



CONSIGLIO DI STATO

Sezione Consultiva per gli atti normativi

Adunanza del 24 febbraio 2010

N° Sezione prot.313/2010

OGGETTO: Ministero delle infrastrutture e dei trasporti - Schema di regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui all'articolo 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163

La Sezione

Vista la relazione trasmessa con nota prot. n. 0001972 del 19 gennaio 2010, con la quale il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, Ufficio legislativo, chiede il parere sullo schema indicato in oggetto;

Esaminati gli atti e uditi i relatori ed estensori, Consiglieri Giovanni De Cesare (articoli da 326 a 359 e allegati), Silvio Traversa (articoli da 105 a 151), Paolo De Ioanna (articoli da 152 a 214), Giuseppe Roxas (articoli da 60 a 104), Damiano Nocilla (articoli da 215 a 251), Francesco Bellomo (articoli da 1 a 59 e introduzione), Sabato Malinconico (articoli da 252 a 325);

PREMESSO E CONSIDERATO

Sommario:

Parte I – Premessa

Parte II - Articoli da 1 a 59

II-A) Contenuto dell’articolato

II-B) Disposizioni sulle quali il Governo non ha accolto i rilievi formulati in sede consultiva

II-C) Disposizioni modificate in accoglimento dei rilievi formulati in sede consultiva o di adeguamento al terzo decreto correttivo

II-D) Disposizioni che pongono interrogativi complessi, segnalate dallo stesso Governo

II-E) Altri rilievi

Parte III - Articoli da 60 a 104

Parte IV - Articoli da 105 a 151

IV-A) Contenuto dell’articolato

IV-B) Osservazioni

Parte V - Articoli da 152 a 214

Parte VI - Articoli da 215 a 251

Parte VII - Articoli da 252 a 325

VII-A) Contratti pubblici relativi ai servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria nei settori ordinari

VII-B) Contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari

Parte VIII - Articoli da 326 a 359 e allegati

PARTE I - PREMESSA

1. Il regolamento, previsto dall’articolo 5 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante “*codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*”, contiene la disciplina esecutiva ed attuativa del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (d’ora innanzi: codice).

Al fine di chiarire il lavoro che è chiamata a compiere la Sezione è opportuna una rapida cronistoria dello schema di regolamento in esame.

Ai sensi dell’articolo 5, comma 4, del codice, il regolamento è adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con i Ministri delle politiche europee, dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, per i beni

culturali e ambientali, dello sviluppo economico e dell'economia e delle finanze, sentiti i Ministri interessati, e previo parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici.

2. Il Governo ha elaborato un primo schema di regolamento, approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri del 13 luglio 2007, su cui il Consiglio di Stato ha reso il parere n. 3262/2007 nell'adunanza del 17 settembre 2007.

In tale parere, preliminarmente, si è rilevato che il regolamento previsto dal codice dovrà sostituire i seguenti regolamenti:

- il d.P.R. n. 554 del 1999, vale a dire il regolamento generale di attuazione della c.d. legge Merloni (l. n. 109 del 1994);
- il d.P.R. n. 34 del 2000, vale a dire il regolamento di qualificazione per i lavori pubblici;
- il d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117, in tema di criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa per i servizi di pulizia;
- il d.P.C.M. 18 novembre 2005, relativo al servizio sostitutivo di mensa, limitatamente, peraltro, come si dirà meglio oltre, alla disciplina attuativa del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- il d.P.R. 4 aprile 2002, n. 101, in tema di aste elettroniche.

In secondo luogo è stata definita la natura dell'atto normativo, configurato come regolamento di esecuzione ed attuazione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1 l. n. 400/1988.

Infatti l'articolo 5 del codice, oltre a richiamare, nel comma 3, l'articolo 17, comma 1 l. n. 400 del 1988, ai fini del parere obbligatorio del Consiglio di Stato, specifica, nel comma 1, l'ambito della potestà regolamentare come esecutiva e attuativa. Si deve perciò ritenere che il codice abbia inteso richiamare, specificamente, l'articolo 17, comma 1, lettere a) e b), l. n. 400 del 1988 (che si riferiscono ai regolamenti esecutivi e attuativi-integrativi). Trattandosi di materia coperta da riserva relativa di legge e regolata da fonti primarie, è da escludersi l'ammissibilità di regolamenti liberi.

Il parere del Consiglio di Stato ha individuato alcune disposizioni *praeter legem*, ed altre *contra legem*. Ha, altresì, individuato le disposizioni da adeguare al secondo decreto legislativo correttivo del codice (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113), intervenuto successivamente all'adozione dello schema di regolamento. Ha, infine, segnalato le norme superflue e le formulazioni non rispettose dei principi sulla semplificazione.

3. Quasi tutte le osservazioni sono state recepite dal Governo. Il testo è stato poi verificato alla luce della sentenza della Corte Costituzionale n. 401/2007 intervenuta nei giudizi di legittimità costituzionale di alcuni articoli del codice, sollevati da diverse Regioni. Il testo così modificato è stato approvato dal Consiglio dei Ministri in data 21 dicembre 2007 ed emanato con decreto del Presidente della Repubblica del 28 gennaio 2008.

Nelle more della pubblicazione del decreto, è pervenuto il rilievo n. 51/I del 26 maggio 2008 con il quale la Corte dei Conti ha formulato le proprie osservazioni sul provvedimento. Conseguentemente il Governo ha ritenuto di procedere al ritiro dello stesso al fine di adeguare il testo alle osservazioni dell'organo di controllo.

4. Riguardo alle osservazioni formulate dalla Corte dei Conti, la maggior parte di esse sono state recepite mediante apposite modifiche e integrazioni; per altre, invece, non si è ritenuto di adeguarsi. Inoltre il testo è stato coordinato con le modifiche al codice dei contratti pubblici introdotte dal terzo decreto legislativo correttivo (decreto legislativo 11 settembre 2008, n. 152).

Così predisposto, sul nuovo schema di regolamento sono stati acquisiti tutti i concerti ed i pareri prescritti e lo stesso è stato trasmesso al Consiglio di Stato.

5. Il testo pervenuto si compone di 359 articoli, suddivisi in sette parti: parte I (Disposizioni comuni); parte II (Contratti pubblici relativi a lavori nei settori ordinari); parte III (Contratti pubblici relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria nei settori ordinari); parte IV (Contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari); parte V (Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali); parte VI (Contratti eseguiti all'estero); parte VII (Disposizioni transitorie e abrogazioni).

La struttura del testo segue, in linea di massima, l'ordine espositivo del codice ed è conforme alla graduale progressione dei rapporti tra amministrazioni ed operatori economici (dall'avvio della procedura all'esecuzione del contratto).

6. Atteso l'elevato numero degli articoli, la Sezione ritiene preferibile non procedere ad una descrizione globale preventiva, ma ripartire il materiale in sette gruppi omogenei:

- articoli da 1 a 59;
- articoli da 60 a 104;
- articoli da 105 a 151;
- articoli da 152 a 214;

- articoli da 215 a 251;
- articoli da 252 a 325;
- articoli da 326 a 359.

7. In questa sede occorre, piuttosto, indicare le linee guida cui la Sezione si atterrà nell'analisi normativa, considerando il modo in cui l'attuale testo è stato generato. Trattandosi di un regolamento di esecuzione ed attuazione, occorre verificare la fedeltà alla fonte primaria, la compatibilità con il quadro legislativo del settore, la coerenza con il sistema.

Tale compito, però, non può essere esercitato ignorando l'origine del testo e le conclusioni già raggiunte sul precedente schema di regolamento. Quindi, tenuto conto di tutte le disposizioni già valutate positivamente, l'esame ha per oggetto essenzialmente:

- disposizioni sulle quali il Governo non ha accolto i rilievi formulati in sede consultiva;
- disposizioni modificate in accoglimento dei rilievi formulati in sede consultiva o di adeguamento al terzo decreto correttivo;
- disposizioni che, alla luce dell'evoluzione dell'ordinamento e della giurisprudenza *medio tempore* verificatesi, pongono interrogativi complessi, opportunamente segnalati dallo stesso Governo.

8. Nell'esame la Sezione ritiene di attenersi ad un principio macro-sistematico, che è bene enunciare esplicitamente: l'evoluzione dell'ordinamento amministrativo è rapida quanto ondivaga da diversi anni. Lo stesso codice dei contratti è stato modificato già tre volte, ed a quattro anni dalla sua adozione il regolamento non è stato emanato; è evidente comunque una linea di tendenza verso una tecnica legislativa estremamente analitica, i cui rischi e i cui effetti negativi sono ben noti: nella dialettica tra i principi di legalità e buon andamento, che permea tutte le normative più recenti dell'organizzazione e dell'attività della pubblica amministrazione cresce inevitabilmente il ruolo della legalità e quindi si contraggono gli spazi del buon andamento.

Si consideri, inoltre, che già la presenza di una fonte primaria – quale il codice – piuttosto articolata, suggerisce parsimonia nell'impiego della fonte secondaria, che più che “integrare”, deve “eseguire” ed “attuare”. E lasciare all'interprete il compito di colmare eventuali vuoti, calando la norma non solo nella realtà disciplinata, ma anche nell'evoluzione dell'ordinamento.

Ne consegue che, mai come in questo caso, la semplificazione e il principio del minimo mezzo si rendono indispensabili, sia sul piano formale, sia su quello sostanziale.

In questa prospettiva probabilmente il nuovo schema di regolamento avrebbe potuto evitare alcuni “eccessi” normativistici, fermo comunque che esso appare suscettibile di un giudizio globalmente positivo.

Sul piano formale si anticipa in termini generali che in talune disposizioni occorrerà sostituire i trattini con lettere o numeri, o procedere alla suddivisione dei commi troppo lunghi (ad esempio: articoli 18; 19; 21; 43, comma 1; 79, comma 16; 100; 118, comma 1; 157, comma 1; 223, comma 1; 253, ultimo comma; 254, comma 3; 255, comma 1; 258, ultimo comma; 259, comma 3; 260, ultimo comma; 266, comma 5; 305, comma 1; 334, comma 1; 339, comma 1; 358, comma 1); o infine numerare tutti i commi (si veda ad es. l'ultimo comma dell'articolo 10).

Su tali premesse, può passarsi all'esame dell'articolato.

PARTE II - ARTICOLI DA 1 A 59

II-A) CONTENUTO DELL'ARTICOLATO

9. Gli articoli da 1 a 59 si estendono nella parte I e nella parte II, titoli I e titolo II, capi I e II. Attesa l'eterogeneità tra la parte I e la parte II, nell'illustrazione del testo conviene procedere separatamente.

10. Nella parte prima sono contenute le disposizioni comuni (a lavori, servizi e forniture), con l'individuazione chiara delle disposizioni riconducibili alla competenza statale esclusiva e concorrente tra Stato e Regioni (articolo 1). Com'è noto, l'articolo 4, comma 3, del codice definisce di competenza esclusiva statale i seguenti ambiti:

- la qualificazione e la selezione dei concorrenti;
- le procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa;
- i criteri di aggiudicazione;
- il subappalto;
- i poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
- le attività di progettazione e i piani di sicurezza;

- la stipulazione e l'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità e collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative.

Resta altresì ferma la competenza esclusiva dello Stato a disciplinare:

- i contratti relativi alla tutela dei beni culturali;
- i contratti nel settore della difesa;
- i contratti segretati o che esigono particolari misure di sicurezza.

Relativamente alle materie oggetto di competenza concorrente tra Stato, Regioni e Province Autonome, l'articolo 4, comma 2, del codice prevede che le Regioni e le Province Autonome esercitino la propria potestà nel rispetto dei principi fondamentali contenuti nel codice in tema di:

- programmazione di lavori pubblici;
- approvazione dei progetti ai fini urbanistici ed espropriativi;
- organizzazione amministrativa;
- compiti e requisiti del responsabile del procedimento;
- sicurezza del lavoro.

Al comma 3 dell'articolo 1 del regolamento è individuato l'ambito di legislazione statale esclusiva. In relazione ai contenuti specifici del regolamento, risulta attratta nella competenza esclusiva statale la totalità della disciplina prevista dal regolamento, ad esclusione delle disposizioni relative agli organi del procedimento e alla programmazione nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture.

Considerata la specificità della disciplina contenuta nel codice per i lavori relativi alle infrastrutture strategiche ed insediamenti produttivi (parte II, titolo III, capo IV, del codice), si definisce, con l'apposito articolo 2, l'ambito di applicazione del regolamento a tali lavori. In particolare si chiarisce che per questi lavori parte della disciplina è contenuta nell'allegato XXI al codice e quindi non si applicano le analoghe disposizioni regolamentari contenute nella parte II, titolo II (progettazione e verifica del progetto). Viceversa è specificato che le disposizioni contenute nella parte II, titolo IV (modalità tecniche e procedurali per la qualificazione dei contraenti generali), riproducenti le analoghe disposizioni del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti del 27 maggio 2005 in tema di qualificazione del contraente generale, si applicano unicamente alle infrastrutture strategiche.

Seguono le definizioni (articolo 3), le disposizioni a tutela dei lavoratori e il documento unico di regolarità contributiva (articoli 4, 5, 6), la regolamentazione del

sito informatico presso l'Osservatorio (articolo 7) che, insieme al sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, viene individuato dal codice per la pubblicazione telematica degli avvisi e dei bandi di gara e il casellario informatico (articolo 8).

11. Nella parte seconda è trattata la regolamentazione dei lavori nei settori ordinari, con un ordine degli argomenti che ricalca l'evoluzione temporale dell'opera: per quanto qui interessa si va dall'individuazione del responsabile del procedimento (articoli 9 e 10) all'inserimento dell'opera nella programmazione (articoli da 11 a 13), alla disciplina dei contenuti dello studio di fattibilità (articolo 14), alla progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva e verifica del progetto (articoli da 15 a 59).

12. Nel titolo I, per quanto riguarda il responsabile del procedimento, si chiarisce che, per quanto riguarda i lavori, deve essere un funzionario in servizio presso le amministrazioni aggiudicatrici anche di qualifica non dirigenziale (articolo 9), con idonea professionalità.

Nel titolo II tra i punti più significativi del nuovo regolamento si evidenzia l'introduzione della definizione dei contenuti dello studio di fattibilità (articolo 14), una definizione più analitica dei livelli di progettazione (in particolare la preliminare e la definitiva), con particolare riferimento alle relazioni tecniche ed agli elaborati grafici, e la regolamentazione della verifica del progetto da parte di strutture interne o esterne alla stazione appaltante ma, comunque, accreditate.

Un apposito regolamento per la verifica del progetto era già previsto dall'articolo 30, comma 6, l. n. 109 del 1994, come modificato dall'articolo 7, comma 1, lettera t), l. n. 166 del 2002; la disposizione è ora riportata all'articolo 112, comma 5, del codice. La verifica del progetto (articolo 45) è finalizzata ad accertare la conformità della soluzione progettuale prescelta alle specifiche disposizioni funzionali, prestazionali, normative e tecniche contenute nello studio di fattibilità, nel documento preliminare alla progettazione ovvero negli elaborati progettuali già approvati. La verifica accerta in particolare: la completezza della progettazione; la coerenza e la completezza del quadro economico in tutti i suoi aspetti; l'appaltabilità della soluzione progettuale prescelta; i presupposti per la durabilità dell'opera nel tempo; la minimizzazione dei rischi di introduzione di varianti e di contenzioso; la possibilità di ultimazione dell'opera entro i termini previsti; la sicurezza delle maestranze e degli utilizzatori.

II-B) DISPOSIZIONI SULLE QUALI IL GOVERNO NON HA ACCOLTO I RILIEVI FORMULATI IN SEDE CONSULTIVA

13. L'articolo 3, comma 1, lettera b), reca la definizione di amministrazioni, enti, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti. La norma era apparsa da un lato ripetitiva del codice, dall'altra a rischio di equivoci, ma è stata confermata sul presupposto che la previsione, in accordo con la corrispondente previsione primaria, offra maggiore chiarezza e sistematicità ai fini dell'utilizzo del testo. L'argomentazione risulta condivisibile. Stabilendo che *“Ai fini del presente regolamento si intende per [...] b) amministrazioni aggiudicatrici, organismi di diritto pubblico, enti aggiudicatori, altri soggetti aggiudicatori, soggetti aggiudicatori e stazioni appaltanti: i soggetti indicati rispettivamente dall'articolo 3, commi 25, 26, 29, 31, 32 e 33, del codice”*, si evidenzia meglio la platea di soggetti cui si applica il codice, accorpendo figure che nel codice sono sparse.

Il codice, nell'individuare l'ambito di applicazione, combina l'elemento oggettivo e quello soggettivo, prevedendo che *“disciplina i contratti delle stazioni appaltanti, degli enti aggiudicatori e dei soggetti aggiudicatori, aventi per oggetto l'acquisizione di servizi, prodotti, lavori e opere”*.

Come si nota non vengono denominate le altre categorie, sul presupposto che esse rientrano in quelle già indicate.

Dalle definizioni si evince che: 1) «*stazione appaltante*», che comprende le «*amministrazioni aggiudicatrici*» e gli «*altri soggetti di cui all'articolo 32*». Le prime sono *“le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti”*. I secondi sono *“gli enti aggiudicatori di cui al comma 29, nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi di cui capo IV, parte II, titolo III ”*; 2) «*enti aggiudicatori*» sono, oltre, le amministrazioni aggiudicatrici *“le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti”*; 3) Gli «*altri soggetti aggiudicatori*», ai fini della parte II, sono *“I soggetti privati tenuti all'osservanza delle disposizioni del presente codice”*.

Ne consegue che la norma regolamentare, da un lato, contribuisce ad evidenziare i soggetti, indipendentemente dall'oggetto, dall'altro menziona anche le categorie soggettive assorbite nel codice.

14. L'articolo 3, comma 1, lettera s), riguarda i gruppi di categorie ritenute omogenee, che sono definiti come lavorazioni corrispondenti alla descrizione di una o più delle categorie di opere generali o di opere specializzate individuate nell'allegato A, specificando che per essi si intendono anche le categorie di lavoro indicate nell'articolo 132, comma 3, del codice. Il Governo ritiene di confermare la previsione in quanto necessaria per "agganciare" le categorie omogenee, presenti nel contratto (articolo 43, comma 7, del regolamento), alle categorie di lavoro ai fini delle varianti (articolo 132, comma 3, del codice); peraltro la dizione "categorie omogenee" è presente nel vigente Capitolato generale (articolo 10, comma 6), trasfuso nell'articolo 161, comma 16, del regolamento.

A ben vedere, tuttavia, il Consiglio di Stato non aveva suggerito l'espunzione della norma per ragioni sostanziali, quanto per motivi formali, avendo nel suo parere rilevato che *«la definizione non è chiara, essendovi una disciplina più che una definizione»*.

Così intesa l'osservazione, non può dirsi che il testo modificato non la raccolga. Si raffrontino le due formulazioni:

- la vecchia prevedeva che sono *“i gruppi di categorie ritenute omogenee sono assimilate alla descrizione di una o più delle categorie di opere generali o di opere specializzate individuate nell'allegato A; per gruppi di categorie ritenute omogenee si intendono anche le categorie di lavoro indicate nell'articolo 132, comma 3, del codice”*;
- sono *“gruppi di categorie ritenute omogenee: “lavorazioni corrispondenti alla descrizione di una o più delle categorie di opere generali o di opere specializzate individuate nell'allegato A; per gruppi di categorie ritenute omogenee si intendono anche le categorie di lavoro indicate nell'articolo 132, comma 3, del codice”*.

Nel passaggio dalla «assimilazione» alla definizione di *«lavorazioni corrispondenti»* si sana l'ambiguità della espressione, spostando il baricentro concettuale da una disciplina ad una nozione, così come richiesto dal Consiglio di Stato.

II-C) DISPOSIZIONI MODIFICATE IN ACCOGLIMENTO DEI RILIEVI FORMULATI IN SEDE CONSULTIVA O DI ADEGUAMENTO AL TERZO DECRETO CORRETTIVO

15. Gli interventi di un certo rilievo hanno riguardato gli articoli 1, 3, 4, 5, 10, 49.

Le modifiche sono rispettose dei parametri di legittimità e di qualità della regolazione.

L'articolo 1, al comma 3 individua l'ambito di legislazione statale esclusiva. In relazione ai contenuti specifici del regolamento, risulta attratta nella competenza esclusiva statale la totalità della disciplina prevista dal regolamento, ad esclusione delle disposizioni relative agli organi del procedimento, alla programmazione e alle disposizioni concernenti la commissione giudicatrice nei contratti relativi a lavori, servizi e forniture. Al comma 4 è prevista una norma cedevole nell'ambito della legislazione concorrente.

L'articolo 3 riproduce in parte l'articolo 2 del d.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554, e l'articolo 2 del d.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34. Detto articolo è stato adeguato al parere del Consiglio di Stato. In particolare sono state modificate le definizioni di cui alle lettere b), d), l), m), ff), gg) e pp); sono state eliminate le definizioni presenti nella precedente stesura del regolamento relative alla commissione consultiva, all'attestazione e all'osservatorio; è stato inserito nelle definizioni da pp) a vv) il riferimento allo specifico ambito della disciplina della garanzia globale di esecuzione; sono state introdotte alcune definizioni riguardanti la materia del servizio sostitutivo di mensa alle lettere zz), aaa), bbb), ccc) e ddd). Rispetto al d.P.R. n. 554 del 1999, sono state aggiunte, per chiarezza e completezza, ulteriori definizioni di termini presenti nel testo regolamentare.

Gli articoli 4 e 5 dettano disposizioni in materia di tutela dei lavoratori e regolarità contributiva, mutuando le disposizioni del d.m. ll.pp. 19 aprile 2000, n. 145, (articoli 7 e 13). In particolare disciplinano l'intervento sostitutivo della stazione appaltante in caso di inadempienza, rispettivamente contributiva e retributiva, dell'esecutore e del subappaltatore, in termini rispettosi delle osservazioni formulate nel parere del Consiglio di Stato.

L'articolo 10 concerne i compiti del responsabile del procedimento, che nella formulazione attuale appaiono in linea sia con le norme generali sul procedimento

amministrativo, sia con il sistema delineato dal codice dei contratti, anche alla luce dei correttivi.

L'articolo 49 individua alcune disposizioni generali sul corrispettivo dell'attività di verifica e l'incompatibilità del soggetto incaricato della verifica con le attività di progettazione, coordinamento della progettazione, direzione lavori, coordinamento della sicurezza e collaudo del progetto oggetto di verifica. L'articolo risulta correttamente adeguato alle indicazioni contenute nel parere del Consiglio di Stato.

II-D) DISPOSIZIONI CHE PONGONO INTERROGATIVI COMPLESSI, SEGNALATE DALLO STESSO GOVERNO

16. L'articolo 1, comma 5, prevede l'inapplicabilità, alle Province autonome di Trento e Bolzano, del comma 3, che reca la ricognizione delle disposizioni regolamentari nelle materie di competenza esclusiva statale, applicabili anche alle Regioni. La materia è stata oggetto di importanti sentenze della Corte costituzionale: la n. 401/2007, la n. 411/2008 e da ultimo la n. 45/2010.

In particolare, con la pronuncia 8-12 febbraio 2010 n. 45 la Corte cost. ha affrontato *funditus* il tema del rapporto tra la materia "*lavori pubblici di interesse regionale*" ovvero "*lavori pubblici di interesse provinciale*" che gli statuti delle Regioni ad autonomia speciale attribuiscono, rispettivamente, alle quattro regioni Sardegna, Sicilia, Valle d'Aosta e Trentino –Alto Adige, e alle due Province autonome di Trento e di Bolzano.

La precedente pronuncia n. 411/2008 aveva ritenuto che le materie "*tutela della concorrenza*" e "*ordinamento civile*" precludessero anche alle Regioni ad autonomia speciale di legiferare sulle procedure di affidamento e sull'esecuzione del contratto, affermando espressamente che la materia statutaria "*lavori pubblici di interesse regionale*" non può abbracciare aspetti che rientrano nella tutela della concorrenza e nell'ordinamento civile, e segnatamente le procedure di affidamento e l'esecuzione del contratto.

Invece la pronuncia n. 45 del 2010 compie una rimeditazione del rapporto tra materie affidate dagli statuti speciali alla competenza legislativa esclusiva di Regioni e Province autonome, e le materie "*tutela della concorrenza*" e "*ordinamento civile*" che l'articolo 117 Cost. assegna alla competenza legislativa statale esclusiva.

Punto di partenza del percorso argomentativo della Corte è la considerazione che la l. cost. n. 3 del 2001, nell'introdurre la riforma del Titolo V Cost. e nel riscrivere l'articolo 117 Cost., ha, con l'articolo 10, fatto salve le eventuali maggiori competenze già attribuite alle Regioni a statuto speciale e alle Province autonome di Trento e Bolzano dai relativi statuti.

Nel passaggio successivo la Corte osserva che, mentre nell'articolo 117 Cost. non esiste una materia "*lavori pubblici di interesse regionale*" attribuita alle Regioni a statuto ordinario, per converso quelle a statuto speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano hanno, nei loro statuti, nell'ambito della propria competenza legislativa esclusiva, rispettivamente la materia "*lavori pubblici di interesse regionale*" e "*lavori pubblici di interesse provinciale*."

Ne deriva che la materia statutaria dei lavori pubblici di interesse regionale o provinciale, di competenza esclusiva, implica la possibilità per Regioni a statuto speciale e Province autonome di legiferare in un ambito ben più ampio di quello lasciato alle Regioni ordinarie, con i soli limiti previsti per la competenza legislativa regionale esclusiva.

Al fine di stabilire l'impatto di tale pronuncia sullo schema di regolamento vanno fatte alcune considerazioni.

Una prima si impone sull'ambito oggettivo della pronuncia.

La Corte fa rientrare nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale o provinciale non solo la disciplina delle procedure di affidamento, ma anche la disciplina dell'esecuzione del contratto. Vi include, inoltre la progettazione e l'affidamento di incarichi di progettazione di lavori, in quanto strumentali ai lavori pubblici. Questo, sulla scia di un'ampia lettura di tale materia, preesistente alla riforma del Titolo V Cost., e che l'articolo 10, l. cost. n. 3/2001 ha fatto salva.

In secondo luogo, quanto all'ambito soggettivo della decisione, la pronuncia della Corte, ancorché relativa ad una legge della provincia di Trento, esamina la tematica in termini più generali, con riguardo anche alle altre Regioni a statuto speciale.

In terzo luogo la pronuncia non affronta il tema, - che non formava oggetto della materia del contendere -, se le Regioni ad autonomia speciale e le Province autonome di Trento e Bolzano abbiano o meno competenza legislativa esclusiva anche sugli affidamenti di forniture e di servizi (diversi da quelli di progettazione di lavori).

Gli appalti di servizi e forniture, e le concessioni di servizi, non sembrano riconducibili alla materia dei lavori pubblici di interesse regionale (o provinciale).

Sembra dunque potersi concludere che essi rimangano attribuiti alla competenza legislativa esclusiva dello Stato, anche per quanto riguarda Regioni a statuto speciale e Province autonome.

La pronuncia della Corte naturalmente ha ripercussioni sull'ambito della potestà regolamentare statale in materia di pubblici appalti, atteso che lo Stato ha potestà regolamentare solo nelle materie rientranti nella sua competenza legislativa esclusiva.

Pertanto, sicuramente si deve escludere, alla luce della decisione in commento, che il regolamento statale possa applicarsi a Regioni a statuto speciale e Province autonome di Trento e Bolzano, per tutto ciò che riguarda qualificazione, procedure di affidamento, progettazione, incarichi di progettazione, afferenti il settore dei lavori pubblici di interesse regionale (o provinciale), atteso che tale materie sono state ascritte dalla Corte alla competenza legislativa regionale esclusiva.

Sembra invece potersi applicare:

- a) quanto ai lavori di interesse nazionale, e segnatamente le infrastrutture strategiche;
- b) quanto alla disciplina di servizi (diversi da quelli di progettazione di lavori) e forniture, che non sembrano da ascrivere né a competenza esclusiva, né a competenza concorrente delle Regioni o Province, ed esclusi comunque i profili organizzativi, che spettano a queste;
- c) quanto ai settori speciali, limitatamente ai servizi e forniture, nonché ai lavori di interesse nazionale, esclusi comunque i profili organizzativi.

Ciò premesso, si impone, in via consequenziale, una modifica dell'attuale formulazione dell'articolo 1, commi 3 e 5, dello schema di regolamento.

Il comma 3 indica l'ambito di applicazione delle norme regolamentari attuative di norme primarie di legislazione statale esclusiva nei confronti delle Regioni *tout court*. E' necessario invece specificare che il comma 3 si riferisce solo alle Regioni *“a statuto ordinario”*.

Il comma 5 nel testo proposto dal Governo dispone che il comma 3 non si applica alle province autonome di Trento e Bolzano. Occorre invece includere anche le Regioni a statuto speciale.

Occorre poi stabilire se specificare in dettaglio le parti di regolamento ad esse applicabili, o se invece dettare una clausola generale.

Per quanto la prima soluzione darebbe maggiore certezza, la seconda soluzione sembra da preferire, in attesa che sulle questioni ancora non chiare si pronunci la Corte costituzionale.

Si propone pertanto di sostituire il comma 5 come segue:

“Nei confronti delle Regioni a statuto speciale e delle Province autonome di Trento e Bolzano il presente regolamento si applica limitatamente alle sue disposizioni che attuano norme del codice che rientrino nella competenza legislativa statale esclusiva anche nei confronti di dette Regioni e Province autonome”.

17. Riguardo alle previsioni di cui all’articolo 6 dello schema di regolamento relative al documento unico di regolarità contributiva (DURC), la norma, nella sua formulazione originaria, stabiliva che il DURC fosse trasmesso ai soggetti di cui all’articolo 3, comma 1, lettera b), dagli operatori economici in conformità agli adempimenti posti a loro carico dalla norma di rango primario (articoli 38, comma 3, e 118, comma 6, del codice).

A seguito dell’entrata in vigore del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, (c.d. decreto anticrisi), la norma regolamentare stata riformulata ai fini del coordinamento con il comma 10 dell’articolo 16-bis che prevede, tra le misure di semplificazione per le famiglie e le imprese, che le *stazioni appaltanti pubbliche* acquisiscano d’ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva dagli istituti preposti e dagli enti abilitati in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge.

Per effetto della suddetta disposizione di semplificazione, le amministrazioni appaltanti, in tutti i casi in cui è necessario verificare la regolarità contributiva dell’esecutore (contratti, emissioni SAL, ecc.), devono provvedere ad acquisire il DURC direttamente presso gli istituti previdenziali anziché tramite l’esecutore. Il riferimento contenuto nella norma alle stazioni appaltanti “*pubbliche*” fa sorgere alcune perplessità circa la possibilità di estendere la procedura semplificata introdotta con il decreto anticrisi anche alle stazioni appaltanti che, ancorché private, sono soggette all’applicazione del codice dei contratti pubblici, ovvero se per tali soggetti debba essere mantenuto, in conformità delle disposizioni del codice, l’obbligo di acquisizione del DURC tramite l’esecutore.

Al riguardo il Governo evidenzia che l'utilizzo nella norma di semplificazione della qualificazione “*pubblica*” delle stazioni appaltanti non sembrerebbe riferirsi espressamente alla natura soggettiva delle stesse quanto piuttosto alla natura “*pubblica*” del contratto di lavori, servizi e forniture che da esse viene posto in essere. In tale ottica è stato riformulato l'articolo 6, uniformando le disposizioni riferite ai contratti pubblici posti in essere da soggetti privati contenute nei commi 3, 4 e 5, nel senso indicato nella norma di semplificazione introdotta dal decreto anticrisi.

L'argomentazione non è condivisibile.

Stabilisce il comma 10 dell'articolo 16-bis del decreto-legge 29 novembre 2008, n. 185, convertito con modificazioni dalla legge 28 gennaio 2009, n. 2, che “*In attuazione dei principi stabiliti dall'articolo 18, comma 2, della legge 7 agosto 1990, n. 241, e successive modificazioni, e dall'articolo 43, comma 5, del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, le stazioni appaltanti pubbliche acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui e' richiesto dalla legge*”.

Non può escludersi a priori che il termine “*pubbliche*” intenda fare riferimento non alla natura intrinseca del soggetto, ma all'applicabilità della disciplina stabilita per i contratti pubblici. In tal senso “*stazioni appaltanti pubbliche*” sarebbero tutti i soggetti, anche privati, rientranti nel campo di applicazione dei contratti pubblici. D'altra parte, sul piano sistematico, la progressiva erosione della separazione concettuale tra pubblico e privato fondata sulla soggettività giuridica formale, sino ad arrivare a soggetti privati che esercitano organicamente funzioni pubbliche

Nessun sicuro indice può, invece, trarsi dal richiamo effettuato alla legge 241 del 1990 e al testo unico sulla semplificazione amministrativa, precisamente le norme in tema di acquisizione d'ufficio dei documenti, le quali si riferiscono all'amministrazione precedente. Se è vero nell'ambito di tali testi legislativi il concetto di amministrazione è inteso in accezione ristretta, il codice degli appalti estende tale nozione, limitatamente alle attività amministrativa delle stazioni appaltanti.

Decisivo, tuttavia, è il dato formale. La nozione di “*stazioni appaltanti pubbliche*” si definisce in relazione alla nozione di “*stazione appaltante*”. Sussistendo una relazione di specialità, nel senso che la prima è speciale rispetto alla seconda, essa deve contenere tutti gli elementi della nozione di genere (cioè di “*stazione appaltante*”), più l’aggiunta dell’elemento specializzante (cioè “*pubbliche*”).

Orbene: nel codice dei contratti (articolo 3) il concetto di «*stazione appaltante*» comprende le «amministrazioni aggiudicatrici» e gli «*altri soggetti di cui all’articolo 32*». Le «amministrazioni aggiudicatrici» sono “*le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti*”. Gli «*altri soggetti di cui all’articolo 32*» sono “*gli enti aggiudicatori di cui al comma 29, nonché i diversi soggetti pubblici o privati assegnatari dei fondi di cui capo IV, parte II, titolo III*”; a sua volta gli «enti aggiudicatori» sono, oltre, le amministrazioni aggiudicatrici “*le imprese pubbliche, e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali o esclusivi concessi loro dall’autorità competente secondo le norme vigenti*”; infine gli «*altri soggetti aggiudicatori*», ai fini della parte II, sono “*I soggetti privati tenuti all’osservanza delle disposizioni del presente codice*”.

Da quanto sopra discende che la nozione di “*stazione appaltante*” contiene sia soggetti pubblici, che soggetti privati. Se, allora, una disposizione dell’ordinamento fa riferimento a tale nozione, con l’aggiunta dell’aggettivo “*pubbliche*”, non può che fare riferimento ai soggetti pubblici che sono stazioni appaltanti, e non anche a quelli privati.

Il che smentisce – si direbbe sul piano matematico – l’ermeneutica sottesa all’attuale formulazione dell’articolo 6 dello schema di regolamento, essendo logicamente impossibile che l’espressione “*stazioni appaltanti pubbliche*” faccia riferimento sia alle stazioni appaltanti pubbliche che a quelle private a cui si applica il codice dei contratti, atteso che queste sono già individuate dall’espressione “*stazioni appaltanti*”. Così opinando si andrebbe a violare la norma, leggendo la formula “*stazioni appaltanti pubbliche*” come se dicesse solo “*stazioni appaltanti*”.

Sulla premessa ermeneutica che l’obbligo di acquisizione del DURC tramite l’esecutore per le stazioni appaltanti private, ancorché soggette all’applicazione del codice dei contratti pubblici, debba essere mantenuto, in conformità delle

disposizioni del codice, i commi 3, 4 e 5 dell'articolo 6 vanno riformulati, prevedendo una diversa disciplina per le stazioni appaltanti pubbliche:

“3. Le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità:

a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del codice;

b) per l'aggiudicazione del contratto ai sensi dell'articolo 11, comma 8 del codice;

c) per la stipula del contratto;

d) per il pagamento degli stati avanzamento lavori o delle prestazioni relative a servizi e forniture;

e) per il certificato di collaudo, per il certificato di regolare esecuzione, per la verifica di conformità, e il pagamento del saldo finale.

Per le finalità di cui alle lettere a), b), c), d) ed e), gli operatori economici trasmettono il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità ai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b) che non sono un'amministrazione aggiudicatrice.

4. Ferme restando le ipotesi di cui al comma 3, lettere c) e d), qualora tra la stipula del contratto e il primo stato di avanzamento dei lavori di cui all'articolo 194, o il primo accertamento delle prestazioni effettuate relative a forniture e servizi di cui all'articolo 307, comma 2, ovvero tra due successivi stati di avanzamento dei lavori o accertamenti delle prestazioni effettuate relative a forniture e servizi, intercorra un periodo superiore a centottanta giorni, le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono il documento unico di regolarità contributiva relativo all'esecutore ed ai subappaltatori entro i trenta giorni successivi alla scadenza dei predetti centottanta giorni; entro il medesimo termine, l'esecutore ed i subappaltatori trasmettono il documento unico di regolarità contributiva ai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b) non sono un'amministrazione aggiudicatrice.

5. Le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo ai subappaltatori ai fini del rilascio dell'autorizzazione di cui all'articolo 118, comma 8, del codice, nonché nei casi previsti al comma 3, lettere d) ed e); per le medesime finalità, l'esecutore trasmette il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo

ai subappaltatori ai soggetti di cui all'articolo 3, comma 1, lettera b) che non sono un'amministrazione aggiudicatrice.”.

18. Riguardo all'articolo 10, comma 8 la conferenza unificata delle Regioni e Province autonome e l'ANCI hanno formulato osservazioni chiedendo rispettivamente la soppressione del comma e la totale rivisitazione dello stesso per le ragioni di seguito riportate.

In primo luogo è segnalato che la previsione (contenuta, in verità, nel comma 7) dell'obbligo del risarcimento dei danni da parte del responsabile del procedimento eventualmente arrecati alla amministrazione aggiudicatrice costituisce un obbligo che non può essere previsto da una disposizione regolamentare, atteso che la responsabilità di coloro che svolgono pubbliche funzioni trova la fonte nella Costituzione (articolo 28 e 97 cost.) e nella normativa primaria.

Parimenti è rilevata l'inconferenza del richiamo all'applicabilità, in sede di regolamento, del r.d. 1934, n. 1214, del r.d. 1038 del 1933 e della legge 20 del 1994, atteso che l'applicabilità della norma primaria è indipendente dalla previsione regolamentare e comunque non è limitata ai contratti di rilevanza comunitaria; né la previsione regolamentare potrebbe apporre siffatta limitazione.

E' osservato altresì che il responsabile del procedimento non sia da ritenersi in astratto agente contabile, così come disciplinato dalle norme in materia, precisando che la sussistenza della funzione di agente contabile, di fatto o di diritto, non debba essere specificata dalla normativa regolamentare, posto che tale funzione è prevista compiutamente dalla normativa primaria. Peraltro, ove il responsabile del procedimento rivestisse in concreto anche il ruolo di agente contabile, la relativa disciplina in materia di resa del conto e di giudizio di conto troverebbe comunque applicazione indipendentemente dalla previsione regolamentare.

Inoltre, la previsione dell'obbligo di trasmissione di atti alla sezione giurisdizionale della Corte dei conti, sembrerebbe da considerarsi un adempimento con mere finalità deterrenti, atteso che la citata sezione giurisdizionale non ha la funzione di analizzare in astratto atti potenzialmente dannosi ma di giudicare sulla sussistenza di danni erariali dietro iniziativa della Procura della Corte dei conti. Solo in materia di giudizio di conto è previsto l'invio dei dati direttamente alla sezione giurisdizionale dalle norme di rango primario peraltro applicabili indipendentemente dalla previsione regolamentare.

Infine le Regioni rilevano che l'invio alla Procura regionale della Corte dei conti della copia dei mandati di pagamento, non sembrerebbe conforme alla giurisprudenza consolidata delle Corte dei conti e della Corte costituzionale, che ha in più occasioni ha ribadito che la Procura delle Corte dei conti non può effettuare una indagine estesa e indifferenziata su fattispecie astratte di danno erariale, ma che, al contrario, deve attivarsi esclusivamente in relazione a denunce circostanziate e specifiche o notizie di danno specifiche acquisite d'ufficio, mentre può invece essere compiuta una verifica estesa dalla sezione regionale del controllo della Corte dei conti, in sede di controllo sulla gestione, ove ciò sia previsto dalla legge o se sia inserito nei programmi specifici annuali.

Tutte le citate critiche appaiono fondate, salvo precisare che il richiamo all'applicabilità, in sede di regolamento, del r.d. 1934, n. 1214, del r.d. 1038 del 1933 e della legge 20 del 1994 non è certo illegittimo, poiché non fa dipendere l'applicazione della norma primaria dalla previsione regolamentare, ma si limita ad esplicitarne l'applicabilità, come meglio può essere evidenziato tramite l'inciso "*in quanto compatibili*". E' corretto, invece, osservare che la limitazione ai contratti di rilevanza comunitaria è quanto meno *praeter legem*, il che è inammissibile, trattandosi di regolamento attuativo.

Con riguardo alle altre osservazioni la Sezione condivide i rilievi.

Non solo la responsabilità civile è regolata dalle fonti primarie, ma non ha alcun fondamento una norma speciale, che assume tratti derogatori, in un regolamento attuativo, laddove la legge nulla dispone al riguardo, trovando l'istituto disciplina in altre fonti, esterne allo stesso ordinamento pubblicistico (2043 c.c.). Avendo natura sanzionatoria, anche l'esclusione dalla ripartizione dall'incentivo di cui all'articolo 92, comma 5 non pare ammissibile.

Quanto alla disciplina di natura contabile, oltre alle perplessità sollevate, appare inappropriato inserire in un regolamento di attuazione sui contratti pubblici una disposizione volta a qualificare il responsabile del procedimento quale agente contabile, imputandogli una serie di compiti, che giungono sino ad una sorta di obbligo di comunicazione di notizie di danno erariale, che tali peraltro non sono.

Si suggerisce, dunque, la soppressione del comma 7, e la riformulazione del comma 8 nei seguenti termini:

"8. Al responsabile del procedimento delle amministrazioni aggiudicatrici si applicano, relativamente ai contratti nei settori ordinari di cui alla parte II, titolo I,

del codice ed ad ogni altro contratto di appalto o di concessione che alla normativa propria di tali contratti faccia riferimento, le disposizioni del titolo II, capo V, sezione I, del r.d. 12 luglio 1934, n. 1214 e quelle di cui al titolo II, capo I e capo II del r.d. 13 agosto 1933, nonché l'articolo 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, in quanto compatibili. Entro sessanta giorni dalla deliberazione di cui all'articolo 234, comma 2, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, in merito al certificato di collaudo, il responsabile del procedimento trasmette all'amministrazione aggiudicatrice la documentazione relativa alle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto, ed in particolare:

a) il contratto, la relazione al conto finale, gli ordinativi di pagamento con gli allegati documenti di svolgimento della spesa a essi relativa;

b) la relazione dell'organo di collaudo ed il certificato di collaudo;

c) la documentazione relativa agli esiti stragiudiziali, arbitrali o giurisdizionali del contenzioso sulle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto di cui alla parte IV del codice.”.

19. Riguardo all'articolo 26 (Relazioni tecniche e specialistiche del progetto definitivo), si evidenzia che la formulazione del comma 1, lettera a), che disciplina il contenuto della relazione geologica, modificata a seguito delle osservazioni del Consiglio superiore dei lavori pubblici di cui al parere del 22.6.2007, non coincide con i contenuti della relazione geologica definiti nell'allegato XXI del codice, riferito alle opere strategiche.

La Sezione ritiene che, per quanto possano comprendersi le ragioni alla base dell'adeguamento, sia più confacente alle nozioni proprie della geologia (scienza applicata), che non appartenga alla competenza del regolamento un simile intervento, difforme dalla norma contenuta nel codice dei contratti, a nulla rilevando che la stessa sia esplicitata per le opere strategiche (che, anzi, dovrebbero fungere da dato indicativo in questo settore).

E', dunque, condivisibile la proposta della Conferenza delle Regioni e delle Province autonome di ripristinare la formulazione originaria della lettera conforme alla norma di rango primario, anche al fine di scongiurare possibili profili di impugnabilità (o di non applicazione) del testo regolamentare in presenza della rappresentata discrasia tra la disposizione regolamentare e la disposizione codicistica.

II-E) ALTRI RILIEVI

20. All'articolo 4, comma 1, sostituire *“118, comma 8, ultimo periodo”* con *“118, comma 8, ultimo periodo, del codice”*. Infatti l'articolo 118 del regolamento non ha un comma 8. Comunque non è chiaro il rinvio a 118 comma 8, ultimo periodo quanto ai *“soggetti”* che non sono menzionati nella norma codicistica richiamata.

21. All'articolo 5, comma 1, sostituire *“118, comma 8, ultimo periodo”* con *“118, comma 8, ultimo periodo, del codice”*. Infatti l'articolo 118 del regolamento non ha un comma 8. Comunque non è chiaro il rinvio a 118 comma 8, ultimo periodo quanto ai *“soggetti”* che non sono menzionati nella norma codicistica richiamata.

22. L'articolo 49, comma 1, in tema di compenso per i verificatori del progetto, non distingue tra verificatori interni alla stazione appaltante ed esterni alla stessa. Ciò potrebbe indurre a ritenere che i verificatori interni, oltre a percepire la normale retribuzione, e pur svolgendo la verifica nell'ambito dei propri compiti istituzionali, percepiscono un compenso ulteriore. Ciò creerebbe disparità di trattamento rispetto a progettisti, direttori lavori, collaudatori, che siano dipendenti di stazione appaltante, che percepiscono l'incentivo di cui all'articolo 92, comma 5, codice. E' vero che tale norma non comprende i verificatori del progetto tra gli aventi diritto all'incentivo, ma è tale lacuna che va colmata in via interpretativa, rimediando ad una disparità di trattamento, mentre non si può creare una disparità maggiore come fa l'articolo 49, comma 1, ammettendo i verificatori interni ad un corrispettivo autonomo, piuttosto che ad un compenso.

PARTE III - ARTICOLI DA 60 A 104

23. Il Titolo reca la disciplina del sistema di qualificazione, unico per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici, di cui all'articolo 40 del codice.

Poiché il medesimo articolo prevede che la relativa disciplina di dettaglio sia inclusa nel regolamento generale di cui all'articolo 5 del codice medesimo, il Titolo in esame articola tale disciplina, sostituendo il previgente d.P.R. n. 34 del 2000 e dando attuazione alle novità introdotte in materia della sopravvenuta normativa primaria.

In particolare, trovano attuazione le nuove previsioni volte a perfezionare e rendere maggiormente efficace il sistema della qualificazione anche mediante l'applicazione di sanzioni pecuniarie e interdittive in caso di accertate irregolarità o illegittimità delle autorizzazioni connesse dalle SOA, e che possono giungere alla pronuncia di decadenza dell'autorizzazione. Coerentemente sono rafforzati – ex articolo 40, comma 4, lettera g) del codice – i poteri della Autorità di vigilanza, che si esplicano nell'annullamento di autorizzazioni conseguite in difetto dei prescritti presupposti, e nell'adozione di sospensioni in via cautelare .

Come espone l'Amministrazione il testo trasmesso (articoli da 60 a 96, suddivisi in quattro Capi), tiene altresì conto della necessità di rimodulare la disciplina sulla base delle esigenze operative emerse negli anni, delle segnalazioni e proposte avanzate da enti e associazioni di categoria, nonché dei pareri formulati dai Ministri concertanti, dal Consiglio Superiore dei Lavori Pubblici, dalla Corte dei conti e da questo Consiglio in sede di parere reso in relazione al testo precedentemente trasmesso.

Nel prendere atto della rielaborazione effettuata, ritiene il Collegio di dover soffermarsi sui seguenti punti.

24. L'articolo 64 fissa i requisiti generali e di indipendenza delle SOA. Il comma 6 indica i requisiti di carattere “*morale*” sulla falsariga dell'articolo 38 del codice (che fissa i requisiti generali per la partecipazione alle gare di appalto).

Si coglie, dalla lettura comparata, l'intento del Ministero proponente di fissare per le SOA (i controllori) requisiti morali più rigorosi di quelli richiesti ai controllati.

Tale intento si evince, ad es., dalla circostanza che costituisca causa ostativa a svolgere l'attività di SOA la commissione di reati, o di violazioni, laddove l'articolo 38 codice considera causa di esclusione solo i reati e le violazioni “*gravi*”.

Tuttavia, ad avviso della Sezione, la scrittura formale dell'articolo 64, comma 6, non sempre è coerente con l'intento ad esso sotteso, e in relazione a talune previsioni sembrerebbe che siano fissati requisiti meno severi rispetto all'articolo 38, codice.

Così, nella lettera a), si fa riferimento allo “*stato di liquidazione o concordato preventivo, o qualsiasi altra situazione equivalente secondo la legislazione vigente*”. Sarebbe preferibile precisare che è causa preclusiva qualsiasi procedura concorsuale o di liquidazione volontaria, nonché il concordato preventivo.

Nella lettera c), si fa riferimento alla irregolarità rispetto agli *“obblighi fiscali, contributivi ed assistenziali previsti dalla vigente legislazione”*. Andrebbe aggiunta anche la violazione delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro (cfr. art. 38, lettera e) codice).

Nella lettera d), andrebbe aggiunta come causa escludente l'esistenza di qualsivoglia sanzione che comporti il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione (cfr. art.38, lettera m), codice).

Nella lettera e) andrebbe aggiunto il riferimento ai soci diretti e indiretti, già contenuto nelle lettere d), f), g).

Nella lettera e), relativa alle condanne penali, andrebbe aggiunta come causa ostativa anche la pendenza di processi penali (determinata dal rinvio a giudizio) per i medesimi reati, o la sottoposizione a misura cautelare restrittiva della libertà personale per detti reati, atteso che considerate le delicate funzioni spettanti alle SOA, acquisita rilievo ostativo dell'attività anche la sola pendenza del processo penale o la sottoposizione a misure cautelari personali. Andrebbe poi valutato se prevedere la possibilità per la SOA di dissociazione dalla condotta penalmente rilevante di amministratori, soci, etc., sulla falsariga di quanto previsto nell'articolo 38, lettera c), codice.

Inoltre le cause ostative di cui alle lettere a), b), c) (sottoposizione a procedura concorsuale o liquidazione volontaria, assenza di regolarità contributiva, fiscale, previdenziale) andrebbero estese anche ad amministratori, legali rappresentanti, soci diretti o indiretti, direttori tecnici e personale di cui all'articolo 67, comma 2, al fine di evitare che possano far parte della compagine organizzativa della SOA persone fisiche con pregresse condotte stigmatizzabili.

25. In relazione al divieto di partecipazione al capitale di una SOA recato dall'articolo 66 per gli organismi di certificazione, l'articolo 357 prevede ora, in via transitoria, un termine di 180 giorni per l'adeguamento della composizione azionaria, termine che può ritenersi congruo.

26. In ordine all'articolo 70, il comma 3 dispone che *“Per l'espletamento delle loro attività istituzionali le SOA non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale. Le SOA sono comunque responsabili di ogni attività espletata in maniera diretta e indiretta in nome e per conto delle stesse”*.

Nella precedente versione dello schema di regolamento, era invece stabilito *“Per l'espletamento delle loro attività le SOA non possono ricorrere a prestazioni di*

soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale. L'attività di promozione commerciale delle SOA è svolta unicamente dal proprio personale assunto con contratto di lavoro subordinato a tempo indeterminato e a tempo pieno". A sua volta, l'articolo 12, comma 2, d.P.R. n. 34 del 2000, attualmente vigente, dispone che "Per l'espletamento delle loro attività le SOA non possono ricorrere a prestazioni di soggetti esterni alla loro organizzazione aziendale".

Dal confronto tra il d.P.R. n. 34 del 2000 e le due versioni dello schema di regolamento, emerge che si è inteso dare soluzione alla questione se le SOA possano o meno farsi promozione commerciale mediante soggetti esterni. Tale possibilità sembrerebbe preclusa dall'articolo 12, comma 2, d.P.R. n. 34 del 2000, testo vigente, perché esso vieta qualsivoglia possibilità di utilizzo di soggetti esterni, per qualsivoglia attività della SOA, sia essa o meno istituzionale.

In questa stessa direzione si muoveva anche, e più esplicitamente, la prima versione dello schema di regolamento.

La versione attualmente all'esame, invece, sembra *"aprire"* alla possibilità di attività di promozione commerciale tramite soggetti esterni, in quanto fissa il divieto di prestazioni esterne solo per le attività *"istituzionali"* delle SOA.

Tale soluzione dà luogo a perplessità, atteso che non sembra indispensabile né la promozione commerciale, per un soggetto deputato a svolgere compiti istituzionali e di rilievo pubblicitario, né la necessità di utilizzare allo scopo soggetti esterni, e che la promozione commerciale esterna potrebbe avvenire tramite soggetti la cui moralità rimane fuori controllo.

In via principale, occorrerebbe ripristinare la precedente formulazione della norma, se del caso lasciando il riferimento alle attività istituzionali, ma ricomprendendo espressamente al loro interno la promozione commerciale. In tal modo, resterebbero fuori dal divieto di *outsourcing* altre attività strumentali non istituzionali di minore rilievo, quali le forniture di materiali necessari all'attività, da acquisire necessariamente o ordinariamente all'esterno.

In subordine, la proposta formulazione dovrebbe essere implementata con l'estensione dei requisiti morali di cui all'articolo 64, comma 5, anche ai soggetti non appartenenti all'organico delle SOA che svolgono attività, in maniera diretta o indiretta, in nome e per conto delle SOA stesse.

La Sezione osserva inoltre sempre in relazione all'articolo 70 che non emerge alcuna misura incentivante volta ad attenuare i costi di qualificazione per le piccole

e medie imprese, pur possibile ai sensi dell'articolo 5, comma 5, lettera g) del codice.

27. L'articolo 72, al fine di assicurare effettività alla vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione, prescrive la circolazione delle informazioni in forma esclusivamente telematica, rimettendo ad un decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, sull'Autorità, la fissazione delle forme e modalità tecniche. La norma, in relazione all'equivalente formulazione recata dall'articolo 40, comma 4, lettera f-bis del codice è diretta a *“tutti i soggetti deputati a svolgere l'attività di vigilanza”* e sembra rimettere al previsto decreto ministeriale la stessa identificazione dei soggetti tenuti; tale specificazione, attributiva della competenze previste nell'articolo, tuttavia, non può che trovar sede nello strumento regolamentare.

Più in generale, la Sezione osserva che la proposta formulazione dell'articolo 72, rinviando ad un successivo decreto ministeriale, rischia di lasciare inattuata la previsione primaria di cui all'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice, introdotta dal primo d.lgs. correttivo n. 6 del 2007. Peraltro giova ricordare che a suo tempo il Consiglio di Stato, in sede di parere sullo schema di primo d.lgs. correttivo, espresse parere negativo in ordine all'introduzione dell'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice (parere n. 3641 del 2006).

Si rimette alla prudenza del Governo una attenta valutazione sulla perdurante utilità dell'articolo 40, comma 4, lettera f-bis), codice, considerato che lo schema di regolamento non vi dà attuazione, intervenendo se del caso, con le opportune modifiche o abrogazioni, sulla norma primaria.

28. L'articolo 73 concernente le sanzioni pecuniarie nei confronti delle SOA reca ora la corretta espressione di *“decadenza”* dell'autorizzazione in luogo dell'impropria *“revoca”* – recata originariamente dal codice e modificata in *“decadenza”* con il terzo d.lgs. correttivo – espressione che appare condivisibile, tenuto conto che l'adozione della misura consegue a situazioni oggettive o inadempimenti che non implicano valutazioni di opportunità reca solo accertamenti di fatto.

Il nuovo testo inoltre specifica, sia per le sospensioni che per la decadenza, i presupposti per la loro applicazione, ancorate a gradate situazioni che appaiono ragionevoli.

29. L'articolo 75 disciplina la possibilità che una SOA nei casi ivi previsti, controlli eventuali carenze relativamente ad attestazioni rilasciate da altre SOA, previo nulla osta dell'Autorità, comunicando a quest'ultima l'intervenuto riscontro di mancato rispetto delle disposizioni inerenti la qualificazione per le conseguenti valutazioni.

Rispetto alla versione precedente dello schema di regolamento, risulta più circoscritto il potere di “controllo” di una SOA su un'altra SOA.

Infatti la precedente versione consentiva un potere di controllo illimitato, ogni qualvolta la SOA sospettasse la sussistenza di attestazioni rilasciate da altre SOA in modo non conforme alle disposizioni del regolamento.

La versione attuale circoscrive il potere di controllo al caso in cui la SOA sospetti una violazione da parte di altra SOA “*relativamente alle imprese alle quali ha precedentemente rilasciato l'attestazione ovvero per le quali ha sottoscritto un contratto per la qualificazione*” e dunque in relazione a clienti attuali o pregressi della SOA denunciante.

L'articolo 75, comma 1, schema di regolamento, richiama espressamente l'articolo 40, comma 3, quarto periodo, codice, a tenore del quale prima del rilascio dell'attestazione la SOA verifica tutti i requisiti dell'impresa richiedente. Dunque sembrerebbe che tale controllo possa essere effettuato dalla SOA solo in sede di accertamenti prodromici al rilascio dell'attestazione. Tuttavia la norma regolamentare lo riferisce ad imprese in relazione alle quali la SOA “*controllante*” ha precedentemente rilasciato l'attestazione ovvero per le quali ha sottoscritto un contratto per la qualificazione, sicchè si fa riferimento non solo ad un rapporto contrattuale in corso per il rilascio dell'attestazione, ma anche ad un pregresso rapporto contrattuale relativo ad attestazione già rilasciata in precedenza.

In ogni caso, il potere di controllo della SOA può essere attivato solo in relazione ad una impresa con la quale è in corso, o vi è stato, un rapporto contrattuale per il rilascio di attestazione.

Sicchè è da escludere che una SOA possa arrogarsi un ruolo di pubblico ministero nei confronti di SOA concorrenti, in relazione ad imprese che non sono o non sono state proprie clienti.

La SOA, poi, non può esigere *ex lege* dalla SOA concorrente il rilascio di documentazione, potendo richiederla solo “*previo nulla osta dell'Autorità*”.

Acquisiti la documentazione e gli atti richiesti, la SOA, effettuate le proprie valutazioni in ordine alla sussistenza dei requisiti utilizzati per conseguire

l'attestazione, ne informa l'Autorità ove riscontri il mancato rispetto delle disposizioni del regolamento.

Il potere di controllo è dunque subordinato al previo nulla osta dell'Autorità di vigilanza, e sfocia in una denuncia all'Autorità, cui spetta l'esercizio del potere sanzionatorio.

La restrizione del potere di controllo privato, rispetto alla precedente versione dello schema, appare condivisibile e la norma raggiunge il giusto equilibrio tra due contrapposte esigenze, quella di un controllo stringente sulle SOA, anche su iniziativa di SOA concorrenti, e quella di evitare che il controllo privato diventi uno strumento emulativo con scopi anticoncorrenziali.

Qualche perplessità genera la disposizione, per la quale non è chiaro il raccordo con le istanze previste, ai fini dell'esercizio della vigilanza, del comma 2 dell'articolo 71, particolarmente in ordine all'iter procedurale normato al comma 3 dello stesso articolo 71, che potrebbe essere richiamato nell'articolo 75 al comma 3.

30. Il comma 2 dell'articolo 81 (Rivalutazione dell'importo dei lavori eseguiti) consente detta rivalutazione esclusivamente per i lavori con stazioni appaltanti e enti aggiudicatari elencati nell'articolo 3, comma 1, lettera g) dello schema.

Al riguardo, la Sezione aveva già osservato che la limitazione appare scarsamente comprensibile, atteso che ai fini della attestazione sono oggetto di valutazione anche i lavori privati o eseguiti in proprio, suggerendo, al fine di evitare possibili frodi, di subordinare la rivalutazione alla esibizione di una prova certa della data di ultimazione dei lavori.

Osservazione che si ritiene di reiterare, poiché la relazione non chiarisce il fondamento della limitazione introdotta.

31. Per quanto concerne l'accertamento e la valutazione dei lavori eseguiti all'estero, l'articolo 84 prevede che la documentazione da prodursi dall'impresa distintamente per Paesi aderenti all'Unione Europea o per altri Paesi, da inserire nel casellario informatico previa "*verifica*" rispettivamente del consolato competente o della specifica struttura centrale del Ministero degli affari esteri. Nessun chiarimento è peraltro fornito circa il contenuto di tale verifica, la cui precisazione appare necessaria ai fini della corretta configurazione dei controlli da espletare.

32. In ordine all'articolo 85, comma 1, lettera g) nn. 2 e 3, osserva il Collegio che, secondo le norme oggi vigenti, quanto all'utilizzabilità dei lavori affidati in subappalto ai fini della qualificazione dell'appaltatore, l'appaltatore può utilizzare

l'importo complessivo dei lavori se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% o del 40% e l'importo dei lavori così determinato può essere utilizzato esclusivamente per la qualificazione nella categoria prevalente (articolo 24, comma 1, d.P.R. n. 34 del 2000).

Secondo la formulazione in esame, l'appaltatore può utilizzare l'importo complessivo dei lavori se l'importo delle lavorazioni subappaltate non supera il 30% ovvero il 40% dell'importo complessivo, a seconda che si tratti di categoria a qualificazione non obbligatoria o a qualificazione obbligatoria; se il subappalto è avvenuto oltre i predetti limiti, l'ammontare complessivo dei lavori viene decurtato della quota eccedente le suddette quote del 30% o del 40% e l'importo dei lavori così determinato può essere utilizzato non solo per la qualificazione nella categoria prevalente, ma anche, in alternativa, *“ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile; per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento”*.

Lo schema di regolamento, dunque, attribuisce all'impresa affidataria il diritto a conseguire la qualificazione anche per lavori eseguiti in regime di subappalto anche per categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria.

Tale nuova previsione appare fortemente in contrasto con i principi che hanno dato origine al sistema di qualificazione delle imprese: certificare le imprese in base alle lavorazioni effettivamente eseguite e quindi creare le condizioni affinché nel mercato operino solo quelle imprese che siano effettivamente in grado di garantire la migliore qualità delle opere da realizzare.

Si propone il mantenimento del sistema vigente, espungendo dal testo ai nn. 2 e 3 le parole *“in alternativa”* e *“ovvero ripartito tra la categoria prevalente e la categoria scorporabile, per una percentuale riferita a tale categoria scorporabile non superiore al dieci per cento”*.

33. Ritiene la Sezione di dover nuovamente sottoporre all'attenzione dell'amministrazione l'avvenuta espunzione dal testo dell'articolo 94 (consorzi stabili) – riproduttivo dell'articolo 97 del d.P.R. n. 554 del 1999, della disposizione che consentiva, per un periodo di cinque anni dalla costituzione, la somma dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi ai fini della partecipazione del consorzio alle gare.

Sul punto la relazione non fornisce indicazioni; tenuto conto del disallineamento che viene a determinarsi per i consorzi stabili per servizi e forniture (articolo 277,

comma 3), ai quali, per determinati requisiti, è consentito l'utilizzo di quelli dei consorziati, appare necessario un equilibrato ripristino della previgente normativa.

34. L'articolo 95 dispone in materia di requisiti del proponente; nel comma 1, rispetto alla norma riprodotta (articolo 99 del d.P.R. n. 554 del 1999) non è più richiesta la partecipazione, nel triennio precedente, *“in modo significativo”* alla realizzazione di interventi di importo almeno pari a quello oggetto di proposta.

L'eliminazione di tale elemento qualificante – che, pure, per la sua ambiguità avrebbe potuto essere oggetto di chiarimenti, come già osservato a commento del testo in precedenza trasmesso – induce un ampliamento della portata della previsione che non appare condivisibile.

Quale misura minimale, in attesa della auspicata revisione della precisazione dei requisiti dei promotori in sede di futuro decreto correttivo, dovrebbe pertanto essere reintrodotta il riferimento alla significatività della pregressa partecipazione.

35. Il Titolo IV (articoli da 97 a 104) disciplina il sistema di qualificazione dei *“Contraenti Generali”*; gestito dal Ministero delle infrastrutture:

Mutuando la disciplina recata dal d.lgs. n. 190 del 2002 e successive modificazioni e dal d.m. 27 maggio 2005 – che viene abrogato per intero dallo schema di regolamento in esame – le norme del Titolo in esame propongono le regole peculiari per la qualificazione del Contraente generale.

Il problema della qualificazione del contraente generale che partecipa a procedura di affidamento di leasing finanziario, evidenziato dal parere del Consiglio di Stato sulla precedente versione dello schema di regolamento, risulta nel frattempo risolto dall'articolo 160-bis, comma 4-bis, del codice, inserito dal terzo d.lgs. correttivo.

36. In ordine poi alla precisazione recata dall'articolo 104 circa la traduzione in lingua italiana dei documenti rilevanti per la qualificazione presentati da imprese di altri Stati, si mantiene l'invito a far oggetto tale questione di una apposita norma che valga per tutti i tipi di qualificazione, sia per gare singole che in relazione a sistemi di qualificazione.

PARTE IV - ARTICOLI DA 105 A 151

IV-A) CONTENUTO DELL'ARTICOLATO

37. Il titolo V ha ad oggetto “*Sistemi di realizzazione dei lavori e selezione delle offerte*” e si compone degli articoli da 105 a 122; esso si articola in due capi relativi, rispettivamente, agli appalti e concessioni ed ai criteri di selezione delle offerte. Il capo I, a sua volta, è suddiviso in tre sezioni con oggetto: la prima, disposizioni generali; la seconda, appalto dei lavori; la terza, concessione di costruzione e gestione dei lavori.

Il titolo VI concerne garanzie e sistema di garanzia globale di esecuzione e si articola in due capi: il primo comprendente gli articoli dal 123 al 128, il secondo quelli dal 129 al 136.

Il titolo VII, relativo al contratto, si compone degli articoli dal 137 al 146 ed infine, il titolo VIII riguarda l’esecuzione dei lavori, il cui capo I ha ad oggetto la direzione dei lavori e comprende gli articoli dal 147 al 151.

La relazione dell’Amministrazione esplicita puntualmente i contenuti di ciascun articolo, precisandone l’origine, gli adattamenti subiti e le integrazioni apportate sulla base delle osservazioni formulate nei vari pareri espressi dagli organi consultivi che hanno esaminato il regolamento: dal Consiglio di Stato pronunciato sul precedente regolamento, alla Corte dei conti, ai Ministeri concertanti, al Consiglio superiore dei lavori pubblici, all’Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici, alla Conferenza unificata, al tavolo tecnico di confronti con le maggiori stazioni appaltanti e con le associazioni di categoria.

IV-B) OSSERVAZIONI

38. Con riferimento agli articoli dal 107 al 109, la Sezione rileva preliminarmente che il provvedimento non ha accolto il suggerimento contenuto nel suo precedente parere del 17 settembre 2007 che, al fine di evitare la dispersione della materia trattata, relativa alle categorie di opere generali e specializzate, ai correlati requisiti di qualificazione ed ai criteri di affidamento, in più punti del testo regolamentare riteneva opportuno collocarli nell’ambito del precedente titolo III e cioè a partire dall’articolo 60.

39. Quanto all’articolo 107, la Sezione ritiene che, per evitare diversità di interpretazioni e possibili contenziosi, sia preferibile non procedere, così come fa il comma 2 dell’articolo 107, a descrizioni sintetiche delle opere generali e speciali il

cui acronimo è OG e OS. E' pertanto sufficiente richiamare quanto previsto nell'allegato A, sicchè andrebbero espunte, da detto comma, le parole *“di seguito sinteticamente descritte”* per considerare le sole OG e OS ivi numericamente indicate ma secondo l'unica definizione contenuta nell'allegato A.

Quanto all'allegato A-1, collegato all'articolo 107, l'AGI, Associazione imprese generali, ha sottolineato che, da un lato, va evidenziata l'assoluta novità di detto allegato che in precedenti versioni dello schema non era contemplato e, dall'altro lato, che per molte delle opere sia specializzate (OS), sia generali (OG) lo stesso allegato individua una serie di dettagliatissime attrezzature il cui possesso, per un valore normalmente pari al 2% della cifra di affari media del quinquennio precedente la richiesta di qualificazione, diventa innovativa condizione indispensabile per l'ottenimento della corrispondente attestazione SOA e, quindi, per l'accesso delle imprese alle gare.

Per converso, la FINCO, che rappresenta le imprese che eseguono opere *“superspecialistiche”* mostra di ritenere l'allegato necessario, anche se migliorabile.

In proposito occorre sottolineare che è la stessa norma primaria e, cioè, l'articolo 37, comma 11, del codice, che attribuisce al regolamento il compito di definire *“l'elenco delle opere di cui al presente comma, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione”* e che possono essere periodicamente revisionati con lo stesso regolamento di tal che non appare percorribile la via suggerita dall'AGI di stralciare l'intero allegato A-1.

La corretta interpretazione dell'articolo 37, comma 11, del codice, induce a ritenere che detti requisiti di specializzazione, essendo prescritti per l'esecuzione, sono ovviamente, a monte, necessari per il conseguimento della qualificazione SOA.

La questione di diritto è quella di quale sia il livello di dettaglio e minuziosità che può essere raggiunto da parte del regolamento nell'indicare i requisiti, a fronte di una norma primaria che prescrive l'indicazione di peculiari requisiti di specializzazione.

Sotto tale profilo, l'articolo 37, comma 11, del codice, si coniuga, in un binomio inscindibile, con l'articolo 2 del codice, che, tra i principi generali che governano l'affidamento e l'esecuzione dei contratti, indica quelli di proporzionalità e non discriminazione.

La giurisprudenza amministrativa, con riferimento alla fissazione di requisiti di qualificazione da parte dei bandi, ha ribadito che le stazioni appaltanti devono rispettare il principio di proporzionalità, che impone di chiedere requisiti adeguati all'oggetto dell'appalto e non esorbitanti e quello di non discriminazione (Cons. St., sez V 19 novembre 2009 n. 7247; Cons. St. sez. V, 6 aprile 2009, n. 2138; Cons. St. sez. V, 5 giugno 2007 n. 2802, ord.).

I principi di proporzionalità e non discriminazione governano anche la fissazione dei requisiti con norme di rango regolamentare.

Fermo restando che la individuazione, in concreto, dei requisiti di specializzazione, rientra negli apprezzamenti di merito amministrativo riservati al Ministero proponente, tuttavia la scelta di merito deve essere effettuata sulla base di una corretta istruttoria volta ad acclarare quali siano le effettive esigenze di qualità per le stazioni appaltanti in relazione alle opere superspecialistiche, e quali siano i conseguenti requisiti di qualificazione necessari per garantire la qualità delle prestazioni e l'esecuzione di esse da parte dei soggetti in possesso delle necessarie abilitazioni.

In tale istruttoria e valutazione di merito, va poi considerato il principio comunitario e costituzionale di tutela della concorrenza, con i suoi corollari della proporzionalità e non discriminazione.

Occorre pertanto che i requisiti di specializzazione siano individuati in modo coerente e proporzionale con le esigenze di qualità delle prestazioni, ma garantendo il potenziale accesso al mercato delle opere superspecialistiche di tutti gli operatori in grado di eseguirle, tenendo presente che requisiti sproporzionati rischiano di restringere la concorrenza e di porsi in contrasto con il diritto comunitario e nazionale.

Si rimette pertanto alla prudente valutazione del Ministero una rilettura dell'allegato A-1 alla luce dei criteri suindicati, rilettura volta a valutare se i requisiti richiesti siano effettivamente e proporzionalmente rispondenti all'esigenza di garantire la qualità delle prestazioni, e ad eliminare, se del caso, i requisiti inutili o sproporzionati.

40. Con riferimento all'articolo 120, comma 1, si rileva che la valutazione espressa nel precedente, richiamato parere della Sezione, secondo il quale la previsione che i punti da assegnare a pesi e punteggi per qualità, pregio tecnico caratteristiche estetiche e funzionali e ambientali non dovevano essere inferiori a 65 punti, era

priva di copertura legislativa e, quindi, andava espunta, è oggi superata e, correttamente l'attuale schema di regolamento la prevede essendo intervenuta, con il terzo decreto legislativo correttivo, la novella della norma di cui all'articolo 53, lettera c) del codice.

41. Altresì accolto dall'articolo 121, comma 6, del provvedimento, è il suggerimento contenuto nel precedente parere di richiamare quanto previsto dall'articolo 84, comma 8 del codice in riferimento ai criteri di nomina delle commissioni di gara con membri esterni. Eguale seguito ha avuto il suggerimento espresso sull'articolo 129 di aggiungere le parole *“di esecuzione”* dopo le altre *“sistema di garanzia globale”*.

42. Anche per la previsione, contenuta nell'articolo 137, comma 1, lettera a), secondo la quale il capitolato generale è richiamato come parte integrante del contratto *“se menzionato nel bando o nell'invito”*, è stato recepito il suggerimento contenuto nel parere di questa Sezione.

43. Anche il comma 1 dell'articolo 140, recepisce letteralmente quanto previsto nel sopra richiamato parere del 2007, laddove recita *“Si applica il divieto di anticipazioni del prezzo di cui all'articolo 5 del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito, con modificazioni, dalla legge 28 maggio 1997, n. 140”*.

44. All'articolo 143, è stato inserito, come comma 4, *“E' salvo il disposto dell'articolo 118, comma 6, terzo periodo, del codice”* così come previsto dal precedente parere, così come accolti sono stati i suggerimenti, agli articoli 145 e 146, concernenti le penali ed i compiti del direttore dei lavori.

45. Sul piano del *drafting* si formulano le seguenti osservazioni:

- a) nell'articolo 113, comma 1, dopo le parole *“58, commi 7 e 8”*, aggiungere *“del codice”*;
- b) nell'articolo 118, comma 1, dopo le parole *“massimo ribasso percentuale”*, sostituire le lineette, che figurano attualmente, con le lettere a) e b);
- c) nell'articolo 132, comma 2, sostituire le parole *“dal successivo articolo 135”*, con le parole *“dall'articolo 135”*.
- d) nell'articolo 138, comma 2, per due volte la parola *“aggiudicatrici”* è scritta senza la *“r”* ed inoltre occorre sopprimere i due punti dopo le parole *“le stazioni appaltanti”*.

PARTE V - ARTICOLI DA 152 A 214

46. Gli articoli 152 – 172 compongono il capo II dedicato alla esecuzione dei lavori; il capo si articola in cinque sezioni.

La prima sezione reca disposizioni preliminari in materia di disposizioni e ordini di servizio.

47. L'articolo 152 (Disposizioni ed ordini di servizio) conferma la distinzione concettuale ed operativa tra disposizioni di servizio ed ordini di servizio. L'ordine di servizio dato all'esecutore riguarda gli aspetti tecnici ed economici della gestione dell'appalto. La disposizione di servizio, impartita dal responsabile del procedimento al direttore dei lavori riguarda la regolarità dei lavori e il loro ordine temporale, se non fissato nel contratto.

La questione si collega all'ambito delle responsabilità e dei poteri intestati al direttore dei lavori ed al responsabile del procedimento come scanditi negli articoli del regolamento, soprattutto in materia di sospensione e ripresa dei lavori.

Nella tecnica del regolamento appare logico mantenere tale distinzione nel *nomen* dei due strumenti che segnano in qualche modo la diversa responsabilità e collocazione delle due figure nella gestione del contratto e nell'assetto organizzativo del rapporto tra stazione appaltante e soggetti che eseguono i lavori.

48. La sezione seconda (art 153-157) disciplina la consegna dei lavori .

Di un certo rilievo la modifica recata nell'articolo 157, comma 1, che specifica con precisione, nel caso di appalto di progettazione ed esecuzione il diritto al rimborso delle spese sostenute dall'esecutore, in caso di ritardata consegna dei lavori.

49. La sezione terza disciplina la sospensione e la ripresa dei lavori (artt. 158 – 169).

Sarebbe sistematicamente utile tipizzare la sospensione dei lavori disposta dal responsabile del procedimento per sopravvenuta carenza di fondi collegata a determinazioni assunte a livello legislativo (statale o regionale) per ragioni di equilibrio dei conti pubblici.

Si suggerisce di aggiungere al comma 2 dell'articolo 158, la seguente previsione:
“Rientra tra le ragioni di pubblico interesse l'interruzione dei finanziamenti disposta con legge dello Stato e della Regione per sopravvenute esigenze di equilibrio dei conti pubblici”.

50. Per chiarezza nella distribuzione della materia disciplinata si suggerisce di riformulare i primi due commi dell'articolo 159 nel seguente modo:

“1. E' ammessa la sospensione dei lavori, ordinata dal direttore dei lavori, ai sensi dell'articolo 158, comma 1, nei casi di avverse condizioni climatiche, di forza maggiore, o di altre circostanze speciali che impediscono la loro esecuzione o realizzazione a regola d'arte; la sospensione permane per il tempo strettamente necessario a far cessare le cause che hanno imposto l'interruzione dell'esecuzione dell'appalto.

2. Tra le circostanze speciali , di cui al comma 1, rientrano anche le situazioni che determinano la necessità di procedere alla redazione di una variante in corso d'opera nei casi previsti dall'articolo 132, comma 1, lettere a) e b) del codice; quanto ai casi previsti dalle lettere c) e d) del codice, la sospensione è ammessa solo quando dipenda da fatti non prevedibili al momento della stipula del contratto. Nella sospensione dovuta alla redazione di una perizia di variante , il tempo deve essere adeguato alla complessità ed importanza delle modifiche da introdurre nel progetto.”.

51. Va segnalato che l'articolo sul riconoscimento a favore dei creditori (sequestro di somme) sul quale erano stati espressi forti dubbi di legittimità da parte del precedente parere del Consiglio di Stato, (in quanto attinente a materia non delegificata e forse non delegificabile) è stato espunto.

52. Nell'articolo 164 (Contestazioni tra la stazione appaltante e l'esecutore), appare lessicalmente più lineare, nel comma 1, espungere le parole: *“tra loro”*.

53. Nell'articolo 167 (Accettazione, qualità ed impiego dei materiali), nel comma 5. le parole: *“nel proprio interesse”* appaiono di dubbia significazione e rilevanza giuridica. Richiamano un profilo economico - psicologico di dubbia e incerta provabilità, quando si tratta di impiegare materiali o componenti secondo lo schema contrattuale.

Appare sufficiente limitarsi a normare la sola circostanza che l'impiego di materiali è avvenuto di iniziativa dell'esecutore; ciò è sufficiente a imputare l'utilizzo ad una scelta innovativa solo e soltanto all'esecutore. Andrebbero pertanto espunte le parole : *“nel proprio interesse”*.

54. Rilevanti e condivisibili sono le modifiche introdotte negli articoli 168 e 169 in materia di appalto misto di progettazione esecutiva ed esecuzione di lavori.

55. La Sezione quarta disciplina il subappalto. Rilevante la norma che definisce il parametro di riferimento (prezzo del contratto di appalto) per calcolare la percentuale dei lavori della categoria prevalente che può essere subappaltata e affidata a cottimo.

56. La Sezione quinta (artt. 171-172) disciplina l'adeguamento dei prezzi.

57. Il Capo III (artt. 173- 177) disciplina i lavori in economia. Rilevante la norma (comma 2 dell'articolo 173), sulla pubblicità degli affidamenti mediante cottimo fiduciario.

58. Il Titolo IX disciplina la contabilità dei lavori (artt. 178- 214).

Si articola in un unico capo: *“Scopo e forma della pubblicità”*.

Vanno segnalate le modifiche introdotte nell'articolo 178 (Fondi a disposizione delle stazioni appaltanti). Risultano accolte tutte le modifiche proposte dal precedente parere del Consiglio di Stato. In particolare, da sottolineare positivamente la soppressione della utilizzabilità del fondo per le spese di funzionamento comunque sostenute dalle amministrazioni aggiudicatrici; si profilava una ipotesi di rilevanti aggravii di oneri per la finanza pubblica senza copertura.

PARTE VI - ARTICOLI DA 215 A 251

59. Nell'ambito della parte II dello schema di regolamento, il titolo X è dedicato al collaudo dei lavori (artt. 215-238) e il titolo XI è dedicato ai lavori sui beni del patrimonio culturale (artt. 239-251).

60. Come è noto il combinato disposto degli artt. 5, 120, 141 e 178 del codice dei contratti pubblici demandano buona parte della disciplina del collaudo dei lavori pubblici alla potestà regolamentare esecutiva ed attuativa (Cons. Stato, Sez. Affari normativi, 17 settembre 2007, n. 3262/2007).

Data la scarsa disciplina di livello primario, le norme dello schema di regolamento in questione vanno esaminate in connessione e con quanto già pronunciato dalla Sezione nel citato parere n. 3262/2007 reso sulla precedente bozza di regolamento, e con le modifiche introdotte alla normativa primaria contenuta nel codice medesimo.

61. Un primo approccio alle norme contenute nella bozza di regolamento in esame non può non rilevare come, mentre l'articolo 120 del codice si riferisce ai contratti di rilevanza comunitaria, distinguendo tra la verifica di conformità di quelli aventi

ad oggetto forniture e servizi (comma 1) e quelli aventi ad oggetto lavori, e stabilisce al comma 2 bis criteri per la nomina dell'organo a ciò deputato, l'articolo 141 riguarda più in particolare i contratti relativi ai lavori pubblici senza distinguere tra quelli di rilevanza comunitaria e quelli c.d. sotto soglia; infine, l'articolo 178 riguarda il collaudo dei lavori relativi a infrastrutture e insediamenti produttivi, prevedendo la possibilità che, in tale ipotesi, gli organi di collaudo si avvalgano di servizi di supporto e di indagine facenti capo a soggetti specializzati.

La bozza di regolamento in esame introduce una diversa sistematica, distinguendo al titolo X della parte II il collaudo dei lavori dal collaudo e verifica di conformità relativamente ai contratti pubblici di forniture ed altri servizi, disciplinato dal titolo IV della parte IV. Il che, peraltro, sembra corrispondere alla distinzione introdotta dai primi due commi dell'articolo 120, del codice, che, però, per i servizi e forniture non parlano di collaudo, ma solo ed esclusivamente di verifica di conformità. Anche se la procedura prevista dal titolo X della parte II del provvedimento normativo in oggetto non individua specifiche procedure semplificate di collaudo al di fuori di quelle già previste dall'articolo 141 (certificato di regolare esecuzione) e non sembra, come si vedrà in prosieguo, introdurre semplificazioni degne di nota rispetto a quanto già disciplinato dal d.P.R. n. 554 del 21 dicembre 1999.

Ora, le disposizioni della bozza di regolamento in questione, relative al c.d. collaudo dei lavori, sono in larga parte la riproduzione delle disposizioni contenute nel d.P.R. 21 dicembre 1994, n. 554, e contengono poche modifiche rispetto a quelle che hanno già costituito oggetto d'esame con il più volte citato parere della Sezione n. 3262/2007. Queste modifiche sono per lo più scaturite, per un verso, da osservazioni della Corte dei conti, delle diverse Amministrazioni consultate e del tavolo tecnico con le organizzazioni delle categorie interessate e, per altro verso, da modifiche intervenute nella normativa primaria (terzo decreto correttivo del codice).

62. In ordine all'articolo 215 la Sezione dà atto all'Amministrazione di essersi adeguata alle osservazioni relative al comma 4, lettera d) del precedente schema, spostando le prescrizioni, ivi contenute sulle opere e i lavori relativi ai beni culturali, nel Titolo XI. Da notare che il nuovo testo dell'articolo 215 amplia al 4° comma, lettera b) le ipotesi, in cui è obbligatorio il collaudo in corso d'opera, mentre, invece, omette di far riferimento alle opere di particolare complessità (articolo 141, comma 7 del codice).

63. Quanto all'articolo 216 – in ordine al quale sembrerebbe opportuno un riferimento del tipo “*Fermo restando...*” la disciplina degli artt. 120 e 141 del codice – va notata una discrasia tra l'articolo 120 del codice ed il comma 1, visto che il primo esige che l'incarico sia affidato a soggetti con “*elevata e specifica qualificazione in riferimento all'oggetto del contratto, alla complessità e all'importo delle prestazioni*”, mentre il secondo – ripetendo quanto disposto dall'articolo 188 d.P.R. n. 554 del 1999 - elimina ogni riferimento all'elevatezza della qualificazione. Quanto al comma 5, la Sezione rileva come l'Amministrazione si sia adeguata al parere n. 3262/2007 coordinando tale disposizione con la lettera aa) del comma 1 dell'articolo 3 della bozza di provvedimento in esame e facendo specifico riferimento, nell'inciso, all'ambito “*stabilito dalla normativa vigente in ordine alle attività attribuite a ciascuna professione*”. Al comma 7 andrebbero inseriti anche coloro che abbiano partecipato alla verifica dei progetti.

64. All'articolo 217 si segnala, al comma 1, lettera a), la sequenza della proposizione relativa, che appare poco conforme ad una corretta sintassi.

65. Va notato, poi, che l'articolo 221, mentre parla, al comma 2, di necessità di visita di collaudo in caso di anomalo andamento dei lavori rispetto al programma, conformemente al disposto del comma 2 dell'articolo 192 d.P.R. n. 554 del 1999, si limita, al comma 1, a facoltizzare il collaudatore (“*è opportuno...*”) ad effettuare i sopralluoghi durante l'esecuzione delle fondazioni e delle lavorazioni significative, la cui verifica risulti impossibile o particolarmente complessa successivamente all'esecuzione, mentre la succitata disposizione dell'articolo 192 obbligava, più correttamente, il collaudatore in corso d'opera ad effettuare i sopralluoghi nel caso di lavorazioni riguardanti fondazioni o scavi.

66. Quanto all'articolo 226, da esso sembra rilevarsi l'impressione che la verifica di concordanza tra stato di fatto e contabilità debba interessare anche i collaudi in corso d'opera, mentre, invece, dall'elenco dei documenti da trasmettere all'organo di collaudo, in base all'articolo 217, comma 3, sembrerebbe che i collaudi in corso d'opera non debbano interessarsi di tale concordanza.

67. All'articolo 228 l'Amministrazione ha ritenuto di adeguarsi al parere della Sezione n. 3262/2007, inserendo nel procedimento, con il quale l'organo di collaudo può ammettere a contabilità lavorazioni non preventivamente autorizzate, il parere vincolante della stazione appaltante, attribuendo con ciò il potere sostanziale di decidere a quest'ultima, mentre all'organo di collaudo ne rimarrebbe

solo la titolarità formale. Ma tale soluzione sembra richiedere una precisa disciplina e proceduralizzazione dei rapporti tra parere vincolante e decisione formale dell'organo di collaudo.

68. L'articolo 229 va posto in relazione all'articolo 223. Quest'ultimo semplifica i dati da riportare nei verbali della visita di collaudo (ed in particolare in quello dell'ultima visita), mentre l'articolo 229 trasferisce nel certificato tutti i dati, che dovevano essere riportati nel verbale, al punto che la stessa relazione dell'organo di collaudo, che precedentemente doveva essere inviata alla stazione appaltante dopo la visita, rivede, dovendo essere inserita nel certificato di collaudo. Il comma 3 ripete nella sostanza la prescrizione del c. 3 dell'articolo 141 del codice, la parte eccedente la disposizione di rango primario potrebbe utilmente essere inserita nel comma 4, che potrebbe recitare: *“Qualora nel biennio di cui al comma 3 dell'articolo 141 del codice dovessero emergere vizi o difetti dell'opera, il soggetto appaltante o il responsabile del procedimento provvederanno a denunciare entro il medesimo periodo il vizio o il difetto e ad accertare, sentiti il direttore dei lavori e l'organo di collaudo ed in contraddittorio con l'esecutore, se detti difetti....”*.

69. L'articolo 230 riporta pedissequamente l'articolo 200 del d.P.R. n. 554 del 1999. Tuttavia sembra che esso contenga un'inesattezza linguistica; vi si parla, infatti, di collaudo provvisorio, che non sembra esistere nel sistema del regolamento in questione (ma vi fa riferimento anche l'articolo 124, comma 3), che, invece, stabilisce solo un'efficacia provvisoria o la definitività del certificato di collaudo, che è cosa ben diversa.

70. Quanto all'articolo 234 un primo elemento di perplessità è dato dall'inserzione, ai commi 1 e 2, del riferimento al fatto che il certificato di collaudo rechi le relazioni sulle riserve formulate dall'esecutore: eventualità, quest'ultima, non prevista dall'articolo 229. Anche il comma 4 introduce una relazione generale dell'organo di collaudo, che non sembra trovare riscontro nelle altre disposizioni e la cui funzione non è perfettamente chiara. Infine il comma 5 esclude dall'accesso tre tipi di relazioni: quella del direttore dei lavori sulle riserve dell'esecutore, quella del responsabile del procedimento sulla domanda dell'esecutore e quella dell'organo di collaudo sulle riserve e richieste dell'esecutore (quest'ultima, a differenza delle altre due, non espressamente qualificata come *“riservata”*).

71. Sull'articolo 235, a parte l'improprietà del riferimento al *“collaudo provvisorio”*, termine che non risponde pienamente al linguaggio dell'articolo 141

del codice, va rilevato come il comma 3 sia ripetitivo della disposizione del comma 1 dell'articolo 141 del codice e come all'u.c. si sia operata una non corretta riscrittura del primo comma dell'articolo 37 d.m. 19 aprile 2000 n. 145. Quest'ultimo, infatti, correttamente parlava di "*estinzione di diritto delle garanzie fideiussorie*", mentre l'estinzione non può riferirsi alla cauzione in quanto tale, ma tutt'al più ai diritti sulla stessa.

72. Dato atto che l'articolo 236 si adegua a quanto a suo tempo richiesto dal parere n. 3262/2007 della Sezione, sembrerebbe forse opportuno sottolineare la natura speciale della definizione ivi contenuta. All'ultimo comma dell'articolo 237 possono ripetersi le osservazioni già formulate sugli artt. 229, 234 e 235.

73. Relativamente all'articolo 238, va anzitutto rilevato che non si condividono le previste modalità di compenso dei collaudatori interni alla stazione appaltante nel caso di commissioni di collaudo miste. Invero, nel caso di affidamento dell'incarico di collaudo a soggetto dipendente della stazione appaltante, siccome il collaudo è considerato attività propria istituzionale della stazione appaltante, non è previsto un compenso autonomo, ma solo la partecipazione all'incentivo di cui all'articolo 92, comma 5, codice.

L'articolo 92, comma 5, codice, dice infatti che l'incentivo va anche ai dipendenti incaricati del collaudo.

Inoltre l'articolo 120 comma 2-bis codice dice che il collaudo è attività propria delle stazioni appaltanti.

L'Autorità di vigilanza, con la determinazione n. 2/2009 ha fatto importanti affermazioni sul collaudo, tra cui quella della remunerazione dei dipendenti incaricati del collaudo mediante l'incentivo dell'articolo 92, comma 5, codice.

L'articolo 238, schema, applica invece una diversa regola in caso di commissioni di collaudo a composizione mista, di professionisti esterni e dipendenti. In tale ipotesi i dipendenti vengono remunerati secondo le tariffe professionali.

La regola è innovativa rispetto al codice, secondo cui i collaudatori interni svolgono una attività istituzionale, per la quale percepiscono lo stipendio e l'incentivo.

La regola crea disparità di trattamento tra dipendenti pubblici, non sembra avere copertura finanziaria, e si presta a facili elusioni.

Si ricorda che il d.P.R. n. 554 del 1999 impediva le commissioni di collaudo a composizione mista. L'apertura introdotta con il nuovo regolamento non si deve tradurre in oneri aggiuntivi per la p.a.

Va in secondo luogo rilevato come la formulazione sembri determinare un obbligo delle stazioni appaltanti di far riferimento alle tariffe professionali, mentre le forme di fissazione del compenso dei collaudatori possono essere le più varie; la disposizione, invece, andrebbe meglio coordinata con quanto dispone l'articolo 2 del d.l. 4 luglio 2006, n. 223 (c.d. decreto Bersani), in ordine alla liberalizzazione delle tariffe professionali.

La Sezione insiste sulla necessità di abbassare la percentuale di aumento del compenso per l'effettuazione di collaudi in corso d'opera.

74. Vale la pena di ribadire, infine, che mancano disposizioni specificamente attuative di quanto previsto dal comma 2 dell'articolo 178 del codice, relativo al collaudo di infrastrutture di grande rilevanza e complessità; inoltre l'articolo 2 dello schema di regolamento, nell'indicare le norme che si applicano alle infrastrutture strategiche, non vi elenca il titolo X della parte II, relativo al collaudo, nonostante che l'articolo 178, comma 1, codice, rinvii all'articolo 141, codice, in tema di collaudo.

75. Passando, poi, alla parte del regolamento riguardante i lavori relativi ai beni del patrimonio culturale, attuativa del Capo II del Titolo IV della Parte II del codice, occorre rilevare una discrasia tra la disciplina introdotta dall'articolo 197 del codice e quella dell'articolo 239 della bozza di regolamento in oggetto. L'articolo 197 succitato estende ai contratti pubblici relativi ai beni culturali, in quanto non derogate e compatibili, le disposizioni della Parte I, II - Titoli I, II e III (quest'ultimo limitatamente ai Capi I e II) – IV e V (particolare disciplina è prevista per l'applicabilità delle norme dal Capo III del Titolo III). Invece l'articolo 239 della bozza di regolamento recita: “Per quanto non disposto dal presente Titolo [cioè dal presente regolamento], ai beni del patrimonio culturale di cui al comma 1, si applicano le disposizioni contenute nel presente regolamento in quanto compatibili con le disposizioni della Parte II, Titolo V, Capo II, del codice (contratti relativi ai beni culturali)”. Con ciò si introduce una disciplina assai più restrittiva, quanto all'applicabilità del complesso della normativa del codice. Ritiene pertanto la Sezione sufficiente e chiaro quanto previsto dall'articolo 197 di quest'ultimo e che la disposizione in questione vada espunta, a meno che, riprendendo le intenzioni espresse nella relazione di accompagnamento (pagg. 82-83), la disposizione non venga trasformata in una del seguente tenore: “*Per quanto non disposto dal presente Titolo, ai contratti relativi ai beni del patrimonio culturale di*

cui al comma 1, si applicano le altre disposizioni contenute nel presente regolamento in quanto compatibili con le specifiche disposizioni del Capo III del Titolo V della Parte II e con tutte le altre disposizioni richiamate dall'articolo 197 del codice". In altri termini il regolamento non può attribuirsi un'efficacia derogatoria alle norme del codice se ciò non è autorizzato da norme contenute nella Parte II, Titolo V, Capo II del codice stesso.

76. L'articolo 240 riprende l'articolo 212 del citato d.P.R. n. 554 del 1999, indicando la tipologia dei lavori di cui al titolo in esame e definendoli o direttamente, come avviene per lo scavo archeologico o con riferimento ai commi 4 e 5 dell'articolo 29 d. lgs. n. 42 del 22 gennaio 2004 per la manutenzione ed il restauro. Questo riferimento però è erraneo, in quanto la manutenzione ed il restauro sono definiti dai commi 3 e 4 dell'articolo 29 succitato e non ai commi 4 e 5. L'Amministrazione, poi, assume che la prevenzione non dia mai luogo a "*lavori*" ma attenga piuttosto a "*servizi*" e non interessi, quindi, la normativa in esame. Tale assunto non appare in astratto corretto: tuttavia, visto che tra manutenzione e prevenzione il confine appare assai sfumato, si può consentire con l'Amministrazione nel non fare menzione nel presente articolo dei lavori diretti alla prevenzione.

Al comma 4, poi, sarebbe opportuno, per la migliore comprensibilità del testo, inserire le parole "*evidenziate nel piano di manutenzione e nel consuntivo scientifico*" come inciso dopo la parola "*risultanze*".

77. All'articolo 241 si segnala come il comma 2 introduca un contenuto della scheda tecnica più ampio rispetto a quello previsto nell'articolo 202, 1° comma, del codice.

78. Per quanto riguarda l'articolo 242, al comma 2, sarebbe stato sufficiente indicare quali fra i documenti che compongono il progetto preliminare, di cui all'articolo 17, non siano necessari per il progetto preliminare relativo ai lavori sui beni culturali.

79. L'articolo 243 non definisce i rapporti tra progetto definitivo e progetto preliminare, mentre per il secondo comma dell'articolo 244 può ripetersi, in relazione all'articolo 33, quanto già osservato per il secondo comma dell'articolo 242.

Sempre a proposito degli artt. 243 e 244 non risulta ben chiaro se la redazione del progetto esecutivo sia obbligatoria solo quando non sia stata posta a base di gara,

mentre l'articolo 203 del codice sembra disporre che esso debba essere redatto in ogni caso, eventualmente a cura dell'appaltatore (articolo 203, comma 2), salve le ipotesi specificamente previste dal comma 3-ter dell'articolo 203 del codice.

80. All'articolo 247 si riscontra una certa qual incongruenza tra il fatto che all'attività di verifica dei progetti non possano prendere parte coloro che abbiano svolto attività di progettazione (articolo 49, comma 5) ed il prevedere che il responsabile del procedimento si avvalga nell'attività di verifica di chi abbia redatto la scheda tecnica, che costituisce la base per la predisposizione del progetto preliminare (articolo 242, comma 6).

In altri termini, sembra emergere dal codice e dal regolamento un disfavore in ordine alla possibilità che uno stesso soggetto intervenga in fasi diverse del procedimento.

PARTE VII - ARTICOLI DA 252 A 325

VII-A) CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI AI SERVIZI ATTINENTI ALL'ARCHITETTURA E ALL'INGEGNERIA NEI SETTORI ORDINARI

81. Questa parte dello schema di regolamento compendia gli articoli da 252 a 270 ripartiti in tre titoli e reca la disciplina specifica dei servizi relativi all'architettura e all'ingegneria nell'ambito dei contratti pubblici.

Le disposizioni in argomento si richiamano alle norme ricomprese nella parte seconda, titolo IV del d.P.R. n. 554 del 1999, di cui riprendono sostanzialmente i contenuti aggiornandoli con riferimento alle disposizioni del capo IV del codice (artt. 90 e segg.) e recependo in parte le osservazioni e i suggerimenti pervenuti.

Rispetto al testo precedente in particolare gli articoli 253-254 e 255 introducono sostanziali innovazioni con riferimento alla individuazione di progettisti e di soggetti direttamente coinvolti nell'espletamento di attività professionali e tecniche nell'ambito delle società di ingegneria e di professionisti, estendendo la partecipazione anche a giovani professionisti con rapporto di consulenza su base annua per quote di fatturato nei confronti delle società superiori al 50% del proprio fatturato annuo.

Sempre con riferimento alle norme concernenti le modalità di partecipazione alle gare, in tema di requisiti riferiti alle società di ingegneria, alle società di

professionisti e ai consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria appare significativa la scelta di conservare la previsione del possesso del titolo di studio della laurea e di un periodo minimo di iscrizione all'albo professionale sia da parte dei partecipanti ai concorsi di idee e di progetti sia dei soggetti incaricati delle funzioni di direttore tecnico. Tale scelta (adottata in diverso avviso rispetto al parere espresso dalla Conferenza Unificata che aveva suggerito di sopprimere la parola laureato) ha tenuto conto opportunamente della particolare qualificazione ed esperienza richiesta per lo svolgimento di detti compiti.

In particolare, si formulano le seguenti osservazioni con riguardo agli articoli 266 e 270.

82. L'articolo 266, al comma 1, lettera c) prevede testualmente la presentazione dell'offerta economica costituita da “un ribasso percentuale unico, definito con le modalità previste dall'articolo 262, comma 3, in misura comunque non superiore alla percentuale che deve essere fissata nel bando in relazione alla tipologia dell'intervento”. La disposizione sembra in contrasto con il principio di derogabilità dei minimi tariffari dal momento che, così come formulata, sembra imporre al bando di stabilire una misura percentuale massima di ribasso consentito secondo il tipo di intervento.

Lo stesso articolo 266, al comma 4, prevede che *“le offerte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prendendo in considerazione i seguenti criteri”* quasi che il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa costituisca il solo criterio applicabile, mentre invece essa si pone in alternativa al criterio del prezzo più basso. Conseguentemente, l'espressione riportata andrebbe riformulata chiarendo che i criteri ivi indicati trovano applicazione nei casi in cui le offerte vengono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e, quindi, dovrebbe essere riproposta come segue: *“Quando le offerte sono valutate con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sono presi in considerazione i seguenti elementi”*: invero non tutte le previsioni riportate nelle successive lettere sembrano configurare criteri in senso proprio ma talune di esse si pongono piuttosto come condizioni, requisiti ovvero caratteristiche dell'offerta.

83. L'articolo 270, ricompreso nel titolo III relativo alle garanzie, disciplina, in alternativa alla fattispecie prevista nel precedente articolo 269, la garanzia assicurativa per la copertura dei rischi professionali nell'ipotesi in cui la progettazione sia affidata ad un dipendente della stazione appaltante: in questo caso

la norma stabilisce che sia la stessa stazione appaltante a sostenere direttamente l'onere del premio o con i fondi accantonati allo scopo per ogni singolo intervento, o attingendo agli stanziamenti appositamente previsti.

In ordine a tale disposizione la Sezione, con il parere espresso nell'adunanza del 17 settembre 2007, nel segnalare che essa riproduceva l'analoga norma contenuta nell'articolo 106 del d.P.R. n. 554 del 1999, rilevava che quest'ultima imponeva al dipendente pubblico progettista di stipulare la polizza e accollava all'amministrazione l'onere del rimborso del premio nei limiti di due terzi del relativo importo e, pertanto, coerentemente suggeriva l'opportunità di reintrodurre tale limite ripristinando in sostanza la previsione del citato articolo 106.

Con riferimento all'attuale formulazione si deve ora osservare che essa appare in linea con l'articolo 90, comma 5, del codice, il quale testualmente recita: *“il regolamento definisce i limiti e le modalità per la stipulazione per intero, a carico delle stazioni appaltanti, di polizze assicurative per la copertura dei rischi di natura professionale a favore dei dipendenti incaricati della progettazione”*.

84. Sul piano formale si formulano le seguenti osservazioni:

- a) nell'articolo 256, sostituire la parole *“dei requisiti economico-finanziari ed economico-organizzativi”* con le parole *“dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi”*;
- b) nell'articolo 264, comma 1, si passa da lettera d) a lettera f), senza lettera e);
- c) nell'articolo 264, comma 1, lettera t), sostituire *“86, comma 5, del codice”* con *“87, comma 1, del codice”*.

VII-B) CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A FORNITURE E ALTRI SERVIZI NEI SETTORI ORDINARI

85. La parte IV dello schema di regolamento include gli articoli da 271 a 338 suddivisi in cinque titoli e reca la disciplina dei contratti concernenti le forniture e i servizi. Dette disposizioni si richiamano direttamente alle norme di cui agli articoli 5 e 10, nonché ad altre particolari disposizioni del codice, cui danno attuazione mutuando in via generale principi e regole dettate per i contratti relativi ai lavori opportunamente adattati in relazione alle peculiarità dei servizi e delle forniture.

Il titolo I (artt. 271-274) detta disposizioni in materia di programmazione e di organi del procedimento; il titolo II (artt. 275-296) riguarda i requisiti di

partecipazione, i criteri di selezione delle offerte, le procedure di scelta del contraente e le aste elettroniche; il titolo III (artt. 297-310) disciplina l'esecuzione del contratto e la contabilità; il titolo IV (artt. 311-325) disciplina la fase del collaudo e della verifica di conformità ed infine il titolo V (artt. 326-355) l'acquisizione sotto soglia ed in economia dei servizi e delle forniture.

86. In linea generale si premette che, con riguardo alle norme compendiate in questa parte dello schema di regolamento, risultano recepite pressoché in toto le osservazioni e i suggerimenti formulati dalla Sezione con il parere espresso nell'Adunanza del 17 settembre 2007, del che dà atto in maniera dettagliata la stessa Amministrazione referente nella relazione illustrativa che accompagna lo schema.

87. In particolare si richiama l'attenzione sull'articolo 273 che assume particolare rilevanza poiché definisce le funzioni e i compiti del responsabile del procedimento. In ordine a tale disposizione il Ministero referente ha segnalato talune osservazioni formulate dalla Conferenza unificata specificamente con riguardo al comma 4.

L'attuale comma 4 del menzionato articolo prevede l'obbligo a carico del responsabile del procedimento di inviare alla Procura regionale della Corte dei conti, competente per territorio, copia dei mandati di pagamento emessi al fine della corresponsione all'esecutore delle maggiori somme dovute. Orbene la Conferenza unificata ha rilevato che tale previsione non risulterebbe conforme alla giurisprudenza della Corte dei conti e della Corte costituzionale secondo la quale la Procura della Corte dei conti non può essere impegnata su fattispecie astratte di danno erariale ma è attivata su denunce circostanziate e specifiche, soggiungendo che una verifica estesa potrebbe essere in ipotesi effettuata in sede di controllo sulla gestione dalle sezioni regionali del controllo. Pertanto l'Amministrazione chiede sulla questione una valutazione definitiva del Consiglio di Stato, cui affida la formulazione finale della norma.

Al riguardo la Sezione ritiene utile evidenziare che l'ultimo testo del comma 4 in questione trasmesso risulta ora integrato, in fine, con la seguente espressione, su espresso suggerimento della Corte dei conti: *“a titolo di interessi per ritardato pagamento di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231”*. Da ciò è dato desumere che la problematica sollevata dalla Conferenza unificata può considerarsi superata, tenuto conto della ulteriore specificazione introdotta a seguito della

integrazione suggerita e, quindi, ad avviso del Collegio, la formulazione finale del comma 4 dell'articolo 273 può essere mantenuta nel testo, come sopra integrato.

88. Si richiama, altresì, l'attenzione sugli articoli 280, 284, 298 e 300, in ordine ai quali emergono perplessità ovvero appare utile fornire talune precisazioni:

L'articolo 280, al comma 2, contempla la possibilità da parte della stazione appaltante di sottoporre a verifica il progetto qualora sia stato indetto un concorso per servizi e forniture; tale formulazione sembrerebbe escludere la stessa possibilità nel caso di appalto di servizi di progettazione nonostante che, nell'attuale testo, risulti ora previsto anche l'appalto di servizi di progettazione anche per i servizi e le forniture. Pertanto la norma va adeguata estendendone l'applicazione a tutte le fattispecie previste;

89. L'articolo 284 concerne le offerte anomale. Tale disposizione è stata interamente riformulata in adesione a quanto suggerito dalla Sezione che, con il richiamato parere del 17 settembre 2007, avendo rilevato alcune discrasie nella riscrittura dell'omologa norma relativa ai lavori, ha evidenziato l'opportunità di effettuare un rinvio pieno all'articolo 119 (ora 121) dello stesso regolamento.

90. L'articolo 298 disciplina la materia attinente alle penali, ai prezzi, alle garanzie e ai danni e riconoscimenti a favore dei creditori e, al comma 4, richiama numerose disposizioni attinenti a materia analoga dettate per i contratti relativi ai lavori. In merito al citato comma 4 (mentre si evidenzia che nel testo ora trasmesso non risulta più il richiamo espresso all'articolo 164 in aderenza al rilievo formulato dalla Sezione con il parere del 17 settembre 2007) deve essere rilevato che non appare condivisibile il richiamo ivi contenuto esclusivamente al primo periodo del comma 4 dell'articolo 170, secondo il quale non costituisce subappalto l'affidamento dei lavori da parte dei consorzi tra società cooperative e di consorzi stabili (di cui all'articolo 34 comma 1 lettere b) e c) del codice) ai propri consorziati. Invero, sembra del tutto evidente che nel caso di specie, pur non ricorrendo l'ipotesi del subappalto, i consorziati affidatari di servizi e forniture debbano essere in regola con la normativa antimafia conformemente a quanto stabilito dall'articolo 118, comma 2, numero 4 del codice espressamente richiamato dall'articolo 170, c. 4, secondo periodo. Peraltro, poiché in quest'ultimo periodo risulta altresì richiamato espressamente anche il comma 5 dell'articolo 118 del codice relativo ai cartelli nei cantieri e che non riguarda la fattispecie in questione, si propone di riformulare il comma 4 dell'articolo 298 di che trattasi come segue: *“Ai contratti disciplinati*

dalla presente parte IV si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 127, 128, 165, 166 nonché quelle di cui all'articolo 170, commi 3, primo periodo, 4, esclusa comunque l'applicazione dell'articolo 118, comma 5, del codice, e 7".;

91. L'articolo 300 disciplina la figura del direttore dell'esecuzione del contratto e prevede che, fatte salve talune eccezioni, tale figura coincida con il responsabile del procedimento. In ordine a tale disposizione il Ministero referente, nella relazione illustrativa che accompagna lo schema di regolamento, nel segnalare che la Conferenza unificata ha avanzato uno specifico quesito circa la possibilità di affidamento all'esterno dell'incarico di direttore dell'esecuzione, chiede che al riguardo si pronunci espressamente il Consiglio di Stato.

A tale riguardo la Sezione osserva che la risposta al problema sollevato dalla Conferenza può rinvenirsi sostanzialmente nella stessa *ratio* della norma in esame e, comunque, facendo ricorso ad un opportuno criterio logico.

Infatti - premesso che il principio fissato dalla norma è quello della sostanziale identificazione tra direttore dell'esecuzione e responsabile del procedimento e tenuto conto della parziale derogabilità di tale principio in taluni casi espressamente contemplati (articolo 272 e comma 2 dello stesso articolo 300) - è di tutta evidenza in primo luogo che astrattamente la possibilità di affidamento all'esterno dell'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto è ipotizzabile solo nei casi in cui è ammessa deroga al predetto principio. In ogni caso l'affidamento all'esterno dell'incarico appare ammissibile esclusivamente quando la stazione appaltante risulti sprovvista di adeguate professionalità in grado di svolgere tale compito.

92. Per quanto attiene specificamente alle norme contenute nel Titolo IV in tema di collaudo e verifica di conformità si ribadisce in via generale l'opzione, sul piano lessicale, per l'espressione unica "*verifica di conformità*" quale istituto comune sia ai servizi che alle forniture, risultando il collaudo più appropriato, sia in termini formali che sostanziali, al novero dei lavori piuttosto che a quello delle forniture.

93. Nell'articolo 325 comma 3, occorre sostituire le parole "*Successivamente all'emissione del certificato di collaudo o di verifica di conformità si applica l'articolo 324*", con le parole "*Dopo l'emissione dell'attestazione di regolare esecuzione si applica l'articolo 324*".

In relazione all'attestazione di regolare esecuzione, non è chiaro se alla sua emissione si ricollega l'effetto dello svincolo della cauzione e del pagamento della rata di saldo.

Si dice infatti che l'articolo 324, che contempla tale effetti dopo il collaudo o la verifica di conformità, si applica solo dopo l'emissione del certificato di collaudo o di verifica di conformità.

Ma l'attestazione di regolare esecuzione è sostitutiva di tali certificati, sicché non si comprende la portata del rinvio.

94. Sotto il profilo strettamente formale della redazione del testo si formula, infine, la seguente osservazione: all'articolo 280 la rubrica attuale va sostituita con la seguente *“garanzie e verifica della progettazione di servizi e forniture”* tenuto conto che nel testo risulta ora previsto anche l'appalto di servizi di progettazione.

PARTE VIII - ARTICOLI DA 326 A 359 E ALLEGATI

95. Il titolo quinto della Parte IV dello schema (artt.326-338) fa riferimento all'acquisizione di servizi e forniture sotto soglia e in economia.

Dal punto di vista sostanziale non vi sono obiezioni da sollevare: le modifiche rispetto al precedente schema di regolamento sono di adeguamento alle osservazioni della Corte dei conti ed alle disposizioni introdotte dal terzo d.lgs. correttivo al codice dei contratti pubblici, 11 settembre 2008 n. 152.

96. La parte quinta (contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture nei settori speciali) è composta da tre titoli inerenti ai settori speciali di rilevanza comunitaria, ai settori speciali sotto soglia comunitaria e agli organi del procedimento e programmazione (artt.349-352).

Il comma 4 dell'articolo 339, dove è detto che non sono ammesse offerte in cui la parte dei prodotti originari di Paesi terzi di cui all'articolo 234, comma 1 del codice supera il cinquanta per cento del valore totale dei prodotti che compongono l'offerta, va inteso nel senso che il divieto non riguarda i Paesi membri dell'U.E. ed i Paesi con i quali l'Italia ha un accordo internazionale bilaterale al riguardo.

97. Non danno luogo a rilievi la parte sesta - contratti eseguiti all'estero - (artt. 343 - 356) e la parte settima - disposizioni transitorie e abrogazioni- dove le modifiche sono state apportate alla luce delle osservazioni della Corte dei conti, dei Ministeri concertanti, dei pareri degli organi consultivi, dell'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici e della Conferenza unificata.

Non può però non rilevarsi per quel che riguarda il coacervo delle norme transitorie che esse, non per profili di legittimità formale, ma per profili di fattibilità creeranno non pochi problemi nella pratica attuazione.

98 In merito agli allegati, non si hanno osservazioni, salvo in ordine all'Allegato A-1, per il quale si rinvia alla parte IV del presente parere, sub articolo 107 dello schema di regolamento.

P.Q.M.

La Sezione esprime parere favorevole con le osservazioni di cui in motivazione.

Per estratto dal verbale

Il Segretario

(Licia Grassucci)

Visto:

Il Presidente

(Giancarlo Coraggio)