

Sintesi delle principali innovazioni del Decreto Sviluppo

di Dover Scalerà

1. Il disegno di legge di conversione del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, "Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia" (A.C. 4357) entrato in vigore il 14.05.2011, è stato approvato con emendamenti il 14 giugno ed è stato trasmesso all'Aula (A.C. 4357-A). Il 20 giugno il Governo ha posto in Aula la questione di fiducia su un maxiemendamento (Dis. 1.1) interamente sostitutivo, che coincideva in gran parte (ma non del tutto) con il testo approvato dalle Commissioni. Il dibattito e il voto di fiducia si sono tenuti nella seduta del 21 giugno ed infine il disegno di legge è stato approvato dalla Camera.

Il maxiemendamento ha, per alcuni versi, lasciato inalterate le innovazioni introdotte dal decreto sviluppo, per altri, invece, ha ulteriormente modificato il testo del codice, con la conseguenza che al fine di stabilire la disciplina applicabile, occorrerà assumere a riferimento la data di pubblicazione del bando di gara; infatti, la disciplina del decreto legislativo n. 70/2011 nella sua versione originaria, sarà applicabile limitatamente al periodo compreso tra il 14 maggio 2011 (data di entrata in vigore del decreto sviluppo) ed il 13 luglio 2011, data di entrata in vigore della Legge 12 luglio 2011, n. 106, di conversione del decreto 70.

2. L'art.4 del decreto sviluppo con le innovazioni introdotte in sede di conversione dalla Legge 12 luglio 2011 n.106.

L'art. 4 del cd "decreto sviluppo", DI 70/2011 effettua una serie di articolate modifiche alla disciplina vigente in materia di contratti pubblici e, in particolare, al codice dei contratti pubblici (d'ora in poi Codice) di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006.

Prima di passare ad analizzare il tenore delle innovazioni non può non evidenziarsi che, l'insieme delle modifiche introdotte dal Decreto legge ha una tale portata innovativa da potersi parlare di "**Quarto decreto correttivo al Codice dei contratti pubblici**", in violazione della delega conferita dall'art. 25 della legge 18 aprile 2005, n. 62 (legge comunitaria 2004) per il recepimento delle nuove direttive quadro in materia di appalti (2004/17/CE e 2004/18/CE), la quale prevedeva che eventuali disposizioni correttive al codice "andassero emanate entro due anni dalla data di entrata in vigore dei decreti legislativi" ossia entro il 2008.

A ciò si aggiunga che le continue modifiche alla normativa sugli appalti introdotte da fonti diverse e successive, priva il Codice degli appalti della natura di "*corpus*" di norme compiuto per la disciplina unitaria della materia a tutto svantaggio dello sviluppo del settore, oltre che sintomatico di una tecnica di redazione legislativa contraria ai principi di trasparenza e semplificazione secondo i dettami della Unione europea (cfr. Comunicazione "legiferare con intelligenza nell'Unione europea di ottobre 2010).

Ciò premesso e passando al merito delle innovazioni, l'art.4, comma 1 elenca tutta una serie di modifiche alla disciplina vigente.

Tra le norme modificate dal comma 2 si segnalano:

▪ **Art.27 comma 1 del Codice:** all'articolo 27, comma 1, le parole: «dall'applicazione del presente codice» sono sostituite dalle seguenti: «dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice» che con riferimento ai contratti cd "esclusi", chiarisce che l'esclusione opera con

riferimento all'ambito di applicazione oggettiva del Codice. Pertanto, non è sufficiente essere soggetti che operano nei cd. settori esclusi per godere delle deroghe alla normativa del dlgs 163/06, poiché ciò che rileva è l'oggetto dell'affidamento che deve essere nell'ambito .

▪ **Art. 38 del Codice** relativo ai requisiti di ordine generale per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, nonché per l'affidamento di subappalti.

In particolare all'art.38 , comma 1 del Codice vengono introdotte le seguenti modifiche:

▪ **Art. 38 comma 1, lettera a): *immodificato.***

▪ **Art.38 comma 1 lettera b) e c):** cambia il novero delle persone nei cui confronti non deve essere stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 del codice di procedura penale, per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale. A tal fine,

- restano invariate le dichiarazioni per le imprese individuali e per le società in accomandita semplice che vanno rese dal titolare o dal direttore tecnico per le imprese individuali e dai soci accomandatari o dal direttore tecnico se si tratta di società in accomandita.
- per le società in nome collettivo le dichiarazioni vanno rese da tutti i soci o dal direttore tecnico;
- per gli altri tipi di società (di capitali) o per i consorzi, le dichiarazioni vanno rese dal socio unico **persona fisica (riferimento aggiunto dal maxi emendamento)**, ovvero dal socio di maggioranza per le società con meno di quattro soci. Nel caso di società con più di quattro soci - fermo restando l'onere del concorrente di indicare le denominazioni dei soci - il tenore letterale della disposizione induce a ritenere che non sussiste alcun obbligo di dichiarazione da parte dei soci e/o socio di maggioranza. La ratio della disposizione potrebbe risiedere nel fatto che nel caso in cui il numero dei soci sia superiore a 4, la frammentazione del capitale è tale da rendere irrilevante la presenza di eventuali cause di esclusione a carico di un socio.

Con riferimento alle persone cessate dalla carica, la novità riguarda il ridimensionamento del periodo di riferimento da prendere in considerazione: non più le persone cessate nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando, ma le persone cessate **nell'anno antecedente** la pubblicazione del bando.

A tal riguardo, l'esclusione o il divieto operano se l'impresa non dimostra di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

Altra importante novità riguarda il fatto che **l'esclusione ed il divieto non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.**

Quindi ai fini dell'art.38 comma 1, lettera c) il candidato o il concorrente attesta i requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali ha beneficiato della non menzione; egli non è tenuto, invece, ad indicare, le condanne per reati depenalizzati, ovvero dichiarati estinti dopo la condanna né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione (cfr. comma 2 art. 38, nella versione della Legge 106/2011)

A tal proposito, si deve evidenziare, che può parlarsi di riabilitazione, estinzione del reato o di revoca della condanna solo a seguito di espresso provvedimento dell'Autorità giudiziaria.

Si rammenta infatti, l'avviso della Cassazione secondo cui *"la situazione di fatto da cui origina la causa di estinzione del reato per divenire condizione di diritto abbisogna, per espressa statuizione di legge, dell'intervento ricognitivo del giudice dell'esecuzione il quale è tenuto, nell'assolvimento di un suo preciso dovere funzionale, ad emettere il relativo provvedimento di estinzione ai sensi dell'art. 676 c.p.p"*. (Cass., sez. IV pen., 27 febbraio 2002, n. 11560).

La modifica recepisce l'orientamento giurisprudenziale formatosi in materia che già tempo, interpretava l'art. 38 nel senso di ritenere *“irrelevanti le condanne ormai estinte, con conseguente non necessità della loro indicazione in sede di dichiarazioni ex art. 38 lett. c) del codice”* (per tutte cfr. TAR Lazio Sez.II quater, 22/07/2009 n. 7483).

- **art. 38, comma 1 lettera d):** in merito al divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 38 lettera d), la novità introdotta dal decreto sviluppo, rimasta immutata in sede di conversione attiene alla limitazione ad un anno dell'esclusione decorrente dall'accertamento definitivo della violazione; in ogni caso, la esclusione va disposta se la violazione non è stata rimossa con provvedimento formale;
- **art.38 comma 1 lettera e):** la originaria formulazione della lettera e) prevedeva la esclusione dalla gara per gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza del lavoro e ad ogni altro obbligato derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio. Il decreto sviluppo ha modificato la previsione in senso restrittivo, prevedendo che l'esclusione operi solo nel caso di gravi infrazioni “definitivamente” accertate ed omissis il riferimento ai dati dell'Osservatorio. Il maxi emendamento ha reintrodotta la formulazione originaria con la conseguenza che la versione del decreto 70 (che faceva riferimento alla “definitività” e non al “debito accertamento”) ha avuto una valenza limitata all'arco temporale dal 14 maggio 2011 (data di entrata in vigore del decreto sviluppo) al 13 luglio 2011 (data di entrata in vigore della legge 106/2011).

Deve ritenersi che la formulazione del decreto 70 avrebbe reso più chiaro l'ambito di applicazione della causa di esclusione; infatti, occorre rammentare che l'Autorità di Vigilanza sui Contratti pubblici, nella determinazione n.1 del 2010 ha precisato che “Le infrazioni per essere rilevanti ai fini dell'esclusione devono essere "gravi" e "debitamente accertate", intendendosi per “debitamente accertate” quelle “definitivamente accertate. laddove la definitività dell'accertamento può discendere, a seconda dei casi, da una sentenza passata in giudicato (laddove la violazione configuri un reato) ovvero da un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile (qualora si tratti di mero illecito amministrativo).” Il riferimento alla definitività dell'accertamento avrebbe, dunque, raccolto l'indirizzo della Autorità; al contrario, non può non rilevarsi che la reintroduzione del riferimento al “debitamente” sia sintomatico del fatto che nella volontà del legislatore l'assimilazione tra le due fattispecie non sia così automatica come per l'Autorità di vigilanza.

Il Decreto sviluppo, nell'intento di dare massima codificazione alle cause di esclusione, aveva previsto al comma 2 dell'art. 38 che per infrazioni “gravi” alle norme in materia di sicurezza - e di ogni altro obbligo derivante dal rapporto di lavoro - dovessero intendersi le violazioni individuate ai sensi dell'art. 14 comma 1 del dlgs 9 aprile 2008 n. 81, fermo restando quanto previsto per il settore edile dall'art. 27, comma 1 bis del medesimo decreto legislativo. Nella legge di conversione, il testo risulta emendato con espunzione dal comma 2 della definizione della “gravità” ai sensi della lettera e). In ogni caso, le infrazioni rilevanti ai fini della presente causa di esclusione rimangono senz'altro quelle rispetto alle disposizioni tra cui è opportuno citare il d.lgs. n. 14 agosto 1996, n. 494 ed il d.lgs. 19 settembre 1994, n. 626, poi confluiti nel d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81, (recante il testo unico in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro), a sua volta da ultimo modificato dal d.lgs. 3 agosto 2009, n.106.

La disposizione prevede, inoltre, che le violazioni risultino dai dati in possesso dell'Osservatorio.

- **art. 38 comma 1, lettera f):** *immodificato.*
- **art. 38, comma 1, lettera g):** il decreto sviluppo prevede che affinché le violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e delle tasse comportino l'esclusione dalla gara, esse oltre che definitivamente accertate, devono essere “gravi”.

Ai fini della lettera g), il comma 2 dell'art. 38 - inserito dal decreto 70 - rimasto inalterato nella versione della Legge di conversione - precisa che *"si intendono gravi"* le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art.48 bis, commi 1 e 2bis, del dpr 602/1973 (pari ad € 10.000,00 variabili con dm economia - si tratta dell'importo per la verifica in Equitalia nei pagamenti da parte delle pp.aa).

▪ **Art. 38 comma 1, lettera h):** la lettera h) nella sua originaria formulazione prevedeva che *"sono esclusi dalla partecipazione alle gare coloro che nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara hanno reso false dichiarazioni in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e per l'affidamento dei subappalti, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio"*. La nuova formulazione del Decreto 70, resta immutata a seguito della conversione in legge e prevede che l'esclusione opera nei confronti di coloro *"nei cui confronti, ai sensi del comma 1 ter risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 7 comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito ai requisiti ed alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara, e per l'affidamento dei subappalti."*

A sua volta il richiamato comma **1 ter** è prevede che: 1-ter. *"In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1, lettera h), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia"*

L'art. 38, comma 1 lettera h) ed il comma 1 ter, recepiscono la indicazione fornita dalla Autorità di Vigilanza nella Determinazione n.1 del 2010 sulla non automaticità dell'iscrizione nel casellario informatico. Va detto, infatti che sul tema, si sono formati nel tempo, due orientamenti contrapposti tra coloro che ritenevano che una volta ricevuta la segnalazione per falsa dichiarazione da parte della stazione appaltante l'iscrizione nel casellario da parte dell'Autorità di Vigilanza, costituisse un atto dovuto(escluso ogni sindacato di merito sul comportamento del concorrente) e coloro che, invece, ritenevano che l'autorità dovesse, in ogni caso, compiere un sindacato sulla sussistenza dei presupposti per l'annotazione.

In conformità a tale ultimo orientamento, la più recente giurisprudenza ha affermato che *"prima di disporre l'iscrizione nel casellario, l'Autorità procede alle verifiche del caso. La determinazione n. 1/2008 dispone infatti che l'Autorità posta a conoscenza del provvedimento di esclusione disposto dalla stazione appaltante e dell'eventuale dichiarazione non veritiera resa dall'operatore economico, procede alla puntuale e completa annotazione dei contenuti nel casellario informatico, "salvo il caso che consti l'inesistenza in punto di fatto dei presupposti o comunque l'inconferenza della notizia comunicata dalla stazione appaltante"* (Cons. Stato, sez. VI, 4 agosto 2009, nn. 4906, 4905 e 4907). La innovazione introdotta dal comma 1 ter raccoglie le indicazioni formatesi in giurisprudenza, subordinando l'iscrizione nel casellario alla previa indagine da parte dell'autorità sulla gravità del fatto e sulla sussistenza dell'elemento psicologico del doloso o della colpa.

▪ **Art. 38 comma 1 lettera i):** (*"che hanno commesso violazioni gravi definitivamente accertate alle norme in materia di contributi....."*) **identica:** si fa notare che ai sensi del comma 2 dell'art. 38 per come introdotto dal Decreto 70, non modificato dalla legge di conversione, si intendono "gravi" le violazioni ostative al rilascio del DURC mentre la *"definitività dell'accertamento"* è insita nella circostanza che l'operatore economico, che ha regolarmente presentato la denuncia mensile delle retribuzioni soggette a contribuzione percepite dai lavoratori

occupati, ha l'obbligo di versare quanto dovuto e dichiarato, alle scadenze mensili o, comunque, periodiche di cui egli stesso è a conoscenza. La definitività dell'accertamento sussiste altresì nel caso di ingiustificata sospensione della rateizzazione di un debito contributivo pregresso autorizzato dall'Istituto competente. Anche la mancata sospensione della cartella amministrativa, conseguente all'assenza di ricorso amministrativo o giudiziario, comporta la definitività dell'accertamento (articolo 8, comma 1, del d.m. 24 ottobre 2007).

▪ **art. 38 comma 1, lettera l):** il decreto legislativo n. 70 ha modificato la originaria versione della lettera l) prevedendo l'esclusione per coloro che *"non sono in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili"*.

La legge di conversione ha reintrodotto la previgente dizione della lettera l) (*"non presentino la certificazione di cui all'art. 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, salvo il disposto del comma 2"*).

In ogni caso, nel passaggio dal decreto 70 alla legge di conversione ciò che rileva è il contenuto della autodichiarazione; ma in entrambi i casi è ammessa la autodichiarazione per dimostrare il rispetto della normativa sul collocamento obbligatorio in linea con le modifiche apportate all'articolo 17 della legge n. 68/1999 sul diritto al lavoro dei disabili, dall'articolo 40, comma 5, d.l. 25 giugno 2008, n. 112 (convertito in legge, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, legge 6 agosto 2008, n. 133), il quale ha previsto che le imprese partecipanti a gare di appalto devono presentare preventivamente alle pubbliche amministrazioni la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, pena l'esclusione. E' stata, in tal modo, recepita dal legislatore l'indicazione del Ministero del lavoro fornita con la circolare n. 10/2003, in merito all'estensione anche a tale fattispecie della disciplina in materia di autocertificazione.

▪ **Art. 38 comma 1, lettera m):** esclusione per coloro nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9 comma 2, lettera c) del dlgs 231/2001. *immutata*.

▪ **Art.38, comma 1, lettera m bis) :** la modifica apportata alla lettera m bis) dal decreto legislativo n.70 è stata conservata in fase di conversione, per cui, in luogo della precedente previsione - introdotta nell'art. 38 dal terzo decreto correttivo del Codice (d.lgs. 11 settembre 2008, n. 152) – secondo la quale andavano esclusi dalla gara coloro *" nei cui confronti sia stata applicata la sospensione o la decadenza dell'attestazione SOA per aver prodotto falsa dichiarazione o documentazione mendace, risultanti dal casellario informatico"*, la nuova versione prevede l'esclusione per coloro "nei cui confronti ai sensi dell'art. 40 , comma 9, quater, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'art. 7 , comma 10, per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA."

L'articolo va letto in combinato disposto con l'art. 40, comma 9 quater, il quale prevede che *"in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione le SOA danno segnalazione all'Autorità che, se rileva dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o gravità dei fatti, dispone l'iscrizione nel casellario informatico, ai fini dell'esclusione dalle gara e dagli affidamenti di subappalti ai sensi dell'art. 38 comma 1 lettera m bis, per un periodo di un anno decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia."* Per questa innovazione valgono le medesime considerazioni svolte per la lettera dell'art. 38 lettera h) e del comma 1 ter.

▪ **Art. 38 comma 1 , lettera m ter):** Con la legge 15 luglio 2009, n. 94 (recante "Disposizioni in materia di sicurezza pubblica") è stata inserita nell'art. 38 del dlgs 163/06, una nuova causa di esclusione dalle gare, numerata con la lettera m-ter). La disposizione precludeva la partecipazione alle gare ai soggetti *"di cui alla precedente lett. b) che, anche in assenza nei loro confronti di un procedimento per l'applicazione di una misura di prevenzione o di una causa ostativa ivi previste, pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli artt. 317 e 629 cod. pen. aggravati ai sensi dell'art.7 del d.l. 13 maggio 1991, n.152, convertito con modificazioni dalla legge 12 luglio 1991,*

n.203, non risultino aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nei tre anni antecedenti alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omissa la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità di cui all'art.6, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio”.

La lettera m ter) nella versione modificata dal Decreto sviluppo prevede invece, l'esclusione per coloro che “*pur essendo stati vittime dei reati previsti e puniti dagli art.li 317 e 629 cp aggravati ai sensi dell'art. 7 del decreto legge 152 del 1991, convertito dalla legge n. 203 del 1991 non risultano avere denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'art. 4 primo comma della legge 689 del 1981. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata unitamente alle generalità del soggetto che ha omissa la predetta denuncia dal procuratore della Repubblica procedente all'Autorità che cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio”.*

La novella normativa si applica, pertanto, ai soggetti elencati alla lettera b) dell'articolo 38 per come modificati dal Decreto Legge 70 e dalla Legge 106/2011.

Al fine di comprendere l'entità di questa causa di esclusione occorre rammentare che l'art. 317 cp si riferisce al reato di concussione, l'art. 629 cp, al reato di estorsione, l'aggravante di cui all'art. 7 del decreto legge 152/1991 alla “*agevolazione di attività mafiose*”. L'art. 4 comma primo della legge 689 del 1981 richiamato come esimente, esclude la responsabilità per chi ha commesso il fatto in stato di necessità o di legittima difesa.

In altri termini, la causa di esclusione di cui alla lettera m- ter) non opera se la mancata denuncia sia riconducibile allo stato di necessità nel quale si trova la vittima del reato.

Si ritiene che l'indagine e la verifica circa la sussistenza di tale circostanza esimente debbano essere svolte dal Procuratore della Repubblica, il quale provvederà a trasmettere all'Autorità l'informazione relativa alla omissa denuncia solo a seguito dell'esito negativo di detto accertamento. Il Decreto Sviluppo ha delimitato l'arco temporale in cui tale causa di esclusione assume rilevanza, accorciando tra tre anni ad un anno la richiesta del pubblico ministero di rinvio a giudizio dell'imputato da cui emergono gli indizi rilevanti ai fini della causa di esclusione.

▪ **Art. 38 comma 1, m quater situazioni di controllo ex art. 2359 cc immutato.**

Sebbene la lettera m quater sia rimasta immutata, è importante sottolineare che, il comma 2 dell'art. 38 è stato integrato dal Decreto 70/2011.

Occorre rammentare che la lettera m) quater è stata introdotta per superare le censure mosse dalla Corte di giustizia delle Comunità Europee all'articolo 34, comma 2, del Codice il quale prevedeva l'inammissibilità della partecipazione alla medesima gara per le imprese che siano fra di loro in una delle situazioni di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c. Rilevata la sussistenza di un obbligo in via assoluta ed automatica per le amministrazioni aggiudicatrici di escludere i concorrenti che si trovassero nelle suddette situazioni, il giudice comunitario, con sentenza 19 maggio 2009, causa C-538/07, ha ammesso la facoltà per gli Stati membri di integrare l'elenco (ritenuto tassativo secondo precedenti pronunce della Corte) delle cause di esclusione concernenti l'affidabilità morale e professionale degli imprenditori, ma ha, ravvisato violazione del principio di proporzionalità laddove la normativa nazionale, sulla base di una presunzione assoluta di reciproca influenza nella formulazione delle offerte, stabiliva un divieto in ordine alla situazione di controllo e collegamento ai sensi dell'articolo 2359 c.c., senza la consentire al concorrente di dimostrare che detto rapporto non ha influito sul rispettivo comportamento nella procedura di gara, con

conseguente limitazione della concorrenza. In conseguenza del rilievo comunitario, il legislatore ha eliminato dal Codice degli appalti l'esclusione automatica, mantenendo comunque la fattispecie impeditiva della riferibilità dell'offerta ad un unico centro di imputazione giuridica (lettera m quater). E' stato inoltre introdotto, al **comma 2 dell'articolo 38**, l'obbligo di autocertificare alternativamente: a) l'assenza di situazioni di controllo e collegamento;b) che tali situazioni non hanno influito sulla presentazione dell'offerta, allegando, in busta separata, la documentazione idonea a dimostrare che la stessa è stata formulata in modo autonomo. Tali documenti, di carattere probatorio, potrebbero essere, a titolo esemplificativo statuti, documenti riguardanti l'organizzazione aziendale, visure storiche.

Rileggendo l'art. 38 comma 2, novellato in occasione della legge di conversione - va osservato che il concorrente deve allegare alternativamente: a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'art. 2359 "**rispetto ad alcun soggetto**" e di aver formulato l'offerta autonomamente; b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima gara di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'art. 2359 cc e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'art. 2359 cc e di aver formulato l'offerta autonomamente. Nelle ipotesi di cui alle lettere a), b) e c) la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale sulla base di univoci elementi. La verifica della eventuale esclusione sono disposte dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica".

Per effetto della novella diventano rilevanti anche situazioni di controllo con soggetti completamente estranei alla procedura di gara senza comprendere quale interesse possa avere la stazione appaltante nel conoscere che l'offerta è stata formulata in via autonoma rispetto ad un soggetto terzo rispetto alla gara. I risultati potrebbero essere paradossali in considerazione della previsione per cui la stazione appaltante "**esclude**" (**non "può escludere"**) i concorrenti nel caso in cui accerti che l'offerta è riconducibili ad un unico centro decisionale, anche nel caso in cui il collegamento esiste tra il concorrente ed un soggetto totalmente estraneo alla procedura. Infatti, per come scritta, la norma sembra dare rilievo alla circostanza in sé considerata della riconducibilità ad un unico centro decisionale e non al fatto che essa possa essere sintomatica di una effettiva alterazione della concorrenza; a ciò si aggiungano le conseguenze abnormi della applicazione di tale principio senza mitigazioni, nel caso in cui il concorrente abbia ad esempio fatto ricorso all'istituto dell'avvalimento della SOA ex art. 40 del Codice (ammessa esclusivamente con un soggetto con il quale esiste un rapporto di collegamento ex art. 2359 cc) anche nell'ipotesi in cui l'ausiliario sia un subappaltatore; o al caso in cui il concorrente intenda partecipare in ATI con un soggetto che ne detiene il capitale in tutto o in parte.

Ancora una volta una disposizione introdotta nel dichiarato intento di produrre semplificazione, necessiterà di un chiarimento in sede giurisprudenziale.

- **Art.38 comma 1 bis:** 1-bis. Rispetto alla formulazione originaria del comma 1 bis, per il quale "*“i casi di esclusione previsti dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12- sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n 356, o della legge 31 maggio 1965, n. 575, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario limitatamente a quelle riferite al periodo precedente”*, il decreto 70/2011 confermato dalla legge di conversione, ha sostituito il riferimento ai "casi di esclusione", con quello alle "**cause di esclusione**" ed ha aggiunto l'inciso "**limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento o finanziario.**"
- **art. 38 comma 1 ter:** si rinvia a quanto detto in precedenza a commento dell'art. 38 lettera h).

▪ **art. 38 comma 2:** per le novità introdotte al comma 2 si rinvia ai commenti delle lettere e), g), i ed m quater del comma 1 dell'art. 38.

▪ **art. 40:** Viene novellato il comma 3, lettera a) ed inoltre introdotto un nuovo comma (il 9 quater) in cui viene dettata una disposizione collegata alle modifiche introdotte all'articolo 38.

Quanto alla modifica alla lettera a) del comma 3, il nuovo articolo 40 prevede che con riferimento al possesso della certificazione di qualità Uni EN ISO 9000, i soggetti accreditati sono tenuti a inserire la certificazione di cui alla presente lettera relativa alle imprese esecutrici di lavori pubblici nell'elenco ufficiale istituito presso l'organismo nazionale italiano di accreditamento di cui all'articolo 4, comma 2, della legge 23 luglio 2009, n. 99. Si tratta di un adempimento finalizzato a consentire alle stazioni appaltanti di verificare l'effettivo possesso da parte dei concorrenti della certificazione di qualità mediante la consultazione di un albo ufficiale. Valga su tale aspetto rammentare che la più recente giurisprudenza ha precisato che *“in sede di gare pubbliche di appalto, ai fini della dimostrazione del possesso del requisito della certificazione UNI EN ISO 9001:2000 prescritto dal bando, l'unico documento valido necessario per l'ammissione è il certificato iniziale, il quale, non deve essere accompagnato dall'ulteriore attestato di compiuta verifica con esito positivo. Infatti i certificati di conformità alla normativa UNI EN ISO 9001:2000 vengono emessi in un'unica copia non ripetibile all'atto della certificazione del sistema di qualità aziendale; la loro validità è subordinata agli esiti della verifiche periodiche di mantenimento e di riesame del sistema: le aziende in possesso di certificato di conformità valido sono presenti nella banca dati sul sito www.dnv.it e sul sito SINCERT (www.sincert.it), se il certificato è ritirato non compare sui siti citati. Pertanto, è onere della stazione appaltante verificare, eventualmente anche tramite l'accesso ai siti ufficiali degli organismi certificatori, l'effettiva vigenza degli attestati e dei documenti presentati in sede di gara”*. (Consiglio di Stato, V sezione, sentenza del 10 febbraio 2009 n. 756).

Con l'introduzione del comma 9-*quater*, rimasto inalterato nella Legge di Conversione, il decreto 70/2011 ha previsto che *“in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettera m bis), per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia”*. La finalità di tali modifiche dovrebbe essere quella di contenere la discrezionalità delle stazioni appaltanti nonché ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento; sul punto si richiama quanto già detto con riguardo al comma 1 lettera h) dell'art. 38.

Infine al comma 3, lettera e) dell'art. 40, in occasione della Legge di Conversione con riferimento alle tariffe per l'attività di qualificazione, è stato inserito il riferimento alla **“inderogabilità dei minimi tariffari per le SOA”**. La previsione è in linea con la posizione espressa dall'Autorità di Vigilanza, che sul tema ha ritenuto inderogabile il regime dei minimi tariffari previsto dal nuovo Regolamento, mentre contrasta con quanto affermato dalla recente sentenza del Tar Lazio - Roma, sez. III, del 1 giugno 2011, n. 9714, con la quale il giudice romano, chiamato a pronunciarsi sulla possibilità di una SOA di offrire la propria prestazione in deroga al sistema di tariffa minimo obbligatorio previsto dal DPR n. 34/2000, ora recepito dagli artt. 70, 71, 73 del D.p.r. 207/2010, nella convinzione che l'attività di certificazione delle Soa sia al pari di altre attività intellettuali, l'ha ritenuta soggetta alla applicazione del decreto Bersani e dunque ritenuto illegittimo il regime dei minimi tariffari inderogabili fissato per le SOA dal D.p.r. n. 207/2010 perché in contrasto con l'art. 2 del D.L. 223/2006, convertito con L. n. 248/2006.

- **l'articolo 42 del Codice**, modificato nel corso dell'esame alla Camera dei deputati, prevede al comma 3 bis che le stazioni appaltanti provvedano ad inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici la certificazione attestante le prestazioni rese dai fornitori e prestatori di servizi;
- **l'articolo 46 del Codice** al fine di introdurre il principio della tassatività delle cause di esclusione dalle gare novella l'articolo con la previsione del comma 1-bis: *“La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”*.

Sulla scorta di tale previsione, da un lato, il potere discrezionale delle stazioni appaltanti di chiedere ai concorrenti chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati (comma 1 dell'art. 46) viene escluso nelle suddette ipotesi tassative, in cui l'amministrazione è vincolata all'esclusione. Dall'altro lato, fuori da tali ipotesi, ulteriori cause di esclusione eventualmente previste dalla *lex specialis* o dalla commissione, saranno certamente illegittime. Si tratta, di un combinato disposto che intende evidentemente codificare un modo di procedere volto a far valere la sostanza sulla forma, al fine di limitare le numerose esclusioni che avvengono solo sulla base di elementi formali e non sostanziali, e di ridurre, anche in quest'ipotesi, il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici. Con lo stesso obiettivo, si introduce, inoltre, il nuovo comma 4-bis all'art. 64 del Codice, che prevede la predisposizione dei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti sulla base di modelli tipo approvati dall'Autorità di Vigilanza, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis. Qualora le stazioni appaltanti volessero derogare ai contenuti del bando-tipo, dovranno darne espressa motivazione, a monte, nella delibera a contrarre.

- **art. 48 del Codice:** il decreto 70/2011, nella versione novellata ai fini della conversione in legge, lascia immutato il controllo a campione dei requisiti sul 10 % delle offerte presentate, ma, al fine di introdurre misure di semplificazione e trasparenza, prevede che le stazioni appaltanti verifichino il possesso del requisito di qualificazione sul casellario informatico istituito presso l'Autorità per gli appalti di lavori pubblici e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici per i servizi e le forniture. L'occasione del Decreto avrebbe potuto essere quella di cogliere alcune opportunità che il Libro Verde consente di introdurre in materia di semplificazione delle procedure di affidamento con la possibilità di un effettivo alleggerimento degli oneri amministrativi mediante inversione delle fasi della procedura di gara, esaminando prima i criteri di aggiudicazione e poi quelli di selezione solo in capo all'aggiudicatario.
- **art. 49 del Codice:** l'articolo disciplinante l'istituto dell'avvalimento non è stato modificato dal decreto 70/2011; tuttavia in occasione della conversione, al comma 2 lettera c) dell'art.49 è stato aggiunto un inciso per cui, l'impresa ausiliaria deve allegare una dichiarazione attestante il possesso da parte di quest'ultima non solo dei requisiti di carattere generale, ma anche dei *“requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento”*. Il riferimento ai *“requisiti tecnici ed alle risorse oggetto di avvalimento”* laddove venisse inteso in senso rigoroso, potrebbe intendersi come finalizzato ad escludere l'utilizzo dell'istituto dell'avvalimento per i cd. requisiti immateriali non facilmente distinguibili dai requisiti soggettivi, non dimostrabili con ricorso all'avvalimento consentito solo con riguardo ai requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico, organizzativo ovvero della attestazione della certificazione SOA.

- **art. 55 del Codice:** l'articolo disciplina le modalità di scelta tra procedura aperta e procedura ristretta e non è stato modificato dal decreto 70/2011; in occasione della conversione, al comma 6, secondo periodo, è stato aggiunto un inciso per cui alle sole procedure ristrette "*per l'affidamento di lavori*" sono invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei prescritti requisiti di qualificazione. Per le forniture e servizi si applica, invece, l'art. 62 che, - anch'esso novellato dal legge di conversione - dispone che il numero minimo di soggetti da invitare non può essere inferiore a dieci se sussistono in tale numero soggetti idonei;
- **artt. 56 e 57 del Codice:** la novità più rilevante riguarda la soppressione dell'ultima parte del comma 2 lettera a) dal quale viene eliminato il limite di 1 milione di euro per l'affidamento dei lavori attraverso il ricorso alla procedura negoziata;
- **art. 62 del Codice:** la disposizione indica il numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo e non è stato modificato dal decreto 70/2011; con la legge di conversione al comma 1 dell'articolo 62 è stato aggiunto un inciso per cui - oltre che negli appalti di lavori di importo superiore a 40 ml di euro - anche nelle procedure ristrette relative "*a servizi o forniture*" le stazioni appaltanti possono limitare il numero dei candidati idonei che inviteranno a presentare un'offerta purché vi sia un numero sufficiente di candidati idonei. In ogni caso, come previsto dal successivo comma 2 del medesimo articolo non modificato dal decreto legge 70 né dalla legge di conversione, il numero minimo di candidati da invitare non può essere inferiore a dieci se sussistono in tale numero soggetti qualificati. La novità si riflette anche sugli affidamenti degli incarichi di progettazione in considerazione del rinvio all'art. 62 contenuto all'art. 265 del Regolamento.
- **art.64 del Codice:** la disposizione che riguarda il bando di gara è stata modificata con il decreto legge 70/2011 convertito senza modificazioni con la introduzione del comma 2 bis che prevede che "*I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo*". Viene reintrodotta per Legge il Bando Tipo sul quale, in passato si era espresso il Consiglio di Stato con la decisione il 5 aprile 2003 n.1785, precisando che i compiti attribuiti all'Autorità sono compiutamente e tassativamente elencati all'articolo 4, comma 4 della legge n. 109 del 1994, non potendosi riconoscere a tale Autorità competenze ulteriori rispetto a quelle alla stessa puntualmente assegnate".
- **art. 74 del Codice:** anche questa disposizione è stata modificata dal decreto legge 70/2011 convertito dalla legge di conversione con la introduzione del comma 2 bis per cui le stazioni appaltanti, per i servizi, forniture ed appalti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000,00 euro chiedono ai concorrenti l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva predisposti dalle medesime stazioni appaltanti sulla base di modelli standard definiti con decreto del Ministero delle infrastrutture, acquisito l'avviso dell'Autorità di vigilanza;
- **art. 81 del Codice:** la disposizione riguarda i criteri di scelta della migliore offerta e non è stata modificata dal decreto legge 70/2011; in sede di conversione in legge la Camera dei Deputati ha inserito il comma 3 bis disponendo che l'offerta migliore nei contratti pubblici è determinata altresì "*al netto delle spese relative al costo del personale e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro*" ; La norma impone di salvaguardare comunque e sempre il valore della manodopera quale costo non negoziabile, e pertanto da sottrarre al mercato e alla concorrenza, in analogia con quanto previsto già per gli oneri di sicurezza.

- **art. 87 del Codice:** la disposizione fissa i criteri per la verifica delle offerte anormalmente basse e non è stata modificata dal decreto legge 70/2011; in sede di conversione in legge la lett. g) del comma 2, relativo al costo del personale con o senza contratto collettivo applicabile è stata abrogata. La norma ha dunque negato l'ammissibilità delle giustificazioni in materia di costo del lavoro. La disciplina previgente imponeva, in fase di progettazione, la definizione del costo della manodopera e della sicurezza, attraverso voci di costo da indicare esplicitamente negli elaborati di progetto (specificatamente per i lavori la stima di manodopera era condotta attraverso il "Quadro di incidenza della manodopera", nonché la quota di sicurezza da non sottoporre a ribasso derivante dagli studi specifici definiti – DUVRI e/o PSC), e, in fase di valutazione dell'anomalia delle offerte, richiedeva altresì la verifica di congruità di tali voci, fornendo i parametri di riferimento da utilizzarsi, per la conduzione della verifica, per il solo costo del lavoro. Conseguentemente deve ritenersi superato il disposto dei citati art. 86, comma 3-*bis* del Codice e 39, comma 3 del Regolamento nelle parti in cui presuppongono la conduzione di verifica dell'anomalia per la componente di costo della manodopera, in quanto il costo del personale non è più elemento di offerta e pertanto come non dovrà più essere sottoposto a verifica di congruità.
- **art. 122 del Codice:** la disciplina degli appalti di lavori sotto soglia è stata modificata dal decreto legge 70/2011. In particolare, il comma 7, che ammetteva la procedura negoziata oltre che nei casi degli artt. 56 e 57 anche per lavori di importo complessivo non superiore a centomila euro, è stato sostituito con una disposizione che eleva le soglie di affidamento senza gara dei contratti sotto soglia: **i lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro** possono essere affidati nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'art. 57 comma 6; l'invito viene rivolto per importi pari o superiori a 500.000,00 euro ad almeno dieci soggetti, mentre per importi inferiori a 500.000,00 ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. L'avviso sui risultati della procedura è previsto poi venga pubblicata entro 10 giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva. In sede di conversione in legge, il citato comma 7 è stato integrato con l'introduzione dei limiti quantitativi del subappalto o dei subcontratti: ammessi nel limite del 20% per i lavori relativi alla categoria prevalente, ferma restando la disciplina vigente di cui all'art. 37 comma 11, per le categorie specialistiche. Con l'introduzione della nuova disciplina dei lavori fino a un milione di euro il decreto legge ha abrogato il comma 7 bis, abrogazione confermata dalla legge di conversione.
- **art. 123 del Codice:** la disposizione riguarda la procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori che è stata modificata dal decreto legge 70/2011, confermata dalla legge di conversione, con la elevazione della soglia **da un milione a un milione e cinquecentomila euro**;
- **art. 125 del Codice:** la disposizione riguarda gli affidamenti di lavori, servizi e forniture in economia e non è stata modificata dal decreto legge 70/2011. In sede di conversione, la Camera dei Deputati ha modificato il comma 11, elevando l'importo, da ventimila a quarantamila euro, per l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento per servizi e forniture in economia. La disposizione si riflette anche sugli affidamenti degli incarichi di progettazione, in considerazione del rinvio dell'art. 267 del Regolamento all'art.125 comma 11 del codice.
- **art. 132 del Codice:** la disposizione disciplina il regime delle varianti in corso d'opera e il decreto legge 70/2011, confermato dalla legge di conversione, ha modificato l'ultimo periodo del comma 3, stabilendo che l'importo in aumento relativo alle varianti ammesse del 5 per cento dell'importo originario del contratto, oltre a trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera si calcola *"al netto del 50 per cento dei ribassi d'asta conseguiti"*;
- **art. 133 del Codice:** la disposizione è stata modificata dal decreto legge 70/2011 nella parte in cui ai commi 4 e 5 disciplina l'adeguamento prezzi con il dimezzamento dell'entità delle

compensazioni previste per la variazione dei prezzi di materiali da costruzioni derivanti da circostanze eccezionali; in sede di conversione la modifica è stata confermata con l'aggiunta di una correzione formale della attuale denominazione del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti competente ad effettuare le rilevazioni dei prezzi;

- **art. 140 del Codice:** la disposizione disciplina il procedimento di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto; il comma 1 è stato modificato con il decreto legge 70/2011 nel senso di estendere le disposizioni ivi previste a tutti i casi di risoluzione del contratto disciplinati dagli artt. 135 e 136; va rammentato che l'art. 140 del Codice prevedeva nella sua originaria versione, una possibilità di scorrimento della graduatoria che è stata censurata dalla Commissione europea. Reintrodurre questa possibilità significa ricreare le stesse condizioni ed esporsi al rischio di una nuova procedura di infrazione da parte della commissione europea.
- **art. 153 del Codice:** in materia di finanza di progetto il decreto legge 70/2011 ha previsto una nuova procedura con la individuazione dei soggetti idonei ad asseverare il piano economico-finanziario (comma 9) e con la possibilità degli operatori economici di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale. La proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Una volta approvato il progetto preliminare questi viene posto a base di gara per l'affidamento di una concessione. Alla gara è invitato anche il promotore. La peculiarità della nuova procedura è costituita dal fatto che nel bando deve essere specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione nel caso in cui esso non risulti aggiudicatario entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva. In tal caso il promotore diviene aggiudicatario se si impegna ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario, il quale ha diritto ad essere ristorato dal promotore del spese sostenute per la predisposizione dell'offerta. (comma 19) E' stato anche previsto che la proposta di cui all'art. 19, primo periodo, può riguardare, in alternativa alla concessione, la locazione finanziaria ex art. 160 bis (comma 19 bis introdotto con il decreto legge). La legge di conversione ha confermato le modifiche e novità introdotte con il decreto legge, salvo aggiungere un inciso in ordine ai soggetti abilitati ad asseverare il piano economico-finanziario come individuati dal comma 9 citato; il successivo comma 20, modificato con il decreto legge, individua i soggetti che possono presentare le suddette proposte. Le nuove disposizioni dell'art. 153 comma 19, del Codice presentano alcune analogie con il procedimento cd del promotore, abrogato dal dlgs 152/98 in seguito alla censure di Bruxelles. Infatti la nuova procedura, ne ricalca in parte la scansione temporale suddividendo la complessa procedura in due fasi di cui una prima connotata da attività precipuamente discrezionali della PA e la seconda di gara, attribuendo al soggetto promotore il diritto di essere preferito in esito al confronto concorrenziale al migliore offerente aggiudicatario. La previsione di una maggiore autonomia al privato che può proporre iniziative non inserite nella programmazione, consente di qualificare il suo ruolo quale "reale promotore" ed in quanto tale consentirebbe il ripristino del diritto di prelazione. Si auspica che tale previsione convinca la commissione europea che sul punto ha già censurato l'Italia.
- **gli art. 165 e 170 del Codice:** sono disposizioni contenenti la disciplina delle opere strategiche recata dal capo IV del titolo III della parte II del Codice. In particolare si segnalano le modifiche, introdotte in parte con il decreto legge 70/2011 e in parte con la legge di conversione, che prevedono una riduzione dei tempi di approvazione del progetto definitivo mediante riduzione dei termini attualmente previsti nell'ambito della procedura della conferenza di servizi e le modifiche apportate in materia di progetto preliminare. In particolare:

- la conferenza di servizi è anticipata al progetto preliminare. Se il soggetto aggiudicatore avvia la localizzazione dell'opera e la VIA sulla scorta del progetto definitivo, anche indipendentemente dalla redazione e dalla approvazione del preliminare, la conferenza si svolge sul definitivo;
- è possibile approvare anche i progetti definitivi parziali dell'opera ma i lotti devono essere funzionali fattibili e dotati di copertura finanziaria;
- le varianti al definitivo approvato dal CIPE in corso d'opera sono approvate solo dal soggetto aggiudicatore.
- **art. 189 del Codice:** Le modifiche introdotte al comma 3 e al comma 4 con la legge di conversione del decreto legge 70/2011 sono volte a chiarire che ai fini della adeguatezza dell'organico tecnico e dirigenziale del contraente generale, è necessaria la presenza in organico di almeno un direttore tecnico con qualifica di dipendente o dirigente, nonché di responsabili di cantiere o di progetto. Si dispone inoltre in tema di contenuto dei certificati di lavoro;
- **art. 240 del Codice:** la disposizione disciplina il procedimento di accordo bonario. Le modifiche introdotte con il decreto legge 70/2011 sono state confermate con la legge di conversione, la quale ha specificato che l'accordo bonario contemplato dalla norma non si applica ai contratti affidati dal contraente generale;
- **art. 240-bis del Codice:** La disposizione nel testo originario prevedeva che le domande oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nella riserva stessa. Il decreto legge 70/2011 al comma 1 ha aggiunto un limite ulteriore per cui l'importo complessivo delle riserve "non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale", nonché il comma 1 bis secondo cui non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'articolo 112 del regolamento, sono stati oggetto di verifica. La legge di conversione ha confermato le modifiche introdotte con il decreto legge.
- **art. 246 bis del Codice:** la disposizione è stata introdotta con il decreto legge 70/2011 ed è stata in parte modificata con la legge di conversione. Introduce una peculiare fattispecie di responsabilità per lite temeraria nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a servizi, forniture e lavori che, fermo restando quanto previsto nel codice del processo amministrativo (art. 26), prevede una condanna d'ufficio della parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria parametrata all'importo del contributo unificato (da un minimo del doppio a non più di cinque volte) quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati;
- **art. 253 del Codice:** Con il decreto legge 70/2011 sono state prorogate al 31.12.2013 le disposizioni transitorie del codice in materia di dimostrazione dei requisiti degli esecutori di lavori pubblici e dei prestatori di servizi di ingegneria e architettura nonché consente alla stessa data di procedere, per appalti di rilevanza nazionali di lavori pubblici e di servizi e forniture all'esclusione automatica delle offerte anomale. Inoltre è prorogato al 31 dicembre 2011 il termine entro il quale deve essere conclusa la verifica straordinaria dei certificati di esecuzione dei lavori e delle fatture utilizzate ai fini del rilascio delle attestazioni di qualificazione SOA. Le disposizioni del decreto legge sono state confermate dalla legge di conversione, la quale ha elevato da tre a cinque anni il periodo dalla data di costituzione delle società dopo la entrata in vigore della legge 415/98 che possono documentare il possesso dei requisiti in relazione all'art. 90 per la partecipazione alle gare.
- **l'Allegato XXI del Codice:** esso è relativo alla progettazione delle opere strategiche e in particolare segnala la riduzione dal 10 all'8 per cento dell'accantonamento per imprevisti e per eventuali lavori in economia.
- **l'Allegato XXII del Codice:** sono state apportate delle modifiche al modello ex art. 189 di esecuzione lavori.

- Con il decreto legge 70/2011 sono state modificate anche alcune disposizioni del d.p.r. 5 ottobre 2010 n. 207 di approvazione del Regolamento di esecuzione e attuazione del d.lgs. n. 163/2006. Le modifiche introdotte con il decreto legge sono state confermate e in parte modificate con la legge di conversione. In particolare, sono stati modificati con atto avente efficacia di legge, in luogo dello strumento ordinario del regolamento di esecuzione adottato con dpr, gli artt. 2, 16, 47, 48, 92, 66, 267, 357, 358 e l'Allegato A.
- Sono state modificate anche alcune disposizioni del d.lgs. 22 gennaio 2004 n. 42 di approvazione del codice dei Beni culturali.

3. Opere di urbanizzazione a scomputo: Durante il procedimento di conversione del decreto legge 70/2011 è stato annullato l'articolo 5 che consentiva l'esecuzione delle opere di urbanizzazione da parte dei costruttori stessi. In conseguenza di ciò torna l'obbligo di affidamento a gara da parte del privato titolare del permesso di costruire.

La disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo risale alla normativa in materia urbanistica, secondo la quale la realizzazione di tali opere condiziona il rilascio del permesso di costruire. L'articolo 31 della legge 1150/42 (ora art. 12 del DPR 6 giugno 2001, n. 380 -Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia)

Come sostenuto dalla giurisprudenza, gli oneri di urbanizzazione sono dovuti "in ragione dell'obbligo del privato di partecipare ai costi delle opere di trasformazione del territorio" (Cons. Stato, Sez. V, 23 gennaio 2006, n. 159).

Su tale assetto normativo è intervenuta la pronuncia della Corte Europea "Scala 2001" che ha ritenuto contrarie alle direttive comunitarie sugli appalti pubblici "le normative nazionali in materia urbanistica che consenta al titolare di una concessione edilizia o di un piano di lottizzazione approvato la realizzazione diretta di un'opera di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo dovuto per il rilascio della concessione, nel caso in cui il valore di tale opera eguagli o superi la soglia fissata dalla direttiva di cui trattasi ». La Corte di Giustizia ha qualificato la realizzazione di un'opera di urbanizzazione un "appalto pubblico di lavori" con la conseguenza che il loro affidamento deve avvenire tramite procedure di evidenza pubblica.

A seguito di tale pronuncia, Il D. lgs. n. 152/2008, cd. "terzo decreto correttivo" ha introdotto nel Codice due novità fondamentali:

- a) non c'è più alcuna distinzione tra opere di urbanizzazione primaria e opere di urbanizzazione secondaria, unificate sotto la medesima disciplina;
- b) tutte le opere, a prescindere dal loro importo (inferiore, pari o superiori alla soglia comunitaria), sono ricondotte nella disciplina del Codice dei contratti e differenziate, in base all'importo, esclusivamente sotto il profilo della procedura applicabile.

La versione dell'art.32 lettera g) introdotta dal terzo correttivo prevede, infatti, due modalità alternative di realizzazione delle opere di urbanizzazione.

La prima (articolo 32, comma 1, lett. g) si basa sulla configurazione di una titolarità "diretta" della funzione di stazione appaltante in capo al privato titolare del permesso di costruire (ovvero titolare del piano di lottizzazione o di altro strumento urbanistico attuativo contemplante l'esecuzione di opere di urbanizzazione), che, in quanto "altro soggetto aggiudicatore", è tenuto ad appaltare tali opere a terzi con procedure di evidenza pubblica nel rispetto del Codice;

la seconda (articolo 32, comma 11, lett. g) prevede che il privato:

- a) presenti un "progetto preliminare" ;
- b) indichi il termine massimo per l'esecuzione dei lavori;
- c) depositi un schema di contratto di appalto

Per le opere di urbanizzazione di importo inferiore ad euro 5.150.000 , l'articolo 122, comma 8, del Codice dispone che sono affidate mediante la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6, cioè

mediante procedura negoziata, senza preventiva pubblicazione di bando, individuando almeno cinque operatori economici, adeguatamente qualificati, da invitare simultaneamente a presentare offerta. L'art.5 del DL 70 introduceva modifiche all'art.16 del Dpr 380 del 2001 inserendo il comma 2-bis del seguente tenore :*“Nell’ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati, l’esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, funzionali all’intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione l’articolo 122, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.”*. L’abrogazione dell’art.5 in occasione della Legge di conversione, reintroduce il regime previgente, con conseguente divieto del privato titolare del permesso di costruire della possibilità di eseguire direttamente le opere di urbanizzazione strettamente connesse alla lottizzazione, salvo che per il periodo transitorio brevissimo dal 12 maggio 2011 al 12 luglio 2011.

(Roma 19 luglio 2011)