

Quali sono gli effettivi cambiamenti apportati al codice dei contratti pubblici (decreto legislativo 163/2006 smi) dal secondo decreto correttivo (decreto legislativo 113/2007) in vigore dal primo agosto 2007?

La Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato con il parere 3262 del 17 settembre 2007 _ Ministero delle infrastrutture - Schema di regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui all'art. 5, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 _ ci offre una precisa indicazioni di quali sono le nuove norme del codice dei contratti pubblici in vigore al 1 agosto 2007 e di conseguenza come le stesse dovranno essere recepite nel relativo regolamento di attuazione

A cura di Sonia Lazzini

La Sezione Consultiva per gli Atti Normativi del Consiglio di Stato con il parere 3262 del 17 settembre 2007 depositato il 25 settembre 2007, così si esprime in merito alle ultime modifiche estive del codice dei contratti pubblici:

CONSIGLIO DI STATO

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza del 17 settembre 2007

N° Sezione prot. 3262/2007

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

(...)

<3.a) Le nuove materie demandate al regolamento dal secondo decreto legislativo correttivo (d.lgs. n. 113/2007).

Poco dopo l'approvazione da parte del Governo, in via preliminare, dello schema di regolamento di esecuzione e attuazione del codice, è stato approvato ed è entrato in vigore il secondo decreto legislativo correttivo del codice (d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113, in vigore dal 1° agosto 2007), che demanda al regolamento numerose nuove materie.

In particolare:

- 1) in materia di requisiti soggettivi, la regolarità contributiva attestata dal documento unico, di cui all'articolo 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 novembre 2002 n. 266 (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);
- 2) sempre in materia di requisiti soggettivi, la previsione di misure incentivanti stabilite dalla legislazione vigente volte ad attenuare i costi della qualificazione per le piccole e medie imprese (art. 5, co. 5, lett. g), del codice, come novellato dal correttivo);

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo schema di regolamento va pertanto integrato.

3.b) Le norme regolamentari in contrasto con le nuove norme primarie.

Vanno inoltre eliminate o corrette le norme regolamentari che, coerenti con la versione originaria del codice, sono ora in contrasto con il testo novellato dal secondo correttivo.

In particolare:

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

- l'art. 10, co. 3, dello schema, prevede un termine di venti giorni decorrenti dalla redazione dei programmi, per rendere pubblica la presenza, nei programmi, di interventi realizzabili con capitali privati, laddove nell'art. 153, co. 3, del codice, il termine è stato elevato da venti a novanta giorni;
- l'art. 62 dello schema indica i requisiti di carattere morale per le SOA, riproducendo previsioni dell'art. 38 del codice, che è stato tuttavia nel frattempo novellato;
- l'art. 77, co. 1, dello schema, in relazione ai requisiti di ordine generale per conseguire la qualificazione, indica requisiti ulteriori rispetto a quelli indicati nell'art. 38, del codice, che tuttavia sono ora stati inseriti direttamente nel codice (v. art. 38, lett. m bis), dal secondo correttivo;
- l'art. 96, co. 3, dello schema, prevede la risoluzione del contratto ogni qualvolta vi sia stata la revoca dell'attestazione di qualificazione, ed è ora in contrasto con l'art. 135, co. 1 bis, del codice, introdotto dal secondo correttivo, secondo cui la risoluzione del contratto ha luogo solo in caso di revoca dell'attestazione di qualificazione conseguita sulla base di falsa documentazione o dichiarazioni mendaci;
- gli artt. 97 e ss. dello schema disciplinano la qualificazione del contraente generale per le infrastrutture strategiche, senza tener conto che il secondo correttivo ha introdotto il contraente generale nell'ambito del leasing finanziario, utilizzabile per tutte le opere pubbliche, e dunque senza chiarire quale sia il regime di qualificazione del contraente generale nell'ambito del leasing finanziario;
- l'art. 165, co. 9, e l'art. 166, co. 8, dello schema, demandano al capitolato speciale prestazionale allegato al progetto preliminare le modalità per il pagamento del corrispettivo previsto per le spese di progettazione esecutiva, laddove il nuovo art. 53, co. 3 bis, demanda al bando la facoltà di prevedere le modalità di corresponsione diretta al progettista della quota di compenso corrispondente agli oneri di progettazione, peraltro non solo con riferimento alla progettazione esecutiva, ma anche a quella definitiva;
- l'art. 274 dello schema disciplina la scelta dei candidati da invitare nella procedura ristretta per l'affidamento dei servizi di progettazione, laddove gli artt. 55, co. 6 e 62, co. 1, del codice, come novellati, escludono, nella procedura ristretta per servizi e forniture, la scelta delle imprese da invitare, imponendo alla stazione appaltante di invitare tutti coloro che ne fanno richiesta;
- l'art. 287, co. 4, ultimo periodo, dello schema, in relazione al project financing nel settore dei servizi, prevede il diritto di prelazione del promotore, che invece è stato abrogato, nel settore dei lavori, dal secondo decreto correttivo;
- l'art. 307 dello schema disciplina la risoluzione del contratto per reati accertati in relazione ai servizi e le forniture, riproducendo l'art. 135 del codice, che è stato in numerosi punti novellato dal secondo correttivo;
- la parte V dello schema di regolamento, secondo quanto si legge anche nella relazione illustrativa, mira a creare maggiori vincoli per gli enti aggiudicatori dei settori speciali, laddove il secondo correttivo ha operato una scelta diametralmente opposta, stabilendo, nell'art. 206, del codice, che l'elenco delle norme dettate per i settori ordinari, e richiamate per i settori speciali, è tassativo.

3.c) Necessità di coordinamento dello schema regolamentare con le nuove norme primarie.

Sarebbe stato opportuno l'adeguamento dello schema di regolamento al d.lgs. n. 113/2007 prima della sua trasmissione al Consiglio di Stato per il parere.

La Sezione prende atto della diversa scelta fatta dal Governo, ma ricorda che il codice impone l'esercizio unitario della potestà regolamentare, atteso che l'art. 5 prevede il <<regolamento>> e non <<uno o più regolamenti>>.

E del resto ciò è anche indispensabile sia alla luce del principio di semplificazione normativa e burocratica, sia per garantire la esatta corrispondenza delle norme regolamentari alla volontà <<attuale>> del legislatore.

Occorre pertanto che lo schema sia adeguato allo jus superveniens per colmarne i vuoti nelle materie demandate dal secondo correttivo al potere regolamentare e per eliminare le discrasie con le modifiche apportate dalla nuova fonte primaria.

Ne consegue che il Ministero, allorché provvederà alle necessarie integrazioni e correzioni, dovrà riproporre un testo unitario senza articoli e commi aggiunti (con numerazione bis, ter, etc.), essendo inaccettabile che un testo di questa rilevanza e portata innovativa nasca già interpolato.

Inoltre sul testo integrato e corretto andranno acquisiti i concerti obbligatori previsti dall'art. 5 del codice, che, dovranno, attesa l'importanza del testo, essere scritti, espressi, e provenienti dai singoli Ministri competenti. La Sezione ritiene, infatti, che, se in linea di principio e in termini generali potrà ritenere acquisiti gli atti di concerto dei singoli Ministri, (prescritti dalle norme primarie in relazione all'esercizio della potestà legislativa delegata e della potestà regolamentare), laddove vi sia stata l'approvazione collegiale dell'atto da parte del Consiglio dei Ministri, tuttavia potrà anche, caso per caso, in considerazione dell'importanza e rilevanza dell'atto normativo sottoposto al suo parere, chiedere che i concerti siano scritti, espressi, e individuali.

La Sezione, nel formulare le proprie osservazioni sul testo trasmesso dal Governo, nei paragrafi che seguono segnalerà i punti che necessitano di un intervento integrativo o di adeguamento alla luce della nuova normativa primaria.>