

Contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari: il parere del Consiglio di Stato sullo schema di regolamento di attuazione ed esecuzione del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui all'art

Autore: Lazzini Sonia

In:

Lo schema di regolamento, a differenza del codice, che ha previsto una parte di disposizioni generali comuni ai lavori, ai servizi ed alle forniture, ha tenuto separato il settore dei lavori pubblici (disciplinato dagli artt. 1 - 280) dal settore delle forniture e servizi (artt. 280 - 354).

La parte IV dello schema di regolamento contiene disposizioni che sono la riproduzione di norme dettate dal codice per l'esecuzione dei lavori. In particolare gli artt. da 307 a 312 riportano le previsioni di cui agli artt. da 135 a 140 del codice. Al fine di non creare una sovrapposizione normativa tra fonti di primo e secondo grado, va previsto un semplice rinvio alle norme del codice.

Si rileva, altresì, che gli istituti innovativi introdotti dal codice, in particolare l'accordo quadro (art. 296), l'asta elettronica (artt. 297 - 302) e il sistema dinamico di acquisto, sono stati regolati esclusivamente nella Parte IV sebbene essi si applichino anche ai lavori pubblici.

Sarebbe opportuno, pertanto, che la disciplina dei nuovi istituti fosse collocata nella parte relativa ai lavori, e richiamata nella parte relativa a servizi e forniture. Altrimenti, occorre inserire nella parte sui lavori pubblici un richiamo alla disciplina di detti nuovi istituti contenuta nella Parte IV.

Si osserva, infine, che è stata prevista nel Titolo III dello schema di regolamento la disciplina relativa all'esecuzione del contratto, che risulta essere innovativa per il settore dei servizi e delle forniture, per il quale in precedenza si faceva riferimento al regolamento di contabilità generale dello Stato e alle normative speciali. Detta disciplina è stata ripresa, mutatis mutandis, dal d.P.R. n. 554/1999 e, pertanto, solo in via applicativa si potranno valutare le eventuali criticità peculiari rispetto al settore dei servizi e

delle forniture.

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 competenze del regolamento in tema di ontratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari

**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

(...)

Artt. da 280 a 354 - Contratti pubblici relativi a forniture e altri servizi nei settori ordinari

a) Osservazioni generali.

Lo schema di regolamento, a differenza del codice, che ha previsto una parte di disposizioni generali comuni ai lavori, ai servizi ed alle forniture, ha tenuto separato il settore dei lavori pubblici (disciplinato dagli artt. 1 - 280) dal settore delle forniture e servizi (artt. 280 - 354).

La parte IV dello schema di regolamento contiene disposizioni che sono la riproduzione di norme dettate dal codice per l'esecuzione dei lavori. In particolare gli artt. da 307 a 312 riportano le previsioni di cui agli artt. da 135 a 140 del codice. Al fine di non creare una sovrapposizione normativa tra fonti di primo e secondo grado, va previsto un semplice rinvio alle norme del codice.

Si rileva, altresì, che gli istituti innovativi introdotti dal codice, in particolare l'accordo quadro (art. 296), l'asta elettronica (artt. 297 - 302) e il sistema dinamico di acquisto, sono stati regolati esclusivamente nella Parte IV sebbene essi si applichino anche ai lavori pubblici.

Sarebbe opportuno, pertanto, che la disciplina dei nuovi istituti fosse collocata nella parte relativa ai lavori, e richiamata nella parte relativa a servizi e forniture. Altrimenti, occorre inserire nella parte sui lavori pubblici un richiamo alla disciplina di detti nuovi istituti contenuta nella Parte IV.

Si osserva, infine, che è stata prevista nel Titolo III dello schema di regolamento la disciplina relativa all'esecuzione del contratto, che risulta essere innovativa per il settore dei servizi e delle forniture, per il quale in precedenza si faceva riferimento al regolamento di contabilità generale dello Stato e alle normative speciali. Detta disciplina è stata ripresa, mutatis mutandis, dal d.P.R. n. 554/1999 e, pertanto, solo in via applicativa si potranno valutare le eventuali criticità peculiari rispetto al settore dei servizi e delle forniture.

b) I singoli articoli.

Art. 280 - Programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi.

Si segnala la presenza di un refuso nel testo contenuto al co. 1. Viene, infatti, disposto un rinvio all'art. 9, co. 5, che non esiste. Pertanto il rinvio deve riferirsi al co. 3 dell'art. 9.

Art. 281 - Il responsabile del procedimento nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture

Il co. 4 dell'art. 281 dello schema prevede che il responsabile del procedimento è un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice in possesso di titolo di studio e competenza professionale adeguati alla specifica natura dell'intervento da realizzare.

Come già osservato in relazione all'art. 5 dello schema di regolamento, la previsione secondo cui il responsabile del procedimento è in possesso di titolo di studio e competenza professionale adeguati alla specifica natura dell'intervento da realizzare non è conforme all'art. 10, co. 5, del codice, a tenore del quale <<il responsabile del procedimento deve possedere titolo di studio e competenza adeguati in relazione ai compiti per cui è nominato. Per i lavori e i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria deve essere un tecnico>>. Infatti la norma primaria richiede titolo di studio e competenza adeguati al complesso dei compiti che il r.u.p. deve assolvere, mentre la norma regolamentare incentra il titolo di studio sull'intervento da realizzare. **La previsione deve pertanto essere espunta, e il co. 4, dell'art. 281 va così riformulato: <<Il responsabile del procedimento è un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice>>.**

Il testo dell'articolo non coincide con la rubrica, in quanto tratta anche dell'ipotesi del direttore dell'esecuzione esterno. Il **comma 6**, in particolare, andrebbe ricollocato nell'art. 315, che tratta appunto del direttore dell'esecuzione.

Sempre in relazione al co. 6 si segnala che la definizione di interventi di <<speciale complessità>> andrebbe meglio coordinata con l'art. 3, lett. l), che reca analoghe definizioni per i lavori.

Art. 283 - Il responsabile del procedimento nei procedimenti complessi e nei procedimenti connessi. Acquisti tramite le centrali di committenza.

A parte la incongruenza tra i due commi si rileva che il primo, in particolare, adotta definizioni (procedimenti complessi e procedimenti connessi), extravaganti rispetto all'ordinamento giuridico. Sicché **il comma 1 va espunto**, con conseguente modifica della rubrica dell'articolo.

Art. 284 - Requisiti dei partecipanti alla procedure di affidamento

Per omogeneità tra i due commi dell'articolo (il primo dedicato alle imprese singole, il secondo a RTI, consorzi ordinari e GEIE) si potrebbe specificare anche nel primo comma, con riferimento all'impresa singola, che i requisiti economico - finanziari e tecnico - organizzativi che devono essere posseduti per la partecipazione, sono individuati nel bando inserendo dopo le parole <<requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi>> le parole <<**indicati nel bando**>>.

Art. 286 - Consorzi stabili di imprese

Il co. 1 prevede la facoltà del consorzio stabile di far eseguire le prestazioni alle imprese consorziate. In realtà, non ne stabilisce però limiti e condizioni (come richiesto dall'art. 36, co. 2) e la facoltà risulta, pertanto, illimitata.

In particolare, poi, oltre a ribadire la responsabilità solidale del consorzio nei confronti della stazione appaltante, se ne afferma il carattere <<sussidiario>> (non previsto nel codice). L'integrazione è erronea, perché la responsabilità solidale e quella sussidiaria hanno caratteristiche diverse. Inoltre, l'eventuale sussidiarietà della responsabilità (che presuppone per lo meno il beneficium ordinis a vantaggio del debitore principale), determinerebbe una diminuzione della garanzia nei confronti della stazione appaltante. La norma va allineata a quella prevista all'art. 36, co. 2 del codice.

Inoltre la responsabilità sussidiaria, oltre a non essere prevista dall'art. 36 del codice, non è nemmeno prevista dall'art. 93 dello schema, del quale l'art. 286 costituisce una mera riproduzione.

Va più in generale rilevato che i commi 1, 2 e 4 dell'art. 286 ricalcano pedissequamente l'art. 93 dello schema di regolamento, sicché occorre dettare solo una norma di rinvio. Quanto al comma

3 dell'art. 286, si è già osservato in relazione all'art. 93, che si tratta di norma che va mantenuta, ma inserita nell'art. 93, perché riguarda anche i consorzi stabili per i lavori.

Art. 287 - Il promotore finanziario nei servizi

Nell'art. 287 è stata prevista anche per i servizi la figura del promotore finanziario.

L'art. 287, co. 4, ultimo periodo, dello schema, prevede il diritto di prelazione del promotore, che invece è stato abrogato, nel settore dei lavori, dal secondo decreto correttivo; pertanto, **va espunto il secondo periodo del comma 4.**

L'art. 287, co. 4, ai fini della scelta del concessionario di servizi, prevede, in luogo della doppia gara di cui all'art. 155, co. 1, lett. a) e b) del codice (gara per la selezione delle due migliori offerte, e successiva procedura negoziata cui partecipano il promotore e i due migliori offerenti selezionati nella precedente gara), una unica gara informale, ai sensi dell'art. 30, co. 3, del codice.

Tuttavia l'art. 30, co. 4, del codice, chiarisce che la gara informale per la scelta del concessionario di servizi è una ipotesi minimale di tutela della concorrenza, essendo fatte salve discipline specifiche che prevedano forme più ampie di tutela. Pertanto, anche nella disciplina regolamentare del promotore finanziario per i servizi, va previsto un meccanismo di gara (con procedura aperta o ristretta) ove vi siano norme primarie che per le concessioni relative a specifici servizi contemplino tali procedure aperte o ristrette. L'art. 287, co. 4, va pertanto adeguatamente integrato come segue: <<**Ai fini della scelta del concessionario, in mancanza di discipline specifiche ...>>.**

Art. 289 - Garanzie e verifiche della progettazione di servizi e forniture nell'ambito dei concorsi di progettazione

Al co. 3, vi è un refuso, in quanto il richiamo, ivi contenuto, al comma 3 deve essere corretto in <<**comma 2**>>.

Il co. 5 richiama la responsabilità del soggetto incaricato della verifica con riferimento all'art. 53: **ovetto soggetto sia un dipendente, valgono i rilievi negativi già formulati a proposito degli artt. 53 e 54.**

Art. 290 - Criteri di applicabilità delle misure di gestione ambientale

L'art. 290 prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di richiedere l'applicazione di misure o sistemi di gestione ambientale nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali quando ciò risulti giustificato dalla specifica natura delle stesse, limitandola al caso degli appalti di servizi.

Si ritiene opportuno estendere tale possibilità agli appalti di forniture dal momento che potrebbero prevedere servizi accessori aventi le caratteristiche descritte nell'articolo. Si suggerisce perciò di inserire dopo la parola <<servizi>> le parole <<**e forniture**>>.

Art. 291 - Commissione giudicatrice

Si segnala il refuso, contenuto nel co. 2, relativo all'importo. Pertanto la cifra <<1.000.0000>> deve essere sostituita dalla cifra <<**1.000.000**>>.

Art. 293 - Offerte anomale

L'art. 293 replica, per servizi e forniture, l'art. 119, dettato per i lavori, salva la mancanza, nel comma 1, del secondo periodo, che invece è necessario, con le correzioni suggerite dalla Sezione in relazione all'art. 119, co. 1. Vi sono inoltre limitate differenze nel comma 2 dell'art. 293, rispetto al comma 2 dell'art. 119, attinenti alla competenza in ordine alla verifica di anomalia, che però non sono condivisibili, dovendosi ritenere che anche quando vi sia una commissione di gara, la verifica di anomalia compete non a questa, ma alla stazione appaltante, per il tramite del responsabile del procedimento.

Occorre, pertanto, correggere il comma 2 e integrare il comma 1.

Occorre inoltre integrare il comma 4, secondo le indicazioni già esposte in relazione all'art. 119, comma 5.

L'intero art. 293 è comunque superfluo, dovendosi limitare ad una norma di mero rinvio all'art. 119 dello schema di regolamento.

Art. 294 - Servizi sostitutivi di mensa

Viene riprodotto il contenuto del d.P.C.M. 18 novembre 2005, epurato delle norme annullate dalla sentenza del TAR Lazio - sez. I, 26 gennaio 2007 n. 572.

a) Va anzitutto svolta una osservazione di carattere generale in ordine alla possibilità o meno di riprodurre l'intero d.P.C.M. 18 novembre 2005 all'interno del regolamento di attuazione del codice.

Infatti tale d.P.C.M. trova il suo fondamento normativo non già nel codice, bensì nell'art. 14, vices ter, d.l. n. 115/2005, conv. con la l. n. 168/2005, e di tale articolo il codice ha disposto l'abrogazione del solo comma 1, lett. c), nella parte in cui demanda al d.P.C.M. la fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò in quanto i criteri di affidamento dell'appalto sono materia di spettanza del codice degli appalti, e infatti l'art. 83, co. 5, del codice, demanda al regolamento la fissazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tra l'altro per il servizio sostitutivo di mensa.

E' bensì vero che il co. 4 dell'art. 256, del codice, elenca le norme che saranno abrogate dal regolamento, tuttavia non dice che va abrogato integralmente il d.P.C.M. 18 novembre 2005, ma solo che ne vanno abrogate le disposizioni pertinenti.

Se il d.P.C.M. 18 novembre 2005 viene riprodotto per intero nel regolamento, con conseguente sua abrogazione, rimane aperta la questione della sorte dell'art. 14, vices ter, d.l. n. 115/2005, che è norma primaria in vigore. Sicché, in teoria, rimane la possibilità di intervento di un atto diverso dal presente regolamento, per disciplinare la materia del servizio sostitutivo di mensa.

Ad avviso della Sezione, la materia del servizio sostitutivo di mensa può essere disciplinata dal presente regolamento solo nei limiti disegnati dall'art. 83, co. 5, del codice, vale a dire quanto ai criteri di ponderazione degli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Pertanto, solo a seguito di una futura abrogazione dell'intero art. 14 vices ter, d.l. n. 115/2005, tutti gli altri aspetti della disciplina recata dal d.P.C.M. 18 novembre 2005, attinenti ai requisiti delle società che svolgono i servizi sostitutivi degli esercizi convenzionati, e dei buoni pasto, potranno essere disciplinati dal presente schema di regolamento.

b) Quanto ai criteri di aggiudicazione, correttamente lo schema elimina la norma del d.P.C.M. che imponeva l'utilizzo del solo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, e lascia così alle stazioni

appaltanti la scelta tra tale criterio e quello del prezzo più basso.

Occorre però rilevare che l'art. 83, co. 5, del codice, demanda al regolamento la fissazione delle metodologie per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa con un unico parametro numerico finale, e, per quanto riguarda il servizio dei buoni pasto, dispone espressamente che il regolamento deve tener conto dei criteri di valutazione recati dal d.P.C.M. 18 novembre 2005, nei limiti di compatibilità con il codice.

Invece, l'art. 294 dello schema di regolamento, oblitera del tutto l'art. 6, co. 3, d.P.C.M. 18 novembre 2005, che indica in dettaglio la distribuzione del punteggio tra i vari elementi di valutazione.

Secondo la relazione ministeriale, si è ritenuto di non indicare gli elementi di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla luce dell'art. 256 del codice, che ha abrogato l'art. 14, vices ter, co. 1, lett. c), nella parte in cui demanda al d.P.C.M. la fissazione dei criteri di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La relazione ministeriale trae da tale abrogazione la conclusione che l'intento del codice sarebbe di sottrarre la fissazione di tali criteri alla norma regolamentare. Tuttavia, si deve in contrario osservare che l'art. 256 va letto in combinato disposto con l'art. 83, co. 5, del codice.

Pertanto, secondo la Sezione, per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, non è sufficiente l'applicazione dell'art. 292, co. 1, dello schema di regolamento, ma occorre riprodurre, se del caso con adattamenti, l'art. 6, co. 3, d.P.C.M. 18 novembre 2005.

c) Ove il Ministero delle infrastrutture e il Governo ritengano di dover mantenere nel regolamento di attuazione del codice la riproduzione integrale del d.P.C.M. 18 novembre 2005, valgono le osservazioni che seguono.

Anzitutto il d.P.C.M. citato è stato riprodotto previa obliterazione delle norme che il T.a.r. Lazio, con sentenza n. 572/2007, ha annullato. Tuttavia in relazione a tale sentenza sono stati proposti quattro

appelli, passati in decisione all'udienza del 10 luglio 2007 innanzi alla sezione IV del Consiglio di Stato, e la decisione di appello ad oggi non risulta depositata. Ove la decisione di appello riformasse, in tutto o in parte, quella di primo grado, facendo rivivere una o più delle norme annullate, di tanto si dovrebbe tener conto nella formulazione dell'art. 294 dello schema.

Per quanto riguarda il contenuto attuale dell'art. 294, va rilevato che non sono state riprodotte le definizioni, contenute nell'art. 2, d.P.C.M. 18 novembre 2005, e che sarebbe opportuno introdurre (v. p.es. la nozione di buono pasto, servizio sostitutivo, valore facciale).

Va rilevato poi che non è stato riprodotto nell'art. 294 dello schema l'art. 3, co. 6, del citato d.P.C.M., che abilita le società a svolgere l'attività di emissione dei buoni pasto previa d.i.a. Al contempo, è stata riprodotta la parallela norma che riguarda le imprese straniere (v. art. 294, co. 2).

Sembra corretto che il regime autorizzatorio delle imprese che svolgono attività di emissione dei buoni pasto (che è questione diversa dai requisiti soggettivi di qualificazione), o venga trattato per tutte le imprese, sia italiane che straniere, o per nessuna. Per cui o si ripristina l'art. 3, co. 6, del citato d.P.C.M., o si elimina l'attuale art. 294, co. 2.

Art. 295 - Servizi di pulizia

In attuazione dell'art. 83, co. 5, del codice, viene riprodotto in tale articolo il d.P.C.M. 13 marzo 1999, n. 117, che disciplina gli elementi di valutazione e dei parametri di ponderazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa in relazione ai servizi di pulizia.

Alla fine del comma 3 dell'art. 295 dello schema va riprodotto l'art. 3, co. 2, del citato d.P.C.M., a tenore del quale <<**La somma dei fattori ponderali da assegnare per l'insieme degli elementi è pari a cento**>>.

Sempre in relazione al co. 3, va espunto il periodo <<Le amministrazioni aggiudicatrici considerano inammissibili offerte nelle quali il costo del lavoro previsto sia inferiore al costo stabilito dal C.C.N.L. di categoria e dalle leggi previdenziali e assistenziali, risultante da atti ufficiali>> in quanto superato dall'art. 87, comma 2, lett. g), comma 3, comma 4 del codice e dall'art. 86, commi 3 bis e 3 ter del codice (inseriti dalla l. 3 agosto 2007 n. 123, <<Misure in tema di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro e delega al Governo per il riassetto e la riforma della normativa in materia>>). Si tratta invero di aspetto che non attiene all'offerta economicamente più vantaggiosa, ma all'anomalia dell'offerta e alle giustificazioni inammissibili. Se del caso, può essere nel co. 3 inserita, in luogo del periodo espunto, una norma che faccia salva l'applicazione degli artt. 86 e 87 del codice, segnatamente per quanto riguarda l'anomalia dell'offerta in relazione al costo del lavoro e della sicurezza.

Art. 296 - Accordo quadro

L'art. 59, co. 7 del codice riguarda l'accordo quadro non solo per i servizi e le forniture, ma anche per i lavori (come già rilevato in sede di esame dell'art. 112 dello schema).

Non si comprende perché l'accordo quadro trovi, nel regolamento, una disciplina attuativa solo per i servizi e le forniture, e non anche per i lavori.

Pertanto, occorre dettare una disciplina dell'accordo quadro per i lavori, e richiamarla per servizi e forniture, o, in subordine, richiamare l'art. 296 per i lavori.

Art. 297 - Sistema dinamico di acquisizione

L'art. 297 demanda al Ministero dell'economia e delle finanze il compito di realizzare e gestire un sistema dinamico di acquisizione <<per le stazioni appaltanti>> predisponendo <<gli strumenti organizzativi ed amministrativi, elettronici e telematici necessari alla sua realizzazione>>, <<nonché curando l'esecuzione di tutti i servizi informatici, telematici e di consulenza necessari alla compiuta realizzazione del sistema stesso>>.

La previsione in commento non ha base nell'art. 60 del codice, che facoltizza, e non obbliga, le stazioni appaltanti a istituire un sistema dinamico.

La norma regolamentare, invece, obbliga il Ministero dell'economia e delle finanze a realizzare un sistema dinamico ad ambito soggettivo illimitato, riferendosi a tutte le <<stazioni appaltanti>> (è da presumere, quelle statali), e con un ambito temporale indefinito, non essendo stata fissata la tempistica.

La realizzazione di un siffatto sistema su larga scala implica anche rilevanti costi, che tuttavia non sono quantificati e non risultano forniti della necessaria copertura finanziaria.

La norma in commento, pertanto, essendo priva di base legale nell'art. 60 del codice, e non essendone dimostrata la copertura finanziaria, **va espunta**.

Art. 298 - Asta elettronica

L'art. 298 introduce una definizione di asta elettronica che oltre a sovrapporsi, differisce da quella prevista nel codice all'art. 3, co. 15, adottata in recepimento della direttiva n. 2004/18. Nello schema di regolamento l'asta elettronica è definita erroneamente una <<procedura di gestione della fase finale di aggiudicazione>>, contrariamente a quanto disposto nel codice ai sensi del quale è un <<processo per fasi successive basato su un dispositivo elettronico>>.

Inoltre il comma 1 dell'art. 298 dispone che l'asta elettronica è utilizzabile sia quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, sia quando è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma tanto si desume già dall'art. 85 del codice, sia nel suo complesso, sia, in particolare, alla luce del comma 8.

Occorre, pertanto, espungere l'intero comma 1 dell'art. 298.

Art. 299 - Sistema informatico di negoziazione

Al co. 3 dell'articolo potrebbe essere utile precisare che il sistema informatico è in grado di segnalare le anomalie delle procedure, nonché di evidenziare le offerte che sono di importo pari o superiore alla soglia di anomalia.

Pertanto dopo le parole << sistema stesso >> si suggerisce di aggiungere quanto segue: << **segnalando altresì le anomalie delle procedure e evidenziando le offerte di importo pari o superiore alla soglia di anomalia** >>.

Art. 301 - Modalità e partecipazione all'asta elettronica

L'art. 301, co. 1, lett. a), prevede che, dopo aver verificato l'ammissibilità delle offerte, un funzionario della stazione appaltante ovvero il soggetto che presiede alla gara si registri, provvedendo all'attribuzione di un codice identificativo di user ID e password. Sembra più corretto che a procedere alla registrazione vi sia, al posto del funzionario, il responsabile del procedimento della stazione appaltante. Pertanto si

suggerisce di sostituire la parola <<funzionario>> con la parola <<**responsabile del procedimento**>>.

L'art. 301, co. 1, lett. d) è meramente ripetitivo di quanto già affermato nell'art. 85, co. 7, secondo periodo, del codice, e **va pertanto espunto**.

Art. 303 - Individuazione delle offerte anormalmente basse

L'ultimo periodo dell'unico comma dell'art. 303 prevede che in caso di ricorso all'asta elettronica per gli appalti sotto soglia comunitaria, il bando non può prevedere l'esclusione automatica delle offerte anomale. La norma è in contrasto con quella primaria dell'art. 124, co. 8, del codice, che lascia ai bandi la facoltà, negli appalti sotto soglia, di prevedere l'esclusione automatica. La questione se mantenere o meno in vita l'esclusione automatica delle offerte anomale negli appalti sotto soglia va inoltre affrontata in termini generali, e dalle norme primarie, e non per casi singoli, e da norme regolamentari. **L'intero periodo va pertanto espunto**.

Art. 305 - Procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici

Art. 306 - Bando di gara e termini per le procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici

In merito alla gara gestita interamente con sistemi telematici, è opportuno disciplinare espressamente come possano essere gestite le fasi ed i documenti che non possono essere oggetto di un utilizzo telematico. In via esemplificativa si considerino le garanzie fideiussorie che, attualmente, hanno validità solo se prodotte in originale riportanti l'autentica notarile. Potrebbe ad esempio suggerirsi di prevedere l'invio delle garanzie fideiussorie da parte dell'operatore economico prima di accedere al sistema informatico di negoziazione.

La presentazione di documentazione non disponibile in formato elettronico è disciplinata dall'art. 77, co. 6, lett. d), del codice, che impegna i concorrenti a presentare detta documentazione in forma cartacea <<prima della scadenza del termine previsto per la presentazione delle offerte o delle domande di partecipazione>>. Questa norma potrebbe essere richiamata anche per le fidejussioni e potrebbe trovare collocazione nel successivo art. 306.

Articoli da 307 a 312

Gli artt. da 307 a 312 riproducono esattamente le previsioni contenute agli artt. da 135 a 140 del codice, ivi dettate per i lavori, e dal regolamento estese a servizi e forniture.

Peraltro, l'art. 135 del codice è stato novellato dal secondo correttivo del codice, prevedendovi ulteriori cause di risoluzione del contratto ed eliminando le valutazioni di opportunità riservate al responsabile del procedimento. L'art. 307 dello schema di regolamento si limita a riprodurre l'art. 135 del codice nel testo anteriore alla novella, creando così una discrasia tra cause di risoluzione per i lavori e cause di risoluzione per servizi e forniture.

Occorre, pertanto, **espungere dallo schema il contenuto degli articoli da 307 a 312** e dettare un'unica previsione, rubricata <<**Norme applicabili all'esecuzione di servizi e forniture**>>, in cui si stabilisca <<**Si applicano gli articoli da 135 a 140 del codice. I riferimenti ivi contenuti al direttore dei lavori, ai lavori, alle opere, si intendono sostituiti dal riferimento al direttore dell'esecuzione, nonché ai servizi o alle forniture**>>.

Art. 313 - Penali, garanzie, danni e riconoscimenti a favore dei creditori

Il co. 4 richiama, tra gli altri, l'art. 164 del regolamento.

Valgono, pertanto, le osservazioni fatte con riferimento a tale articolo.

Art. 315 - Direttore dell'esecuzione del contratto

L'art. 119 del codice, dopo aver stabilito che nei servizi e nelle forniture di regola il direttore dell'esecuzione del contratto coincide con il responsabile del procedimento, demanda al regolamento di individuare quelli di particolare importanza, per i quali i due soggetti devono essere distinti.

Il regolamento nell'art. 281, co. 6, definisce gli interventi di <<speciale complessità>> per i quali le due figure non possono coincidere nella medesima persona fisica.

L'art. 315, co. 2, dello schema, aggiunge che il direttore dell'esecuzione (sia che coincida, sia che non coincida con il responsabile del procedimento), può nominare uno o più assistenti, in caso di contratti <<di particolare complessità>>.

Ritiene la Sezione che sia di difficoltosa comprensione, in assenza di una più dettagliata definizione, il confine tra prestazioni di <<speciale complessità>> che giustificano la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal responsabile del procedimento, e prestazioni di <<particolare complessità>>, che facoltizzano il direttore dell'esecuzione a nominare uno o più assistenti.

D'altro, canto, se a nominare gli assistenti è il soggetto che è al tempo stesso responsabile del

procedimento e direttore dell'esecuzione, allora la <<particolare complessità>> è necessariamente un quid minus di quella <<speciale complessità>> in presenza della quale sarebbe stato nominato, a monte, un direttore dell'esecuzione diverso dal responsabile del procedimento.

Viceversa, se a nominare gli assistenti è il direttore dell'esecuzione distinto dal responsabile del procedimento, e dunque nominato sul presupposto di prestazioni di <<speciale complessità>>, allora la <<particolare complessità>> che giustifica la nomina degli assistenti si palesa come un quid plus rispetto alla <<speciale complessità>>.

E' evidente la difficoltà esegetica della formula utilizzata.

A meno che l'intento non sia di identificare la <<particolare complessità>> menzionata nell'art. 315, co. 2, con la <<speciale complessità>> di cui all'art. 281, co. 6, e dunque di consentire la nomina di assistenti solo da parte del direttore dell'esecuzione diverso dal responsabile del procedimento.

Occorre pertanto riformulare la norma come segue: <<**Nelle ipotesi di appalti di speciale complessità come definiti dall'art. 281, comma 6, lettera b), il direttore dell'esecuzione può nominare uno o più assistenti cui affida per iscritto, sotto la sua sorveglianza, una o più delle attività di sua competenza**>>.

Art. 317 - Giorno e termine per l'avvio dell'esecuzione del contratto

Art. 320 - Riconoscimenti a favore dell'appaltatore in caso di ritardato avvio dell'esecuzione del contratto

L'art. 317, commi 5, 6, 7 costituisce la fedele riproduzione dell'art. 151, rispettivamente commi 8, 9, e 2, che disciplina la medesima materia per i lavori.

Per rendere più sintetico il regolamento, si deve dettare una unica norma di rinvio in cui si afferma che <<**Si applicano i commi 2, 8 e 9 dell'articolo 151**>>.

Analogo rilievo si impone in relazione all'art. 320, mutuato dall'art. 155, commi 1, 2 e 3: anche in tal caso si impone una norma di mero rinvio.

Si rileva inoltre una difformità di regime in ordine alle spettanze dell'appaltatore in caso di recesso o ritardato inizio dell'esecuzione, rispetto al regime dettato per i lavori nell'art. 155.

Infatti per i lavori l'art. 155 distingue il caso in cui l'appaltatore dichiara di volere recedere e l'istanza sia accolta, e il caso in cui l'istanza di recesso non sia accolta e vi sia la tardiva consegna dei lavori. Nel primo caso viene corrisposto un rimborso nelle percentuali quantificate dalla norma. Nel secondo caso, è previsto il risarcimento del danno quantificato forfetariamente per ciascun giorno di ritardo nell'inizio dell'esecuzione.

Invece, l'art. 320, contempla solo il caso di recesso accolto, e per tale unica ipotesi prevede un doppio ristoro, quello forfetario (comma 1), e quello per ciascun giorno di ritardo (comma 2).

E' evidente che così operando vi è un doppio ristoro in caso di recesso accolto, e nessun ristoro in caso di recesso non accolto e tardivo inizio dell'esecuzione.

Occorre, pertanto, ove si mantenga l'art. 320 e non si detti invece una norma di mero rinvio all'art. 155, commi 1, 2, e 3, modificare i commi 1 e 2 dell'art. 320 come segue:

- nel comma 1, le parole <<Nel caso di recesso dell'appaltatore>> vanno sostituite con le parole <<**Nel caso di accoglimento dell'istanza di recesso dell'appaltatore**>>;

- nel comma 2, le parole <<Oltre alle spese di cui al comma precedente>> vanno sostituite con le parole <<**Ove l'istanza di recesso non sia accolta e si proceda tardivamente alla consegna**>>.

Art. 321 - Esecuzione del contratto e svincolo progressivo della cauzione

I commi 1, 2, e 3 che sanciscono il dovere di diligenza professionale e di rispetto della normativa comunitaria e nazionale in capo all'appaltatore, e lo svincolo progressivo della cauzione, sono superflui, perché ripetitivi di principi e norme primarie: **vanno pertanto espunti.**

Ha rilevanza autonoma solo il co. 4, relativo allo svincolo progressivo della cauzione nel caso di contratti stipulati da centrali di committenza. Pertanto la rubrica dell'art. 321 va congruamente modificata (p.es. <<**Svincolo progressivo della cauzione in caso di contratti stipulati da centrali di committenza**>>).

Nel caso di soppressione dei primi tre commi, come proposto, non solo va modificata la rubrica, ma va anche corretto il riferimento, operato dal quarto comma, al comma 3 dell'articolo, che non esisterebbe più.

Art. 322 - Contabilità

L'art. 322, co. 4, è superfluo, perché ripetitivo della norma di legge in esso citata, e fonte di equivoci, in quanto non è richiamato l'ultimo periodo della norma primaria medesima.

Pertanto, va solo richiamata la norma primaria, senza riprodurne il contenuto, come segue: **<<Si applica il divieto di anticipazioni del prezzo di cui all'articolo 5, comma 1, del decreto legge 28 marzo 1997, n. 79, convertito con la legge 28 maggio 1997, n. 140>>.**

Art. 323 - Sospensione dell'esecuzione del contratto

Mentre l'art. 156 dello schema disciplina la sospensione dei lavori sul presupposto che questi siano già avviati, perché se non avviati si rientra nell'ipotesi di ritardata consegna, l'art. 323 in commento prevede il provvedimento di sospensione non solo quando vi sono circostanze che impediscono la <<prosecuzione>>, ma anche quando vi sono circostanze che impediscono <<l'avvio>>.

Va attentamente valutato, se si intende mantenere la norma, il confine tra tale ipotesi e quella di ritardato avvio puro e semplice.

In ogni caso la questione della possibilità di un ordine di sospensione quando l'esecuzione del contratto non è ancora iniziata, va affrontata in termini omogenei per lavori, servizi e forniture.

L'art. 323, co. 2, prevede che il responsabile del procedimento possa ordinare la sospensione dell'esecuzione del contratto <<per ragioni di pubblico interesse o necessità>>. La norma è generica e dà un potere illimitato al responsabile del procedimento, svincolato da presupposti ed effetti. Diversamente, per i lavori pubblici, l'art. 156, co. 2, circoscrive il potere di sospensione per ragioni di pubblico interesse o necessità, indicandone presupposti ed effetti.

Anche per servizi e forniture l'ipotesi deve essere meglio confinata.

Inoltre si segnala (secondo quanto già osservato in relazione agli artt. 156 e 157) la necessità di stabilire il riparto di competenze tra direttore dell'esecuzione e responsabile del procedimento quanto all'ordine di sospensione.

L'art. 323, co. 3, prevede la redazione del verbale di sospensione, senza prevedere l'intervento dell'appaltatore e imponendo la sottoscrizione del verbale da parte dell'appaltatore. In modo diametralmente opposto dispone l'art. 156, co. 3 per i lavori, prevedendo la presenza dell'appaltatore ma non la necessità della sua sottoscrizione. Si tratta di soluzione più congrua, potendo darsi il caso di rifiuto di sottoscrizione. Va perciò previsto che l'appaltatore va convocato, e che la sua assenza alla data e ora stabilite non impedisce la redazione del verbale.

Va poi osservato che nell'art. 323 manca una disciplina delle eventuali contestazioni dell'appaltatore, e dell'ipotesi in cui la durata della sospensione superi di un quarto il termine contrattuale (v. invece commi 8 e 9 dell'art. 156).

Manca, inoltre, una disciplina delle conseguenze risarcitorie delle sospensioni illegittime, che è invece prevista per i lavori.

Art. 329 - Incarico di collaudo e di verifica della conformità

In relazione al comma 2, si segnala l'equivocità dell'espressione <<particolare complessità>>, rinviando a tutte le considerazioni svolte in sede di esame dell'art. **315 dello schema**.

In relazione al comma 3, secondo quanto già osservato in relazione all'art. 212 quanto agli incarichi di collaudo di lavori, suscita perplessità la previsione dell'affidamento del collaudo in via prioritaria, oltre che ai dipendenti della stazione appaltante, ai dipendenti a riposo e i dipendenti di altre amministrazioni aggiudicatrici con competenze in materia di lavori pubblici,

anche a riposo.

Invero, l'affidamento diretto a tali soggetti di un'attività professionale sarebbe in evidente contrasto con i principi del Trattato CE.

Pertanto nel co. 3 vanno eliminate, sia nel primo che nel secondo periodo, le parole <<e a dipendenti, anche a riposo, di amministrazioni aggiudicatrici con competenze relative all'oggetto contrattuale>>.

Art. 332 - Commissioni di collaudo e di verifica di conformità

L'articolo in commento è la fedele riproduzione dell'art. 216, dettato per i lavori.

L'articolo **deve pertanto essere espunto**, e nell'art. 329 va aggiunto un comma che rinvia all'art. 216.

Art. 344 - Mercato elettronico

Rispetto alla disposizione contenuta nell'articolo in esame, deve essere tenuta presente la previsione della legge finanziaria per il 2007 (art. 1, co. 450) ai sensi della quale per gli acquisti al di sotto della soglia di rilievo comunitario, le amministrazioni statali centrali e periferiche, a decorrere dal 1° luglio 2007, <<sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 11, comma 5, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 4 aprile 2002, n. 101>>. Si suggerisce di inserire all'inizio del comma 1 le parole <<**Fatti salvi i casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico previsti dalle norme in vigore**>>.

Art. 350 - Svolgimento della procedura di cottimo fiduciario

I **commi 1 e 2** dell'articolo in commento (che riguarda il cottimo fiduciario per servizi e forniture) riproducono norme già contenute nell'art. 125, co. 11, del codice, e pertanto **vanno espunti**.

Conseguentemente, nel comma 3, che diventa comma 1, le parole <<Per gli affidamenti di cui al comma 1>> vanno sostituite con le parole <<**Per gli affidamenti in economia di importo pari o superiore a 20.000 euro e fino alle soglie di cui al comma 9 dell'articolo 125 del codice**>>.

Sempre nel comma 3, nel periodo <<gli eventuali elementi di valutazione, nel caso si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa>>, va soppressa la parola <<**eventuali**>>, atteso che se si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa gli elementi di valutazione non sono eventuali ma doverosi, ferma restando la scelta di essi da parte della stazione appaltante.

Sempre nel comma 3, non è corretto stabilire che la lettera invito riporta <<l'obbligo, per l'appaltatore, di possedere i requisiti soggettivi richiesti>>, la previsione va così sostituita: <<**i requisiti soggettivi richiesti all'appaltatore, e la richiesta all'appaltatore di rendere apposita dichiarazione in merito al possesso dei requisiti soggettivi richiesti**>>.

Art. 355 - Norme applicabili

L'art. 355 dello schema di regolamento, seguendo la stessa tecnica dell'art. 206 del codice, elenca le disposizioni regolamentari dettate per i settori ordinari, che sono applicabili anche ai settori speciali.

Va anzitutto richiamato quanto già osservato in termini generali: l'art. 355 mira ad una estensione ai settori speciali della disciplina dettata per i settori ordinari, che va oltre quanto previsto dall'art. 206 del codice. Ciò contrasta con la <<filosofia>> dell'art. 206, come emerge anche dal secondo decreto legislativo correttivo, che elenca in via tassativa le disposizioni dettate per i settori ordinari, estensibili ai settori speciali.

In dettaglio si osserva quanto segue.

a) Vengono dichiarate applicabili ai settori speciali le disposizioni contenute nella parte I del regolamento (disposizioni comuni).

La parte I del regolamento consta di quattro articoli, relativi, rispettivamente, all'ambito di applicazione, alle infrastrutture strategiche, alle definizioni, al sito informatico presso l'Osservatorio.

Suscita perplessità il richiamo, per i settori speciali, dell'art. 2, nonché il richiamo integrale dell'art. 3.

Sotto il primo profilo, l'art. 206 del codice non richiama, per i settori speciali, la disciplina delle infrastrutture strategiche. Pertanto, l'art. 2 del regolamento, che riguarda tali infrastrutture strategiche, non sembra richiamabile nei settori speciali.

Sotto il secondo profilo, l'art. 3 del regolamento contiene, oltre a definizioni che riguardano tutti i settori, anche definizioni che riguardano solo i settori ordinari (p. es. la garanzia globale di esecuzione).

Sicché, il richiamo integrale dell'art. 3, potrebbe prestarsi alla interpretazione di aver voluto estendere nei settori speciali istituti che le norme primarie riservano ai settori ordinari.

Si suggerisce di modificare l'art. 355, co. 1, sostituendo le parole

<<nella parte I (disposizioni comuni)>>

con le parole

<<nell'articolo 1, nell'articolo 3, limitatamente alle definizioni rilevanti in ordine a disposizioni del presente regolamento dichiarate applicabili ai settori speciali, nell'articolo 4>>.

b) Viene poi dichiarato applicabile l'art. 88, relativo al casellario informatico. Si rinvia a quanto osservato in quella sede, in ordine alla non omogeneità degli obblighi inerenti le informative al casellario informatico, per le stazioni appaltanti dei settori ordinari e per gli enti aggiudicatori dei settori speciali. Pertanto, nell'art. 355, co. 1, le parole <<nell'articolo 88 (casellario informatico)>> vanno sostituite con le parole <<**nell'articolo 88 (casellario informatico), limitatamente alle norme in esso contenute che si riferiscono anche agli enti aggiudicatori**>>.

c) L'art. 355, co. 1, richiama inoltre per i settori speciali le disposizioni contenute nella parte II, titolo III, capi I, II e III, con salvezza degli articoli da 226 a 229 del codice e dell'art. 356 del regolamento.

In tal modo, si estende ai settori speciali il sistema di qualificazione per i lavori pubblici tramite SOA.

Tale opzione non appare in linea con le norme primarie che disciplinano la qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici nei settori speciali. Difatti dall'art. 230 del codice si desume che il sistema SOA non è automaticamente obbligatorio per gli enti aggiudicatori ma:

- è residuale per le amministrazioni aggiudicatrici;
- è eventuale e facoltativo per gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici.

E' pertanto necessario chiarire che le norme del regolamento relative alla qualificazione tramite SOA si applicano solo se il sistema SOA è applicabile ai settori speciali ai sensi delle norme primarie recate dall'art. 230 del codice.

Si suggerisce di modificare l'art. 355, co. 1, sostituendo le parole

<<nella parte II, titolo III, capo I (disposizioni generali), capo II (autorizzazione degli organismi di attestazione), capo III (requisiti per la qualificazione)>>.

con le parole <<nella parte II, titolo III, capo I (disposizioni generali), capo II (autorizzazione degli organismi di attestazione), capo III (requisiti per la qualificazione) **nel rispetto dei presupposti di cui all'articolo 230 del codice**>>.

d) Vengono richiamate le disposizioni contenute nella parte II, titolo V, capo I (appalti e concessioni), sezione I (disposizioni generali) e sezione seconda (appalti di lavori) con esclusione degli articoli 105, 110 e 112.

La parte II, titolo V, capo I, dello schema di regolamento, contiene gli articoli da 105 a 113.

Ad avviso della Sezione va escluso anche il richiamo degli artt. 106 e 111 del regolamento.

Suscita infatti perplessità l'estensione ai settori speciali dell'art. 106, che reca le disposizioni preliminari, e stabilisce, al co. 1, che l'avvio delle procedure di scelta del contraente presuppone l'avvenuta validazione del progetto ai sensi dell'art. 52 dello schema di regolamento, e al co. 2 il contenuto della dichiarazione del concorrente, da allegare all'offerta, di presa visione del progetto e del luogo di esecuzione. Il co. 3 dell'art. 106 preclude la stipulazione del contratto se le parti non danno atto del permanere delle condizioni che consentono l'immediata esecuzione dei lavori.

Il co. 4 dispone che gli adempimenti per l'avvio delle procedure espropriative vanno posti in essere in tempi compatibili con la stipula del contratto.

Il co. 1, dell'art. 106 fa riferimento alla validazione del progetto ai sensi del precedente art. 52.

Ma tutte le norme in tema di progettazione, contenute nella parte II, titolo II, non sono applicabili ai settori speciali: infatti da un lato l'art. 206 del codice non richiama per i settori speciali le norme sulla progettazione nei settori ordinari e dall'altro lato coerentemente l'art. 355 dello schema di regolamento non richiama la parte II, titolo II, dello schema di regolamento.

Ma con il richiamo all'art. 106, si rende applicabile ai settori speciali una inapplicabile norma dei settori ordinari.

Anche gli altri commi dell'art. 106 contengono norme peculiari dei settori ordinari, non estensibili ai settori speciali.

Pertanto l'art. 106 va escluso dal novero delle norme applicabili ai settori speciali.

Suscita inoltre perplessità l'estensione ai settori speciali dell'art. 111 dello schema che disciplina l'esecuzione di lavori congiunta all'acquisizione di immobili (già art. 83, d.P.R. n. 554/1999).

Le norme primarie in argomento sono contenute nell'art. 53 del codice, commi da 5 a 12.

Senonché l'art. 206 del codice, nell'indicare le norme applicabili ai settori speciali, richiama solo i commi da 1 a 4 dell'art. 53, e non anche i commi da 5 a 12, mostrando così di non voler estendere ai settori speciali la disciplina del pagamento del prezzo dell'appalto mediante cessione di beni immobili.

Occorre pertanto di modificare l'art. 355, co. 1, sostituendo le parole:

<<nella parte II, titolo V, capo I (appalti e concessioni), sezione prima (disposizioni generali) e sezione seconda (appalti di lavori) con esclusione degli articoli 105 (appalti di lavori - contratti a corpo e a misura), 110, comma 3 (disposizioni in materia di pubblicazione degli avvisi e dei bandi), 112 (lavori di manutenzione)>>

con le parole: <<nella parte II, titolo V, capo I (appalti e concessioni), sezione prima (disposizioni generali) e sezione seconda (appalti di lavori) con esclusione degli articoli 105 (appalti di lavori - contratti a corpo e a misura), 106 (disposizioni preliminari), 110, comma 3 (disposizioni in materia di pubblicazione degli avvisi e dei bandi), 111 (esecuzione dei lavori congiunta all'acquisizione dei beni immobili), 112 (lavori di manutenzione)>>.

e) Vengono richiamate le disposizioni della parte II, titolo V, capo II (criteri di selezione delle offerte).

La parte II, titolo V, capo II, contiene gli articoli da 116 a 120, che disciplinano il criterio del prezzo più basso, dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le offerte anomale e le aste elettroniche.

Suscita perplessità l'estensione ai settori speciali dell'art. 119 che disciplina in dettaglio il procedimento di verifica delle offerte anomale. Si tratta di un procedimento che si confà ai settori ordinari e che non è compatibile con la snellezza che connota i settori speciali, dove un eccesso di proceduralizzazione è deleterio.

Si suggerisce pertanto di modificare l'art. 355, co. 1, sostituendo le parole

<<nella parte II, titolo V, capo II (criteri di selezione delle offerte)>>

con le parole

<<nella parte II, titolo V, capo II (criteri di selezione delle offerte), **con esclusione dell'articolo 119 (Offerte anomale)**>>

f) Vengono estese ai settori speciali le norme regolamentari dettate per i servizi e le forniture nei settori

ordinari (contenute nella parte IV, titolo II, capi I, II e III, con esclusione degli articoli <<296 (accordo quadro), 307 (risoluzione per reati accertati), 308 (risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo), 309 (inadempimento di contratti di cottimo), 310 (provvedimenti in seguito alla risoluzione del contratto), 311 (obblighi in caso di risoluzione del contratto), 312 (procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore) e 313 (penali)>>.

La parte IV titolo II dello schema contiene gli articoli da 284 a 313.

Va esclusa l'estensione ai settori speciali delle seguenti disposizioni relative a servizi e forniture nei settori ordinari:

- 287 (promotore finanziario nei servizi), in quanto l'art. 206 del codice non estende l'istituto del promotore finanziario ai settori speciali;
- 288 (concorsi di progettazione di servizi e forniture), in quanto il codice disciplina autonomamente i concorsi di progettazione nei settori speciali, senza rinviare alla disciplina dei concorsi di progettazione nei settori ordinari;
- 289 (garanzie e verifica della progettazione di servizi e forniture nell'ambito dei concorsi di progettazione), in quanto tutto il sistema delle garanzie non viene esteso ai settori speciali;
- 293 (offerte anomale), trattandosi di norme procedurali incompatibili con le esigenze di snellezza dei settori speciali.

Pertanto l'art. 355, co. 1, va modificato sostituendo le parole

<<con esclusione degli articoli 296 (accordo quadro), 307 (risoluzione per reati accertati), 308 (risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo), 309 (inadempimento di contratti di cottimo), 310 (provvedimenti in seguito alla risoluzione del contratto), 311 (obblighi in caso di risoluzione del contratto), 312 (procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore) e 313 (penali)>>

con le parole

<<con esclusione degli articoli **287 (promotore finanziario nei servizi), 288 (concorsi di progettazione di servizi e forniture), 289 (garanzie e verifica della progettazione di servizi e forniture nell'ambito dei concorsi di progettazione), 293 (offerte anomale),** 296 (accordo quadro), 307 (risoluzione per reati accertati), 308 (risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo), 309 (inadempimento di contratti di cottimo), 310 (provvedimenti in seguito alla risoluzione del contratto), 311 (obblighi in caso di risoluzione del contratto), 312 (procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore) e 313 (penali)>>

g) Di seguito si riporta il testo dell'art. 355 con evidenziazione delle modifiche suggerite

<<**Art. 355 - Norme applicabili**

1. Ai contratti disciplinati dalla parte III, titolo I, del codice si applicano, salvo non sia diversamente previsto dallo stesso codice e ferme restando le esclusioni e le precisazioni di cui all'articolo 206, comma 1, del codice, le disposizioni del presente regolamento, contenute:

- **nella parte I (disposizioni comuni); nell'articolo 1, nell'articolo 3, limitatamente alle definizioni rilevanti in ordine a disposizioni del presente regolamento dichiarate applicabili ai settori speciali, nell'articolo 4;**

- nell'articolo 36 (piani di sicurezza e di coordinamento);

- nell'articolo 88 (casellario informatico), **limitatamente alle norme in esso contenute che si riferiscono anche agli enti aggiudicatori;**

- nella parte II, titolo III, capo I (disposizioni generali), capo II (autorizzazione degli organismi di attestazione), capo III (requisiti per la qualificazione), **nel rispetto dei presupposti di cui all'articolo 230 del codice**, fermo quanto previsto dagli articoli da 226 a 229 del codice e al successivo articolo 356 (requisiti di qualificazione) del presente regolamento;

- nella parte II, titolo III, capo IV (soggetti abilitati ad assumere lavori), con esclusione degli articoli 94 (requisiti del concessionario), 95 (requisiti del promotore e attività di asseverazione) e 96 (revoca dell'attestazione di qualificazione);

- nella parte II, titolo V, capo I (appalti e concessioni), sezione prima (disposizioni generali) e sezione seconda (appalti di lavori), con esclusione degli articoli 105 (appalti di lavori - contratti a corpo e a

misura), **106 (disposizioni preliminari)**, 110, comma 3 (disposizioni in materia di pubblicazione degli avvisi e dei bandi), **111 (esecuzione dei lavori congiunta all'acquisizione dei beni immobili)**, 112 (lavori di manutenzione);

- nella parte II, titolo V, capo II (criteri di selezione delle offerte), **con esclusione dell'articolo 119 (Offerte anomale)**;

- nell'articolo 167 (subappalto);

- nella parte IV, titolo II, capo I (requisiti per la partecipazione), capo II (criteri di selezione delle offerte), capo III (procedure di scelta del contraente ed aste elettroniche), con esclusione degli articoli **287 (promotore finanziario nei servizi)**, **288 (concorsi di progettazione di servizi e forniture)**, **289 (garanzie e verifica della progettazione di servizi e forniture nell'ambito dei concorsi di progettazione)**, **293 (offerte anomale)**, 296 (accordo quadro), 307 (risoluzione per reati accertati), 308 (risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo), 309 (inadempimento di contratti di cottimo), 310 (provvedimenti in seguito alla risoluzione del contratto), 311 (obblighi in caso di risoluzione del contratto), 312 (procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto per grave inadempimento dell'esecutore) e 313 (penali);

- nella parte VI (contenzioso);

- nella parte VII (disposizioni transitorie e abrogazioni).

2. Gli enti aggiudicatori hanno comunque facoltà di applicare, nel rispetto dei principi di proporzionalità e adeguatezza, le disposizioni del presente regolamento diverse da quelle elencate al comma 1, con apposita previsione contrattuale dandone preventiva comunicazione nell'avviso con cui si indice la gara o nell'invito a presentare offerta.

3. Gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici individuano nel bando i requisiti progettuali ai sensi dell'articolo 53, comma 3, del codice, unicamente nel rispetto delle disposizioni di cui all'articolo 206 del codice e fatta salva l'applicazione del successivo articolo 356 (requisiti di qualificazione) del presente regolamento>>.

Art. 357 - Appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria

Sotto il profilo formale la frase <<le disposizioni del presente regolamento che **rendono** attuazione>> andrebbe corretta in: <<le disposizioni del presente regolamento che **danno** attuazione>>.

Art. 359 - Ambito di applicazione e art. 360 - Definizione delle riserve al termine dell'esecuzione del contratto

a) In termini generali si deve osservare che la parte VI, dedicata al contenzioso, consta di due soli articoli, di cui uno sull'ambito applicativo e uno sul termine per la definizione delle riserve.

In una logica di semplificazione normativa, sarebbe preferibile utilizzare un (futuro) decreto legislativo correttivo, per inserire direttamente nel codice, nell'art. 240 dedicato all'accordo bonario, il testo dell'attuale art. 32, d.m. n. 145/2000, riprodotto nell'art. 360 dello schema di regolamento.

In tal modo, da un lato potrebbero essere espunti dallo schema di regolamento gli artt. 359 e 360, e dall'altro lato gli operatori vedrebbero concentrate solo nel codice tutte le norme relative al contenzioso.

Allo stato, è preferibile accorpate il contenuto degli artt. 359 e 360, e spostarlo nel titolo X della parte II, relativo al collaudo dei lavori, dettando poi una norma di rinvio per servizi e forniture.

Ciò in quanto non è proporzionato contemplare una <<Parte>> che è la massima ripartizione, che consta di due soli articoli.

b) L'art. 359, co. 1, prevede che <<Le disposizioni della presente parte si applicano ai contratti pubblici di lavori relativi ai settori ordinari, affidati da amministrazioni aggiudicatrici ed enti aggiudicatori, ovvero da concessionari>>. Alla fine del comma vanno aggiunte le parole <<**e da soggetti privati ad essi equiparati**>>. Ciò in quanto il codice estende a tali soggetti le norme in materia di collaudo (art. 32, co.

2 del codice), nonché le norme in materia di contenzioso. Sicché l'accesso alla procedura arbitrale, previo esame delle riserve da parte della stazione appaltante, è anche in tal caso successivo al collaudo ovvero al mancato collaudo nei termini (v. art. 360 dello schema di regolamento).

c) L'art. 360 riproduce l'art. 32 del capitolato generale di appalto delle opere pubbliche, in ordine al termine per la definizione delle riserve che non hanno formato oggetto di accordo bonario.

Si segnala che lo schema di regolamento non riproduce, ma neppure abroga, l'art. 33, d.m. n. 145/2000, che prevede un termine dilatorio prima del quale non può essere avviata la procedura arbitrale.

Allo stato, pertanto, tale disciplina rimane, in via provvisoria, all'interno del capitolato generale di appalto, che si applica ai soli lavori pubblici, e solo se richiamato nel bando.

Si sottopone all'attenzione del Governo di valutare l'opportunità di inserire direttamente nel testo del codice con un futuro decreto correttivo anche il contenuto del citato art. 33, in modo da trasformarlo da norma contrattuale, operante solo se richiamata nel bando, in norma giuridica eteronoma.

Invero, è opportuno che le procedure arbitrali non si svolgano, di regola, in corso di esecuzione del contratto, atteso che potrebbero tradursi in fattore di ritardo della esecuzione medesima, ma solo all'esito del collaudo finale.

<https://www.diritto.it/contratti-pubblici-relativi-a-forniture-e-altri-servizi-nei-settori-ordinari-il-parere-del-consiglio-di-stato-sullo-schema-di-regolamento-di-attuazione-ed-esecuzione-del-codice-dei-contratti-pubblici/>