

PARERE AL MINISTRO PER I RAPPORTI CON IL PARLAMENTO, AI SENSI DEGLI ARTICOLI 1, COMMI 3 E 4, E 25 DELLA LEGGE 18 APRILE 2005, N. 62, SULLO SCHEMA DEI DECRETO LEGISLATIVO RECANTE: "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI AI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE, IN ATTUAZIONE DELLE DIRETTIVE 2004/17CE E 2004/18/CE (N. 606)

L'8<sup>a</sup> Commissione permanente (Lavori pubblici, comunicazioni) del Senato,

esaminato, ai sensi degli articoli 1, commi 3 e 4, e 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62, lo schema di decreto legislativo recante: "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" (n. 606)

premessi che

- con la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale Europea gli Stati membri dell'Unione erano obbligati a recepire, entro il 31 gennaio 2006, la direttiva comunitaria 2004/17/CE concernente il coordinamento delle procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali e la direttiva comunitaria 2004/18/CE concernente il coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi e di tutti i soggetti diversi da quelli di cui alla direttiva 2004/17/CE;
- per recepire le ricordate direttive il Parlamento ha approvato la legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) e che nell'articolo 25 della legge in questione il Parlamento ha delegato il Governo ad adottare, entro 18 mesi dall'entrata in vigore della legge medesima, uno o più decreti legislativi volti a definire un quadro legislativo finalizzato a questo scopo;
- a questo riguardo nella legge comunitaria 2004 sono stati definiti i criteri di delega volti ad elaborare un codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e che tali criteri si sostanziano nella delega a elaborare un unico testo normativo recante

disposizioni legislative in materia di procedure d'appalto disciplinate dalle due direttive, coordinando anche le altre disposizioni in vigore, nel rispetto dei principi del Trattato; a procedere alla semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione della normativa comunitaria, finalizzando tale semplificazione a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici; a conferire all'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici la medesima funzione anche relativamente ai settori dei servizi, delle forniture e dei settori speciali; a procedere all'adeguamento della normativa interna alla sentenza della Corte di giustizia C247/02 circa i criteri di aggiudicazione;

- il Governo ha quindi proceduto all'approvazione della proposta di schema di decreto legislativo recante "Codice dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture, in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE" attenendosi ai criteri contenuti nella delega approvata dal Parlamento con la legge n. 62 del 18 aprile 2005;

considerato inoltre che

- il parere reso dalla Conferenza Unificata sul Codice esprime un giudizio negativo in relazione alla complessa questione del riparto delle competenze tra Stato e Regioni in materia di lavori pubblici derivante dal nuovo testo dell'articolo 117 della Costituzione e che secondo questo collegio il Codice non chiarirebbe in alcun modo, ritenendo anzi che su taluni aspetti la normativa introdotta con il Codice abbia ecceduto i limiti della delega (contenuta nella legge n. 62 del 2005) essendo peraltro priva di "norme cedevoli" anche in relazione ai settori di legislazione concorrente;
- il parere espresso dal Consiglio di Stato nell'adunanza del 6 febbraio 2006 chiarisce senza dubbio entrambi gli aspetti critici sollevati dalla Conferenza Unificata sottolineando che "nel caso di specie - nonostante qualche possibile incertezza letterale e sulla dizione, del tutto atecnica di «unico testo», di cui alla lettera a)

dell'articolo 25, comma 1 della delega si sia in presenza non di un testo unico, sia pure innovativo, ma di un decreto legislativo che codifichi la materia recando interventi di riforma resi necessari dai criteri sostanziali di delega di cui all'articolo 25 e in primo luogo il recepimento delle direttive comunitarie"; che in relazione alla normativa preesistente, con particolare riguardo alla legge quadro sui lavori pubblici n. 109 del 1994, il Parlamento aveva all'epoca ritenuto di dettare discipline parzialmente differenti da quella comunitaria (prevedendo la rigida separazione tra attività di progettazione ed attività di esecuzione dei lavori, la limitazione del ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, della trattativa privata e della introduzione delle varianti, l'abolizione dell'istituto della revisione dei prezzi ed altre ancora, che costituivano i punti maggiormente qualificanti di quella riforma), che in relazione a queste previsioni si pose il problema della loro conformità alla direttiva allora vigente (89/440/CEE poi trasfusa nella direttiva n. 37/1/93/CEE), ma che al contempo la Corte costituzionale ritenne infondate le questioni di costituzionalità sollevate dalle Regioni in relazione alle procedure di scelta del contraente e ai criteri di aggiudicazione previsti dalla cosiddetta legge Merloni, rilevando come tali disposizioni - aventi ad oggetto metodi di selezione del contraente anche più rigorosi rispetto alla normativa comunitaria - fossero costituzionalmente legittime anche in relazione al riparto di competenze normative tra Stato e Regioni in quanto dirette ad assicurare in modo ancor più esteso la concorrenza; che il Codice attuale rappresenta una significativa evoluzione rispetto al passato; che tale evoluzione deriva dal vincolo del recepimento delle nuove direttive europee combinato con le pronunce della Corte di giustizia, vincolo che riduce in misura consistente la possibilità del legislatore di proseguire nella strada intrapresa con la legge n. 109 del 1994, con particolare riguardo ad alcuni istituti come l'appalto integrato e l'offerta economicamente più vantaggiosa;

- nel medesimo parere è affrontata in maniera assai chiara la questione di ordine generale del riparto delle competenze normative tra Stato e Regioni nella materia facendo presente che i contratti della pubblica amministrazione e i pubblici lavori,

servizi o forniture non sono nominati nel nuovo articolo 117 della Costituzione ma ciò non implica che essi siano oggetto di potestà legislative residuale delle Regioni, in quanto, come rilevato dalla Corte costituzionale con riferimento ai lavori pubblici si tratterebbe piuttosto di ambiti di legislazione che non integrano una vera e propria materia ma si qualificano a seconda dell'oggetto al quale afferiscono e pertanto possono essere ascritti, di volta in volta, a potestà legislative esclusive dello Stato ovvero a potestà legislative concorrenti (Corte Cost. n. 303/2003),

esprime parere favorevole osservando quando segue:

- in relazione alla ripartizione delle competenze tra Stato e Regioni si ritiene che la proposta contenuta nel parere del Consiglio di Stato di riformulazione dell'articolo 4 sia pienamente da condividere ad eccezione dell'ultima frase contenuta nel comma 3 dalla parola: "devono" alla parola: "comunitaria", che si suggerisce di sopprimere. Non è infatti condivisibile che le procedure di gara non possano essere ritenute competenza concorrente ma esclusiva, e che i contratti sotto soglia non siano del tutto competenza concorrente, ma rientrino nella competenza esclusiva o concorrente con gli stessi criteri previsti per il sopra soglia. La tutela della concorrenza è infatti materia legislativa statale esclusiva, quale che sia la soglia del contratto di appalto;
- relativamente agli articoli 6, 7 e 8 concernenti l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, l'Osservatorio dei contratti pubblici relativi ai medesimi settori e le disposizioni in materia di organizzazione di personale e finanziario dell'Autorità, si esprime un generale apprezzamento auspicando anzitutto che, in merito agli aspetti organizzativi, l'Autorità sia messa nella condizione di esprimere la propria autonomia organizzativa facendo ricorso non già all'ordinamento ministeriale, come invece viene indicato dalla Ragioneria generale dello Stato nella relazione tecnica di accompagnamento dello schema di decreto legislativo, ma piuttosto facendo riferimento, al più, ai soli principi del decreto

legislativo n. 165 del 2001, in conformità a quanto approvato, appunto, dal Consiglio dei Ministri nell'articolo 8. In ordine poi alla proroga del termine di scadenza degli attuali componenti dell'Autorità (prevista nell'articolo 253) si fa presente che, tenuto conto del nuovo sistema di autofinanziamento previsto dalla legge finanziaria 2006 e dell'attribuzione all'Autorità di vigilanza di nuovi campi assai estesi, appare quanto mai opportuno assegnare all'attuale Consiglio un ragionevole lasso di tempo per impostare il nuovo impianto organizzatorio nonché il primo impianto regolatorio dei nuovi settori i quali, pur nella notevole rilevanza della loro entità economica, sono stati finora disciplinati da norme "leggere" e in qualche caso contraddittorie rispetto a quelle più mature del settore delle opere pubbliche. Infine, non appare condivisibile il parere del Consiglio di Stato che riterrebbe eccedente la delega la funzione di natura precontenziosa, posta in essere su richiesta delle parti, attribuita dal Codice all'Autorità medesima dato che essa non contraddice in alcun modo né l'ordinamento interno né quello comunitario, potendo invece rappresentare un utile strumento di mediazione per gli operatori del settore. Si esprime invece parere contrario sul primo periodo del comma 6 dell'articolo 7 che appare lesivo dell'autonomia funzionale attribuita all'Autorità di vigilanza dal Codice medesimo all'articolo 6, comma 4;

- in relazione alla complessa questione dei lavori così detti *in house* si suggerisce di ripristinare l'articolo 15 contenuto nella prima bozza del Codice e soppresso poi nella versione presentata al Parlamento. Sarebbe infatti opportuno un ripristino della norma stabilendo che questo tipo di interventi debba essere operato da società il cui capitale sia interamente pubblico e che svolgano i lavori solo per l'Amministrazione da cui sono controllate. La ragione di tale indicazione è giustificata soprattutto dalla facoltà che non può essere negata alle pubbliche amministrazioni di decidere sulla propria organizzazione funzionale. Afferisce infatti ad una legittima modalità organizzativa delle pubbliche amministrazioni l'avvalersi di un soggetto che fa parte della propria struttura organizzativa non violando tale attività la normativa comunitaria e il principio della concorrenza che la ispira;

- per quanto riguarda l'articolo 32 si suggerisce la seguente modifica alla lettera g) del comma 1: dopo le parole "appalto aggiudicato" aggiungere le seguenti: ". La suddetta procedura si applica alle opere di urbanizzazione primaria e secondaria di importo superiore alla soglia comunitaria e alle opere di urbanizzazione secondaria di importo inferiore alla soglia comunitaria. Le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b) e all'articolo 4, comma 1, della legge 29 settembre 1964, n. 847, correlate all'intervento edilizio assentito, possono essere eseguite direttamente dal titolare del permesso a costruire in ragione della loro inscindibilità dall'intervento principale;";
- in relazione al nuovo sistema dell'avvalimento, introdotto dal Codice, si suggerisce la soppressione dell'articolo 49 che prevede che tale meccanismo sia ripetuto per ogni singola gara. A garantire l'applicazione della direttiva comunitaria si ritiene infatti sia sufficiente la normativa contenuta nel successivo articolo 50 che disciplina la materia nel caso di operatività dei sistemi di attestazione o di qualificazione. L'articolo 49 avrebbe infatti l'effetto di essere troppo oneroso per una molteplicità di imprese e poco trasparente;
- in relazione all'articolo 56, concernente la procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara, si suggerisce di introdurre al comma 1, lettera c), dopo le parole: "di natura intellettuale", le parole: "quali la progettazione di opere". Tale precisazione rende più esatta la trasposizione letterale della direttiva 2004/18 al testo del Codice;
- in merito all'articolo 59, concernente l'istituto degli accordi quadro, si suggerisce di aggiungere all'articolo 1 il seguente periodo: "Gli accordi non sono ammessi in relazione alla progettazione e negli altri casi, da prevedersi nel regolamento, in cui i servizi non sono connotati da serialità o da caratteristiche esecutive standardizzate". Tale precisazione si rende necessaria in primo luogo perché la direttiva n. 18/2004 prevede soltanto la facoltà per gli Stati membri di applicare la procedura dell'accordo quadro e, in secondo luogo, in conformità con quanto previsto per i

lavori si ritiene incompatibile che la norma non riguardi anche i servizi e la progettazione che non abbiano caratteristiche di serialità;

- in relazione all'articolo 66, concernente la modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi non pare condivisibile l'osservazione avanzata dal Consiglio di Stato che ritiene in contrasto con il principio generale di semplificazione la previsione che reintroduce la pubblicazione degli avvisi e dei bandi sui quotidiani. Il ricorso alle fonti di natura elettronica non può infatti sostituire, al momento, l'utilizzo della stampa quotidiana in grado di raggiungere, capillarmente, un numero di soggetti assai più ampio di quello telematico che pure, certamente in potenza, appare altrettanto capillare ma di più specialistica utilizzazione. Si suggerisce anzi di ripristinare al medesimo articolo la disciplina vigente che impone la pubblicazione degli avvisi dei bandi di gara su almeno due dei quotidiani nazionali e due quotidiani locali. Appare invece condivisibile la previsione relativa alla contestuale pubblicazione dei bandi sui siti informatici dell'Osservatorio e su quello del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti. Infatti, diverse sono le finalità dei due siti: quello ministeriale ha lo scopo di offrire alle imprese interessate informazioni sui bandi in scadenza mentre quello dell'Osservatorio, finalizzato alla vigilanza dell'intero settore dei contratti pubblici, ha lo scopo di offrire un panorama completo dell'andamento del mercato. Inoltre, il dato relativo ai bandi è il presupposto indefettibile per l'attivazione del meccanismo previsto dalla legge finanziaria del 2006 per l'autofinanziamento dell'Autorità;
- in merito all'articolo 81, relativo ai criteri per la scelta dell'offerta migliore, si suggerisce di inserire dopo il comma 3, il seguente comma: "*3-bis*. L'affidamento della progettazione non è compatibile con l'aggiudicazione, a favore dello stesso affidatario, degli appalti pubblici relativi ai lavori e ai servizi progettati. Della suddetta incompatibilità deve essere data notizia nel bando di gara. Tale compatibilità è ammissibile solo per particolari motivi tecnici legati alla difficoltà della destinazione, alla complessità della messa in opera o dovuti a dimensioni eccezionali". Con l'introduzione di questa norma si riproduce integralmente il

comma 4 dell'articolo 23 del decreto legislativo 17 marzo 1995, n. 157. Le stesse motivazioni che portarono allora a discostarsi parzialmente dalla direttiva 92/50 e in riferimento alla stessa materia, rimangono immutate per le ragioni di inopportunità che nella stessa figura coincidano sia il progettista che l'esecutore;

- in merito all'articolo 91, concernente le procedure di affidamento, si sottolinea come il comma 5 sembri eccedere i principi della delega. Tale norma, infatti, non trova alcun riscontro nella direttiva 2004/18CE dove non vi è alcuna previsione che, qualora l'Amministrazione non opti per il concorso di progettazione ma per l'affidamento in appalto di un incarico di progettazione, debba darne motivazione. In relazione al comma 7 si suggerisce poi di prevedere che i requisiti acquisiti dalle società di ingegneria con i soggetti da cui sono controllate, non possano essere utilizzati in gare per i servizi di ingegneria ed architettura;
- in relazione agli articoli 122 e 124 riguardanti, rispettivamente, la disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia e gli appalti di servizi e forniture sotto soglia, si suggerisce la soppressione del comma 9 nel primo articolo e del comma 8 nel secondo. I due commi disciplinano infatti l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso;
- in relazione poi all'articolo 253, concernente le norme transitorie, si suggerisce la soppressione, al comma 34, dell'ultimo periodo della lettera d) al fine di abrogare tutte le disposizioni, ancorché previste da leggi speciali che, in contrasto con la normativa del Codice, prevedano limitazioni ai mezzi di risoluzione delle controversie nella materia dei lavori pubblici come definita dall'articolo 2;
- riguardo all'articolo 257, concernente l'entrata in vigore delle disposizioni del Codice, si suggerisce l'opportunità di estendere la *vacatio legis* fino a sessanta giorni in luogo dei quindici previsti, troppo brevi affinché gli operatori del settore possano adeguatamente predisporre alla concreta applicazione della nuova normativa;

- si invita infine il Governo ad adottare nel tempo più breve il regolamento di attuazione del Codice al fine di armonizzare le norme regolamentari in vigore a quelle nuove introdotte, così da considerare allegati tecnici al Codice le norme regolamentari.

Sen. Grillo, *estensore*

Roma,