le nuove previsioni introdotte dal decreto correttivo; a titolo di esempio:

- - l'art. **3, lett. 1)**, dello schema che reca la definizione di <<*opere e impianti di speciale complessità, o di particolare rilevanza sotto il profilo tecnologico, complessi ad elevata componente tecnologica, oppure di particolare complessità, ai fini, rispettivamente, dell'art. 90, co. 6, dell'art. 91, co. 5 e dell'art. 141, co. 7*>>, del codice, va coordinato con il nuovo testo dell'art. 122, co. 1, del codice, come novellato dal d.lgs. n. 113/2007, che negli appalti sotto soglia consente l'appalto misto di progettazione ed esecuzione solo in presenza di lavori di speciale complessità e nel caso di progetti integrali;

- - l'art. **10, co. 3**, dello schema, prevede un termine di venti giorni decorrenti dalla redazione dei programmi, per rendere pubblica la presenza, nei programmi, di interventi realizzabili con capitali privati, laddove nell'art. **153, co. 3**, del codice, il termine è stato elevato da venti a novanta giorni;

- - l'art. **62** dello schema indica i requisiti di carattere morale per le SOA, ririducendo previsioni dell'art. 38 del codice, che è stato tuttavia nel frattempo novellato;

- - l'art. **77, co. 1**, dello schema, in relazione ai requisiti di ordine generale per conseguire la qualificazione, indica requisiti ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 38, del codice, che tuttavia sono ora stati inseriti direttamente nel codice (v. art. 38, lett. m *bis*), dal secondo correttivo;

- - l'art. **96, co. 3**, dello schema, prevede la risoluzione del contratto ogni qualvolta vi sia stata la revoca dell'attestazione di qualificazione, ed è ora in contrasto con l'art. 135, co. 1 *bis*, del codice, introdotto dal secondo correttivo, secondo cui la risoluzione del contratto ha luogo solo in caso di revoca dell'attestazione di qualificazione conseguita sulla base di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;

- - gli **artt. 97 e ss.** dello schema disciplinano la qualificazione del contraente generale per le infrastrutture strategiche, senza tener conto che il secondo correttivo ha introdotto il contraente generale nell'ambito del *leasing* finanziario, utilizzabile per tutte le opere pubbliche, e dunque senza chiarire quale sia il regime di qualificazione del contraente generale nell'ambito del *leasing* finanziario;

- - l'art. **165, co. 9**, e l'art. **166, co. 8**, dello schema, demandano al capitolato speciale prestazionale allegato al progetto preliminare le modalità per il pagamento del corrispettivo previsto per le spese di progettazione esecutiva, laddove il nuovo art. **53, co. 3 bis**, demanda al bando la facoltà di prevedere le modalità di corresponsione diretta al progettista della quota di compenso corrispondente agli oneri di progettazione, peraltro non solo con riferimento alla progettazione esecutiva, ma anche a quella definitiva;

- - l'art. **274 dello schema** disciplina la scelta dei candidati da invitare nella procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di progettazione, laddove gli artt. 55, co. 6 e 62, co. 1, del codice, come novellati, escludono, nella procedura ristretta per servizi e forniture, la scelta delle imprese da invitare, imponendo alla stazione appaltante di invitare tutti coloro che ne fanno richiesta;

- - l'art. **287, co. 4**, ultimo periodo, dello schema, in relazione al *project financing* nel settore dei servizi, prevede il diritto di prelazione del promotore, che invece è stato abrogato, nel settore dei lavori, dal secondo decreto correttivo;

- - l'art. 307 dello schema disciplina la risoluzione del contratto per reati accertati in relazione ai servizi e le forniture, riproducendo l'art. 135 del codice, che è stato in numerosi punti novellato dal secondo correttivo;

- - la **parte V** dello schema di regolamento, secondo quanto si legge anche nella relazione illustrativa, mira a creare maggiori vincoli per gli enti aggiudicatori dei settori speciali, laddove il secondo correttivo ha operato una scelta diametralmente opposta, stabilendo, **nell'art. 206**, del codice, che l'elenco delle norme dettate per i settori ordinari, e richiamate per i settori speciali, è tassativo.

### **3. Il capitolato generale per i lavori pubblici: perdurante vigenza.**

All'articolo 5, co. 9, le parole "di cui al comma 7" sono sostituite con le parole "di cui al comma 8, per correggere un mero refuso materiale.

All'art. 253, co. 3, viene precisato che la perdurante vigenza dell'attuale capitolato generale di appalto di lavori opera nei limiti di compatibilità con il codice.

Tanto, in accoglimento di un'osservazione del Consiglio di Stato, che, nel parere n. 1/2007 reso sul codice, aveva appunto suggerito tale modifica.

E, invero, l'art. 253, co. 3, ultimo periodo, fa salva la vigenza del capitolato generale di opere pubbliche, fino al nuovo capitolato generale. Ma tale salvezza deve avvenire solo nei limiti di compatibilità con il codice, atteso che il capitolato contiene numerose disposizioni che sono incompatibili con il nuovo codice.

### **4. L'Autorità di vigilanza e il suo personale.**

Il decreto correttivo (art. 2, co. 1, n. 3) novella l'art. 6, co. 2, del codice, sostituendo alla parola cinque la parola sette.

Viene in tal modo chiarito che l'Autorità si compone di sette membri.

Giova ricordare che la l. 24 novembre 2006, n. 286, di conversione del d.l. 3 ottobre 2006, n. 262, ha inserito *ex novo* nel d.l., l'art. 2, di cui alcuni commi incidono in materie del codice.

Il comma 85 di tale art. 2, nel novellare l'art. 11, co. 5, l. 23 dicembre del 1992, n. 498, ha aumentato di due membri i componenti dell'Autorità di vigilanza.

L'ultimo periodo dell'art. 11, co. 5, lett. f), così dispone: "*La composizione del consiglio dell'Autorità è aumentata di due membri con oneri a carico del suo bilancio. Il presidente dell'Autorità è scelto fra i componenti del consiglio*".

Tale aumento è in vigore dal 29 novembre 2006, data di entrata in vigore della l. n. 286 del 2006, che ha inserito tale norma.

Il Consiglio di Stato, nel suo parere ha osservato che la parte finale della disposizione ("*Il presidente dell'Autorità è scelto tra i componenti del consiglio*") va coordinata con quella che si trova nel codice, secondo cui "*l'Autorità sceglie il presidente tra i propri componenti*". Non sembra che la diversa formulazione comporti che la scelta del Presidente debba avvenire a cura di un organo esterno o comunque diverso dal collegio dei componenti dell'Autorità, in quanto se il legislatore avesse voluto disporre in tal senso, avrebbe dovuto indicare anche l'autorità da cui far derivare la nomina e disciplinare il relativo procedimento.

Peraltro, la concreta applicazione della norma, che è nel frattempo intervenuta, è stata proprio nel senso di individuare nel collegio dei componenti dell'Autorità l'organo deputato ad eleggere il presidente.

Il Consiglio di Stato ha pertanto suggerito di abrogare l'intera disposizione e di inserire il solo aumento dei componenti nel comma 2 dell'art. 6 del Codice, sostituendo la parola "*cinque*" con la parola "*sette*".

Il correttivo si è dunque adeguato, sul punto, al parere del Consiglio di Stato, tuttavia non è stato accolto il suggerimento di abrogare anche l'art. 11, co. 5, lett. f) l. n. 498/1992 (che costituiva anche una condizione posta dal Senato, Commissione VIII, 19 luglio 2007).

In tema di personale dell'Autorità, il decreto correttivo stabilisce che alla data di entrata in vigore del secondo correttivo cessa comunque di avere applicazione l'art. 1, co. 2, d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, cioè il primo correttivo appalti (art. 5, co. 2, del correttivo).

Giova chiarire che l'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 6/2007 ha differito al 1° agosto 2007 l'entrata in vigore dell'art. 8, co. 6, del codice, mediante novella dell'art. 257, co. 2 *bis*, del codice.

L'art. 8, co. 6, riguarda il ruolo del personale dell'Autorità, da istituirsi con d.P.C.M. su proposta dell'Autorità medesima.

La cessazione della norma di rinvio comporta l'entrata in vigore dell'art. 8, co. 6, e dunque la necessità di istituire il ruolo del personale dipendente dell'Autorità.

La novella è superflua, in quanto l'art. 257, co. 2 *bis*, è norma che di per sé è destinata a scadere il primo agosto 2007, sicché a prescindere dalla novella, il 1° agosto 2007 sarebbe comunque entrato in vigore l'art. 8, co. 6, del codice.

Sul piano del *drafting* sarebbe stato molto più semplice abrogare l'art. 257, co. 2 *bis*, ovvero sancirne la perdita di efficacia.

## **5. L'Osservatorio.**

Il secondo correttivo ha novellato l'art. 7, co. 4, stabilendo che i compiti non sono svolti direttamente dalla sezione centrale dell'Osservatorio, bensì tramite le sezioni regionali. Infatti all'art. 7, co. 4, le parole <<svolge i>> sono sostituite con le parole <<, si avvale delle sezioni regionali competenti per territorio, per l'acquisizione delle informazioni necessarie allo svolgimento dei>>.

La novella recepisce una condizione della Commissione VIII della Camera, ed è volta a rafforzare il ruolo delle sezioni regionali dell'Osservatorio, con particolare riferimento all'attività di raccolta dei dati relativi ai servizi e alle forniture di interesse regionale, provinciale e comunale.

Il secondo correttivo ha novellato anche l'art. 7, co. 8, lett. a), in ordine alla decorrenza del termine per le comunicazioni all'Osservatorio: si precisa che il termine decorre non dall'aggiudicazione *tout court*, bensì dall'aggiudicazione definitiva.

## **6. I diritti dell'aggiudicatario in caso di mancata stipula del contratto.**

Il secondo correttivo novella l'art. 11, co. 9, che attualmente disciplina i diritti dell'aggiudicatario, in caso di mancata stipulazione, laddove sia intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza. La previsione, dettata solo per i lavori, viene estesa ai servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza. Viene tuttavia specificato che nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione.

## **7. Gli appalti segreti estesi all'amministrazione della giustizia.**

Il testo dell'art. 17, co. 1, d.lgs. n. 163/2006, anteriore alla novella recata dal secondo correttivo, così disponeva:

*<<1. Le opere, i servizi e le forniture destinati ad attività della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto, o ad attività degli enti aggiudicatori di cui alla parte III, nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza in conformità a disposizioni legislative, regolamentari e amministrative vigenti o quando lo esiga la protezione degli interessi essenziali della sicurezza dello Stato, possono essere eseguiti in deroga alle disposizioni relative alla pubblicità delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nel rispetto delle previsioni del presente articolo>>.*

Come si vede, gli appalti segreti erano ancorati sia a presupposti oggettivi che a presupposti soggettivi (appalti della Banca d'Italia, delle forze armate o dei corpi di polizia). In presenza di tali

presupposti, e apposto il vincolo di segretezza, l'appalto può essere affidato in deroga alle procedure di evidenza pubblica, con trattativa privata previa gara informale con invito ad almeno cinque candidati.

Negli stessi identici termini disponeva anche l'art. 33, l. n. 109/1994.

Con la novella recata dal secondo correttivo, dopo le parole <<*delle forze armate o dei corpi di polizia per la difesa della Nazione o per i compiti di istituto*>> sono aggiunte quelle <<nonché dell'amministrazione della giustizia>>.

In tal modo, viene ampliato l'ambito soggettivo delle amministrazioni pubbliche che possono ricorrere agli appalti segreti, limitatamente all'amministrazione della giustizia.

In una prima versione dello schema, si era proposto di estendere gli appalti segreti a tutte le amministrazioni statali.

Tale soluzione è stata poi modificata in senso restrittivo, in quanto, se fosse stata seguita, si sarebbe tradotta in un rilevante ampliamento della possibilità di ricorso alla trattativa privata, in deroga alle regole di concorrenza.

E' vero che, formalmente, le direttive comunitarie 2004/17 e 2004/18 ancorano la possibilità di segretezza solo a presupposti oggettivi, e non anche soggettivi, e che, pertanto, formalmente, l'intervento del correttivo è in linea con il diritto comunitario.

Tuttavia è anche vero che gli organi comunitari hanno sempre stigmatizzato l'utilizzo eccessivo della trattativa privata e della segretezza.

Sicché, è scelta prudentiale circoscrivere la segretezza anche quanto alle categorie soggettive che vi possono ricorrere, anche perché i presupposti oggettivi della segretezza sono oggetto di valutazioni discrezionali difficilmente sindacabili e controllabili.

L'ampliamento delle amministrazioni che possono utilizzare la segretezza, oltre a tradursi in un eccessivo ampliamento della possibilità di utilizzo della trattativa privata, non sarebbe stato in linea con la scelta complessiva del secondo correttivo, che ha novellato l'art. 56 del codice eliminando alcune ipotesi di procedura negoziata.

Sicché, da un lato, sono state soppresse ipotesi di procedura negoziata di derivazione comunitaria, e dall'altro lato, mediante l'ampliamento delle pubbliche amministrazioni che possono ricorrere alla segretezza, si sarebbe ampliato l'ambito della trattativa privata interna.

La soluzione finale accolta è stata dunque di un cauto ampliamento soggettivo degli appalti segreti, per le sole esigenze dell'amministrazione della giustizia.

Giova osservare che in parte l'amministrazione della giustizia già poteva utilizzare gli appalti segreti secondo il previgente art. 17, e in particolare quanto alle forze di polizia che fanno capo al Ministero della giustizia (polizia penitenziaria) per i compiti di istituto e le esigenze della Nazione.

Con la nuova previsione, sembra fuori discussione che l'amministrazione della giustizia, ove ricorrano i presupposti oggettivi divisati dall'art. 17, potrà utilizzare gli appalti segreti per la realizzazione di carceri e palazzi di giustizia.

Nella relazione illustrativa si legge che la novella è volta ad estendere la disciplina sui contratti segreti anche alle amministrazioni della giustizia, allorché sussistano adeguate e motivate ragioni di sicurezza e di segretezza, e la stessa recepisce una condizione della Commissione VIII della Camera volta ad eliminare una ingiustificata disparità di trattamento tra i soggetti considerati dall'attuale formulazione dell'art. 17 ed alle amministrazioni della giustizia chiamate ad operare nei casi in cui sono richieste misure speciali di sicurezza o di segretezza o in presenza di interessi essenziali relativi alla sicurezza dello Stato o di ragioni connesse ai segreti di Stato. Del resto si è in presenza di profili, la cui considerazione è rimessa, dalle Direttive ai singoli Stati membri; inoltre, la necessità di adottare speciali misure di sicurezza o di tutelare gli interessi essenziali dello Stato è circostanza che ben può presentarsi in relazione ad opere, servizi e forniture destinati ad attività di soggetti diversi da quelli finora espressamente menzionati dall'articolo 17. Né la previsione codicistica può ritenersi interpretabile in senso estensivo, atteso che si è in presenza di una previsione derogatoria rispetto all'applicazione di norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti



conferiti dal trattato nel settore degli appalti pubblici, che deve essere necessariamente interpretata restrittivamente.

La medesima Commissione VIII della Camera evidenziava la necessità di estendere ai contratti relativi ai servizi di movimentazione e trasporto di fondi e valori diversi dai servizi postali la disciplina dei contratti secretati. Tale condizione non è stata accolta, in quanto essa non considera la circostanza che, nell'attuale formulazione della norma, la stessa si riferisce anche agli enti aggiudicatori nei settori speciali.

## **8. Le opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di costruzione dovuto per il permesso di costruire.**

Il secondo correttivo reca una novella all'art. 32, co. 1, lett. g), relativo all'affidamento delle opere di urbanizzazione a scomputo del contributo dovuto per il permesso di costruire.

E' noto che tali opere, secondo la Merloni *quater*, vanno affidate con procedura di evidenza pubblica da parte del titolare del permesso di costruire che le assume a scomputo. Il codice conferma tale soluzione, ma vi aggiunge la possibilità che in relazione a tali opere il titolare del permesso di costruire assuma il ruolo di promotore finanziario.

Il secondo correttivo novella l'art. 32, co. 1, lett. g), sostituendo le parole "*gara bandita ed effettuata dal promotore*" con le parole "*gara bandita ed effettuata dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire*".

La modifica chiarisce, correttamente, che la gara va bandita non dal promotore, ma dall'amministrazione che rilascia il permesso di costruire.

Viene inoltre precisato che la gara si svolge sulla base della progettazione presentata dal promotore.

Tanto, in accoglimento di un'osservazione del parere del Consiglio di Stato, che aveva suggerito una ulteriore modifica, volta a chiarire che il titolare del permesso di costruire assume il ruolo di promotore finanziario, e che sulla base della proposta del promotore la gara viene bandita dall'amministrazione, per la selezione delle due migliori offerte da porre in competizione con la proposta del promotore.

Il secondo correttivo fa inoltre una precisazione in ordine ai requisiti di qualificazione del promotore, stabilendosi che <<il promotore deve avere i requisiti di qualificazione previsti dall'articolo 40 in relazione alla tipologia e all'importo delle opere di urbanizzazione>>.

La soluzione non è condivisibile, in quanto, secondo la disciplina generale del *project financing*, i requisiti di qualificazione del promotore non coincidono necessariamente con quelli dell'esecutore, e il promotore deve dimostrare i requisiti di qualificazione per l'esecuzione dei lavori non nella fase iniziale della procedura, ma solo nella fase di negoziazione dove la proposta viene messa in competizione con le altre due migliori offerte.

Giova osservare che il secondo correttivo ha abolito in termini generali il diritto di prelazione del promotore finanziario, ma la prelazione rimane integra nel caso del promotore finanziario di opere di urbanizzazione a scomputo, non essendo stato toccato anche l'art. 32 del codice.

Il correttivo ha anche recepito altre osservazioni del Consiglio di Stato in relazione all'affidamento diretto delle opere di urbanizzazione sotto soglia.

Infatti il Consiglio di Stato aveva ritenuto opportuno richiamare la questione interpretativa che si pone riguardo al co. 8 dell'art. 122, concernente il procedimento di esecuzione delle opere di urbanizzazione primaria di importo "*sotto soglia*".

In tale comma nella versione anteriore alla novella si stabiliva che a queste opere non si applicano le disposizioni di cui all'articolo 32, co. 1, lettera g), quando "*correlate al singolo intervento edilizio assentito*", potendo in tale caso essere realizzate direttamente, sempre a scomputo dei contributi dovuti, dai titolari del permesso di costruire.

La questione interpretativa riguarda il significato della locuzione "*correlate al singolo intervento edilizio assentito*".

Se, infatti, essa è intesa in senso letterale, cioè riferita ad opere di urbanizzazione primaria strumentali soltanto al singolo edificio, la fattispecie è difficilmente rinvenibile in fatto, risultando obiettivamente difficile che vi siano opere di urbanizzazione primaria di tale natura, con la conseguenza di una incerta e assai difficile applicabilità della norma, pure volta a facilitare la diretta e più rapida realizzazione di opere essenziali, come quelle di urbanizzazione primaria, quando di minore importo.

Nell'art. 122, co. 8, d'altro lato, la fattispecie risulta definita in modo diverso da quella di cui nell'art. 32, co. 1, lett. g), poiché in questa ci si riferisce ai *“titolari del permesso di costruire”* mentre, nella norma in esame, tale locuzione non è riprodotta e ci si riferisce non al *“permesso di costruire”* ma allo *“intervento edilizio”*, richiamando, inoltre, la più ampia nozione di *“assenso”* invece di quella di *“permesso”*, ciò che, considerata anche l'ampiezza delle *“Definizioni di interventi edilizi”* di cui all'art. 3, d.lgs. n. 380/2001 (comprendenti, con gli *“interventi di urbanizzazione primaria”*, anche quelli di *“ristrutturazione urbanistica”* individuati come *“quelli rivolti a sostituire l'esistente tessuto urbanistico-edilizio con altro diverso, mediante un insieme sistematico di interventi edilizi...”*), può far dedurre che le opere sotto soglia siano rapportabili anche ad un intervento edilizio maggiore di quello riferibile ad un solo edificio oggetto di singolo permesso di costruire quando il *“singolo intervento edilizio assentito”* si configuri come intervento complesso ma unitario, afferente, cioè, ad una fattispecie più ampia di quella del solo edificio in quanto distinto da unitaria funzionalità per il profilo edilizio-urbanistico.

In questo quadro, alla luce delle dette incertezze e difficoltà poste dalla locuzione normativa in esame, il Consiglio di Stato ha prospettato all'amministrazione la valutazione dell'opportunità di un intervento correttivo, ipotizzabile sia nella espunzione della locuzione dal testo ovvero in una sua integrazione idonea a precisare la fattispecie.

In questa seconda ipotesi, e viste le suesposte considerazioni sulla configurabilità dell'intervento edilizio *“singolo”* quale *“unitario”*, o meglio, unificato dalla singola funzionalità per il profilo edilizio-urbanistico, l'integrazione (fermo il verificato importo sotto soglia dell'intervento) potrebbe definirsi aggiungendo, dopo la parola *“assentito”*, le seguenti: *“anche attuativo di un lotto funzionale di piani urbanistici esecutivi”*

Alla luce di tali osservazioni, le modifiche di cui all'**articolo 122, comma 8**, sono volte a chiarire la portata della previsione concernente le opere a scomputo di urbanizzazione primaria sotto soglia: scompare la parola <<singolo>> riferita all'intervento edilizio e si precisa che l'intervento edilizio assentito comprende anche l'ipotesi in cui le opere sono funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio. A garanzia della trasparenza e correttezza delle procedure, si prevede che prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere in discorso, tutti gli atti relativi agli interventi edilizi da realizzare a scomputo delle opere di urbanizzazione, siano trasmessi alle Procure regionali della Corte dei conti a cura degli uffici tecnici delle amministrazioni locali interessate.

Nella relazione illustrativa si legge, in proposito <<Al riguardo, si ritiene opportuno rammentare che ai sensi dell'articolo 16, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, il rilascio del permesso di costruire comporta la corresponsione di un contributo commisurato all'incidenza degli oneri di urbanizzazione nonché al costo di costruzione.

L'articolo 122, comma 8, del decreto legislativo n. 163 del 2006, per le opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 1, comma 1, lett. b) e all'articolo 4, comma 1, della legge n. 847 del 1964, di importo inferiore alla soglia comunitaria, dispone continui ad applicarsi l'articolo 16, comma 2, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 e successive modificazioni. La disposizione da ultimo indicata prevede, a sua volta, che il titolare del permesso possa obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale della quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune stesso. La lettura della norma contenuta nell'articolo 122, comma 8, induce a ritenere che la locuzione *“singolo intervento edilizio assentito”* vada inequivocabilmente riferita all'intervento edilizio oggetto di uno specifico permesso di costruire. Fatta questa doverosa

premessa, si reputa corretta l'impostazione del Consiglio di Stato laddove specifica che il legislatore dell'articolo 122, comma 8, ha voluto introdurre nell'ordinamento una nozione più ampia del "permesso di costruire" non circoscritta al singolo edificio ma estesa, dal profilo urbanistico-edilizio, ad un intervento complesso ed unitario comprensivo delle opere di urbanizzazione primaria ivi indicate, funzionalmente allo stesso connesse. Infatti, la *ratio* sottesa all'articolo suddetto (rinvenibile anche nell'articolo 32, comma 1, lett. g), che disciplina la figura del promotore per il caso delle opere di importo pari o superiore alla soglia comunitaria) consiste nel sancire che il principio della correlazione funzionale è presupposto che consente la permanenza nell'ordinamento dell'istituto dello "scomputo", legittimando, per le predette opere di urbanizzazione primaria sottosoglia, la possibilità che il titolare del permesso di costruire possa direttamente provvedere alla loro realizzazione.

Appare superfluo evidenziare che in carenza di tale vincolo di correlazione anche le cennate opere di valore complessivo inferiore alla soglia comunitaria, in quanto opere pubbliche, dovrebbero essere assoggettate a procedure ad evidenza pubblica.

Ne consegue, a ben vedere, che la norma dell'articolo 122, comma 8 possa essere riferita già nell'attuale stesura ad un intervento unitario assentito anche attuativo di un lotto funzionale di piani urbanistici esecutivi, purché restino fermi i requisiti oggettivi su cui poggia la costruzione giuridica e cioè il vincolo di correlazione con l'intervento principale per il quale sia stato rilasciato il titolo abilitativo, e l'importo sottosoglia delle opere di urbanizzazione primaria correlate. Una diversa soluzione che sia tesa ad estendere ad altre fattispecie l'istituto dello "scomputo", non si ritiene praticabile qualora venga meno anche uno soltanto degli indispensabili presupposti da ultimo richiamati. Per questo le modifiche di cui all'articolo 122, comma 8, sono volte a chiarire la portata della previsione concernente le opere a scomputo di urbanizzazione primaria sotto soglia, precisando che l'intervento edilizio assentito comprende anche l'ipotesi in cui le opere sono funzionalmente connesse al suddetto intervento edilizio. A garanzia della trasparenza e correttezza delle procedure, si prevede che prima dell'avvio dell'esecuzione delle opere in discorso, tutti gli atti relativi agli interventi edilizi siano trasmessi alle Procure regionali della Corte dei conti>>.

Nella versione finale del correttivo è scomparsa la proposta di prevedere che il termine di prescrizione dell'azione erariale decorresse dalla verifica dell'eventuale danno.

## **9. I consorzi.**

In relazione ai consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro, in aggiunta a quelli contemplati dalla l. n. 422 del 1909, vengono contemplati quelli di cui al d.lgs.C.P.S. n. 1577 del 1947, mediante novella dell'art. 34, co. 1, lett. b) e dell'art. 186, co. 1, del codice.

Il correttivo novella inoltre l'art. 36 e l'art. 37, per eliminare alcune disparità di trattamento dei consorzi stabili rispetto alle altre figure consortili, non volute ma frutto del mancato coordinamento di innovazioni normative che si sono stratificate nel corso degli anni.

Si prevede la soppressione dell'art. 36, co. 3, che è superfluo.

Viene novellato l'art. 37, co. 7, nel senso che solo i consorzi dell'art. 34, co. 1, lett. b) (i consorzi tra cooperative di produzione e lavoro e tra imprese artigiane), e non anche quelli di cui alla lett. c) (i consorzi stabili) del medesimo articolo sono tenuti ad indicare, in sede di offerta, per quali consorziati il consorzio concorre, con conseguente divieto di partecipazione alla medesima gara dei consorziati. Non è chiaro il senso dell'innovazione, atteso che per i consorzi stabili il divieto di partecipazione alla medesima gara del consorzio e dei consorziati è comunque sancita dall'art. 36, co. 5.

L'unica innovazione significativa, in accoglimento di una osservazione del Consiglio di Stato, è l'aver previsto anche nell'art. 37, co. 7, il rinvio alla sanzione penale dell'art. 353 c.p., già prevista nell'art. 36, co. 5.

Il parere del Consiglio di Stato aveva infatti rilevato che l'art. 36, co. 5, che riguarda i consorzi stabili, per l'inosservanza del divieto richiama l'art. 353 c.p.

Invece l'art. 37, co. 7, che prevede l'identico divieto per i consorzi fra società cooperative, non richiamava l'art. 353 c.p.

Si trattava di refuso che però comportava una disparità di trattamento sotto il profilo del regime penale.

Sicché: o il richiamo dell'art. 353 c.p. veniva soppresso nell'art. 36, co. 5 (potendo anche apparire superfluo, stante l'autonoma operatività dell'art. 353 c.p.), o veniva effettuato anche nell'art. 37, comma 7.

Il richiamo all'art. 353 c.p., secondo il Consiglio di Stato, può avere una sua utilità per obbligare la stazione appaltante a trasmettere gli atti alla competente procura della Repubblica, in caso di inosservanza del divieto, per le valutazioni di competenza.

Il testo definitivo del correttivo, come osservato, estende il richiamo all'art. 353 c.p. anche all'ipotesi dell'art. 37, co. 7.

Nel comma 12 dell'art. 37 viene inserito anche il richiamo al dialogo competitivo.

Nei commi 18 e 19, che riguardano ipotesi di vicende patologiche riguardanti il mandatario del raggruppamento temporaneo, viene aggiunto il richiamo ai casi previsti dalla disciplina antimafia.

## **10. La qualificazione.**

Al regolamento di cui all'art. 5 viene demandata la disciplina di ulteriori profili in materia di requisiti soggettivi e qualificazione, mediante novella dell'art. 5, co. 5, lett. g): in particolare, la regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 novembre 2002, n. 266 e la previsione di misure incentivanti stabilite dalla legislazione vigente volte ad attenuare i costi della qualificazione per le piccole e medie imprese (art. 5, co. 5, lett. g), come novellato dal correttivo).

Sempre al regolamento, viene demandata la possibilità di revisione periodica delle categorie di qualificazione con la possibilità di prevedere eventuali nuove categorie (art. 40, co. 2, novellato), con indicazione del periodo di durata di validità delle categorie generali e speciali oggetto della revisione di cui al comma 2 dell'art. 40 (art. 40, co. 4, lett. f), come novellato).

Viene novellato l'art. 40, co. 7, nel quale le parole "UNI CEI ISO 9000 ovvero la dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema" sono sostituite con le parole "UNI EN ISO 9000>>. Si è così corretto un refuso, atteso che da un lato la certificazione di qualità è divenuta UNI EN ISO 9000 e dall'altro lato il codice non contempla più la <<dichiarazione della presenza di elementi significativi e tra loro correlati di tale sistema>>.

All'art. 42, dopo il co. 4, è stato inserito il seguente co. 4 *bis*: <<Al fine di assicurare la massima estensione dei principi comunitari e delle regole di concorrenza negli appalti di servizi o di servizi pubblici locali, la stazione appaltante 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>>.

Viene in tal modo trasfuso nel codice il contenuto dell'art. 1, co. 914, della legge finanziaria per il 2007.

Tanto in accoglimento parziale di una osservazione del parere del Consiglio di Stato, secondo il quale, se non ci fosse stata la disciplina specifica recata dalla finanziaria, la fattispecie ivi contemplata sarebbe stata ammessa nei limiti di cui all'art. 49, codice (avvalimento di terzo soggetto per la prova dei requisiti di carattere tecnico).

Non è stato recepito l'ulteriore rilievo del Consiglio di Stato, secondo cui, per evitare che la innovazione possa essere intesa come deroga all'art. 49 del codice, in ordine sia alla prova del contratto di locazione finanziaria sia, soprattutto, alle cautele antimafia che vanno adottate in tema di pubblici affidamenti, sarebbe anche necessario richiamare tali disposizioni.

Secondo il Consiglio di Stato andava aggiunta la locuzione <<a condizione che nei confronti del locatore finanziario siano rispettate le condizioni e requisiti di cui agli articoli 49 e 118>>.

## **11. Il sistema SOA sempre più attratto al diritto pubblico.**

Significative novità sono state introdotte dal correttivo per rafforzare il sistema SOA.

Viene prevista nell'art. 38 una ulteriore causa di esclusione dalle gare, con la lett. m *bis*), per i soggetti nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la revoca dell'attestazione SOA da parte dell'Autorità per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultanti dal casellario informatico. Tanto, a maggior garanzia dell'integrità morale e tecnica delle imprese per la corretta esecuzione dell'opera.

Nell'art. 40, co. 3, per evitare il rilascio di attestazioni non veritiere da parte delle SOA, viene qualificata la loro attività in termini pubblicistici a fini penali. Si prevede, infatti: << *Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20. In caso di false attestazioni dalle stesse rilasciate si applicano gli articoli 476 e 479 del codice penale. Le attestazioni dalle stesse rilasciate costituiscono atto pubblico a fini penali. Prima del rilascio delle attestazioni, le SOA verificano tutti i requisiti dell'impresa richiedente*>>.

Nella versione originaria si leggeva che le attestazioni sono considerate atti pubblici a fini penali. Il parere del Consiglio di Stato aveva suggerito di sopprimere l'inciso "a fini penali", di modo che la norma risultasse così formulata: "Le SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione per gli esecutori di lavori pubblici svolgono funzioni di natura pubblicistica. Le attestazioni dalle stesse rilasciate costituiscono atto pubblico".

In tal modo, sarebbe stato chiaro, in coerenza con la previsione che le SOA esercitano una funzione pubblicistica, che le attestazioni sono atto pubblico a tutti gli effetti, e non solo a quelli penali.

Ciò del resto, non farebbe che confermare l'attuale quadro giurisprudenziale. Allo stato, infatti, le attestazioni si inseriscono in un rapporto pubblicistico, con conseguente impugnabilità davanti al g.a., e ciò in coerenza con il rapporto tra SOA e Autorità di vigilanza e con la possibilità per l'Autorità di annullare le attestazioni SOA.

Il testo definitivo del correttivo non ha tuttavia accolto tale osservazione, qualificando l'attività svolta dalle SOA in termini di natura pubblicistica, anche agli effetti dell'art. 1 della legge n. 20 del 1994 (vale a dire della responsabilità innanzi alla Corte dei conti), prevedendo che per le false attestazioni si applichino le disposizioni penali. Conseguentemente, in capo alle stesse sorge un preciso dovere giuridico, prima del rilascio delle attestazioni, di verificare tutti i requisiti dell'impresa richiedente l'attestazione stessa, cui conseguono, in caso di falsità della relativa attestazione, le conseguenze di cui agli articoli 476 e ss. del codice penale.

Nella relazione illustrativa si legge che l'osservazione dell'organo consultivo <<<non pare considerare adeguatamente che l'eventuale qualificazione in termini di atto pubblico a qualunque fine degli atti posti in essere dalle SOA nell'esercizio dell'attività di attestazione potrebbe comportare degli effetti devastanti, in palese distonia con le finalità perseguite. Infatti, l'atto pubblico (a tutti i fini) costituito dall'eventuale attestazione viziata da falsità potrebbe essere rilevato come tale solo in esito all'espletamento di una querela di falso, con conseguente complicazione ed allungamento anche dei tempi di definizione dei relativi procedimenti di accertamento, a tutto discapito della necessaria snellezza operativa che invece deve assistere l'intervento in materia>>>.

Tuttavia, una volta che si stabilisca che le SOA svolgono funzioni pubblicistiche, che rispondono davanti alla Corte dei conti, che si richiamino le norme penali in tema di falso materiale e falso ideologico commesso dal pubblico ufficiale in atto pubblico (art. 476 e 479 c.p.), sembra consequenziale qualificare in termini di atto oggettivamente amministrativo l'attestazione SOA o il suo diniego, con conseguente riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo secondo il consueto criterio (diritti soggettivi – giudice ordinario, interessi legittimi – giudice amministrativo), anche se sarebbe auspicabile che il sistema vigente, che prevede la giurisdizione esclusiva del g.a. sulle procedure di affidamento di contratti pubblici e sulle sanzioni irrogate dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, venisse completato con una giurisdizione esclusiva sul contenzioso SOA.

Viene corretto l'art. 40, co. 4, lett. g): colmando un vuoto legislativo, viene reso possibile in concreto l'espletarsi del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di vigilanza nei confronti delle SOA anche in caso di inerzia delle stesse nel fornire informazioni e atti richiesti attinenti l'esercizio delle funzioni di vigilanza da parte dell'Autorità.

Viene novellato l'art. 40 con aggiunta dei commi 9 *bis* e 9 *ter* a tenore dei quali:

- le SOA sono responsabili della conservazione della documentazione e degli atti utilizzati per il rilascio delle attestazioni anche dopo la cessazione dell'attività di attestazione. Le SOA sono altresì tenute a rendere disponibile la documentazione e gli atti ai soggetti indicati nel regolamento, anche in caso di sospensione o revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione; in caso di inadempimento, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie previste dall'articolo 6, comma 11; in ogni caso le SOA restano tenute alla conservazione della documentazione e degli atti di cui al primo periodo per dieci anni o nel diverso termine indicato con il regolamento di cui all'articolo 5;

- le SOA hanno l'obbligo di revocare l'attestazione di qualificazione qualora accertino che la stessa sia stata rilasciata in carenza dei requisiti prescritti dal regolamento, ovvero che sia venuto meno il possesso dei predetti requisiti; in caso di inadempienza l'Autorità procede a revocare alla SOA l'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

Lo scopo di tali modifiche è responsabilizzare le SOA ai fini del corretto svolgimento delle proprie attività e di rendere concretamente possibile l'espletarsi del potere sanzionatorio da parte dell'Autorità di vigilanza, nonché quello di tutelare i clienti delle SOA quando queste abbiano sospeso o cessato l'attività.

Inoltre viene novellato l'art. 135, prevedendo come ulteriore causa di risoluzione del contratto anche la revoca dell'attestazione di qualificazione a seguito della produzione di documentazione falsa o dichiarazioni mendaci.

## **12. L'appalto misto di progettazione ed esecuzione: ancora un differimento temporale; l'appalto - concorso e l'appalto - integrato sdoganati solo sopra soglia e ammessi con limitazioni sotto soglia.**

E' noto che il codice ha <<liberalizzato>> il c.d. appalto - concorso e il c.d. appalto - integrato per i lavori, eliminando le ipotesi tassative in cui tali istituti erano consentiti nella l. Merloni, e consentendo alle stazioni appaltanti di scegliere, caso per caso, se affidare la sola esecuzione, ovvero la esecuzione e la progettazione esecutiva (c.d. appalto - integrato), ovvero la esecuzione e la progettazione esecutiva, previa acquisizione in gara del progetto definitivo (c.d. appalto - concorso).

E' noto che tale liberalizzazione è stata rinviata, attraverso un d.l. di luglio 2006 e attraverso il primo decreto correttivo, fino al 1° agosto 2006.

Il secondo decreto correttivo prevede un ulteriore differimento, sino alla data di entrata in vigore del regolamento di attuazione del codice.

Il parere del Consiglio di Stato si era espresso in senso negativo su tale rinvio, osservando che lo stesso non trova giustificazione sul piano tecnico, atteso che l'art. 3, co. 7 e l'art. 53 del codice sono norme *self executing* che non rinviando, per la loro operatività, al regolamento.

La versione definitiva del correttivo non ha accolto tali osservazioni, e ha mantenuto il differimento della liberalizzazione dell'appalto misto di progettazione ed esecuzione all'entrata in vigore del regolamento.

Inoltre, il correttivo, sul piano sostanziale, circoscrive la possibilità del c.d. appalto - concorso e dell'appalto integrato senza limiti ai soli appalti sopra soglia comunitaria.

Invece sotto soglia, mediante novella dell'art. 122, recependo le condizioni della Camera e del Senato (VIII Commissione, 19 luglio 2007), si limita il ricorso all'appalto di progettazione ed esecuzione ammettendo l'istituto nei casi di particolare complessità dell'opera, nei casi di progetti integrali, nonché nelle ipotesi di lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici. Si demanda al regolamento di definire i lavori di particolare complessità e i progetti integrali.

Si dispone, in particolare, mediante novella dell'art. 122, co. 1, che: «Le stazioni appaltanti possono ricorrere ai contratti di cui all'articolo 53, comma 2, lettere b e c), qualora riguardino lavori di speciale complessità o in caso di progetti integrali, come definiti rispettivamente dal regolamento di cui all'articolo 5, ovvero riguardino lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici.».

Si tratta di innovazione non condivisibile, non essendo chiaro quali sono le ragioni ostative dell'appalto – concorso e dell'appalto - integrato sotto soglia, a parte gli interessi di parte delle categorie professionali.

Nella relazione illustrativa si legge che la modifica recepisce le condizioni formulate da Camera e Senato per individuare equilibrati spazi da riservare all'appalto - concorso, nel rispetto delle direttive comunitarie in materia.

Giova anche osservare che la Camera (con la prima condizione) si era espressa in termini ancora più restrittivi in ordine all'appalto - integrato. Il Governo non ha invece espunto l'appalto - integrato, ma solo circoscritto sia questo che l'appalto – concorso, ammettendoli senza limiti oggettivi sopra soglia e con limiti oggettivi sotto soglia.

Secondo quanto si legge nella relazione illustrativa, la sostanziale limitazione dello spettro applicativo dell'appalto - integrato, contrasterebbe con l'ampiezza del riconoscimento di matrice comunitaria. Peraltro, le considerazioni sostanziali a fondamento delle preoccupazioni che echeggiano in quella condizione sono state recepite con parallele modifiche alla disciplina di riferimento, volte complessivamente a valorizzare il ruolo del progettista rispetto ai possibili condizionamenti ai quali potrebbe essere soggetto da parte dell'impresa costruttrice associata (in particolare così venendo incontro alla condizione di cui alla lett. a) n. 4). Inoltre, tenuto conto di quanto emergente alla luce del nono considerando della direttiva 2004/18/CE, l'applicazione dell'istituto volto a consentire alle stazioni appaltanti anche il ricorso ad una procedura che ponga a base di gara il progetto definitivo per aggiudicare la realizzazione dell'esecutivo e dell'esecuzione dell'opera, è stato limitato ai contratti sopra soglia, coerentemente alla generale rilevanza dell'intero impianto delle citate direttive comunitarie.

Sono poi state inserite talune disposizioni volte, da un lato, a garantire la qualità progettuale e, dall'altro lato, la corretta remunerazione del progettista, mediante suo pagamento diretto da parte della stazione appaltante.

Sotto il primo profilo, alla fine dell'art. 53, co. 2, lett. c), e dunque con riferimento all'appalto - concorso, viene stabilito che «Ai fini della valutazione del progetto, il regolamento disciplina i fattori ponderali da assegnare ai “pesi” o “punteggi” in modo da valorizzare la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali e le caratteristiche ambientali».

La novella recepisce una condizione della Commissione VIII della Camera finalizzata a valorizzare il profilo qualitativo ed il pregio tecnico della progettazione, demandandone la disciplina al regolamento.

Sotto il secondo profilo, nell'art. 53, co. 2, lett. c), relativo al solo appalto – concorso, si è stabilito che «L'offerta relativa al prezzo indica distintamente il corrispettivo richiesto per la progettazione definitiva, per la progettazione esecutiva e per l'esecuzione dei lavori», e dopo l'art. 53, co. 3, viene inserito il co. 3 *bis*, riferito sia all'appalto - integrato che all'appalto - concorso. A tenore di tale nuovo comma 3-*bis*, «Per i contratti di cui al comma 2, lettere b) e c), nel caso in cui, ai sensi dell'articolo 53, comma 3, l'appaltatore si avvale di uno o più soggetti qualificati alla realizzazione del progetto, la stazione appaltante può indicare nel bando di gara le modalità per la corresponsione diretta al progettista della quota del compenso corrispondente agli oneri di progettazione, al netto del ribasso d'asta, previa approvazione del progetto e previa presentazione dei relativi documenti fiscali del progettista».

Tale modifica recepisce una condizione della Commissione VIII della Camera, volta a prevedere che negli appalti di progettazione ed esecuzione, la stazione appaltante corrisponda direttamente al progettista, qualora sia esterno all'impresa, previa approvazione del progetto, gli oneri di progettazione definiti nel bando di gara, a maggior tutela della posizione del progettista.

Giova osservare poi, che mentre i commi 2 e 3 dell'art. 53 si applicheranno solo dopo l'entrata in vigore del regolamento, il nuovo comma 3 *bis* è immediatamente applicabile, non essendo compreso nel differimento.

Non è chiaro perché solo in relazione all'appalto – concorso, e non anche in relazione all'appalto – integrato, l'offerta deve indicare distintamente il corrispettivo chiesto per la progettazione e per l'esecuzione, e perché solo in relazione all'appalto – concorso, e non anche in relazione all'appalto – integrato, il regolamento debba indicare i fattori ponderali per valutare il progetto.

Invero, allo stato le due modifiche sono state inserite nell'art. 53, co. 2, lett. c), e dunque riguardano inequivocamente il solo appalto – concorso, ma la *ratio* ispiratrice delle stesse esiste, in termini identici, anche nell'appalto – integrato.

### **13. La procedura ristretta senza scelta delle imprese da invitare.**

Il secondo correttivo reca una modifica all'art. 55, co. 6, e all'art. 62, co. 1, stabilendo che non solo per i lavori, ma anche per servizi e forniture, la regola generale è che alle procedure ristrette vanno invitate tutte le imprese in possesso dei requisiti, che ne facciano richiesta. Le eccezioni sono divise dall'art. 62, e sono state circoscritte ai soli lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro, con esclusione dei servizi e delle forniture.

Giova premettere che la norma anteriore al correttivo disponeva che alle procedure ristrette per l'affidamento di lavori pubblici sono invitati tutti i soggetti che ne fanno richiesta, salvo quanto previsto dall'art. 62 e dall'art. 177.

Tale previsione mutuava la disciplina della c.d. legge Merloni, che trasforma sostanzialmente la procedura ristretta in procedura aperta, in quanto vanno invitate tutte le imprese che ne fanno richiesta e non solo quelle scelte dalla stazione appaltante (come è per il diritto comunitario).

L'art. 62 del codice, versione anteriore alla novella, consentiva però la procedura ristretta comunitaria (con scelta delle imprese rimessa alla stazione appaltante) negli appalti di servizi e forniture di qualunque importo, e negli appalti di lavori di importo superiore a quaranta milioni di euro.

Inoltre l'art. 177 consente la procedura ristretta comunitaria (con scelta delle imprese rimessa alla stazione appaltante) per le infrastrutture strategiche.

La innovazione in commento, volta a trasformare la procedura ristretta in procedura aperta anche per i servizi e le forniture, è stata valutata negativamente dal Consiglio di Stato.

Il parere del Consiglio di Stato ha rilevato che la proposta modifica, che sopprime nell'art. 55, comma 6, le parole "*per l'affidamento di lavori pubblici*", è fonte di equivoci.

Se lo scopo è quello, di restringere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nelle procedure ristrette anche per servizi e forniture, allora occorre operare non solo sull'art. 55, co. 6, ma anche sull'art. 62 del codice.

In tal caso, peraltro, si pone il problema del superamento dei limiti dell'intervento correttivo, essendo evidente il carattere sostanziale della modifica, che trasforma la procedura ristretta in procedura aperta non solo per i lavori (come era già nella Merloni e nella versione originaria del codice), ma anche per servizi e forniture (in distonia non solo con il codice, ma anche con la disciplina anteriore al codice).

Il testo definitivo del correttivo non ha tuttavia tenuto conto di tali rilievi, e al contrario, ha novellato anche l'art. 62, co. 1, per rendere chiaro in modo inequivoco che la procedura ristretta di stampo comunitario, vale a dire con scelta delle imprese da invitare demandata alla stazione appaltante, è circoscritta ai soli lavori di importo pari o superiore a quaranta milioni di euro.

La soluzione non può essere condivisa. Non ha alcun senso trasformare la procedura ristretta in inutile doppione della procedura aperta, per di più con aggravii procedurali. Tanto si valeva abolire del tutto la procedura ristretta, a partire dalla sua stessa definizione. Non è neanche chiara la ragione di quello che è non un puro e semplice ritorno al passato (sistema vigente prima del codice), ma una vera e propria restaurazione senza precedenti, atteso che nel sistema anteriore al codice solo per i



lavori era esclusa la scelta delle imprese da invitare, essendo invece consentita per servizi e forniture.

#### **14. La procedura negoziata previo bando: cadono alcune ipotesi.**

Il secondo correttivo espunge dall'art. 56 del codice due ipotesi di procedura negoziata previo bando, e in particolare l'ipotesi di lavori, servizi e forniture la cui particolare natura o i cui imprevisti oggettivamente non imputabili alla stazione appaltante, non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi, e l'ipotesi dei servizi nei casi in cui la natura della prestazione renda impossibile stabilire le specifiche del contratto con la precisione sufficiente per poter aggiudicare l'appalto selezionando la migliore offerta con la procedura aperta o ristretta.

Giova osservare che vengono espunte ipotesi di procedura negoziata che non riguardano solo i lavori (per i quali l'art. 56 è stato sospeso fino al 31 luglio 2007) ma anche i servizi e le forniture.

Per i servizi e forniture, le norme che vengono ora espunte erano già contenute nella disciplina dei servizi e forniture sopra soglia anteriori al codice, e si tratta di norme che, riprodotte nel codice, sono entrate in vigore il 1° luglio 2006, e hanno dunque operato fino all'entrata in vigore del secondo correttivo.

Tale norma è stata introdotta dal correttivo nonostante il parere negativo del Consiglio di Stato.

Il Consiglio di Stato ha in termini generali fissato i limiti dei decreti correttivi, osservando che da un lato la delega per interventi correttivi deve essere espressamente formulata dal legislatore; e dall'altro lato la "ratio" del potere correttivo è quella di consentire un breve periodo di sperimentazione delle riforme normative più complesse prima di radicarle definitivamente nell'ordinamento giuridico. Anche laddove la legge delega attribuisca al Governo, dopo il primo esercizio della delega, il potere di procedere, entro un certo termine, a "correzione e integrazione", non sembra, secondo l'Adunanza generale, che si possa andare oltre al semplice ampliamento dell'oggetto del primo decreto legislativo a quei profili della materia delegata – come individuato nei criteri base – trascurati in prima attuazione.

Sulla scorta di tale premessa di carattere generale, il citato parere si è espresso in senso negativo in ordine alla prevista soppressione di due ipotesi di procedura negoziata, già previste dalla precedente disciplina per i servizi e forniture, in quanto la modifica ha <<una notevole incidenza sostanziale. Nella prospettiva dei limiti del potere correttivo, si deve tuttavia presumere che sia stata attentamente valutata, sulla base delle esperienze fatte, la effettiva necessità di una nuova più restrittiva disciplina, rispetto a quella comunitaria. Sarebbe stata peraltro opportuna una adeguata motivazione in proposito. In ogni caso si esprime parere negativo in base alle considerazioni svolte>> in ordine ai limiti del potere correttivo.

Anche la Commissione della Camera si era espressa in senso negativo su tale modifica.

Nella relazione illustrativa del secondo correttivo si legge che la innovazione è tesa ad eliminare dall'ordinamento la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere a due ipotesi che potrebbero, di fatto, limitare la concorrenza per il rischio di indeterminatezza che è sotteso alla loro stessa previsione e che la soppressione di due ipotesi di procedura negoziata con bando non contrasta con la direttiva comunitaria, in quanto è consentito ai singoli Stati membri di introdurre in sede di recepimento delle direttive anche previsioni a maggior tutela della libertà di concorrenza.

#### **15. La procedura negoziata senza bando: vietata la ripetizione di lavori analoghi.**

Il secondo correttivo incide sulla procedura negoziata senza bando, di cui all'art. 57 del codice, eliminando, per i soli lavori, l'ipotesi di procedura negoziata per la ripetizione di lavori analoghi, che rimane in vita per i soli servizi (come era già prima del codice). Tale ipotesi di procedura negoziata senza bando viene tuttavia lasciata in vita per gli appalti relativi ai beni culturali mediante novella dell'art. 204 del codice.

Così operando, si ripristina lo *status quo ante* rispetto al codice dei contratti pubblici, in cui:

- era ammessa la procedura negoziata senza bando per i servizi analoghi entro i tre anni;
- non era ammessa la procedura negoziata senza bando per i lavori in generale;

- con il d.lgs. n. 34/2004 era stata ammessa la procedura negoziata senza bando per i lavori analoghi
- entro il triennio limitatamente al settore degli appalti di lavori relativi a beni culturali.

Nella relazione illustrativa del correttivo si legge che la correzione è finalizzata a garantire la concorrenza nel mercato.

La norma è stata introdotta nonostante il parere negativo del Consiglio di Stato.

Il parere del Consiglio di Stato ha infatti ritenuto che si tratti di innovazione sostanziale, che tuttavia trova la sua giustificazione nella circostanza che si intende evitare il forte rischio di abusi cui la disposizione notoriamente si presta.

Il Consiglio di Stato ha poi rilevato che nel novellare l'art. 204 del codice, introducendo l'ipotesi di ripetizione di lavori analoghi per i soli appalti relativi a beni culturali, è stata commessa una illegittimità comunitaria.

Infatti rispetto al diritto comunitario è stato ampliato l'ambito temporale della procedura negoziata senza bando per ripetizione di lavori analoghi.

Difatti lo schema di correttivo prevedeva che il triennio decorresse dall'ultimazione del lavoro dell'appalto iniziale. Secondo la direttiva, al contrario, la possibilità di procedura negoziata per lavori analoghi è ammessa entro tre anni dalla "conclusione" dell'originario appalto, e la giurisprudenza comunitaria ha chiarito che "conclusione" significa "stipulazione" del contratto, cioè momento dell'incontro della volontà delle parti, e non, invece, "ultimazione" del primo appalto.

Con questa seconda accezione si rischiava di ampliare a dismisura la possibilità di procedura negoziata, in quanto il triennio decorrerebbe non da un momento certo (la stipulazione del primo contratto), ma da un momento incerto (la ultimazione dei lavori oggetto del primo appalto).

Afferma infatti la Corte di giustizia che "l'art. 7 n. 3 lett. e) della direttiva 93/37/Cee autorizza il ricorso alla procedura negoziata, senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, per nuovi lavori consistenti nella ripetizione di opere simili affidate all'impresa aggiudicataria di un primo appalto; l'ultima frase di tale disposizione tuttavia precisa che si può ricorrere a questa procedura limitatamente «al triennio successivo alla conclusione dell'appalto iniziale»; alla luce di un confronto delle versioni linguistiche di tale disposizione, occorre intendere l'espressione «conclusione dell'appalto iniziale» nel senso della conclusione del contratto iniziale e non nel senso della conclusione dei lavori sui quali verte l'appalto" (C. giust. CE, 14 settembre 2004 C 358/2002).

Siffatta previsione appare pertanto in contrasto con il diritto comunitario.

Il testo definitivo del correttivo ha emendato tale norma, stabilendo, correttamente, nell'art. 204, che il triennio decorre dalla stipulazione del contratto originario, adeguandosi non solo al parere del Consiglio di Stato, ma anche ad una espressa condizione del Senato (Commissione VIII, 19 luglio 2007).

## **16. Il dialogo competitivo vietato per le infrastrutture strategiche.**

Il secondo correttivo prevede che il dialogo competitivo, per i lavori, è consentito previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, e comunque ad esclusione dei lavori di cui alla parte II, titolo III, capo IV. Per i lavori di cui alla parte II, titolo IV, capo II, è altresì richiesto il parere del Consiglio superiore dei beni culturali. I citati pareri sono resi entro 30 giorni dalla richiesta. Decorso tale termine, l'amministrazione può comunque procedere.

La norma circoscrive dunque il dialogo competitivo, escludendolo per le infrastrutture strategiche, e subordinandolo, per gli altri lavori, al parere di organi qualificati.

Il secondo correttivo contiene inoltre un ulteriore differimento dell'entrata in vigore del dialogo competitivo, sino alla data di entrata in vigore del regolamento di attuazione del codice.

Il differimento è stato mantenuto, nonostante il parere negativo espresso dal Consiglio di Stato su tale rinvio, in base al rilievo che il rinvio non trova giustificazione sul piano tecnico, atteso che l'art. 58 del codice è norma *self executing* che non rinvia, per la sua operatività, al regolamento.

E, in effetti, lo schema di regolamento di attuazione, detta poche disposizioni, di carattere esecutivo, sul dialogo competitivo, che non giustificano un rinvio dell'entrata in vigore dell'istituto, come delineato dal codice.

Inoltre il parere del Consiglio di Stato aveva chiesto di chiarire se il dialogo competitivo fosse o meno ammesso per le infrastrutture strategiche, mentre il parere del Senato (Commissione VIII, 19 luglio 2007 aveva posto come condizione che il dialogo competitivo fosse ammesso per le infrastrutture strategiche.

La scelta del Governo è stata nel senso di escludere il dialogo competitivo per le grandi opere.

Nella relazione illustrativa del correttivo si legge che con la novella si introduce a favore delle amministrazioni pubbliche che intendono ricorrere a questo strumento innovativo il conforto del parere del maggiore organo consultivo in materia di contratti pubblici, in analogia a quanto già previsto dalla l. n. 109/1994 per l'appalto - concorso. Questo consentirebbe alle stazioni appaltanti di acquisire conseguentemente il *know how* di imprese specializzate, evitando, però, che si ricorra al dialogo competitivo solo perché una stazione appaltante, per vari motivi, non s'impegna a definire la cornice tecnico - economica del bisogno che deve soddisfare. La correzione, peraltro, tiene conto dei dubbi sollevati dalla Commissione VIII della Camera circa la riferibilità della norma anche alle c.d. infrastrutture strategiche, chiarendo nel senso dell'esclusione dell'applicazione del dialogo competitivo a detti interventi, attesa l'incompatibilità esistente rispetto agli stessi. Questi ultimi, infatti, presuppongono un livello di definizione preventivo delle esigenze dell'amministrazione ben più delineato, al fine di consentire di potere esperire le procedure di aggiudicazione previste al riguardo (concessione di costruzione e gestione o affidamento a contraente generale). Mentre, al contrario, il dialogo competitivo presuppone che l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di definire i mezzi tecnici atti a soddisfare le sue necessità o i suoi obiettivi, nonché non sia in grado di specificare l'impostazione giuridica o finanziaria di un progetto. E, coerentemente, uno degli aspetti peculiari dell'istituto è rappresentato dal dialogo che conseguentemente si avvia tra stazione appaltante e candidati interessati volto alla progressiva individuazione e definizione dei mezzi più idonei a soddisfare necessità ed obiettivi della stessa amministrazione. Ora, proprio questi necessari riferimenti contrastano con il livello di definizione che invece presuppone un progetto la cui realizzazione sia destinata ad essere affidata solo mediante concessione o affidamento a contraente generale. Proprio le caratteristiche degli istituti in questo senso previsti consentono di cogliere, infatti, come per necessità gli interventi approvativi demandati al CIPE e i successivi snodi procedurali, pur necessariamente accelerati e semplificati, si traducono in una disciplina speciale quanto alla progettazione, approvazione dei progetti e realizzazione delle corrispondenti infrastrutture riferibili ad interventi già individuati mediante l'inserimento nel programma compreso nell'allegato infrastrutture al DPEF. Non a caso, peraltro, l'art. 163, co. 3, precisa che le procedure di aggiudicazione di tali infrastrutture sono quelle regolate dal corrispondente capo del codice, e il successivo art. 177 prevede espressamente che l'unico esito consentito per tali procedure (e cioè l'aggiudicazione della concessione o l'affidamento a contraente generale) costituisca il momento finale di una procedura ristretta, il cui oggetto è ulteriormente definito in dettaglio facendo riferimento ad elementi certamente incompatibili con la minore definizione di elementi a disposizione dell'amministrazione nel caso del dialogo competitivo (progetto preliminare o definitivo). Di contro, l'art. 58 prevede che il dialogo competitivo sia consentito solo ove le amministrazioni ritengano che il ricorso alla procedura aperta o ristretta non permetta l'aggiudicazione dell'appalto. Inoltre, l'aggiudicazione dei contratti riferiti ad insediamenti strategici può avvenire al prezzo più basso o secondo l'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 177, co. 4), in quest'ultimo caso predeterminando la norma i criteri da privilegiare; nel caso del dialogo competitivo, invece, l'unico criterio di aggiudicazione consentito è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 58, co. 4).

Per ragioni di semplificazione e speditezza dell'azione amministrativa, viene recepito anche il rilievo concernente la possibilità di prescindere dal parere richiesto nel caso in cui non venga reso nei termini.

### **17. Gli accordi quadro.**

Viene novellato l'art. 59, co. 1, mediante introduzione di una più restrittiva disciplina dell'ambito di operatività degli accordi quadro per i lavori.

Si stabilisce infatti che per i lavori, gli accordi quadro sono ammessi esclusivamente in relazione ai lavori di manutenzione. Gli accordi quadro non sono ammessi per la progettazione e per gli altri servizi di natura intellettuale.

Lo scopo perseguito, come si legge nella relazione illustrativa, è di garantire una maggiore concorrenza nel mercato.

### **18. La forma e il contenuto delle offerte.**

Il testo dell'art. 74, co. 3, nella versione originaria, disponeva che salvo che il bando o la lettera - invito dispongano diversamente, il mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti per la presentazione delle offerte non costituisce causa di esclusione.

Con il correttivo viene soppresso l'inciso iniziale <<salvo che il bando o la lettera invito dispongano diversamente>>.

Si tratta di una innovazione ispirata a semplificare gli adempimenti a carico dei concorrenti e a ridurre le cause di esclusione per vizi meramente formali. Le stazioni appaltanti non potranno prescrivere l'utilizzo di moduli predisposti a pena di esclusione, ma solo a titolo di collaborazione.

### **19. L'offerta economicamente più vantaggiosa.**

In tema di offerta economicamente più vantaggiosa, viene novellato l'elenco dei criteri di valutazione dell'offerta, e, in particolare, la lett. e) (che nel testo attuale cita solo le caratteristiche ambientali) che indica ora, oltre alle caratteristiche ambientali, anche <<il contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto>>.

La modifica recepisce una condizione della Commissione VIII del Senato (19 luglio 2007) al fine di fornire indicazioni più ampie in merito ai criteri impiegabili nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Viene in secondo luogo novellato l'art. 84, co. 3, al fine di garantire la concreta funzionalità delle commissioni giudicatrici presso le stazioni appaltanti in caso di offerta economicamente più vantaggiosa.

Si stabilisce, in particolare, in ordine alla presidenza della commissione di gara, che le parole <<da un dirigente della stazione appaltante>> sono sostituite con le parole <<di norma da un dirigente della stazione appaltante e, in caso di mancanza in organico, da un funzionario della stazione appaltante incaricato di funzioni apicali>>.

Viene novellato l'art. 84, co. 8: nel primo periodo le parole <<delle stazioni appaltanti>> sono sostituite dalle parole <<della stazione appaltante>>; dopo la parola <<scelti>> sono inserite le parole <<tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero>>.

Il senso della duplice modifica è che i commissari diversi dal Presidente vanno in via prioritaria scelti tra funzionari della medesima stazione appaltante, e, in caso di carenza di organico, tra funzionari di altre amministrazioni aggiudicatrici, ovvero, con un criterio di rotazione, tra gli appartenenti alle altre categorie elencate.

Come si legge nella relazione illustrativa, viene recepita una richiesta della Commissione VIII del Senato, volta a semplificare le modalità per la costituzione delle commissioni giudicatrici per i contratti da aggiudicarsi con il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, nel rispetto del principio di economicità.

### **20. L'asta elettronica.**

Il testo attuale dell'art. 253, co. 12, contiene una disposizione transitoria relativa ai mezzi elettronici di comunicazione tra la stazione appaltante e i candidati e concorrenti. Dispone che ai fini dell'applicazione dell'art. 77, per un periodo transitorio di tre anni dalla data di entrata in vigore

del codice, le stazioni appaltanti non richiedono agli operatori economici l'utilizzo degli strumenti elettronici quale mezzo esclusivo di comunicazione.

Con il secondo correttivo si eccettua da tale regime transitorio l'asta elettronica e più in generale le procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici, al fine, si legge nella relazione illustrativa, di consentirne l'immediata operatività.

## **21. La progettazione e i concorsi di progettazione: esteso l'ambito delle procedure di evidenza pubblica, aboliti i minimi tariffari.**

Anzitutto, l'attuale rubrica del capo IV del titolo I della parte seconda (<<progettazione e concorsi di progettazione>>) viene sostituita dalla seguente <<servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria>>.

Viene in più punti novellato l'art. 91, che disciplina le procedure di affidamento degli incarichi di progettazione, ampliandone l'ambito di applicazione. Si chiarisce infatti che le procedure di evidenza pubblica ivi divise riguardano non solo gli incarichi di progettazione, ma anche quelli di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori e di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione; scompare conseguentemente il rinvio ai soli incarichi di progettazione di cui all'art. 90, contenuto nel testo attuale dell'art. 91, co. 1, (co. 1 e co. 2 dell'art. 91).

Conseguentemente, al co. 6, le parole <<progettazione e direzione lavori>> sono sostituite con le parole <<progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione>>; sempre al co. 6, dopo le parole <<direzione dei lavori>> sono inserite le parole <<e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione>>; al co. 8 le parole <<progettazione, direzione lavori,>> sono sostituite con le parole le parole <<progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione>>.

Viene novellato l'art. 110 del codice, relativo ai concorsi di progettazione sotto soglia, prevedendo il rispetto dei principi minimi di evidenza pubblica di cui all'art. 57 del codice (per la procedura negoziata senza bando).

Lo scopo della novella è stato quello di eliminare un vuoto normativo, estendendo ai concorsi di idee sotto soglia comunitaria la procedura di affidamento di cui all'art. 57, co. 6, del codice, secondo quanto sollecitato dalla competente commissione parlamentare della Camera.

Rispetto all'art. 57 viene precisato che l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, e che il regolamento detterà le disposizioni volte ad assicurare l'adeguata partecipazione di giovani professionisti.

Lo scopo è pertanto quello di incentivare, nei concorsi di progettazione sotto soglia, la partecipazione di giovani professionisti.

Viene novellato l'art. 102, co. 3, in relazione alla pubblicità facoltativa nei concorsi di progettazione, con una norma che ha lo stesso significato della precedente, ma contenuto più snello.

Significativa è la previsione della verifica della progettazione ad ampio raggio.

Nell'art. 112, co. 3, che finora prevedeva la verifica della progettazione per le opere di particolare pregio architettonico, viene soppresso il riferimento a queste ultime. Sicché il delineato procedimento di verifica in contraddittorio si applica ora in via generalizzata.

Altra significativa innovazione attiene al venir meno dei minimi tariffari.

Il Consiglio di Stato aveva osservato che il decreto correttivo costituisce un utilissimo strumento per coordinare le norme sopravvenute all'approvazione del codice, inserendole nel corpo normativo di base ed evitando l'inconveniente delle norme *'estravaganti'*, cui lo stesso codice aveva inteso rimediare.

Tanto più che è in corso di adozione da parte del Governo il piano per la semplificazione e la qualità della regolazione, a proposito del quale il presidente del Consiglio dei Ministri, con nota dell'11 aprile 2006, ha raccomandato, ai fini dell'esercizio della semplificazione normativa, l'utilizzo in via prioritaria, tra l'altro, dei decreti correttivi di deleghe già esercitate.

In tale prospettiva, il Consiglio ha suggerito di coordinare il codice con il d.l. 4 luglio del 2006, n. 233, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248 quanto all'abolizione dei minimi tariffari, novellando la previsione, per gli appalti di progettazione, della non ribassabilità degli oneri di progettazione esecutiva e della non ribassabilità dei minimi tariffari al di sotto del 20%.

Al riguardo, anteriormente al d.l. n. 223/2006, si desumeva dal codice la inderogabilità dei minimi e la inammissibilità di giustificazioni in relazione a ribassi superiori a quelli consentiti.

La questione si pone in termini diversi dopo l'entrata in vigore del d.l. citato, il cui art. 2 abroga tutte le disposizioni legislative e regolamentari relative alle attività libero professionali e intellettuali che sanciscano l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime. Inoltre viene aggiunto che 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.

Ne consegue, secondo il citato parere del Consiglio di Stato, la tacita abrogazione:

- della previsione del codice che vieta il ribasso d'asta in relazione agli oneri di progettazione esecutiva (art. 53, co. 3, ultimo periodo);
- della disciplina sulla inderogabilità dei minimi tariffari (art. 92, co. 2, ultimi due periodi; art. 92, co. 4);
- della disciplina che stabilisce il limite del 20% per il ribasso in materia di progettazione (art. 4, co. 12 *bis*, d.l. l. n. 65 del 1989).

Il Consiglio di Stato ha pertanto rilevato l'opportunità di prevedere un'abrogazione espressa di tali disposizioni, comunque da ritenere tacitamente abrogate.

La norma abrogativa, secondo il Consiglio di Stato, potrebbe essere la seguente:

*“L'articolo 53, comma 3, ultimo periodo, l'articolo 92, comma 2, ultimi due periodi, l'art. 92, comma 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 16, e l'articolo 4, comma 12 bis, d.l. 2 marzo 1989, n. 65, convertito nella legge 26 aprile 1989, n. 155 si intendono abrogati con effetto dalla data di entrata in vigore dell'articolo 2 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito nella legge 4 agosto 2006, n. 248”.*

Giova osservare che tale posizione è stata espressa anche dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici con numerosi e convincenti argomenti (determinazione n. 4/2007).

Il testo definitivo del correttivo si è adeguato a tali osservazioni.

Infatti è stato abrogato l'art. 53, co. 3, ultimo periodo; sono stati abrogati gli ultimi due periodi dell'art. 92, co. 2. L'art. 92, co. 4, è stato sostituito come segue: <<I corrispettivi sono determinati ai sensi del comma 3, fatto salvo quanto previsto dal comma 12-*bis* dell'articolo 4 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito con modificazioni dalla legge 26 aprile 1989, n. 155>>.

Nell'art. 164, co. 7, che riguarda i compensi professionali per la progettazione in relazione alle opere strategiche, in coerenza con la abolizione dei minimi professionali, viene stabilito, con una aggiunta al testo attuale, che <<All'importo dei corrispettivi, da porre a base di gara, si applica quanto previsto dal comma 12-*bis* dell'articolo 4 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155>>.

## **22. La fase di esecuzione dei contratti pubblici: garanzie e termini di adempimento.**

Il secondo correttivo modifica la rubrica dell'art. 113 (da <<garanzie di esecuzione e coperture assicurative>> a <<cauzione definitiva>>) e il co. 2, correggendo un refuso e mancato coordinamento tra l'art. 75 (relativo alle garanzie a corredo dell'offerta) e l'art. 113 (garanzie di esecuzione). Infatti il codice, nel collocare tali garanzie in due articoli diversi (mentre nella Merloni erano nel medesimo articolo), ha ommesso di prevedere la possibilità che il rilascio delle garanzie di esecuzione avvenga ad opera degli intermediari finanziari di cui all'art.107, d.lgs. n. 385/1993.

Viene novellato l'art. 133, co. 1, in tema di termini di adempimento, stabilendo che le parole <<dal capitolato generale>> sono sostituite con le parole <<dal regolamento di cui all'articolo 5>>.

In sostanza, si demanda al regolamento, e non più al capitolato generale, il compito di fissare i termini massimi entro cui le stazioni appaltanti devono emettere i certificati di pagamento o i titoli di spesa in ordine agli acconti e alla rata di saldo.

### **23. La pubblicità sotto soglia.**

Il testo dell'art. 124, co. 3, anteriore alla novella, disponeva che <<Le stazioni appaltanti non sono tenute a pubblicare l'avviso sui risultati della procedura di affidamento, di cui all'articolo 65>>.

Stabiliva dunque un esonero dall'obbligo di pubblicità per l'avviso di postinformazione.

Tale esonero viene meno, ma si stabilisce una semplificazione procedurale, sancendosi che le stazioni appaltanti pubblicano l'avviso sui risultati della procedura di affidamento sui siti informatici di cui all'art. 66, co. 7, e dunque con esclusione della pubblicità cartacea.

Si tratta in ogni caso di un aggravio procedurale rispetto alla disciplina originaria.

### **24. Il subappalto e la disciplina antimafia.**

L'art. 118 del codice disciplina il subappalto, mutuando l'art. 18, l. n. 55/1990, che a suo tempo fu dettato per i lavori e fu in prosieguo espressamente richiamato per i servizi, le forniture, nonché i settori speciali.

Il secondo correttivo novella l'art. 118 anzitutto correggendo, nel co. 1, un errore materiale (al co. 1, le parole <<sono tenuti a seguire>> sono sostituite con le parole <<sono tenuti ad eseguire>>).

In secondo luogo, al co. 3, dopo le parole <<ritenute di garanzia effettuate.>> sono inserite le parole <<Qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari.>>.

La norma introduce una specifica sanzione per la violazione dell'obbligo dell'appaltatore di trasmettere entro venti giorni, dalla data di ciascun pagamento effettuato nei propri confronti, copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti corrisposti ai subappaltatori o cottimisti, ricevendo una condizione espressa nel parere della Commissione VIII della Camera, volta a conferire effettività al citato obbligo.

Viene novellato poi il co. 4, a tenore del quale l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento. Nel co. 4, dopo le parole <<con ribasso non superiore al 20 per cento>> sono inseriti i seguenti periodi: <<L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore relativamente agli avvenuti adempimenti di questo ultimo degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.>>.

La novella esclude, pertanto, la possibilità di ribasso per quanto riguarda gli oneri di sicurezza, e detta le opportune disposizioni volte a garantire il rispetto del divieto di ribasso.

Il co. 6 dell'art. 118 sancisce l'obbligo di rispetto del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi.

L'ultimo periodo del co. 6, è stato sostituito come segue: <<Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva nonché copia dei versamenti dovuti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti>>.

La innovazione coordina la disciplina con il nuovo d.u.r.c.

Dopo il co. 6, è inserito nell'art. 118 un nuovo co. 6 *bis* del seguente tenore: <<Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare nel settore dell'edilizia, le Casse Edili, sulla base di accordi stipulati a livello regionale con INPS e INAIL, rilasciano il documento unico

di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori, ai sensi dell'articolo 1, commi 1173 e 1174 della legge 27 dicembre 2006, n. 296>>.

Una ulteriore modifica, che consisteva nella inserzione all'inizio del co. 11 delle parole "*Per i lavori*", ha incontrato il parere negativo del Consiglio di Stato, ed è stata soppressa nel testo definitivo del correttivo.

L'art. 118, co. 11, considera subappalto ai fini della normativa antimafia le forniture con posa in opera e i noli a caldo.

Con lo schema iniziale di correttivo, si voleva precisare che tanto vale solo per i lavori, e non anche per servizi e forniture.

Secondo il citato parere del Consiglio di Stato, tale restrizione – che è indubbiamente sostanziale – poteva essere in contrasto con le finalità della disciplina antimafia, pertanto esige di ulteriore riflessione da parte dell'amministrazione circa l'effettiva necessità della modifica.

Viene novellato anche l'art. 247, che attualmente consta di un solo comma, che fa salva la vigente disciplina antimafia.

Vi viene aggiunto un ulteriore comma, a tenore del quale <<per gli interventi e gli insediamenti strategici di cui all'articolo 253, comma 27, lettera f), le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa sono definite dal CIPE con le stesse modalità e gli stessi effetti previsti dall'articolo 176, comma 3, lettera e). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 176, comma 20>>.

Giova ricordare che l'art. 253, co. 27, lett. f) detta una disciplina transitoria relativamente alle infrastrutture strategiche, già recata dal d.lgs. n. 190/2002, che consente, in sede di prima applicazione di quest'ultimo, l'adozione di affidamento a contraente generale per la realizzazione di progetti di elevato importo economico (superiore a 250 milioni di euro) e aventi determinate caratteristiche oggettive. L'art. 176, co. 3, lett. e), richiamato, contempla gli accordi tra soggetto aggiudicatore e organi competenti in materia di prevenzione e repressione della criminalità. L'art. 176, co. 20, a sua volta, per la prevenzione e repressione della criminalità e dei tentativi di infiltrazione mafiosa, prevede lo stanziamento di apposita somma nel bando, non soggetta a ribasso d'asta.

## **25. La risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione.**

Viene anzitutto cambiata la rubrica dell'articolo 135, che da <<risoluzione del contratto per reati accertati>> diventa <risoluzione del contratto per reati accertati e per revoca dell'attestazione di qualificazione>>.

Il testo dell'articolo viene conseguentemente modificato, con l'inserzione di un co. 2 a tenore del quale <<Qualora nei confronti dell'appaltatore sia intervenuta la revoca dell'attestazione di qualificazione, per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci, risultante dal casellario informatico, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto>>.

In sintesi, viene prevista, quale ulteriore causa di risoluzione del contratto, la revoca dell'attestazione di qualificazione quando la stessa è motivata dalla produzione di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci.

In secondo luogo al co. 1, in tema di provvedimento definitivo che applica una o più misure di prevenzione, vengono richiamate, oltre a quelle di cui alla l. n. 1423/1956, anche quelle di cui all'art. 2 e ss., l. 31 maggio 1965, n. 575.

Il testo dell'art. 135 del codice, anteriore alla novella, prevede che in caso di giudicato di condanna per determinati reati o di misure di prevenzione definitive, il responsabile del procedimento valuta l'opportunità di procedere alla risoluzione del contratto.

Con la novella, la risoluzione del contratto in presenza dei presupposti normativi diviene meno discrezionale, e non è più di competenza del responsabile del procedimento, bensì della stazione appaltante.



Infatti è ora stabilito che il responsabile del procedimento propone alla stazione appaltante di procedere alla risoluzione del contratto, e dunque scompare sia la valutazione riservata al r.u.p., sia la valutazione di opportunità.

Tale modifica recepisce una condizione della Commissione VIII della Camera, finalizzata ad eliminare la facoltà di scelta del responsabile del procedimento in ordine alla risoluzione del contratto in caso di sentenza di condanna passata in giudicato per frodi verso la stazione appaltante o per violazioni degli obblighi sulla sicurezza sul lavoro.

## **26. La concessione di lavori pubblici: ridotto il rischio del concessionario; estensione dei principi comunitari alle concessioni sotto soglia.**

Il secondo correttivo novella l'art. 143, relativo alle concessioni di lavori pubblici, ma applicabile anche al *project financing* (in cui il rapporto tra stazione appaltante e promotore aggiudicatario è un rapporto di concessione di lavori pubblici), modificando, con una aggiunta finale, l'attuale comma 7.

Il testo anteriore alla novella prevede che *<<l'offerta e il contratto devono contenere il piano economico – finanziario di copertura degli investimenti e della connessa gestione per tutto l'arco temporale prescelto e devono prevedere la specificazione del valore residuo al netto degli ammortamenti annuali, nonché l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione>>*; a tale previsione, che resta invariata, vengono aggiunte le seguenti parole: *<<, anche prevedendo un corrispettivo per tale valore residuo>>*.

La innovazione prevede una facoltà ulteriore, per la remunerazione del concessionario (in relazione alle c.d. opere fredde e tiepide), consistente nel pagamento di un prezzo finale da parte della stazione appaltante al concessionario, per il valore residuo, non ammortizzato, del bene.

La novella deve essere ritenuta accettabile se sarà applicata con cautela, e, in particolare: se non verrà alterato il rischio del concessionario;

se vi sarà dall'inizio la copertura finanziaria per le somme che l'amministrazione dovrà versare al termine della concessione o se sin dall'inizio sarà operata una pianificazione dei mezzi con cui l'amministrazione pagherà tale somma.

Giova osservare che la novella dell'art. 143, co. 7, non differisce, nella sostanza, dalla versione originaria dello schema di correttivo, in cui si inseriva un nuovo co. 7 bis del seguente tenore:

*<<Il piano economico-finanziario può prevedere un prezzo di restituzione dell'opera al concedente, per la quota non ammortizzata nel periodo di gestione>>*.

Nella relazione ministeriale che accompagna il secondo correttivo si legge che tale innovazione è stata voluta per incentivare il *project financing*. Con tale previsione l'amministrazione potrebbe sottoscrivere il piano economico con i privati pur non avendo attualmente le risorse per far fronte all'impegno, rinviando dunque l'impegno a versare le quote di sua competenza alla fine della durata della concessione.

Il correttivo ha disatteso il contrario parere del Consiglio di Stato, e il parere parzialmente contrario del Senato (VIII Commissione, 19 luglio 2007).

Il Consiglio di Stato, nel citato parere, si è espresso in senso negativo su tale disposizione, ritenuta in contrasto sia con il principio del rischio nella concessione (che distingue, secondo il diritto comunitario, la concessione dall'appalto), sia con il principio di certezza della spesa pubblica, atteso che con tale previsione si crea il rischio concreto di scaricare su generazioni future i costi attuali, senza certezza che in futuro vi saranno i mezzi per far fronte a tali costi.

Osserva, infatti, il Consiglio di Stato, che nella disciplina attuale delle concessioni di lavori pubblici, si prevede solo (nell'art. 143) che il piano economico - finanziario debba indicare l'eventuale valore residuo non ammortizzato.

La modifica proposta con il correttivo incide indubbiamente sulla sostanza dell'istituto, riducendo sensibilmente il rischio del concessionario, già avvantaggiato dalla eliminazione dei limiti alla integrazione del prezzo e alla durata del contratto. In tale contesto essa appare poco coerente con i principi comunitari della materia.

Sotto il profilo interno, poi, la previsione di un prezzo di restituzione può mascherare una integrazione iniziale (<<prezzo>>) per le quali non vi siano le necessarie disponibilità finanziarie.

Ciò può indurre ad avviare opere senza una reale copertura, con gli effetti distorsivi ben noti e che la l. n 109/1994 ha cercato a suo tempo di scongiurare (opere non finite, aumento dell'indebitamento).

Non sembra in linea con i principi della finanza pubblica che le stazioni appaltanti pubbliche differiscano al futuro un debito attuale senza certezza dei mezzi per farvi fronte.

Anche la VIII Commissione del Senato ha imposto come condizione la modifica della norma, nei seguenti termini: <<integrino l'articolo 143 nel senso di prevedere che, quando il piano economico - finanziario di una concessione preveda, già nel bando di gara, un prezzo di restituzione dell'opera al concedente per la quota che il piano finanziario stesso abbia previsto fin dall'origine che non sia ammortizzabile nel periodo della concessione, è necessario quantificarne i riflessi sul bilancio dello stato e delle amministrazioni coinvolte, al fine del computo del deficit pubblico e dell'equilibrio del patto di stabilità interno>>.

Il correttivo non ha inteso accogliere tali osservazioni. Si legge nella relazione illustrativa, in replica al parere del Consiglio di Stato e a quello della Commissione VIII del Senato:

<<il riferimento alla nozione di indebitamento non è corretto, se inteso in chiave finanziaria (come sembrerebbe dall'uso del termine "copertura"). L'indebitamento netto (richiesto a fini UE) è differenza tra spese complessive ed entrate complessive, al netto degli ammortamenti. Nel caso di specie, però, trattandosi dell'acquisto di un bene futuro (al termine della concessione) evidentemente si profila un ammortamento, corrispettivo del prezzo pagato. Corrispondentemente nel conto economico consolidato PA sono registrate solo le operazioni finali in grado di incidere sulla situazione economica o patrimoniale degli altri soggetti istituzionali, non le operazioni finanziarie con le quali ad una passività di un settore corrisponde una attività in un altro.

In ogni caso, non appare corretto, come sostenuto, che la previsione di un prezzo di restituzione mascheri una integrazione iniziale priva di disponibilità finanziarie. Piuttosto, si tratta semplicemente – come chiarito nell'altra parte della presente relazione – di una previsione che consente una programmazione degli interventi di più pesante impatto finanziario con lo spettro temporale congruo e corrispondente. Ovviamente, ove tale previsione non consenta di ammortizzare integralmente l'impegno finanziario del concessionario nel periodo previsto di concessione, sarà invece possibile prevedere un valore residuo da tenere presente nel piano finanziario destinato ad accompagnare il nuovo periodo di concessione, con lo stesso o altro concessionario, come valore di subentro. Al riguardo si precisa che la commissione parlamentare competente per materia (Commissione bilancio del Senato, 11 luglio 2007) ha in merito espresso parere positivo>>;

<<la VIII Commissione Senato ha precisato, in merito alla modifica in parola, l'esigenza che si quantifichino i riflessi sul bilancio dello Stato e delle amministrazioni coinvolte, al fine del computo dei deficit pubblici e dell'equilibrio del patto di stabilità interno. In proposito, vale evidenziare che la V Commissione Senato 11 luglio 2007 ha espresso il proprio parere favorevole anche in merito a detta previsione, la cui operatività – giova evidenziarlo – è meramente eventuale. A ben vedere, inoltre, la stessa non determina un aggravio dei costi delle opere pubbliche, in quanto il costo delle opere è già noto all'atto della redazione del piano economico-finanziario, che viene predisposto e approvato proprio al momento dell'affidamento della concessione, ovvero nel momento in cui l'eventuale valore residuo dell'investimento non ammortizzato al termine della concessione è già definitivamente previsto ed indicato. Si è, dunque, solo in presenza di una programmazione della capacità di spesa, che copre un arco temporale più ampio, senza alcuna integrazione del prezzo iniziale, nell'ottica dell'incremento della trasparenza e dell'incentivazione della realizzazione e gestione di infrastrutture strategiche indispensabili per lo sviluppo economico-sociale del Paese>>.

Il correttivo modifica anche gli artt. 142, 144 co. 5 e 145, 149, 150 e 151 al fine di chiarire che le disposizioni dettate per le concessioni di lavori sopra soglia si applicano anche alle concessioni sotto soglia.

Giova premettere che l'art. 142, co. 1, nel testo originario, afferma che la disciplina codicistica si riferisce alle concessioni e agli appalti di lavori affidati dai concessionari, quando il valore delle concessioni sia pari o superiore alla soglia comunitaria fissata per i lavori pubblici ai sensi degli artt. 28 e 29 del codice.

L'art. 142, co. 2, aggiungeva che se il concessionario è una amministrazione aggiudicatrice, per gli appalti affidati a valle della concessione è tenuto a rispettare il codice.

L'art. 143, co. 3, dettava le norme che vanno osservate dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, quando i lavori affidati a terzi sono di importo pari o superiore alle soglie di cui ai citati artt. 28 e 29.

Si poneva allora il problema di quale fosse la disciplina applicabile, da un lato, ad eventuali concessioni sotto soglia, e, dall'altro lato, ad appalti di lavori sotto soglia affidati dai concessionari.

L'art. 121 del codice, con cui si apre la disciplina per i contratti sotto soglia, recita che ai contratti di lavori, servizi e forniture sotto soglia, si applica la disciplina della parte I, della parte IV, della parte V, nonché della parte II, se non specificamente derogata.

La disciplina delle concessioni di lavori è contenuta nella parte II, e non è specificamente derogata dagli artt. 121 e ss., sicché essa è applicabile anche alle concessioni sotto soglia.

Sebbene a tale risultato si pervenisse già in via ermeneutica, il secondo decreto correttivo del codice appalti lo chiarisce espressamente.

Viene infatti novellato l'art. 142, con eliminazione delle soglie comunitarie, e con la precisazione che in materia di pubblicità si applica non solo il titolo I della parte II (pubblicità per gli appalti sopra soglia), ma anche il titolo II della parte II (pubblicità per gli appalti sotto soglia).

Viene novellato l'art. 144, relativo alle procedure di affidamento delle concessioni, con la specificazione che in materia di pubblicità del bando si applica l'art. 66 o l'art. 122, a seconda che si tratti di concessione sopra o sotto soglia.

In sintesi:

1) all'art. 142:

a) al co. 1, sono soppresse le parole <<quando il valore delle concessioni sia pari o superiore alla soglia fissata per i lavori pubblici dall'articolo 28, comma 1, lettera c), calcolata con i criteri di cui all'articolo 29>>;

b) al co. 4, sono soppresse le parole <<se il valore degli appalti affidati a terzi sia pari o superiore alla soglia prevista per i lavori pubblici dall'articolo 28, calcolata con i criteri di cui all'articolo 29>>;

c) al co. 4, dopo le parole <<le norme della parte II, titolo I>> sono inserite le parole <<e titolo II>>;

2) all'art. 144, co. 4, dopo le parole <<si applica l'articolo 66>> sono inserite le parole <<ovvero dall'articolo 122>>;

3) all'art. 145, dopo il co. 1 è aggiunto il seguente co.: <<2. Qualora il valore delle concessioni sia inferiore alla soglia fissata per i lavori pubblici dall'articolo 28, comma 1, lettera c), calcolata con i criteri di cui all'articolo 29, si applica l'articolo 122, comma 6>>;

4) all'art. 149, il co. 1 è sostituito dal seguente: <<1. I concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici, quando affidano appalti a terzi, ai sensi dell'articolo 146, applicano le disposizioni in materia di pubblicità previste dall'articolo 66 ovvero dall'articolo 122.>>;

5) all'art. 150, co. 1, dopo le parole <<dell'articolo 66.>> sono inserite le parole <<ovvero dall'articolo 122.>>;

6) all'art. 151, co. 1, le parole <<(nelle procedure ristrette e negoziate)>> sono sostituite con le parole <<(nelle procedure ristrette)>>.

## **27. Il *project financing*: scompare la prelazione in favore del promotore.**

Svariate le novità in tema di *project financing*.

Di sicuro quella più rilevante è il venir meno del diritto di prelazione del promotore, finora previsto nell'art. 154, co. 1, ultimo periodo, secondo cui il promotore nella procedura negoziata può adeguare la propria proposta a quella ritenuta dall'amministrazione più conveniente, e in tal caso il promotore risulterà aggiudicatario della concessione.

In concomitanza con tale previsione, l'art. 153, co. 3, ultimo periodo, finora stabiliva che l'avviso pubblicato dalle stazioni appaltanti deve espressamente indicare che è previsto in favore del promotore il diritto di prelazione.

Entrambe tali previsioni, vale a dire l'art. 153, co. 3, ultimo periodo, e l'art. 154, co. 1, ultimo periodo, vengono abrogate.

L'eliminazione della prelazione del promotore è avvenuta in accoglimento del parere del Consiglio di Stato, che ha ricordato al Governo la pendenza di procedura di infrazione comunitaria nei confronti dell'Italia, nonché di una espressa condizione posta dalla Camera.

In particolare è pendente la causa C-412/04 - Commissione delle Comunità europee contro Repubblica Italiana, dove l'Avvocato generale, nel presentare le proprie conclusioni, ha proposto alla Corte di giustizia la declaratoria d'inadempimento dell'Italia, laddove ha adottato gli artt. 37 *ter* e 37 *quater*, nonché gli artt. 27, comma 2 e 28, co. 4, l. 11 febbraio 1994, n. 109.

Pertanto secondo il Consiglio di Stato l'amministrazione doveva valutare se fosse il caso di emendare i corrispondenti articoli del codice ove non tengano conto dei rilievi fatti in sede comunitaria, al fine di arrestare la procedura di infrazione.

Ciò vale in particolare per la prelazione in favore del promotore, nel *project financing* confermata nell'art. 154 del codice (che è comunque una sede impropria), prelazione che anche sul piano sostanziale è inopportuna perché rende poco appetibile la partecipazione alla gara e rischia così di sottrarre di fatto alla concorrenza questo importante istituto.

Con il correttivo viene inoltre abrogato anche il penultimo periodo dell'art. 154, a tenore del quale ove necessario il responsabile del procedimento concorda per iscritto con il promotore un più lungo programma di esame e valutazione. Si trattava, in effetti, di una previsione che poteva alterare la *par condicio*.

Giova osservare che il secondo correttivo ha abolito in termini generali il diritto di prelazione del promotore finanziario, ma la prelazione rimane integra nel caso del promotore finanziario di opere di urbanizzazione a scomputo, non essendo stato toccato anche l'art. 32 del codice.

Le altre innovazioni mirano a rendere la procedura del promotore finanziario più flessibile.

Infatti l'art. 153, co. 1, anteriore alla novella, prevedeva che le proposte sono presentate entro il 30 giugno di ogni anno oppure, nel caso in cui entro tale scadenza non siano state presentate proposte per il medesimo intervento, entro il 31 dicembre. Con la novella, le proposte sono presentate entro 180 giorni dalla pubblicazione dell'avviso indicativo di cui al comma 3.

Ancora, l'art. 153, co. 3, anteriore alla novella, prevedeva la pubblicazione dell'avviso entro venti giorni dall'approvazione degli atti di programmazione. Tale termine con la novella viene portato a novanta giorni.

Nell'art. 155, co. 1, lett. a), la previsione secondo cui <<si applica l'art. 53, co. 1, lett. c)>>, (cioè il c.d. appalto - concorso) viene sostituita con la previsione di facoltatività dell'appalto - concorso.

In effetti si trattava di un mero refuso, in quanto l'intento della norma non era nel senso di rendere obbligatorio l'appalto - concorso nel *project financing*, ma la lettera della norma sembrava in tal senso. Con il correttivo si fuga ogni dubbio.

## **28. Il *leasing* finanziario per le opere pubbliche spostato dalla legge finanziaria 2007 al codice.**

La l. finanziaria per il 2007 (l. n. 296/2006), ha previsto un nuovo istituto, il *leasing* finanziario per la realizzazione di opere pubbliche.

A ben vedere il *leasing* finanziario rientra nella definizione comunitaria di appalto di lavori, quale forma di esecuzione con qualsiasi mezzo.

Il Consiglio di Stato nel suo parere sullo schema di secondo correttivo aveva suggerito quindi di inserire nel codice – in un eventuale nuovo capo della parte II, Titolo III - la disciplina della locazione finanziaria per i lavori, espungendola dall'ambito della l. n. 296/2006.

Il testo definitivo del correttivo si è adeguato a tale rilievo, modificando la attuale rubrica del capo III della parte II, titolo III, come segue: <<Promotore finanziario, società di progetto e disciplina della locazione finanziaria per i lavori>>.

Dopo l'art. 160 è stato inserito nel codice un nuovo art. 160 *bis*, rubricato <<locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità>>.

In tale articolo sono stati trasfusi senza alcuna modifica sostanziale i commi 907, 908, 912, 913 della l. n. 296/2006, che sono stati pertanto espressamente abrogati.

La trasposizione nel codice di norme sugli appalti contenute nella legge finanziaria va guardata con favore, nella logica della semplificazione normativa e della c.d. *better regulation*, tuttavia l'operazione avrebbe dovuto essere condotta con maggior puntualità.

Infatti, sul piano sistematico, è rimasto invariato l'art. 3, co. 7, che limita l'esecuzione con qualsiasi mezzo alle sole infrastrutture strategiche.

Invece, il *leasing* finanziario è un altro caso di esecuzione con qualsiasi mezzo, che andava espressamente menzionato nell'art. 3 del codice relativo alle definizioni.

Inoltre, nella disciplina del *leasing* finanziario, si fa riferimento al contraente generale.

Ma nel codice manca una definizione del contraente generale nell'art. 3, valevole per tutti i settori dei pubblici appalti. Il contraente generale è invece definito solo nell'art. 162, che reca le definizioni valevoli per le infrastrutture strategiche, ed è definito ai soli fini del settore infrastrutture.

Con l'introduzione del *leasing* finanziario per tutte le opere pubbliche, si rendeva pertanto necessario da un lato rivedere l'ambito dell'esecuzione con qualsiasi mezzo, mediante novella dell'art. 3, co. 7, del codice, e, dall'altro lato, spostare la definizione di contraente generale dall'art. 162 all'art. 3 del codice, atteso che non è più un istituto peculiare e specifico delle infrastrutture strategiche, ma di applicazione generale ogni qualvolta si utilizzi il *leasing* finanziario.

Si pone anche la questione della qualificazione del contraente generale, atteso che per le infrastrutture strategiche vi è uno speciale sistema di qualificazione dei contraenti generali, gestito dal Ministero delle infrastrutture e distinto dal sistema SOA. Sicché occorre chiedersi che tipo di qualificazione andrà richiesta ai contraenti generali nell'ambito del *leasing* finanziario, ma al di fuori delle infrastrutture strategiche.

## **29. Le infrastrutture strategiche.**

Nelle definizioni, e in particolare nell'art. 3, co. 7, del codice, in relazione alle infrastrutture strategiche, viene precisato che nell'affidamento al contraente generale a base di gara può essere posto, oltre che il progetto preliminare, anche il progetto definitivo.

Vengono poi modificati gli artt. 161, con inserimento dei commi 1 *bis* e 1 *ter* e 6 *bis*, 163, commi 2 e 4, 164, co. 7, 175, 176, 177, 185, co. 5, 247.

Lo scopo è di favorire un più ampio ed efficace ricorso alla finanza di progetto per la realizzazione delle infrastrutture strategiche e degli insediamenti produttivi.

Si può tuttavia dubitare che tale scopo sia stato efficacemente perseguito, ove si consideri che, da un lato, è stato soppresso il diritto di prelazione del promotore, e, dall'altro lato, è stato vietato il dialogo competitivo per le infrastrutture strategiche.

Si prevede a carico dei soggetti aggiudicatori l'obbligo di redigere studi di fattibilità delle infrastrutture da realizzare, secondo modelli definiti con delibera del CIPE, al fine della individuazione e del corretto inserimento delle stesse nel programma delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi di preminente interesse nazionale. I contenuti di tali studi potranno essere specificati con delibera del CIPE. Solo con tale analisi si potrà scegliere correttamente la modalità di realizzazione dell'infrastrutture, se con soli capitali pubblici o con il concorso di capitale privato.

Ciò consentirà di ridurre il rischi di scelte errate in ordine all'impostazione delle iniziative e di evitare, nel corso dell'iter di realizzazione, modifiche progettuali con allungamento dei tempi e dei costi.

Nell'ambito del programma si prevede la priorità delle infrastrutture già avviate e degli interventi che possono essere finanziati con capitale privato, sia di rischio che di debito, previsione che persegue il fine di introdurre un meccanismo di premialità ed incentivo all'utilizzo della finanza di progetto, ancora scarsamente utilizzato per le infrastrutture strategiche.

Sono valorizzati i compiti dell'Unità tecnica finanza di progetto nell'iter delle infrastrutture strategiche, che assolve un triplice ruolo:

- nella fase di valutazione degli studi di fattibilità, prima dell'inserimento delle infrastrutture nel programma;
- nella fase istruttoria, dopo l'inserimento delle infrastrutture nel programma, quale organismo di supporto tecnico, su richiesta del Ministero delle infrastrutture;
- nella fase di approvazione dei progetti, quale organismo di supporto tecnico del CIPE.

Con la novella all'art. 161, co. 6 *bis*, si prevede che l'attività di monitoraggio sui progetti sia svolta attraverso il SIOPE (sistema informativo sulle operazioni degli enti pubblici), e la registrazione del CUP (codice unico di progetto ai sensi della l. 16 gennaio 2003, n. 3), nei mandati informativi relativi al pagamento delle fatture dei fornitori interessati ai progetti. Ciò al fine di garantire la disponibilità di dati tempestivi ed attendibili sull'evoluzione della spesa per la realizzazione delle infrastrutture (*<<Per consentire il monitoraggio finanziario delle opere di cui al presente capo con il ricorso al SIOPE (Sistema informativo delle operazioni degli enti pubblici), tutti i soggetti responsabili di dette opere, anche diversi dalle pubbliche amministrazioni come definite secondo i criteri di contabilità nazionale SEC 95, dovranno procedere per i loro pagamenti in base alle procedure previste per il SIOPE e dovranno provvedere a far riportare anche il CUP (Codice unico di progetto) sui mandati informatici utilizzati per il pagamento dei fornitori>>*).

Viene poi stabilito, in coerenza con il d.l. n. 181/2006, che l'Unità tecnica finanza di progetto è ora collocata presso la P.C.M.

Nell'art. 163, in relazione ai compiti del Ministero delle infrastrutture, si prevede, con la nuova lett. f *bis*) del co. 2, che lo stesso cura le istruttorie per l'avanzamento procedurale e fisico dei progetti, formula le proposte ed assicura il supporto necessario per l'attività del CIPE, avvalendosi anche della eventuale collaborazione richiesta all'Unità tecnica finanza di progetto, ovvero offerta dalle regioni o province autonome interessate con oneri a loro carico.

Sempre in relazione ai compiti del Ministero delle infrastrutture, l'art. 163, co. 4, lett. c), viene sostituito come segue: *<<richiedere alla Presidenza del Consiglio dei Ministri la collaborazione dell'Unità tecnica Finanza di Progetto. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri sono riorganizzati i compiti, le attribuzioni, la composizione e le modalità di funzionamento dell'UTFP anche in deroga all'articolo 7 della citata legge n. 144 del 1999. Dalla data di entrata in vigore del provvedimento di riordino e secondo le modalità nello stesso indicate si procede alla nomina, nel numero massimo di 15, dei nuovi componenti in sostituzione dei precedenti componenti, i quali decadono alla stessa data>>*.

La modifica è dovuta alla circostanza che l'Unità tecnica viene riallocata presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, mentre in precedenza era incardinata presso il Ministero dell'economia e delle finanze. Il d.P.C.M. previsto dalla nuova norma deve essere adottato entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore del correttivo (art. 5, co. 3, del decreto correttivo).

Nell'art. 164, co. 7, che riguarda i compensi professionali per la progettazione in relazione alle opere strategiche, in coerenza con la abolizione dei minimi professionali, viene stabilito, con una aggiunta al testo attuale, che *<<All'importo dei corrispettivi, da porre a base di gara, si applica quanto previsto dal comma 12-bis dell'articolo 4 del decreto legge 2 marzo 1989, n. 65, convertito, con modificazioni, dalla legge 26 aprile 1989, n. 155>>*.

La modifica recepisce una condizione espressa nel parere della VIII Commissione Senato (19 luglio 2007), volta a precisare che i compensi determinati in base al detto comma non sono minimi inderogabili, ma costituiscono l'importo da porre a base di gara, ridotti del venti per cento.

Significative le modifiche all'art. 175, che riguarda la finanza di progetto applicata alle infrastrutture strategiche.

Il testo attuale prevede che il Ministero delle infrastrutture pubblica sulle Gazzette ufficiali nazionale e comunitaria, nonché sul proprio sito informatico, la lista delle infrastrutture per le quali i soggetti aggiudicatori ritengono di sollecitare la presentazione di proposte da parte di promotori, precisando il termine non inferiore a quattro mesi entro il quale i promotori possono presentare le proposte (co. 1 dell'art. 175); prevede inoltre che il promotore ha facoltà di presentare proposte per le quali non sia stato pubblicato l'avviso di cui all'art. 153.

La norma attuale viene integrata come segue:

- viene precisato che la lista pubblicata dal Ministero infrastrutture contiene solo opere già inserite nel programma di cui all'art. 164, co. 1;
- viene precisato che nella lista pubblicata dal Ministero sia indicato, per ciascun soggetto aggiudicatore, il termine entro cui questi provvedono per ciascuna infrastruttura alla pubblicazione di un avviso indicativo;
- viene precisato che l'ufficio competente a ricevere le proposte e a fornire le informazioni è istituito presso i soggetti aggiudicatori;
- viene precisato che il termine non inferiore a quattro mesi per la presentazione delle proposte va indicato nell'avviso indicativo e decorre dalla pubblicazione dell'avviso indicativo nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana;
- viene precisato che l'ufficio competente a ricevere le proposte e presso il quale gli interessati possono ottenere le informazioni utili è presso ciascun soggetto aggiudicatore;
- viene precisato che l'avviso indicativo deve contenere i criteri, nell'ambito di quelli indicati dall'art. 154, in base ai quali si procede alla valutazione comparativa tra le diverse proposte;
- in relazione alla facoltà per i promotori di presentare proposte per opere per le quali non sia stato pubblicato l'avviso, si stabilisce che oltre che proposte possono essere presentati studi di fattibilità, anche per opere non inserite nella lista pubblicata ai sensi del co. 1, a condizione che si tratti di opere inserite nel programma triennale di ciascuna stazione appaltante. Si aggiunge che comunque tale presentazione non determina, in capo al Ministero, alcun obbligo di esame e valutazione. Il Ministero può inserire, nell'ambito di una successiva lista di cui al comma 1, le proposte di intervento e gli studi ritenuti di pubblico interesse; l'inserimento non determina alcun diritto del proponente al compenso per le prestazioni compiute o alla realizzazione degli interventi proposti;
- al co. 3 dell'art. 175, dopo le parole <<ove valuti>> le parole <<la proposta>> sono sostituite con le parole <<le proposte, presentate a seguito dell'avviso indicativo di cui al comma 1>>.

Viene modificato l'art. 176, co. 3, lett. e) per precisare i contenuti degli accordi stipulati tra il contraente generale e gli organi competenti in materia di sicurezza e di prevenzione nella repressione della criminalità; viene esplicitato che tali accordi – su indicazione del CIPE – prevedano il monitoraggio dei flussi finanziari relativi alla realizzazione dell'opera, nonché l'adozione di protocolli di legalità che prevedono obblighi di denuncia di tentativi di estorsione da parte dell'aggiudicatario: <<I contenuti di tali accordi sono definiti dal CIPE sulla base delle linee guida indicate dal Comitato di Coordinamento per l'Alta Sorveglianza delle Grandi Opere, istituito ai sensi dell'articolo 180 del codice e del decreto dell'interno in data 14 marzo 2003 pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 54 del 5 marzo 2004, in ogni caso prevedendo l'adozione di protocolli di legalità che comportino clausole specifiche di impegno, da parte dell'impresa aggiudicataria, a denunciare eventuali tentativi di estorsione, con la possibilità di valutare il comportamento dell'aggiudicatario ai fini della successiva ammissione a procedure ristrette della medesima stazione appaltante in caso di mancata osservanza di tali prescrizioni. Le prescrizioni del CIPE a cui si uniformano gli accordi di sicurezza sono vincolanti per i soggetti aggiudicatori e per l'impresa aggiudicataria, che è tenuta a trasferire i relativi obblighi a carico delle imprese interessate a

qualunque titolo alla realizzazione dei lavori. Le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa comprendono il controllo dei flussi finanziari connessi alla realizzazione dell'opera, inclusi quelli concernenti risorse totalmente o parzialmente a carico dei promotori ai sensi dell'articolo 175 e quelli derivanti dalla attuazione di ogni altra modalità di finanza di progetto. Il CIPE definisce, altresì, lo schema di articolazione del monitoraggio finanziario, indicando i soggetti sottoposti a tale forma di controllo, le modalità attraverso le quali esercitare il monitoraggio, nonché le soglie di valore delle transazioni finanziarie oggetto del monitoraggio stesso, potendo anche indicare, a tal fine, limiti inferiori a quello previsto ai sensi dell'articolo 1, comma 1, del decreto legge 3 maggio 1991, n. 143, convertito, con modificazioni, dalla legge 5 luglio 1991, n. 197. Gli oneri connessi al monitoraggio finanziario sono ricompresi nell'aliquota forfetaria di cui al comma 20>>.

Nell'art. 176, co. 12, a proposito della possibilità di emissione di obbligazioni da parte della società di progetto, viene corretto un refuso materiale, e in particolare il rinvio all'art. 2410 c.c., essendo il rinvio corretto all'art. 2412 c.c.

Sempre in ordine alle infrastrutture, si novella l'art. 177 per chiarire che l'utilizzo dell'appalto - concorso nelle infrastrutture strategiche è facoltativo.

Viene novellato l'art. 185, co. 5, che si occupa della v.i.a. relativa alle infrastrutture strategiche, nell'ipotesi in cui il progetto definitivo sia sensibilmente diverso da quello preliminare su cui è intervenuta la v.i.a.

Attualmente è stabilito che in caso di sensibile differenza tra i due progetti, la commissione ne riferisce al Ministero dell'ambiente il quale, ove ritenga che la sensibile differenza tra i due progetti comporti una significativa modificazione dell'impatto globale del progetto sull'ambiente, dispone l'aggiornamento dello studio di impatto ambientale e la nuova pubblicazione dello stesso. Con la novella scompare la parola <<sensibile>> e <<sensibilmente>> in relazione alla differenza tra i due progetti. Sicché, ciò che rileva è che vi sia comunque una significativa modificazione dell'impatto globale del progetto sull'ambiente, anche se la differenza tra i due livelli di progettazione non sia sensibile.

Le modifiche relative all'art. 185, co. 5, pongono fine ad una procedura di infrazione (la n. 2002/5170) avviata nei confronti dell'Italia proprio in ordine alla norma in discorso, contestata dalla Commissione europea per il fatto che - procedendosi ad una successiva valutazione dell'entità delle modificazioni degli impatti ambientali del progetto, e quindi alla decisione di disporre o meno un aggiornamento della v.i.a., solo nel caso in cui la differenza tra progetto preliminare e definitivo sia sensibile - la norma non considera che gli impatti di un progetto nel passaggio dalla fase preliminare a quella definitiva possono variare significativamente, anche a seguito di modifiche di progetto di per sé contenute. Va osservato che tale correzione consente di rispondere positivamente anche all'osservazione formulata sul punto del contenzioso comunitario pendente da parte della Commissione VIII della Camera dei deputati.

Giova ricordare, poi, che il d.P.R. 14 maggio 2007, n. 90 (recante riordino degli organismi operanti presso il Ministero dell'ambiente, ai sensi dell'art. 29, d.l. n. 223/2006 conv. nella l. n. 248/2006) ha abrogato i commi 2 e 3 dell'art. 184 del codice, relativi alla Commissione speciale per la v.i.a. relativa alle infrastrutture strategiche.

Invero, già il c.d. codice dell'ambiente (d.lgs. n. 152/2006) prevedeva che tale Commissione speciale confluisse in una nuova Commissione v.i.a. - v.a.s.

Tuttavia, il codice dell'ambiente, coevo al codice dei contratti pubblici, aveva allo scopo previsto l'abrogazione dell'art. 19, d.lgs. n. 190/2002, che nel frattempo era stato abrogato anche dal codice dei contratti pubblici, perché fatto confluire nel codice medesimo.

Era, pertanto, necessario coordinare il codice dell'ambiente con il codice dei contratti pubblici, stabilendo se mantenere in vita la commissione speciale v.i.a. grandi opere, o farla morire, così come ipotizzato dal codice dell'ambiente.

L'occasione è stata fornita dal d.P.R. n. 90/2007, che ha riordinato gli organismi operanti presso il Ministero dell'ambiente, tra cui le commissioni di valutazione ambientale.



Pertanto, l'art. 9 del citato d.P.R. n. 90/2007, ha istituito una unica Commissione tecnica v.i.a. e v.a.s., al cui interno sono confluite la Commissione v.i.a. di cui all'art. 18, co. 5, l. n. 67/1988 e la commissione speciale v.i.a. grandi opere di cui all'art. 184, commi 2 e 3, del codice n. 163/2006.

Allo scopo di tener conto delle esigenze di maggior celerità delle grandi opere, l'art. 9, co. 8, d.P.R. n. 90/2007, pur abrogando i commi 2 e 3 dell'art. 184 del codice dei contratti pubblici, stabilisce che per le attività già di competenza della soppressa Commissione speciale v.i.a. grandi opere, in seno alla nuova Commissione tecnica v.i.a. – v.a.s. è costituita una sottocommissione i cui componenti sono individuati (da parte del Ministro dell'ambiente), sentito il Ministro delle infrastrutture.

Nell'art. 186, co. 1, in ordine alla qualificazione dei contraenti generali, a proposito dei consorzi di cooperative di produzione e lavoro, vengono aggiunti, oltre a quelli previsti dalla l. n. 422/1909, quelli di cui al d.lgs.C.P.S. 14 dicembre 1947, n. 1577.

Viene infine novellato l'art. 247, che attualmente consta di un solo comma, che fa salva la vigente disciplina antimafia.

Vi viene aggiunto un ulteriore comma, a tenore del quale <<per gli interventi e gli insediamenti strategici di cui all'articolo 253, comma 27, lettera f), le misure di monitoraggio per la prevenzione e repressione di tentativi di infiltrazione mafiosa sono definite dal CIPE con le stesse modalità e gli stessi effetti previsti dall'articolo 176, comma 3, lettera e). Si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 176, comma 20>>.

Giova ricordare che l'art. 253, co. 27, lett. f) detta una disciplina transitoria relativamente alle infrastrutture strategiche, già recata dal d.lgs. n. 190/2002, che consente, in sede di prima applicazione di quest'ultimo, l'adozione di affidamento a contraente generale per la realizzazione di progetti di elevato importo economico (superiore a 250 milioni di euro) e aventi determinate caratteristiche oggettive. L'art. 176, co. 3, lett. e), richiamato, contempla gli accordi tra soggetto aggiudicatore e organi competenti in materia di prevenzione e repressione della criminalità. L'art. 176, co. 20, a sua volta, per la prevenzione e repressione della criminalità e dei tentativi di infiltrazione mafiosa, prevede lo stanziamento di apposita somma nel bando, non soggetta a ribasso d'asta.

### **30. I settori speciali.**

Viene novellato l'art. 206, che reca l'elenco delle norme, dettate per i settori ordinari, applicabili anche ai settori speciali.

L'intento del novellatore è quello di limitare l'applicazione delle norme dettate per i settori ordinari ai settori speciali, atteso che si precisa che si applicano <<esclusivamente>> gli articoli menzionati, e che <<Nessun'altra norma della parte II, titolo I, si applica alla progettazione e alla realizzazione delle opere appartenenti ai settori speciali>>.

Infatti, come si legge nella relazione illustrativa, la modifica <<recepisce le condizioni formulate da Camera e Senato (VIII Commissione, 19 luglio 2007), al fine di assicurare una interpretazione univoca delle norme riguardanti i cosiddetti settori speciali, precisando che le norme dei settori ordinari, applicabili alle opere appartenenti ai settori speciali, sono solo quelle espressamente richiamate nell'articolo 206.>>.

Tuttavia non sembra che la novella modifichi sostanzialmente la disciplina anteriore, atteso che viene lasciato in vita il co. 3 dell'art. 206, a tenore del quale gli enti aggiudicatori possono comunque applicare altre disposizioni della parte II del codice (cioè altre disposizioni dettate per i settori ordinari), alla cui osservanza non sono obbligati.

### **31. L'arbitrato.**

Vengono introdotte tre modifiche in tema di arbitrato.

In particolare, all'art. 241:

- al co. 6, le parole <<in aggiunta ai casi di astensione previsti dal codice di procedura civile>> sono sostituite con le parole <<in aggiunta ai casi di ricsuzione degli arbitri previsti dall'articolo 815 del codice di procedura civile>>;

- al co. 12, dopo il primo periodo viene inserito il seguente: <<L'articolo 24 del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, convertito con modificazioni dalla legge 4 agosto 2006, n. 248, si interpreta come non applicabile a quanto disciplinato ai sensi del presente comma.>>.

Ancora, all'art. 243, co. 4, le parole <<per i motivi previsti dall'articolo 51 del codice di procedura civile>> sono sostituite con le parole <<per i motivi previsti dall'articolo 815 del codice di procedura civile>>.

Le ragioni delle modifiche si rinvergono nel parere del Consiglio di Stato, che le ha suggerite.

Il Consiglio di Stato, nel citato parere, ha infatti osservato che il testo attuale dell'art. 241, co. 6, e dell'art. 243, co. 4, parlano di "astensione" degli arbitri, facendo evidente riferimento alla disciplina dell'arbitrato nel c.p.c. anteriore alla novella del d.lgs. n. 40 del 2006; tuttavia con tale novella non è più prevista l'astensione, ma solo la ricsuzione degli arbitri (art. 815).

Il Consiglio di Stato ha poi suggerito di coordinare il codice con il d.l. 4 luglio del 2006, n. 233, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248 quanto alla disciplina dei compensi arbitrari.

L'art. 24, d.l. n. 223/2006, per il compenso degli arbitri rinvia alla tariffa forense di cui al d.m. del 2004, stabilendo che tale tariffa si applica a tutti gli arbitrati, anche previsti da leggi speciali, e anche agli arbitri che non sono avvocati.

Secondo l'interpretazione letterale e secondo il principio della successione temporale delle leggi, se ne dovrebbe desumere che la nuova previsione si applica anche agli arbitrati in materia di pubblici appalti, così superando il codice, che invece per tutti gli arbitrati in materia di pubblici appalti (lavori, servizi, forniture) - sia secondo il c.p.c. sia secondo il rito della camera arbitrale - applica il d.m. n. 398/2000, che, come è noto, prevede compensi inferiori.

Il correttivo ha ritenuto, opportunamente, di chiarire con norma di interpretazione autentica (e dunque retroattiva, sicché l'art. 24 d.l. Bersani non è applicabile neanche per il passato, che la disciplina del d.l. Bersani non tocca quella del codice, sicché per gli arbitrati in materia di pubblici appalti continua ad applicarsi la tariffa arbitrale di cui al d.m. n. 398/2000; tanto, come si legge nella relazione illustrativa, <<anche tenuto conto dei costi di gran lunga inferiori che derivano dall'applicazione del decreto ministeriale citato nonché delle coerenti osservazioni emergenti alla luce della relazione dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture>>.

### **32. Le disposizioni a tutela dei lavoratori.**

Il correttivo reca numerose disposizioni finalizzate ad una migliore tutela dei lavoratori dipendenti delle imprese che partecipano alle gare relative ai contratti pubblici.

Anzitutto, il correttivo demanda al regolamento di attuazione la disciplina di dettaglio in ordine alla regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002, n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 novembre 2002, n. 266") (c.d. d.u.r.c.).

Il Consiglio di Stato, nel suo parere, ha osservato che la previsione sembra superflua, o comunque necessita di un coordinamento con l'art. 38, co. 3, primo periodo, secondo inciso, che già si occupa del d.u.r.c. e della sua rilevanza ai fini dell'affidamento ed esecuzione dell'appalto. Non si comprende, pertanto, come il regolamento possa disciplinare la regolarità contributiva attestata nel d.u.r.c. in modo difforme da quanto prescrive la citata previsione.

Tale osservazione non è stata tuttavia recepita.

In replica, nella relazione illustrativa, si legge che le modifiche <<non possono certo dirsi superflue, in quanto consentono di precisare che nel novero degli interventi già affidati alla sede regolamentare, e in particolare per quanto attiene alla disciplina di attuazione riferita alle definizioni dei requisiti soggettivi degli operatori economici, specifiche misure devono essere volte a garantire la possibilità di partecipazione alle procedure di affidamento di contratti pubblici solo

per gli operatori economici in possesso di posizioni regolari, dal punto di vista contributivo, rinviando al riguardo all'unico riferimento normativo utilizzabile, rappresentato dal DURC.

Al riguardo basti osservare che, fermo quanto fissato nel codice, occorre disciplinare in sede regolamentare quanto meno termini e modalità riferibili a chi sia legittimato o obbligato a richiedere il DURC (contraente o stazione appaltante) ai soggetti competenti, i termini di presentazione, ovvero come applicare il DURC a servizi e forniture>>.

In secondo luogo, il correttivo inserisce nell'art. 5, co. 5, del codice, tra le materie oggetto del regolamento, da un lato, <<l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore>> (lett. r) novellata), e dall'altro lato, la <<tutela dei diritti dei lavoratori secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145>> (nuova lett. s - bis).

Per quanto riguarda la novella alla lett. r), giova ricordare che il testo anteriore demandava al regolamento la disciplina delle procedure accelerate per la definizione delle controversie; si trattava di un rinvio superfluo al regolamento, in quanto dette procedure accelerate sono già disciplinate integralmente dal codice (agli artt. 240, 241, 242 e 243). Infatti la precedente lettera r) riproduceva erroneamente l'art. 3, co. 6, lett. q), l. n. 109/1994, che demandava al regolamento detta disciplina, per cui nel d.P.R. n. 554/1999 le previsioni erano confluite negli artt. 149, 150, 151, ora riprodotti nell'art. 240 e ss. del codice.

La nuova lettera r) prevede, invece, che il regolamento generale possa disciplinare in modo uniforme l'intervento sostitutivo della stazione appaltante, in caso di inadempienza retributiva e contributiva dell'appaltatore.

In accoglimento dei rilievi critici del Consiglio di Stato, il correttivo precisa che la disciplina regolamentare dei diritti dei lavoratori avvenga secondo quanto già previsto ai sensi del regolamento recante capitolato generale di appalto dei lavori pubblici, approvato con decreto del Ministro dei lavori pubblici 19 aprile 2000, n. 145.

Invero, secondo il citato parere del Consiglio di Stato, il rinvio al regolamento della materia <<tutela dei diritti dei lavoratori>> appare troppo ampia e generica ed è possibile fonte di equivoci e confusione, in quanto la tutela pubblicistica dei lavoratori nei cantieri edili è materia già disciplinata da norme primarie e secondarie di derivazione comunitaria ampiamente articolate.

Inoltre la tutela <<dei diritti>> dei lavoratori, attiene al contratto civilistico di lavoro subordinato, e non sembra opportuno delegificare tale materia.

Giova inoltre ricordare che l'art. 36 bis, l. 4 agosto 2006, n. 248, ipotizza un futuro testo unico in tema di sicurezza e salute dei lavoratori. Né va tralasciato che nella scorsa legislatura il relativo progetto di codificazione ebbe il parere sfavorevole del Consiglio di Stato, trattandosi di materia che, per certi aspetti, rientra nella legislazione concorrente di Stato e Regioni; e nelle materie di legislazione concorrente, come è noto lo Stato non ha più competenza regolamentare.

Dunque il regolamento relativo agli appalti pubblici non è la sede appropriata per una disciplina di così ampio respiro che secondo lo stesso legislatore necessita di una raccolta in uno specifico testo unico, se non addirittura in un vero e proprio codice.

Giova sottolineare che non è in discussione la filosofia ispiratrice delle modifiche in materia di sicurezza e tutela del lavoro, e che anzi la rilevata inadeguatezza dello strumento prescelto intende appunto sottolineare la dignità che meritano i diritti dei lavoratori.

Tali rilievi dell'organo consultivo sono stati accolti parzialmente dal legislatore, sicché nel testo definitivo la previsione che demanda al regolamento la disciplina della tutela dei diritti dei lavoratori è stata circoscritta a quanto già previsto nel capitolato generale di appalto dei lavori.

In replica all'organo consultivo, nella relazione illustrativa si legge <<l'esistenza già di altre norme in argomento in altre fonti non esclude che si tratti di profili rientranti nei contenuti della delega (profilo non contestato) e che sussista un interesse del governo alle relative previsioni, evidentemente intendendo colmare lacune, possibili nonostante il Consiglio di Stato parli di disciplina ampiamente articolata, se non altro come reso evidente dal reiterarsi di fenomeni

patologici nel settore, per combattere e prevenire i quali è particolarmente attiva l'azione normativa ed amministrativa del governo.

Inoltre, tale intervento corrisponde alla competenza regolamentare dello Stato: si pensi, a mero titolo esemplificativo, alla disciplina attuativa volta ad enucleare univocamente gli aspetti attinenti alla redazione della documentazione richiesta per la completa redazione del piano della sicurezza, ovvero per la identificazione dei soggetti onerati della relativa vigilanza e per la regolamentazione dei rapporti funzionali degli stessi con gli altri soggetti del procedimento>>.

In terzo luogo, viene novellato l'art. 7, co. 3 laddove la norma prevede la collaborazione tra Osservatorio e Ministeri interessati, dando una posizione differenziata al Ministero del lavoro e della previdenza sociale rispetto agli altri Ministeri interessati.

Lo scopo di tale modifica, secondo quanto si legge nella relazione illustrativa, è di dare maggiore incisività al ruolo del Ministero del lavoro e della previdenza sociale nei rapporti con l'Osservatorio dei contratti pubblici, intervenendo in merito allo specifico profilo del collegamento tra il sistema informatico dell'Osservatorio e quello dei Ministeri interessati.

Ancora, viene aggiunto nell'art. 7 un co. 5 *bis*, che mira a garantire che nella determinazione dei costi standardizzati per tipo di lavoro, servizio o fornitura, si tenga conto del costo del lavoro come determinato dal Ministero del lavoro.

Viene modificato l'art. 38, co. 1, lett. m), per contrastare il lavoro nero, specificando che i soggetti che partecipano alle gare non devono essere incorsi nei provvedimenti interdittivi di cui all'art. 36 *bis*, co. 1, d.l. n. 223/2006.

Viene poi novellato l'art. 118, co. 4, a tenore del quale l'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento. Nel co. 4, dopo le parole <<con ribasso non superiore al 20 per cento>> sono inseriti i seguenti periodi: <<L'affidatario corrisponde gli oneri della sicurezza, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante, sentito il direttore dei lavori, il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, ovvero il direttore dell'esecuzione, provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore relativamente agli avvenuti adempimenti di questo ultimo degli obblighi di sicurezza previsti dalla vigente normativa.>>. La novella esclude, pertanto, la possibilità di ribasso per quanto riguarda gli oneri di sicurezza, e detta le opportune disposizioni volte a garantire il rispetto del divieto di ribasso.

Il co. 6 dell'art. 118 sancisce l'obbligo di rispetto del trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi. L'ultimo periodo del co. 6, è stato sostituito come segue: <<Ai fini del pagamento degli stati di avanzamento dei lavori o dello stato finale dei lavori, l'affidatario e, suo tramite, i subappaltatori trasmettono all'amministrazione o ente committente il documento unico di regolarità contributiva nonché copia dei versamenti dovuti agli organismi paritetici previsti dalla contrattazione collettiva, ove dovuti>>.

La innovazione coordina la disciplina con il nuovo d.u.r.c.

Dopo il co. 6, è inserito nell'art. 118 un nuovo co. 6 *bis* del seguente tenore: <<Al fine di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso ed irregolare nel settore dell'edilizia, le Casse Edili, sulla base di accordi stipulati a livello regionale con INPS e INAIL, rilasciano il documento unico di regolarità contributiva comprensivo della verifica della congruità della incidenza della mano d'opera relativa al cantiere interessato dai lavori>>.

### **33. Le modifiche all'allegato XXI (relativo alle infrastrutture strategiche).**

L'allegato XXI, relativo alle infrastrutture strategiche, ha subito modifiche formali e sostanziali.

Nell'art. 28, co. 4, di tale allegato, relativo alla verifica della progettazione tramite strutture tecniche della stazione appaltante, nel primo periodo le parole <<Ministero delle attività produttive>> sono sostituite con le parole <<Ministero dello sviluppo economico>>; sempre nel

primo periodo, dopo le parole <<riconosciuti a livello europeo>> sono inserite le parole <<, emanato con decreto del Ministro delle infrastrutture>>.

Nell'art. 31, co. 4, di tale allegato, relativo ai requisiti per la partecipazione alle gare per l'affidamento delle attività di verifica, dopo le parole <<norma europea UNI CEI EN ISO/IEC 17020>> sono inserite le parole <<come organismi di ispezione di Tipo A, nonché, per verifiche di progetti relativi a lavori di importo inferiore a 20 milioni di euro, i soggetti>>.

Nell'art. 38 di tale allegato, relativo alla verifica preventiva dell'interesse archeologico, viene sostituito il co. 3. Il testo anteriore così disponeva <<Nelle more della procedura di cui all'articolo 96 del codice, il soggetto aggiudicatore può approvare e sottoporre alla deliberazione del CIPE il progetto preliminare dell'opera, a condizione che l'esito delle indagini archeologiche in corso consenta la localizzazione dell'opera medesima o comporti prescrizioni che permettano di individuarne un'idonea localizzazione. Il Direttore regionale, sulla base dell'istruttoria condotta dal Soprintendente competente, riferisce sull'interesse archeologico del sito al Ministro per i beni e le attività culturali, ai fini dell'approvazione del progetto preliminare ai sensi dell'articolo 165 del codice>>.

Il testo novellato così dispone <<Nelle more della procedura di cui all'articolo 96 del codice, il soggetto aggiudicatore può trasmettere al Ministero delle infrastrutture, nonché agli altri soggetti indicati all'articolo 165, comma 4, il progetto preliminare dell'opera, che può essere sottoposto alla approvazione del CIPE a condizione che l'esito delle indagini archeologiche in corso di svolgimento, da formalizzare nella relazione di cui all'articolo 96, comma 2, consenta la localizzazione dell'opera medesima o comporti prescrizioni che permettano di individuarne un'idonea localizzazione>>.

Secondo quanto si legge nella relazione illustrativa, la modifica <<è volta a conferire una più chiara formulazione della previsione in parola, senza peraltro alterarne la portata sostanziale, ma allineando il testo al modello procedurale che caratterizza l'approvazione del progetto preliminare, nel caso delle infrastrutture strategiche>>.

### **34. Le abrogazioni.**

All'articolo 256, co. 1, punto 30, sono inseriti i riferimenti all'articolo 88, comma 2 e 3 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554 (art. 2, n. 45 del correttivo).

Si tratta infatti di norme del regolamento n. 554/1999 in tema di lavori in economia, già trasfuse nel codice (art. 125, co. 7), e dunque da ritenersi abrogate.

Sono stati abrogati i commi 907, 908, 912, 913 e 914, dell'art. 1, l. 27 dicembre 2006, n. 296 (art. 5, co. 4, del correttivo).

Si tratta infatti delle norme della finanziaria in tema di *leasing* finanziario per le opere pubbliche e di qualificazione dei prestatori di servizi, che sono state riprodotte nel codice ad opera del secondo correttivo.

Infine, viene stabilito che alla data di entrata in vigore del secondo correttivo cessa comunque di avere applicazione l'art. 1, co. 2, d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, cioè il primo correttivo appalti (art. 5, co. 2, del correttivo).

Giova chiarire che l'art. 1, co. 2, d.lgs. n. 6/2007 ha differito al 1° agosto 2007 l'entrata in vigore dell'art. 8, co. 6, del codice, mediante novella dell'art. 257, co. 2 bis, del codice.

L'art. 8, co. 6, riguarda il ruolo del personale dell'Autorità, da istituirsi con d.P.C.M. su proposta dell'Autorità medesima.

La cessazione della norma di rinvio comporta l'entrata in vigore dell'art. 8, co. 6, e dunque la necessità di istituire il ruolo del personale dipendente dell'Autorità.

La novella è superflua, in quanto l'art. 257, co. 2 *bis*, è norma che scade il primo agosto 2007, sicché a prescindere dalla novella, il 1° agosto 2007 sarebbe entrato in vigore l'art. 8, co. 6, del codice.

Sul piano del *drafting* sarebbe stato molto più semplice abrogare l'art. 257, co. 2 *bis*, ovvero sancirne la perdita di efficacia.

### **35. L'entrata in vigore e gli istituti differiti.**

Il secondo correttivo è entrato in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (art. 5, co. 1, del decreto correttivo).

Viene pertanto meno, con il 1° agosto 2007, il differimento della procedura negoziata e dell'accordo quadro, che entrano in vigore, sia pure con le mutilazioni introdotte dal correttivo.

Entra anche in vigore la centrale di committenza, che era stata differita al 1° agosto 2007, ma che non è stata ritoccata dal secondo correttivo.

Entra anche in vigore l'art. 8, co. 6, in tema di ruolo del personale dell'Autorità di vigilanza, che era stato differito al 1° agosto 2006 (v. art. 257, co. 2 *bis*).

L'entrata in vigore dell'art. 8, co. 6, deriva di per sé dalla assenza di ulteriori differimenti.

Tuttavia il correttivo con una disposizione molto contorta ha ritenuto di esplicitare che alla data di entrata in vigore del secondo correttivo cessa comunque di avere applicazione l'art. 1, co. 2, d.lgs. 26 gennaio 2007, n. 6, cioè il primo correttivo appalti (art. 5, co. 2, del correttivo).

Valgono sul punto le osservazioni già svolte nel paragrafo che precede.

Resta il differimento *sine die*, fino all'entrata in vigore del nuovo regolamento, del dialogo competitivo e della liberalizzazione dell'appalto misto di progettazione ed esecuzione.

In particolare, il dialogo competitivo è differito sia nei settori ordinari che nei settori speciali, sia con riferimento ai lavori, che con riferimento a servizi e forniture.

L'appalto misto di progettazione ed esecuzione è differito per i lavori pubblici di qualsiasi importo nei soli settori ordinari (ivi compresi, è da ritenere, i lavori relativi alle infrastrutture strategiche).

### **36. Le questioni aperte.**

#### **36.1. L'in house.**

Il Consiglio di Stato, con il parere sullo schema del secondo correttivo, ha osservato che il decreto correttivo costituisce un utilissimo strumento per coordinare le norme sopravvenute all'approvazione del codice, inserendole nel corpo normativo di base ed evitando l'inconveniente delle norme "*estravaganti*", cui lo stesso codice aveva inteso rimediare.

Tanto più che è in corso di adozione da parte del Governo il piano per la semplificazione e la qualità della regolazione, a proposito del quale il presidente del Consiglio dei Ministri, con nota dell'11 aprile 2006, ha raccomandato, ai fini dell'esercizio della semplificazione normativa, l'utilizzo in via prioritaria, tra l'altro, dei decreti correttivi di deleghe già esercitate.

In tale prospettiva, il Consiglio ha suggerito di coordinare il codice con il d.l. 4 luglio del 2006, n. 233, convertito nella l. 4 agosto 2006, n. 248 quanto alla disciplina dell'*in house*.

In merito ai lavori, servizi e forniture realizzati *in house* da pubbliche amministrazioni, il Consiglio di Stato ha ritenuto di non fare osservazioni, poiché, pur nella convinzione che la sede più naturale per disciplinarli sia proprio il codice, lo stato di fluidità della materia e la variabilità dei profili oggettivi e soggettivi consigliano di rinviare la codificazione.

#### **36.2. Il riparto di competenze tra Stato e Regioni.**

La Conferenza unificata aveva proposto numerose modifiche volte a ridefinire il riparto di competenze tra Stato e Regioni, come delineato dal codice.

Le proposte sono state disattese, avendo il Governo ritenuto di doversi attenere alle scelte operate dal codice, anche in considerazione della pendenza di contenzioso in Corte costituzionale.

Come si legge nella relazione illustrativa, il complesso delle modifiche proposte tocca una problematica (quella, cioè, del rapporto tra la normazione statale e la disciplina dei diversi livelli territoriali di governo) del quale lo schema di decreto correttivo non ha inteso mutare alcunché rispetto a quanto definito con il codice, anche all'esito delle valutazioni espresse dal Consiglio di Stato, in occasione del parere n. 355 del 2006. E' il caso di aggiungere che lo stesso Consiglio di

Stato, già con il parere n. 8029/06 del 13 ottobre 2006 ha condiviso la posizione già assunta in merito da parte del Ministero delle infrastrutture. Peraltro, come è noto, tutta la vicenda è stata già oggetto di ricorsi innanzi alla Corte costituzionale, chiamata a pronunciarsi a breve. Pertanto, appare opportuno attendere la decisione in merito senza tentare impervie soluzioni volte a sottrarre alla Corte costituzionale la completezza della materia alla medesima rimessa.

### **36.3. Le centrali di committenza.**

Nessuna disposizione del correttivo si occupa delle centrali di committenza, e, tanto, nonostante che la relativa disciplina sia stata sospesa fino al 1° agosto 2007, sicché ci si attendeva che tale differimento di oltre un anno fosse finalizzato ad interventi correttivi.

Oltretutto la l. finanziaria per il 2007 contiene numerose disposizioni in tema di centrali di committenza, sicché era auspicabile un coordinamento tra legge finanziaria 2007 e codice.

In tal senso, il Senato (Commissione VIII, 19 luglio 2007) aveva formulato una condizione espressa: <<sia inserita nello schema di decreto una norma che, al fine di consentire la costituzioni di centrali di committenza soltanto in forma istituzionale, coordini il codice con le disposizioni di cui ai commi 455, 456 e 457 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e sostituisca al comma 1 dell'articolo 33 le parole *“anche associandosi o consorzandosi”* con le parole *“costituite con legge statale o regionale”* e al comma 3 dell'articolo 33 sopprima le parole *“o privati”*>>.

Il Governo ha disatteso tali rilievi. Si legge nella relazione di accompagnamento del correttivo: che la proposta condizione di consentire centrali di committenza solo in forma istituzionale si porrebbe contro lo spirito delle direttive comunitarie.

In effetti il diritto comunitario consente le centrali di committenza istituite su base negoziale, mentre la proposta novella le voleva costituite solo con legge.

### **36.4. L'arte negli edifici pubblici.**

La l. n. 717 del 1949 per l'arte negli edifici pubblici, è stata di recente rivitalizzata dal d.m. 23 marzo del 2006, in G.U. 29 gennaio 2007,.

Il Consiglio di Stato nel parere sullo schema del secondo correttivo ha segnalato l'opportunità di inserire il contenuto di tale legge all'interno del codice, con conseguente abrogazione della stessa e di tutte le leggi successive che la richiamano in tutto o in parte.

Secondo l'organo consultivo andrebbe inoltre coordinata la norma della legge del 1949, secondo cui *“I progetti relativi agli edifici pubblici dovranno contenere l'indicazione di massima di dette opere d'arte e il computo del relativo importo”* con i livelli della progettazione stabiliti dal codice, e dunque specificato se la indicazione delle opere d'arte e relativo computo di importo vanno indicati nel progetto preliminare, definitivo o esecutivo.

La disciplina potrebbe essere inserita nella parte II, titolo III (disposizioni ulteriori per i lavori pubblici), in un apposito, nuovo capo dedicato all'arte negli edifici pubblici.

Il correttivo ha novellato l'art. 141 (relativo al collaudo dei lavori pubblici), inserendovi un comma 10 *bis* che fa salvo quanto previsto dalla legge n. 717 del 1949.».

Non è stato pertanto recepito il rilievo dell'organo consultivo, di trasferire il contenuto di tale legge e di quelle successive che la richiamano, nel corpo del codice, con conseguente abrogazione.

### **37. Le altre sopravvenienze normative.**

Della soppressione della commissione speciale v.i.a. per le infrastrutture strategiche ad opera del d.P.R. n. 90/2007 si è già detto **al par. 29** cui si rinvia.

Ulteriori novelle al codice sono state recate dalla l. n. 123/2007 e dalla l. n. 124/2007.

Inoltre la l. 3 agosto 2007 n. 124, recante << sistema di informazione per la sicurezza della Repubblica e nuova disciplina del segreto >>, ha abrogato l'art. 17, co. 8, del codice, che demandava ad apposito regolamento la disciplina dell'acquisizione di beni, servizi, lavori e opere in economica o a trattativa privata, da parte degli organismi di informazione e sicurezza (art. 29, co. 5, l. citata).

In sostituzione, l'art. 29, co. 4, l. n. 124/2007, demanda ad apposito regolamento il compito di definire le procedure per la stipula dei contratti di appalti di lavori e forniture di beni e servizi, nel rispetto dell'art. 17, codice dei contratti pubblici. Tale regolamento individua altresì i lavori, le forniture e i servizi che, per tipologie o per importi di valore, possono essere effettuati in economia o a trattativa privata.

L'art. 21, co. 9, l. n. 124/2007 dispone che agli appalti di lavori e alle forniture di beni e servizi, per i quali la tutela del segreto sia richiesta da norme di legge o di regolamento ovvero sia ritenuta di volta in volta necessaria, si applicano le disposizioni dell'art. 17, co. 3, del codice dei contratti pubblici.

Ancora, il co. 3 *bis* dell'art. 89 del codice, inserito dalla legge finanziaria per il 2007, è stato ulteriormente rimaneggiato dall'art. 8, l. n. 123/2007, che vi ha inserito la previsione secondo cui nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell'anomalia delle offerte occorre valutare non solo l'adeguatezza del valore economico rispetto al costo del lavoro, ma anche in ordine <<al costo relativo alla sicurezza, il quale deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture>>. Viene anche aggiunto un ulteriore comma 3 *ter* che ribadisce un principio già affermato nel codice, e cioè che <<il costo relativo alla sicurezza non può essere comunque soggetto a ribasso d'asta>>.