

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

*Audizione presso la Commissione VIII
“Ambiente, territorio e lavori pubblici” della Camera dei Deputati
sul Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture
(D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163)*

Roma, 16 gennaio 2007

L'Ance ha più volte espresso apprezzamento per l'emanazione del Codice dei contratti pubblici; e ciò sia in relazione alla finalità del testo legislativo, volto a razionalizzare l'intera materia degli appalti pubblici, superando la frammentarietà della precedente legislazione, sia in ordine al suo contenuto normativo che lascia maggiori spazi di autonomia ai diversi soggetti, pubblici e privati, che intervengono nel processo di realizzazione delle opere pubbliche.

- Di notevole importanza l'aver definitivamente risolto, con una corretta interpretazione del dettato costituzionale l'annosa questione del **riparto di competenza legislativa tra Stato e Regioni** nella specifica materia dei contratti ad evidenza pubblica.
- Un secondo aspetto del codice pienamente condiviso dall'ANCE è quello tendente alla **semplificazione e snellimento delle procedure**, con conseguente certezza per gli operatori circa i loro tempi di attuazione e diminuzione delle occasioni di maggiore contenzioso (es. obbligo di procedere all'approvazione dell'aggiudicazione entro trenta giorni con conseguente approvazione tacita in caso di mancato rispetto del termine stesso).
- L'ANCE concorda, poi, pienamente sui **maggiori poteri attribuiti all'Autorità di vigilanza** in ordine all'attività delle Soa ed alle attestazioni da esse rilasciate. Inoltre risulta di sicuro interesse il potere attribuito all'Autorità di promuovere attività di composizione delle controversie inerenti le procedure di gara, onde evitare il ricorso alla giustizia amministrativa.
- In relazione alle **disposizioni la cui entrata in vigore è stata procrastinata al 1° febbraio 2007**, si ritiene opportuno esplicitare le seguenti considerazioni e proposte.

1. CENTRALI DI COMMITTENZA – ART. 33, COMMI 1, 2 E PARTE 2° DEL COMMA 3

La sospensione dell'entrata in vigore dell'art. 33, commi 1 e 2 e del comma 3, limitatamente alle parole "nonché a centrali di committenza", sembra presupporre la volontà di modificare tali norme, nel senso di rivedere, forse in senso limitativo, la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di affidare le funzioni di ente appaltante di lavori pubblici a centrali di committenza.

Per delineare compiutamente la problematica è opportuno premettere che, sulla base del testo dell'art. 33, parzialmente sospeso, possono delinearsi due forme di centrali di committenza: quelle istituzionalizzate e quelle scelte di volta in volta dall'amministrazione aggiudicatrice, che ritiene di delegare nel caso specifico le sue funzioni di stazione appaltante, sulla base di valutazioni di opportunità, che si ritiene debbano formare oggetto di specifica motivazione.

Per quanto riguarda le centrali di committenza istituzionalizzate, e cioè quelle istituite per espletare le funzioni di enti appaltanti di tutta una serie di amministrazioni aggiudicatrici, è da ritenere che esse debbano necessariamente essere istituite con provvedimento legislativo (statale o regionale).

Per quanto concerne le centrali di committenza del secondo tipo, si può ritenere che più soggetti pubblici, con propri atti deliberativi, possano dare luogo alla loro istituzione con facoltà di ricorrervi allorché ne abbiano l'esigenza.

Ora la presumibile preoccupazione del Governo circa la possibile adozione indiscriminata ed eccessiva dell'istituto della centrale di committenza appare, ad avviso di questa associazione, pienamente giustificata; in un passato non lontano, infatti, si è assistito al fenomeno di un ricorso pressoché generalizzato all'affidamento delle funzioni di ente appaltante a società private da parte di numerosissimi soggetti pubblici. Certamente tale prospettiva è preoccupante, ove si consideri che il trasferimento di pubbliche funzioni a terzi (che in questo campo, come è noto, sono particolarmente complesse e delicate, coinvolgendo interessi economici assai significativi) dovrebbe costituire l'eccezione motivata da particolari e pressanti esigenze, e non di certo la regola.

La soluzione al problema potrebbe essere nel senso di optare per una scelta che circoscriva il trasferimento delle funzioni in argomento esclusivamente a centrali di committenza **istituzionalizzate**, e cioè istituite con apposita legge.

Tale soluzione, per un verso, come si è detto, avrebbe la garanzia del preventivo vaglio legislativo e, dall'altro, potrebbe rendere l'istituto della centrale di committenza idoneo a risolvere problemi organizzativi, specie delle amministrazioni di modeste dimensioni, spesso sfornite di adeguati uffici tecnici e amministrativi.

Tali amministrazioni, operanti in un determinato ambito territoriale, potrebbero proficuamente, sulla base di specifica previsione legislativa:

- a) attribuire tout court la funzione di stazione appaltante alle centrali di committenza che per tale via curerebbe tutto l'iter realizzativo, dalla pubblicazione del bando e fino al collaudo;
- b) attribuire alla centrale di committenza soltanto alcuni specifici procedimenti, quali, ad esempio, l'espletamento della procedura di gara;
- c) attribuire alla centrale di committenza soltanto alcuni specifici e delicati subprocedimenti, quali, ad esempio, la verifica delle offerte anomale.

L'istituzione di centrali di committenza del tipo di quelle sopra delineato potrebbe costituire anche un valido strumento di contrasto all'attività di infiltrazione negli appalti da parte di organizzazioni malavitose, nelle aree geografiche maggiormente esposte a tale rischio.

In tal modo, infatti, si attuerebbe un accentramento delle procedure di affidamento presso un organismo centralizzato, e perciò di più facile controllo, eliminando la attribuzione delle stesse competenze alle piccole amministrazioni che, come noto, sono più facilmente esposte alle pressioni delle organizzazioni malavitose.

2. AVVALIMENTO – ART. 49, COMMA 10

Con la legge n. 228/2006 è stata sospesa esclusivamente l'entrata in vigore della norma di cui al comma 10 dell'art. 49.

Peraltro, si ritiene necessario formulare una richiesta, ad avviso di questa associazione fondamentale nell'economia generale dell'istituto dell'avvalimento, e **mirata all'esclusione dell'applicabilità dell'intero art. 49 relativamente ai lavori** (l'art. 49 resterebbe perciò circoscritto esclusivamente ai servizi ed alle forniture); in altri termini, si ritiene che una corretta interpretazione delle direttive comunitarie debba condurre al recepimento esclusivamente dell'avvalimento in sede di qualificazione Soa, oggi prevista all'art. 50. Si passa di seguito ad esporre le motivazioni giuridiche a sostegno di tale tesi.

Gli articoli 49 e 50 recepiscono entrambe le forme di "avvalimento" stabilite dagli articoli 47, comma 2, e 52 della direttiva comunitaria 2004/18 CE e cioè:

- a. l'avvalimento in occasione di ogni singola gara;
- b. l'avvalimento in sede di qualificazione Soa e, perciò attuato sotto il controllo di queste.

Ad avviso dell'Ance il recepimento di entrambe le forme di avvalimento risulta giuridicamente privo di fondamento, sia per argomenti di ordine letterale-sistematico, sia per argomenti di ordine logico.

Sotto il primo profilo va considerato che l'art. 52, punto 1, comma 3, relativamente alle condizioni di iscrizione agli elenchi, afferma che gli Stati "**le adeguano**" agli artt. 47 e 48 in tema di avvalimento. L'adeguamento del sistema di qualificazione ad alcune condizioni (l'avvalimento) dovrebbe ragionevolmente presupporre la non operatività di quelle condizioni su un piano diverso e cioè gara per gara.

Sotto il profilo logico appare ragionevole ritenere l'**inconciliabilità** delle due figure: l'avvalimento gara per gara ha un senso, allorchè l'accertamento dei requisiti abbia luogo appunto gara per gara ad opera della stazione appaltante che li ha indicati nel bando; *ma nei casi in cui esista un sistema di qualificazione, questo assorbe in toto l'accertamento dei requisiti necessari a concorrere*, perché diversamente ha luogo un doppio regime con evidenti profili di confusione e possibili abusi.

A ciò si aggiunga il sicuro rischio della situazione di caos che si determinerà nel mondo degli appalti per effetto della contestuale possibilità di avvalersi dell'uno o dell'altro regime per i medesimi requisiti.

Pertanto, l'avvalimento gara per gara di cui all'art. 49 può essere mantenuto soltanto relativamente ai servizi ed alle forniture.

In aderenza alle esigenze sopra espresse si chiede che l'art. 49, comma 1 venga riformulato nel seguente senso:

“Il concorrente singolo consorziato o raggruppato ai sensi dell’art. 34, in relazione ad una specifica gara di servizio o fornitura può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo, avvalendosi dei requisiti di un altro soggetto”.

Inoltre, al comma 2 ed al comma 6 vanno **soppresse le frasi che fanno riferimento all’attestazione Soa.**

3. OGGETTO DEL CONTRATTO E ATTIVITÀ PROGETTUALE DA PARTE DELLE IMPRESE – ART. 53, COMMI 2 E 3

Sono stati sospesi i commi 2 e 3 dell'art. 53, il primo dei quali, nel descrivere l'oggetto del contratto, prevede alle lettere b) e c) due ipotesi nelle quali l'aggiudicazione avviene sulla base della progettazione definitiva (nel caso sub b) redatta dall'amministrazione e nel caso sub c) redatta dal concorrente) e l'aggiudicatario, dopo la stipula del contratto e prima dell'avvio dei lavori, resta obbligato a redigere la progettazione esecutiva.

Presumibilmente, la sospensione di tali disposizioni è stata determinata dalla volontà di circoscriverne l'ambito di applicabilità.

Quanto al contenuto della procedura in questione, non si ritiene condivisibile la possibilità di darvi luogo aggiudicando la gara al massimo ribasso sulla base del progetto definitivo dell'amministrazione e dando poi all'impresa l'onere di redigere il progetto esecutivo prima dell'inizio dei lavori.

Tale modalità può essere foriera di situazioni di incertezza e di contenzioso, laddove, in sede di redazione dell'esecutivo, l'appaltatore rilevi lacune, carenze e incongruenze nel definitivo dell'amministrazione.

Ciò che si vuol dire è che, per dare contenuto sostanziale all'istituto, occorre che l'appaltatore abbia maggiore responsabilità, non soltanto dell'esecutivo che elaborerà dopo l'aggiudicazione, ma anche del definitivo.

A tal fine la **procedura di cui all'art. 53 potrebbe essere articolata con due modalità rimesse** volta per volta alla scelta dell'amministrazione e cioè:

- a) messa a base di gara del progetto definitivo dell'amministrazione, ma con possibilità da parte dei concorrenti di apportarvi varianti finalizzate, sia a migliorarlo, sia a sanarne eventuali manchevolezze almeno per la parte soggetta a variazione;
- b) messa a base di gara di un progetto preliminare con obbligo per le imprese di presentare in sede di gara il definitivo.

Sia nel primo che nel secondo caso il criterio di aggiudicazione sarebbe, evidentemente, quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa e l'attività progettuale dei concorrenti (nel primo caso le varianti, nel secondo l'integrale redazione del definitivo) costituirebbe uno degli elementi di valutazione dell'offerta, unitamente al prezzo ed a eventuali altri elementi (tempo di esecuzione, costi di manutenzione, valore ambientale, ecc.).

Infine, da recenti notizie di stampa si è appreso che la sospensione della norma in argomento **verrebbe procrastinata**, ad opera del primo decreto correttivo, **all'entrata in vigore del nuovo regolamento** di attuazione.

Sul punto l'Ance nutre **forti perplessità**, considerata l'importanza di tali procedure di gara e l'urgente esigenza che le amministrazioni possano avvalersene senza ulteriori ritardi.

4. PROCEDURA NEGOZIATA – ARTT. 56 E 57

L'articolo 56 prevede alcune ipotesi di procedura negoziata, peraltro di carattere marginale, nelle quali però l'amministrazione deve preventivamente pubblicare un bando di gara. Quest'ultima condizione (la pubblicità) esclude in radice che la norma possa costituire alterazione della libera concorrenza, visto che chiunque sia in possesso dei requisiti prescritti venga messo nella condizione di concorrere alla procedura.

Perciò sotto il profilo procedurale tale tipo di procedura è caratterizzata dal fatto che, successivamente alla presentazione delle offerte in sede di gara, l'amministrazione procede ad un'ulteriore negoziazione con gli offerenti finalizzata a migliorare le offerte presentate, sia sotto il profilo tecnico, sia sotto quello economico. Peraltro, anche tale sub-procedimento finale, conformemente alle regole generali del diritto amministrativo, deve evidentemente rispettare i principi di trasparenza, logicità, razionalità e rispetto della *par condicio*.

In definitiva, sotto l'aspetto dell'*iter* procedurale, la disposizione non sembra contenere controindicazione tali da doverne determinare l'abrogazione.

Qualche perplessità suscita una delle ipotesi previste al comma 1 e segnatamente quella (lettera b) dei lavori "la cui particolare natura o i cui imprevisti ... non consentano la fissazione preliminare e globale dei prezzi". Tali ipotesi, in realtà risulta ripetitiva in quanto dovrebbe ritenersi ricompresa nell'ambito del dialogo competitivo di cui all'art. 58, che con una complessa procedura disciplina l'acquisizione della progettazione per fasi da parte delle imprese, limitatamente però alle situazioni in cui l'amministrazione non sia oggettivamente in grado di realizzare neppure gli studi di base per la realizzazione di un'opera.

Discorso a parte richiede l'art. 57, in quanto disciplina le procedure negoziate senza pubblicazione del bando di gara, e che perciò, in quanto tali, potrebbero teoricamente dare luogo ad abusi.

Peraltro, è da ricordare subito che le disposizioni in tema di procedure negoziate senza pubblicazione di un bando **recepiscono pedissequamente** le corrispondenti norme comunitarie di cui all'art. 31 della direttiva 18/2004.

Si tratta di una normativa che non è certo permissiva, in quanto condiziona la legittimità del ricorso alla procedura negoziata alla presenza di specifiche e rigorose condizioni, la cui presenza deve essere di volta in volta motivata e comprovata sia in punto di fatto che di diritto. Alterare sostanzialmente la portata dell'art. 57 o, addirittura, abrogarlo determinerebbe una significativa disparità di trattamento tra le imprese operanti in Italia e le imprese operanti nell'Unione europea; queste ultime potrebbero avvalersi della normativa comunitaria, mentre tale possibilità sarebbe preclusa alle imprese operanti in Italia. Tra l'altro, sotto il vigore della legge n. 109/1994 vi sono state alcune sentenze dei giudici amministrativi (si veda, ad esempio, la sentenza del Tar Piemonte 22.10.2004, n. 2629) che hanno disapplicato l'art. 24 di detta legge, consentendo la diretta applicazione delle direttive comunitarie in tema di procedura negoziata.

Ad avviso dell'Ance, la disposizione di cui all'art. 57 va mantenuta sia per gli appalti sopra che per quelli sotto soglia, in quanto applicazione diretta di principi e direttive comunitarie e per garantire omogeneità su tutto il territorio dell'unione europea, senza escluderne soltanto il nostro Paese.

Peraltro, ove si volesse restringere la portata della normativa contenuta nel codice, senza stravolgerla completamente, si suggeriscono le seguenti soluzioni.

In ordine alla fattispecie sub b) va precisato che essa riguarda l'ipotesi di lavori che per motivi di natura tecnica o attinenti a diritti di esclusiva possono essere eseguiti unicamente da un appaltatore determinato.

Tale disposizione potrebbe essere maggiormente circoscritta nel suo ambito di applicabilità introducendo dopo la parola "determinato" la seguente ulteriore condizione "e purché le ragioni tecniche di fatto e di diritto alla base dell'affidamento diretto siano evidenziate specificamente in apposita relazione del direttore dei lavori confermata dal responsabile del procedimento".

Quanto al punto c) (estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili), la fattispecie è talmente rigorosa e circoscritta da non richiedere ulteriori specificazioni.

Relativamente all'ipotesi del comma 5, lett. a) (lavori complementari necessari al completamento dell'opera), la portata della disposizione potrebbe essere circoscritta stabilendo lo specifico obbligo del direttore dei lavori di esplicitare in una apposita relazione tecnica, da sottoporre al benestare del responsabile del procedimento, la complementarietà dei lavori ulteriori, conseguenti un evento imprevisto, nel senso della loro riconducibilità all'esigenza di realizzare in modo funzionale l'opera originaria.

Quanto, infine, alla lett. b) del comma 5 (ripetizione di lavori analoghi), la fattispecie non sembra porre problemi, considerato che la possibilità dell'ulteriore affidamento deve essere prevista nel bando iniziale e gli ulteriori lavori devono essere già previsti nel progetto a base di gara; per tale via, dunque, è fatta salva la concorrenza, in quanto tutti i partecipanti alla gara originaria vengono posti a conoscenza della possibilità di dover eseguire gli ulteriori lavori del progetto a base di gara.

Peraltro, ove si volesse restringere l'ambito di applicabilità della norma, potrebbero prevedersi due ulteriori condizioni:

- a. che l'affidamento delle opere simili può avere luogo una sola volta e per un importo non superiore a quello dell'appalto originario;*
- b. che detto affidamento può avere luogo soltanto allorché l'amministrazione non disponga originariamente del finanziamento per i lavori simili e sussista l'eventualità di acquisirlo nei tre anni successivi.*

Infine, un'ulteriore garanzia di carattere generale, e cioè relativa a tutte le fattispecie dell'art. 57, mirata alla corretta applicabilità della norma, potrebbe essere l'accentuazione dell'obbligo di una motivazione specifica che dia conto della sussistenza in concreto dei presupposti giuridici e di fatto stabiliti dalla norma. A tal fine al *comma 1, dopo le parole "contrarre" potrebbe essere inserita la seguente prescrizione: "Detta motivazione deve contenere l'indicazione delle specifiche ragioni di fatto e di diritto che legittimano il ricorso alla procedura negoziata"*.

5. DIALOGO COMPETITIVO - ART. 58

Presumibilmente, la sospensione dell'istituto del dialogo competitivo, di cui all'art. 58, prende le mosse, da un lato, dall'esigenza di circoscriverne l'ambito di applicabilità in ragione dei larghi margini di discrezionalità che esso attribuisce all'amministrazione e, dall'altro, dall'esigenza di meglio disciplinare alcuni passaggi della procedura.

Sotto il primo profilo, va rilevato che i commi 1, 2 e 3 della disposizione di fatto già ne circoscrivono l'applicabilità ad ipotesi del tutto eccezionali e cioè quelle nelle quali, per l'intrinseca complessità tecnica dell'appalto, l'amministrazione non dispone, né è in condizione di elaborare, studi di base per la progettazione di un'opera idonea a soddisfare le finalità che si intendono perseguire.

E' però altrettanto vero che i primi due commi (in particolare il secondo) hanno un'impostazione prolissa e farraginoso e perciò tale da poter ingenerare dubbi ed equivoci.

Si potrebbe perciò procedere ad una semplificazione delle predette disposizioni *in parte qua*, sostituendole con una del seguente tenore *"Al dialogo competitivo può farsi ricorso esclusivamente per opere di eccezionale complessità, in ordine alle quali non sia possibile elaborare studi di base univoci e sia invece indispensabile mettere a confronto le iniziative progettuali di più operatori economici al fine di pervenire alla scelta di una soluzione di base ottimale"*.

Sotto il profilo procedurale, è da notare che ai sensi del comma 10, al termine del dialogo, l'amministrazione individua una o più soluzioni da porre a base del successivo procedimento di gara. Desta perplessità la possibilità di porre a base di gara più soluzioni perché, per tale via, il confronto concorrenziale risulta disomogeneo e non ancorato ad un parametro di base certo e non definito.

D'altra parte, appare poco verosimile che, a seguito del dialogo, possano permanere incertezze tali da indurre a ritenere possibile l'attuazione di una pluralità di soluzioni; in altri termini, finalità del dialogo competitivo, specie se attuato per fasi, è proprio quella di procedere ad affinamenti tali da condurre alla soluzione ottimale che, in quanto tale, non può che essere unica.

Su tali presupposti, si ritiene pertanto che possa essere valutata l'opportunità di abrogare dai commi 10, 12 e 13 dell'art. 58 le parole: "o le soluzioni", nonché dal comma 39 dell'art. 3 le parole che fanno riferimento alla possibilità di una pluralità di soluzioni.

Altro punto che richiederebbe una precisazione si rinviene laddove il comma 10, nel precisare che, a seguito del dialogo, la stazione appaltante individua la soluzione da porre a base della successiva gara, non specifica tuttavia il livello progettuale costituente appunto la soluzione prescelta.

Tale livello progettuale dovrebbe essere indicato nella progettazione preliminare, anche in ragione del fatto che nella successiva gara, da esperire con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, i concorrenti devono elaborare la progettazione definitiva ed esecutiva (e cioè, secondo la definizione del comma 12, tutti gli elementi necessari per l'esecuzione del progetto).

Il comma 10 potrebbe perciò essere integrato con l'inserimento dopo la parola "soluzione" del seguente periodo "elaborata al livello di progettazione preliminare".

Infine, è da osservare che l'autore della soluzione prescelta e posta a base della gara non necessariamente risulterà aggiudicatario. Sarebbe perciò opportuno prevedere a favore dell'autore della soluzione prescelta, non risultato aggiudicatario, la corresponsione di un premio a titolo di remunerazione per l'attività progettuale svolta. Tra l'altro ciò costituirebbe incentivo idoneo a favorire una più ampia partecipazione alla prima fase del dialogo.

In tal senso, il comma 17 potrebbe essere integrato con la seguente disposizione: "Il bando di gara deve prevedere un premio per l'autore della soluzione posta a base di gara che non sia risultato aggiudicatario".

6. ACCORDI QUADRO – ART. 59

Anche la sospensione dell'istituto dell'accordo quadro presumibilmente è stata dettata dall'esigenza di affinarne, in modo più garantista ed in senso più conforme alla concorrenza, le regole procedurali.

Come è noto, l'accordo quadro è un particolare tipo di procedura di gara mirata a selezionare un numero di operatori economici da invitare a partecipare a tutte le procedure di gara di una certa tipologia, che l'ente bandirà nell'arco di un determinato periodo di tempo (massimo 4 anni).

L'effetto limitativo della concorrenza conseguente a tale tipologia di procedura è evidente, considerato che alle gare bandite in quell'arco di tempo parteciperanno solo ed esclusivamente i soggetti selezionati nell'ambito dell'accordo quadro.

Su tali presupposti, essendo l'accordo quadro un istituto a recepimento facoltativo, si ritiene che lo stesso, relativamente ai lavori, possa non essere recepito nella sua interezza, sia perché stridente con la nostra tradizione giuridica, sia perché determinerebbe effetti del tutto limitativi di una corretta concorrenza aperta gara per gara a tutti gli operatori del settore.

In linea del tutto subordinata, ove si ritenga comunque di recepire tale figura, si suggeriscono i seguenti correttivi volti ad assicurare una più ampia concorrenza.

In particolare, i commi 4 e 5 dell'art. 59 stabiliscono due modalità attuative dell'accordo quadro.

Il comma 4 prevede la conclusione dell'accordo con un solo operatore economico.

Tale fattispecie mina fortemente le regole sulla concorrenza e le esigenze di economicità della spesa, perché tutti gli appalti da eseguire in un determinato periodo di tempo saranno attribuiti a quell'unico operatore originariamente prescelto, senza alcun ulteriore confronto concorrenziale.

Si è perciò dell'avviso che l'intera previsione di cui al comma 4 debba essere abrogata.

Il comma 5 prevede invece la conclusione dell'accordo quadro con più operatori economici il cui numero minimo deve essere almeno pari a 3. Successivamente, l'attribuzione dei singoli appalti a soggetti titolari dell'accordo quadro può aver luogo o mediante un criterio di rotazione (comma 7) ovvero mediante una ulteriore gara tra loro con rilancio sulle condizioni originarie dell'accordo quadro (comma 8).

Sul criterio della rotazione si nutrono perplessità perché di fatto esclude un ulteriore confronto relativamente ad ogni singolo appalto "a valle" dell'accordo, che possa far rivivere la concorrenza tra i titolari dell'accordo stesso.

Si ritiene perciò di segnalare l'opportunità di valutare se abrogare i commi 6 e 7.

In ogni caso il numero minimo di 3 operatori economici appare insufficiente, per cui si ritiene che possa essere valutata l'opportunità che detto numero sia portato a 10.

In tal modo, verrebbe garantita una più sicura e reale concorrenza tra un congruo numero di soggetti interessati alla gara relativa al singolo intervento.

• Ulteriori questioni

L'emanazione del primo decreto correttivo potrebbe essere l'occasione per eliminare dal testo del Codice talune contraddizioni o lacune già presenti nella previgente disciplina. In particolare si propongono i due seguenti punti:

a) Consorzi stabili. Divieto di partecipazione alla stessa gara del consorzio e dei consorziati – artt. 36, comma 5 e 37, comma 7

Il nuovo codice non risolve il problema della partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e dei suoi consorziati. Permane in proposito una macroscopica contraddizione normativa, visto che l'art. 36, comma 5 vieta la partecipazione alla stessa procedura di gara del consorzio e di **tutti** i suoi consorziati, mentre l'art. 37, comma 7, seconda parte, vieta la partecipazione esclusivamente ai consorziati, per i quali il consorzio concorre e che perciò eseguiranno i lavori.

Sul punto, va ricordato un primo indirizzo giurisprudenziale (Cons. St. IV 4.2.2003 n. 560; TAR Sardegna, sez. I n. 1445 del 20.6.2005), che ritiene il divieto circoscritto soltanto ai consorziati per i quali il consorzio concorre, sulla base del principio di conservazione di cui all'art. 1367 c.c., per effetto del quale, ove il divieto non lo si intendesse circoscritto ai consorziati esecutori dei lavori, la disposizione che preclude soltanto a loro di concorrere di fatto non avrebbe alcun senso. Anche l'Autorità di vigilanza si è espressa in tal senso con determinazione n. 11 del 9.6.2004. Di recente si è però espresso in senso contrario il Consiglio di Stato con sentenza n. 1529/06 del 24 marzo 2006, affermando che il divieto di partecipazione alla stessa gara riguarda tutte le imprese consorziate, trattandosi di norme mirate ad evitare distorsioni dovute a possibili intese tra i concorrenti.

La contraddizione ora rilevata riveste particolare delicatezza sia sul piano operativo, sia su quello delle imprescindibili esigenze di certezza del diritto, in ragione del fatto che l'art. 36, comma 5 stabilisce perentoriamente una severa sanzione penale (turbativa d'asta) proprio in relazione alla contestuale partecipazione alla stessa gara del consorzio stabile e di tutti i suoi consorziati.

Sul punto, si auspica un intervento legislativo, volto ad eliminare la rilevata contraddizione, nel senso di vietare la partecipazione anche dei consorziati che non eseguiranno i lavori per conto del consorzio; ciò perché, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato nella pronuncia sopra richiamata, i legami tra il consorzio stabile e **tutte le imprese consorziate** sono strettissimi, il che implica l'esigenza di evitare ogni possibile forma di turbativa.

Tale principio, tra l'altro, risulta indirettamente avallato dalla disposizione di cui all'art. 34, comma 2 del codice, che vieta la partecipazione alla stessa gara di imprese che si trovino tra loro in posizione di controllo di cui all'art. 2359 c.c. Rispetto a tale fattispecie i legami interni al consorzio stabile sono più significativi e, di conseguenza il divieto dovrebbe, a maggior ragione, valere per questi ultimi.

b) Disciplina generale delle cause di esclusione – art. 38

Si fa riferimento alla disciplina delle *cause di esclusione dagli appalti*, contenuta all'art. 75 del D.P.R. n. 554/1999, ed ora all'art. 38 del codice. Tali norme stabiliscono varie fattispecie determinanti l'esclusione dalla gara e l'art. 27, comma 5 del D.P.R. n. 34/2000, a sua volta, prevede che le amministrazioni appaltanti che hanno disposto un'esclusione comunichino il dato all'Osservatorio presso l'Autorità di vigilanza, di modo che qualsiasi ente appaltante sia messo in condizione di individuare le imprese nei cui confronti sussistono appunto cause di esclusione.

Il sistema di norme ora descritto appare però lacunoso, in quanto:

- a. prevede un automatismo dell'inserimento dei dati nel Casellario, senza attribuire ad un organo la potestà di valutare se quella causa di esclusione sia di gravità tale da comportare l'esclusione dalle gare bandite dagli altri enti appaltanti;
- b. non è prevista per alcune ipotesi la circostanza che l'avvenuta sanatoria dell'infrazione accertata estingua gli effetti della stessa (es.: l'avvenuta regolarizzazione di un inadempimento fiscale o contributivo);
- c. a seguito dell'esclusione dalla singola gara, non è prevista, per alcune ipotesi, l'entità, eventualmente tra un minimo ed un massimo, della conseguente sanzione.

Effetto di tale indeterminatezza è che oggi tutte le stazioni appaltanti che procedono ad un'esclusione comunicano il dato al casellario e le altre stazioni appaltanti che indicano gare successivamente non sanno se e per quanto tempo l'esclusione segnalata dovrà determinare l'effetto della sanzione dalle gare successive. A ciò si aggiunga la disomogeneità di comportamenti da parte dei numerosissimi enti appaltanti operanti in Italia, che, in assenza di indicazioni precise, di fatto assumono comportamenti eterogenei, con alterazione della *par condicio*.

Tale singolare situazione potrebbe essere sanata da una disciplina che, per alcune cause di esclusione (es., irregolarità contributive e fiscali), stabilisca che l'avvenuta regolarizzazione determina il non inserimento o la cancellazione dal casellario e, per altre cause (es., false dichiarazioni, negligenza nell'esecuzione del contratto), consenta all'Autorità di valutarne la gravità, dandole il potere di non dare luogo all'inserimento, in ipotesi di lieve entità.

Salvi i necessari approfondimenti che la delicata questione richiederà, si suggerisce l'integrazione della disciplina legislativa, con alcune disposizioni che potrebbero avere il seguente tenore:

“Allorché in sede di gara venga accertata una delle cause di esclusione di cui all'art. 38, l'ente appaltante ne dà comunicazione all'Autorità, accompagnando la segnalazione con una propria relazione contenente ogni elemento utile inerente il contenuto e la gravità dell'infrazione.

L'Autorità, sulla base della segnalazione ricevuta, invita l'impresa a fornire ogni giustificazione ritenuta necessaria e successivamente delibera il non inserimento nel casellario, qualora:

- a. *l'inadempimento sia stato sanato;*

- b. *sia stata accertata la buona fede dell'impresa;*
- c. *l'infrazione sia di lieve entità;*
- d. *sia in corso un procedimento amministrativo o giurisdizionale tendente ad accertare l'insussistenza della responsabilità dell'impresa.*

Qualora l'Autorità, a seguito della procedura in contraddittorio di cui sopra, ritiene che sussistano i presupposti per l'inserimento nel casellario, delibera, inserendo dette decisioni nel casellario:

- a. *per i casi di infrazione sanabile, che l'inserimento permarrà, finché l'infrazione non sia sanata;*
- b. *per i casi di infrazione non sanabile, l'entità della sanzione della preclusione dalle gare per un determinato periodo di tempo, compreso tra un minimo di un mese e un massimo di sei mesi in relazione alla gravità dell'infrazione."*

c) *Appalti sotto soglia del concessionario di costruzione e gestione scelto con gara*

Infine, nell'ipotesi di bozza di decreto correttivo al D.Lgs. n. 163/2006 della quale si è parlato sugli organi di stampa, si profila una modifica all'art. 142 che **obbligherebbe il concessionario ad affidare gli appalti a terzi con gara**, sia che si tratti di appalti sopra soglia, che sottosoglia.

Sul punto si fa rilevare che la fattispecie riguarda l'ipotesi di concessionario scelto con gara, a seguito della quale, perciò, viene assicurata a monte la piena concorrenza del mercato.

Ora, obbligare l'imprenditore scelto con gara ad affidare gli eventuali appalti sottosoglia a terzi con ulteriore gara significa di fatto incidere sensibilmente sulla sfera di autonomia imprenditoriale, dovendo in casi del genere il concessionario essere libero di avvalersi di soggetti di propria fiducia, onde assicurare il risultato promesso.

Si consideri, tra l'altro, che il concessionario ha comunque l'interesse ad eseguire presto e bene i lavori, considerato che il suo utile dipende dalla futura gestione, che, perciò, quanto più viene anticipata, tanto più gli garantisce il ritorno economico dell'investimento da lui effettuato.

In definitiva, la disposizione de qua, ove approvata, rischierebbe di limitare fortemente l'applicazione dello strumento del project financing, dimostratosi negli ultimi tempi di grande utilità nel campo dei lavori pubblici.

Si suggerisce pertanto di mantenere inalterato il precedente testo.

Ovviamente, è solo appena il caso di ricordare che, **nei casi in cui il concessionario non sia stato scelto con gara, deve appaltare a terzi sempre e comunque con procedure ad evidenza pubblica**. Si ritiene che quest'ultimo principio possa opportunamente essere ribadito nel codice con l'aggiunta di una disposizione ad hoc.

11 gennaio 2007