

CONSIGLIO DI STATO - Parere sullo schema di decreto legislativo contenente modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza del 28 settembre 2006

N. della Sezione: 3641-2006

OGGETTO:

MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE.

Schema di decreto legislativo contenente modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE.

La Sezione

Vista la relazione, trasmessa con nota, prot. n. 0013580 del 13 settembre 2006,

pervenuta il 15 settembre 2006, con la quale il Ministero delle infrastrutture, Ufficio legislativo, ha chiesto il parere sullo schema di decreto legislativo indicato in oggetto.

Esaminati gli atti e udito il relatore ed estensore Consigliere Guido Salemi;

PREMESSO e CONSIDERATO

a)- Lo schema di decreto legislativo in esame, deliberato dal Consiglio dei Ministri nella seduta del 23 giugno 2006, apporta modifiche al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, recante il “Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE” ed è stato predisposto ai sensi dell’art. 25, comma 3, della legge 18 aprile 2005, n. 62, che consente l’adozione di disposizioni correttive ed integrative del Codice entro due anni dalla sua emanazione, in relazione alla dichiarata finalità di:

- rideterminare l’efficacia temporale di alcune disposizioni del Codice, con particolare riferimento ad istituti giuridici di nuova introduzione, limitando l’intervento a quelle disposizioni a recepimento facoltativo, ai sensi della normativa europea, ovvero ad altre disposizioni che, seppure modificate, non incidono sugli obblighi nazionali di adeguamento alle direttive comunitarie;

- apportare alcune modifiche consequenziali rese indispensabili in relazione al differimento dell’entrata in vigore dei summenzionati istituti;

- valorizzare i contenuti che più direttamente possono esprimere forme di tutela effettiva e sostanziale per i principi di libera concorrenza, trasparenza, pubblicità, non discriminazione, proporzionalità;
- assicurare l'adeguamento pieno ed effettivo alla decisioni della Commissione europea in materia di contratti pubblici medio tempore intervenute;
- apportare al testo alcune correzioni di natura prevalentemente formale, ovvero dettate dall'esigenza di adeguamento a normative sopravvenute su disposizioni richiamate, ma esterne allo stesso.

Riferisce preliminarmente l'Amministrazione che lo schema di decreto legislativo è stato trasmesso alla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, la quale, nella seduta del 3 agosto 2006, ha chiesto l'inserimento, in un atto avente forza di legge, di una disposizione di carattere transitorio, in attesa di ulteriori interventi modificativi sul decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, che è stata così formulata: "Fino alla data di entrata in vigore del decreto legislativo correttivo ed integrativo del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, da adottarsi d'intesa con la Conferenza Unificata, si applicano, anche in deroga all'art. 4 del citato decreto legislativo n. 163 del 2006, le disposizioni normative delle Regioni e delle Province autonome in materia di appalti di lavori, servizi e forniture concernenti la stipulazione e l'approvazione dei contratti, il responsabile unico del procedimento, la pubblicazione dei bandi e le procedure di affidamento degli appalti d'importo alla soglia comunitaria, se non in contrasto con la normativa comunitaria".

In relazione alla suesposta proposta di modifica, l'Amministrazione esprime parere contrario per la considerazione di fondo che la stessa tocca una problematica (quella, cioè del rapporto tra la normazione statale e la disciplina regionale nella materia) della quale lo schema di decreto correttivo in esame non ha inteso mutare alcunché rispetto a quanto definito con il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, anche all'esito delle valutazioni espresse dal Consiglio di Stato, in occasione del parere reso all'esito dell'Adunanza del 6 febbraio 2006.

Al riguardo si concorda con l'avviso contrario dell'Amministrazione.

In particolare si ribadisce che nei contratti al di sotto della soglia comunitaria compete allo Stato la fissazione di comuni principi, che assicurino trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione e che la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto la legittimità dell'applicabilità alle Regioni dei principi desumibili dalla normativa nazionale di recepimento della disciplina comunitaria, là dove impongono la gara, fissano l'ambito soggettivo ed oggettivo di tale obbligo, limitano il ricorso alla trattativa privata e collegano alla violazione dell'obbligo sanzioni civili e forme di responsabilità (Corte cost. n. 345 del 2004).

In ogni caso, appare opportuno soprassedere ad eventuali modificazioni dell'art. 4 del codice, come pure del successivo art. 5, in attesa di conoscere le decisioni della Corte costituzionale sui ricorsi di legittimità costituzionale che, in relazione a dette norme, sono stati recentemente proposti dalle Regioni Piemonte, Lazio e Abruzzo.

b)- Quanto ai sei articoli di cui si compone lo schema di decreto legislativo si svolgono le osservazioni che seguono.

Art.1 (Termini di efficacia)

Come osservato dall'Amministrazione, le norme contenute nel presente articolo sono entrate a far parte della legislazione vigente con l'art. 1-octies delle disposizioni contenute in tale legge, in vigore del decreto legge 12 maggio 2006, n. 173, convertito nella legge 12 luglio 2006, n. 228.

Tale articolo va, pertanto, stralciato dal testo del provvedimento.

Con riferimento all'art. 49, comma 10, del codice, contenuto nell'art. 1, comma 2, dello schema di decreto, il quale fa divieto all'impresa ausiliaria di assumere a qualsiasi titolo il ruolo di appaltatore o di subappaltatore, deve, peraltro, rappresentarsi l'esigenza di recepire sin da adesso l'avviso manifestato, sia pure in un parere informale, dal Servizio legale della Commissione europea in ordine alla coerenza del citato art. 49, comma 10, con la normativa comunitaria ("...il divieto per l'impresa ausiliaria di partecipare alla realizzazione dell'appalto a qualsiasi titolo può annientare la portata dell'avvalimento. Perché non dovrebbe poter partecipare come subappaltatore? Il subappalto non può essere vietato dalla stazione appaltante. Se c'è un caso in cui può essere utile il ricorso al sub appalto è proprio quando le capacità della società ausiliaria sono necessarie alla realizzazione dell'appalto. Altrimenti, in questo caso, diventa obbligatorio raggrupparsi. E perché, invece, non potrebbero indicare nell'offerta che la società ausiliaria realizzerà la parte per la quale è competente").

Pertanto, allo scopo di prevenire l'instaurazione di una procedura di infrazione, si propone, la soppressione dell'art. 49, comma 10, e, in sua sostituzione, la previsione a favore dei concorrenti della facoltà per i medesimi di avvalersi nell'esecuzione dei lavori della società ausiliaria, nei limiti della competenza di questa ultima.

Art. 2 (Disposizioni correttive)

Al n. 1, lett. b), si prevede di introdurre, dopo la lettera f) dell'art. 40, comma 4, del codice, la lettera f-bis, con il quale si consente, in sede regolamentare, di "disciplinare le modalità per il coordinamento in materia di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione avvalendosi delle strutture e delle risorse già a disposizione per tale finalità e senza nuovi o maggiori oneri a carico della finanza pubblica".

Riferisce in proposito l'Amministrazione che, al fine di assicurare una integrale e penetrante vigilanza sull'attività delle S.O.A., fermo quanto già disposto nel codice relativamente al ruolo dell'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici, si affida all'emanando regolamento generale per lavori, servizi e forniture di cui all'art. 5 – destinato a disciplinare anche il sistema di qualificazione – la definizione delle modalità di coordinamento della vigilanza sull'attività delle S.O.A.

Soggiunge l'Amministrazione che già l'art. 4 del decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti in data 19 aprile 2005 riconosce alle competenti articolazioni del Ministero medesimo attribuzioni in tema di qualificazione delle imprese, anche con la possibilità di rispondere a quesiti, adottare pareri e circolari in materia di lavori pubblici con riferimento al sistema di qualificazione delle imprese, con la conseguente necessità di coordinamento con l'Autorità di vigilanza e l'Osservatorio dei lavori pubblici.

La Sezione ritiene che siffatte considerazioni non siano suscettive di condivisione.

E' noto che nell'ambito della complessiva riforma del sistema dei lavori e delle opere pubbliche, avviata con la legge n. 109 del 1994 e successive modificazioni ed integrazioni, il Legislatore ha innovato il sistema di verifica della qualificazione delle imprese a progettare e realizzare opere pubbliche, abbandonando il criterio della gestione della materia da parte di una amministrazione che

è anche stazione appaltante e quindi parte del rapporto ed affidandola ad organismi di diritto privato, preventivamente autorizzati dall'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, che la esercitava sulla base delle disposizioni legislative di cui all'art. 4 della legge n. 109 del 1994 e regolamentari di cui al d.P.R. n. 34 del 2004, e ora del nuovo Codice, in attuazione dell'espresso criterio di delega di cui all'art. 25, comma 1, lett. c), della legge n. 62 del 2005, anche nei settori delle forniture e dei servizi.

Dal citato quadro normativo emerge, con specifico riferimento alla vigilanza sugli organismi di attestazione, che:

- l'Autorità indica in maniera vincolante le condizioni che le S.O.A. devono rispettare nel contenuto dell'atto che esse adottano (rilascio, modifica, revoca, diniego dell'attestazione);
- può sanzionare la S.O.A. che rimane inadempiente alle indicazioni, addirittura con la revoca dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività;
- le S.O.A. sono tenute ad inviare all'Autorità tutte le attestazioni che rilasciano;
- l'Autorità controlla le attestazioni, oltre che su iniziativa degli operatori nel mercato, anche di propria iniziativa, mediante periodico controllo a campione.

Recependo un orientamento manifestato da questo Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (sez. VI, n. 991 del 2004), il codice, all'art. 6, comma 7, lettera m), ha espressamente disposto che, nell'esercizio della vigilanza, "l'Autorità può annullare, in caso di constatata inerzia degli organismi di attestazione, le attestazioni rilasciate in difetto dei presupposti stabiliti dalle norme vigenti, nonché sospendere, in via cautelare, dette attestazioni".

Stante la posizione di preminenza attribuita all'Autorità nel sistema di vigilanza sull'attività degli organismi di attestazione, non è possibile prevedere, in via regolamentare, forme di coordinamento che possano prescindere da tale posizione.

Del resto, già nel sistema vigente, l'Autorità esercita attività di direzione e di coordinamento, come è confermato proprio dal citato d.m. 19 aprile 2005, concernente l'individuazione degli uffici di livello dirigenziale non generale dell'allora Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, che, all'art. 4, ha attribuito alla Divisione IV, della Direzione Generale per la regolazione dei lavori pubblici del Dipartimento per le infrastrutture stradali, l'edilizia e la regolazione dei lavori pubblici, competenze nella materia dei rapporti con la vigilanza sui lavori pubblici, attribuendo, tra l'altro, a detta Divisione "il coordinamento con l'Autorità di vigilanza sui lavori pubblici per l'identificazione di linee guida comuni per la giusta interpretazione ed applicazione della normativa di settore".

Dal tenore di tale disposizione emerge, infatti, chiaramente che l'attività dell'organo di amministrazione attiva nell'interpretazione e attuazione della normativa non ha solo il vincolo dei comuni principi ermeneutici ma anche quello derivante dalle determinazioni e dagli orientamenti assunti dall'Autorità. A ciò si aggiunga – ed è argomento dirimente – che solo in questo quadro centrato sulla tutela del mercato e della concorrenza e non più sulla mera tutela della stazione appaltante si giustifica ed anzi si impone l'esclusione di una competenza regionale, se non addirittura locale, esclusione che nel sistema precedente sarebbe stata inaccettabile.

Alla stregua delle suesposte considerazioni si esprime l'avviso che la disposizione in esame debba essere eliminata dal testo dello schema di decreto legislativo.

Al n. 8, la formulazione è condivisibile ma occorre modificare la numerazione del comma da “1 bis” a “2”, non essendoci commi ulteriori.

Non si hanno osservazioni da formulare sulle altre disposizioni.

Art. 3 (Disposizioni di coordinamento)

Riferisce l'Amministrazione che in tale articolo sono contenute disposizioni volte, per lo più, alla mera correzione di errori materiali del testo del Codice. Ciò peraltro non è esatto per il n. 7 che introducendo una modifica all'art. 110, comma 21, in realtà innova in modo sostanziale le procedure sotto soglia estendendo ad esse il sistema della gara.

Con riferimento, poi, al n. 10, esso è volto a correggere un mero refuso materiale, contenuto nell'art. 194, comma 10 (terminali di gassificazione anziché di riclassificazione). Tuttavia l'Amministrazione, sul presupposto che il contenuto del comma appaia non del tutto omogeneo alla materia disciplinata nel codice, pone il quesito se sia opportuno conservarne traccia all'interno del medesimo codice, ovvero assicurarne la permanere vigenza con la disposizione dalla quale è tratta (art. 5, comma 10, del decreto legge n. 35 del 2005, convertito con modificazioni nella legge n. 80 del 2005, peraltro espressamente abrogata per effetto dell'art. 256 del decreto legislativo n. 163 del 2006).

In proposito si condivide l'avviso, con l'avvertenza che la reviviscenza della norma possa realizzarsi modificando l'art. 256 del codice nel senso di limitare l'abrogazione del citato art. 5 ai commi da 1 a 9 e da 10 a 13, nonché ai commi 16-sexies e 16-septies dell'articolo stesso.

Con il numero 15 si prevede di modificare l'art. 253, comma 21 del codice sostituendo le parole “di intesa” con la parola “sentita”; in particolare, detta norma dispone che “in relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di intesa con l'Autorità, emanato ai sensi dell'art. 17 comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA. La verifica è conclusa entro un anno dall'entrata in vigore del predetto decreto”.

Tenuto conto delle osservazioni sopra esposte sul ruolo attribuito dalla legge all'Autorità, si esprime parere contrario alla suddetta modifica.

Per il resto non si hanno osservazioni da formulare.

Art. 4 (Adeguamento a decisioni della Commissione europea)

L'articolo in esame sopprime la lettera f) dell'art. 177, comma 4, del codice, il quale, riproducendo il contenuto dell'art. 20-octies, comma 4 del d.lgs. n. 190 del 2002, il quale ha previsto un nuovo criterio per l'aggiudicazione degli appalti ai contraenti generali con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa, concernente la maggiore entità di lavori e servizi che il contraente generale si impegna ad affidare ad imprese nominate in sede di offerta.

A seguito della procedura di infrazione n. 2005/4311, avviata dalla Commissione Europea nei confronti della Repubblica italiana, la disposizione in questione è stata abrogata dall'art. 1-octies aggiunto dalla legge 12 luglio 2006 n. 228 in sede di conversione del decreto legge 12 maggio 2006, n. 173.

Conformemente a quanto osservato dall'Amministrazione, va disposto lo stralcio dell'articolo.

Art. 5 (Disposizioni finanziarie)

Sulla disposizione contenuta in tale articolo, che mira a garantire l'assenza di riflessi finanziari dalle disposizioni contenute nello schema di decreto, non si hanno osservazioni da formulare.

Art.6 (Disposizioni transitorie)

Detto articolo detta disposizioni volte a disciplinare, al primo comma, l'entrata in vigore delle modifiche introdotte (identificate nel giorno successivo a quello di pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) e, al secondo comma, il regime normativo applicabile alle procedure già iniziate alla data di entrata in vigore dello schema di decreto.

Conformemente a quanto osservato dall'Amministrazione, si esprime l'avviso che detto secondo comma debba essere stralciato dal testo del provvedimento, atteso che le disposizioni ivi contenute sono già state introdotte nell'ordinamento dal citato art. 1-octies del decreto legge n. 173 del 2006.

Ne consegue che il titolo dell'articolo deve essere mutato in "Entrata in vigore".

P.Q.M.

Esprime parere favorevole con le osservazioni sopra indicate.

Per estratto dal Verbale

Il Segretario dell'Adunanza

(Pasquale Cucchi)

Visto

Il Presidente della Sezione

(Giancarlo Coraggio)