ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

AUDIZIONE
PRESSO LA COMMISSIONE 8^ LAVORI PUBBLICI , COMUNICAZIONI DEL SENATO SUL NUOVO "CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI"

Roma, 15 febbraio 2006

00161 Roma - Via Guattani, 16-18
Telefono 06 84567 1
Telefax 06 84567555 - 06 84567550
e-mail. info@ance.it
http: www.ance.it
Codice Fiscale 80022490587

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Osservazioni sullo schema del nuovo

"CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI"

1. L'ANCE ritiene estremamente **utile la rapida approvazione del nuovo codice**, di cui, inoltre, in larga parte condivide il contenuto.
   Utile, in quanto strumento di facile consultazione del settore, che razionalizza, secondo un preciso schema logico, l'intera materia degli appalti pubblici.
   Condivisibile, perché è ispirato ad una filosofia meno rigida di quella che caratterizza la legislazione vigente e che, in questa ottica, restituisce all'amministrazione ragionevoli ambiti di discrezionalità amministrativa, conformemente all'esigenza di perseguire in modo sostanziale gli interessi della collettività.

2. Punto di grande rilievo, assolutamente condiviso dall'ANCE, è il principio, sancito agli artt. 4 (che disciplina la competenza legislativa di Stato e Regioni) e 5 (che prevede le materie oggetto di potestà regolamentare dello Stato) che attribuisce alla **competenza legislativa dello Stato le materie delle procedure di gara e del contenuto del contratto**.
   Per la verità, il contenuto del contratto, quale oggetto di competenza statale, dovrebbe essere menzionato anche al secondo comma dell'art. 4, onde comprendere in un unico contesto normativo le due fasi, e cioè le procedure di gara e l'esecuzione dei lavori con la relativa disciplina contrattuale, oggetto entrambe di competenza esclusiva statale, in quanto attinenti l'una alla "tutela della concorrenza", l'altra alla nozione di "ordinamento civile".

   Tale principio, da sempre sostenuto dall'ANCE, risulta confermato da due ordini di circostanze:

   a) alcune sentenze della Corte Costituzionale (v. in particolare Corte Cost. n. 303/2003) che, seppure incidentalmente, affermano il principio secondo cui quella dei lavori pubblici non sarebbe un'autonoma materia, con la conseguenza che va ricondotta ad ambiti diversi a seconda della caratterizzazione specifica delle singole fasi di svolgimento dell'azione amministrativa e del rapporto giuridico;

   b) il recente schema di decreto legislativo in itinere, da adottare sulla base della c.d. legge La Loggia (L. 5 giugno 2003, n. 131) ricognitivo dei principi fondamentali dello Stato, ricomprende nell'ambito della competenza esclusiva statale l'intera materia delle gare e del contenuto del contratto che pertanto devono ritenersi sottratti alla competenza regionale. Infatti, gli artt. 71, comma 3, 75 e seguenti di tale schema inquivocabilmente vincolano le regioni all'applicazione della legge statale nei suddetti ambiti.

      Tale schema di decreto legislativo risulta pienamente coerente sia con il testo letterale, sia con la ratio della nuova dizione dell'art. 117 della Costituzione, in quanto riconduce

alla competenza statale, attività che necessariamente devono essere omogenee su tutto il territorio nazionale.

E', infatti, di intuitiva evidenza l'anomala situazione a cui condurrebbe l'impostazione contraria: le modalità di gara risulterebbero disciplinate in modo diverso da regione a regione ed analogamente il contenuto dei contratti, puramente civilistico, risulterebbe disciplinato in modo eterogeneo nell'ambito del territorio nazionale, con conseguente caos normativo e disomogeneità di comportamenti non giustificati da alcuna concreta esigenza legata al territorio.

3. 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).

4. L'ANCE concorda 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.

5. Rispetto al testo varato dalla Commissione incaricata della redazione del codice, nell'ultima stesura risulta soppresso il testo dell'art. 15 che, conformemente alla giurisprudenza comunitaria, stabiliva a **quali condizioni fosse possibile l'affidamento dei lavori in house** e cioè:

   a) possesso, da parte dell'ente aggiudicatore, del 100% del capitale della società esecutrice;

   b) possibilità per l'ente aggiudicatore di esercitare sulla società esecutrice un controllo analogo a quello che esercita sui propri servizi interni;

   c) attuazione, da parte della società esecutrice, della parte preponderante della propria attività con le amministrazioni da cui riceve in forma diretta i lavori.

   L'ANCE ritiene che, onde fare chiarezza in una materia che in passato ha dato luogo a numerosi abusi, la norma vada **reintrodotta con una doppia precisazione**:

   a) che per il legittimo affidamento alla società detenuta dall'amministrazione aggiudicatrice, questa debba esercitare la sua attività **esclusivamente** (e non prevalentemente, come diceva il vecchio testo) nei confronti dell'amministrazione stessa;

   b) che al di fuori dell'unica ipotesi consentita è **nulla qualsiasi altra forma di affidamento in house**.

   A tal fine si allega una proposta di riformulazione dell'art. 15 (allegato 1).

6. 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.

   Per le considerazioni che precedono si propone **l'eliminazione dallo schema di testo unico dell'art. 49 che prevede l'avvalimento gara per gara**, essendo sufficiente a garantire l'applicazione della direttiva il successivo art. 50 che disciplina l'avvalimento in sede di qualificazione negli elenchi ufficiali.

7. Problema di particolare delicatezza che il codice affronta è quello delle **opere di urbanizzazione a scomputo del contributo di concessione**.

   Si tratta di quelle opere che il titolare del permesso a costruire si impegna a realizzare in luogo del pagamento degli oneri concessori.

   Sul punto l'art. 32, comma 1, lettera g) delinea una disciplina modellata sulla falsariga del project financing, in base alla quale il titolare del permesso a costruire assume veste di promotore, elabora la progettazione preliminare delle opere di urbanizzazione, indice una gara sulla base di questa e successivamente ha facoltà di esercitare il diritto di prelazione nei confronti dell'aggiudicatario, corrispondendogli il valore del 3% dell'ammontare dell'appalto ed assumendo, in tal caso, il diritto ad eseguire dette opere.

   Tale disciplina legislativa è pienamente condivisa dall'ANCE, che ne apprezza il contenuto, in quanto mirato a contemperare l'esigenza della realizzazione unitaria dell'opera principale e delle opere di urbanizzazione, con quella della salvaguardia della concorrenza pubblica.

   Tuttavia, ad avviso dell'ANCE, la disciplina potrebbe ricevere un ulteriore proficuo affinamento, quanto meno relativamente alle opere di urbanizzazione primaria, e cioè quelle

opere talmente interconnesse sotto il profilo funzionale e tecnico con l'edificio principale da costituirne parte integrante e inscindibile (allacci fognari, acquedotti, cavidotti, ecc.)
Detta ipotesi può trovare legittima ed utile soluzione in base proprio al **principio comunitario** (art. 31, punto 1, lettera b, direttiva 2004/18) che consente l'affidamento diretto all'esecutore dei lavori principali nei casi in cui per ragioni di natura tecnica l'appalto ulteriore (nel nostro caso le opere di urbanizzazione) possa essere affidato unicamente ad un operatore determinato.

Ora, non è dubbio che, relativamente alle opere primarie, la norma "de qua" trovi applicazione pressochè generalizzata, considerato che costituisce regola certa della tecnica delle costruzioni quella secondo cui il soggetto che realizza l'immobile deve poter realizzare anche le opere complementari strettamente interconnesse allo stesso onde garantire la corretta esecuzione dell'opera, il rispetto dei tempi ed evitare eventuali confusioni di responsabilità.

Sulla base di tali considerazioni, che l'ANCE ritiene fondate sotto il profilo giuridico ed idonee a risolvere il delicatissimo problema sotto il profilo pratico, si è dell'avviso che l'art. 32, comma 1, lettera g) possa essere integrato con le seguenti previsioni:

"Relativamente alle opere di urbanizzazione primaria, in ordine alle quali il titolare del permesso a costruire individui carattere di inscindibilità tecnica rispetto all'opera principale, il comune può autorizzarne l'esecuzione diretta da parte del titolare del permesso a costruire, senza il ricorso alla procedura di cui al comma precedente".

All.: n. 1

15 febbraio 2006

Allegato 1

Art. 15

Affidamenti interni

L'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di procedere ad affidamenti diretti di lavori, servizi e forniture a società:

a) di cui detiene il 100% del capitale sociale;

b) su cui esercita un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi;

c) che realizza la sua attività esclusivamente nei confronti del soggetto appaltante.

Qualsiasi affidamento diretto attuato in assenza delle suddette condizioni è nullo.