

ANCE

ASSOCIAZIONE NAZIONALE COSTRUTTORI EDILI

Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70

*Le importanti novità
per il settore dei lavori pubblici*

Maggio 2011

L'articolo 4 del Decreto Legge n. 70/2011, c.d. Decreto Sviluppo, contiene importanti novità per il settore dei lavori pubblici.

Di seguito, si riportano alcune considerazioni sugli aspetti principali degli interventi di semplificazione ed accelerazione relativi alle disposizioni del D.Lgs. n. 163/2006 e sul regolamento di esecuzione n. 207/2010.

**Art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. b), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011
– cause di esclusione**

Le disposizioni del Decreto apportano importanti modifiche al testo **dell'art. 38 del codice dei contratti**, semplificando la disciplina delle cause di esclusione dalle procedure di gara, e riducendo la discrezionalità di valutazione della Pubblica Amministrazione.

- In particolare, con riferimento alla causa di esclusione disciplinata **dall'art. 1, comma 1, lett. b)**, (previste per i destinatari di una misura di prevenzione, o che abbiano riportato condanne penali per alcune tipologie di reati, caratterizzati dalla finalità di stampo mafioso), all'elenco dei soggetti interessati dalla disposizione (titolare o direttore tecnico per imprese individuali; socio o direttore tecnico per società in nome collettivo; soci accomandatari o direttore tecnico per società in accomandita semplice; amministratori con poteri di rappresentanza o direttore tecnico per altre società), vengono aggiunti il socio unico o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. La previsione inserita dal comma 2, lett. b), n. 1.1, dell'art. 4 del D.L. n. 70/11, che indubbiamente ha portata estensiva delle responsabilità configurate dal Legislatore nell'articolo in commento, appare di difficile contestazione quanto alla *ratio* della sua introduzione; essa, infatti, si riferisce ai casi specifici in cui la società faccia capo ad un unico socio di riferimento, o, comunque, sia una piccola realtà facente capo al socio di maggioranza; in tali casi, a questi soggetti è senza dubbio riconducibile la volontà dell'impresa, ragion per cui la previsione normativa appare giustificata.

- Per ciò che concerne il controllo dei soggetti cessati dalle cariche, previsto dal **comma 1, lett. c), dell'art. 38**, il periodo dei tre anni precedenti, rilevanti ai fini della verifica dei requisiti, viene

ristretto all'anno precedente dal comma 2, lett. b), punto n. 1.2 dell'art. 4 del Decreto Legge in commento.

Viene, inoltre, stabilito che, ai fini della condotta dissociativa, richiesta per escludere l'operatività della previsione, sia sufficiente una effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata del soggetto cessato dalla carica, e non più l'adozione di atti o misure di completa dissociazione. Inoltre, viene chiarito che non rilevano, ai fini dell'esclusione dalle gare, le condanne per le quali siano intervenute la riabilitazione, la revoca della sentenza, l'estinzione o la depenalizzazione del reato.

La previsione è senza dubbio opportuna, e merita, di conseguenza, una valutazione positiva, poiché circoscrive l'operatività delle cause di esclusione relative ai "cessati" dalle cariche ad un periodo più ristretto, offrendo una soluzione al problema delle imprese di reperire informazioni relative a periodi risalenti nel tempo; nonostante ciò, la norma consente la partecipazione alle gare di imprese che abbiano interrotto i legami con soggetti condannati e cessati dalla carica da un periodo relativamente breve.

Quanto alle misure di dissociazione, la differente formulazione del testo della disposizione non contiene più il riferimento agli "atti", sostituito dal termine "misure"; quest'ultimo, tuttavia, non è sufficiente ai fini della precisa individuazione delle modalità con cui le imprese possano attuare una condotta dissociativa.

Al riguardo, nell'ottica dell'attribuzione di un significato effettivo alla modifica introdotta dal Decreto Legge, e sulla base di una interpretazione ragionevole, si ritiene che si possa considerare sufficiente l'estromissione del soggetto dall'incarico, su iniziativa dell'impresa; tale impostazione consente di superare le controversie interpretative che vertevano sulla necessità, per le imprese, di intraprendere azioni di responsabilità nei confronti dei cessati dalle cariche. Tali azioni, oltre ad essere particolarmente onerose per le imprese, sono anche di difficile attuazione, considerato che potrebbe non essere sempre presente un danno in concreto derivante dall'azione commessa, se non proprio quello derivante dalla preclusione alle gare per la mancata dissociazione.

Una delibera di estromissione del soggetto dall'impresa, invece, laddove sia evidente la finalità di prendere le distanze dalla condotta negativa e sanzionata, infatti, sembra sufficiente ad escludere legami fra l'impresa ed il soggetto cessato.

Da ultimo, la previsione relativa alle pronunce di riabilitazione, estinzione, depenalizzazione o revoca della sentenza, stabilendo che la pronuncia giudiziale in merito a tali circostanze sia

necessaria e sufficiente ad evitare l'esclusione dalla procedura, conferma che la finalità dell'intervento legislativo è quella di rendere tassative e certe le cause di esclusione dalle gare, chiarendo il precedente testo normativo nei punti in cui appariva maggiormente oscuro.

In merito alle modifiche appena descritte, occorre precisare che la differente formulazione del **comma 2 dell'art. 38 del codice**, apportata dal comma 2, punto n. 4, dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011, puntualizza e precisa le cause di esclusione previste dal primo comma alla lettera c). In tale contesto, viene specificato che, in sede di attestazione dei requisiti, il concorrente debba dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione. Viene, altresì, chiarito che non devono essere dichiarate le condanne quando il reato sia stato depenalizzato, ovvero condanne per le quali sia intervenuta la riabilitazione, o quando il reato sia stato dichiarato estinto dopo la condanna, o dopo la revoca della condanna stessa. Dal contenuto del nuovo comma 2 dell'art. 38 emerge come non rilevi più quanto richiesto dal bando ai fini dell'individuazione della tipologia dei reati incidenti sulla moralità professionale; pertanto, l'impresa sarà tenuta a dichiarare tutti i reati, compresi quelli che non risultano dal certificato che il casellario rilascia ai privati. Al riguardo, pertanto, si consiglia sempre di effettuare una visura, tramite la quale gli enti o le persone possono conoscere tutte le iscrizioni esistenti a loro carico, comprese quelle che non appaiono nel certificato, e che compaiono, invece, nei certificati acquisiti dall'Autorità Giudiziaria (art. 33 de T.U. n. 313 del 2002); tale strumento, più completo, consente alle imprese di evitare di rendere dichiarazioni mendaci.

- Relativamente alla causa di esclusione per violazione del divieto di intestazione fiduciaria, prevista dal **comma 1, lett. d) dell'art. 38**, il comma 2, lett. b), punto n. 1.3, del Decreto Legge prevede che l'esclusione abbia durata di un anno, che sia decorrente dall'accertamento definitivo della violazione, e che vada comunque disposta solo nel caso di mancata rimozione della violazione. Tale ultimo inciso sembrerebbe condurre alla conclusione secondo cui l'esclusione vada comunque prolungata oltre un anno se l'oggetto della causa di esclusione non sia stato rimosso.

- In merito, inoltre, alle violazioni in materia di sicurezza dei lavoratori e loro tutela, al **comma 1, lett. e) dell'art. 38** viene previsto (grazie alla modifica apportata dal comma 2, lett. b), punto n. 1.4 del D.L. n. 70/2011) che l'esclusione opera nel caso di violazioni gravi e definitivamente accertate delle disposizioni di legge in materia; inoltre, il nuovo comma 2 dell'art. 38, come modificato dal

comma 2 punto 2 del D.L. n. 70, nel fare riferimento alla citata lett. e), prevede che si intendono gravi le violazioni individuate ai sensi dell'art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2008, fermo restando quanto previsto, con riferimento al settore edile, dall'articolo 27, comma 1-bis, dello stesso Decreto Legislativo. Al riguardo, occorre precisare che la prima disposizione prevede che gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali possano adottare provvedimenti di sospensione dell'attività imprenditoriale, quando riscontrino l'impiego di personale non risultante dalla documentazione obbligatoria, in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro. La seconda disposizione, invece, introduce "una patente a punti" sulla sicurezza, ovvero un sistema di qualificazione che consente la continua verifica dell'idoneità delle imprese e dei lavoratori autonomi, operante per mezzo dell'attribuzione alle imprese ed ai lavoratori autonomi di un punteggio iniziale che misuri tale idoneità, soggetto a decurtazione a seguito di accertate violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro. Secondo tale sistema, l'azzeramento del punteggio per la ripetizione di violazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro comporta l'impossibilità, per l'impresa o per il lavoratore autonomo, di svolgere attività nel settore edile. Il regime, la cui operatività è subordinata all'adozione di un apposito D.P.R., non è ancora entrato in vigore.

Ciò premesso, occorre precisare che la formulazione della lett. e) dell'art. 38 del codice, così come delineata all'interno dell'art. 5 del Decreto Legge, lascia spazio ad ampi dubbi interpretativi.

Infatti, pur condividendo la previsione che, con specifico riferimento al settore edile, rinvia l'individuazione delle violazioni gravi in materia di sicurezza all'art. 27, comma 1-bis, del D.Lgs. n. 81/2008, si esprimono alcuni dubbi circa il regime che coinvolgerebbe il settore medesimo, nelle more dell'entrata in vigore della norma citata.

Va evidenziato, infatti, che il meccanismo sanzionatorio della sospensione previsto dall'articolo 14 in presenza di determinate violazioni gravi in materia di sicurezza presuppone, quale elemento costituente la gravità, la reiterazione della violazione in un arco temporale di 5 anni.

Pertanto, ai fini di un coordinamento logico sistematico delle previsioni dell'articolo 38 del codice con quelle dell'articolo 14 richiamato, sembra doversi ritenere che anche ai fini dell'esclusione dalle gare di appalto le gravi violazioni sulla sicurezza che rilevano debbano presentare il carattere della reiterazione.

Se così non fosse, infatti, si arriverebbe ad un ingiustificabile paradosso consistente nel fatto che fintanto che il sistema della patente a punti non decolli, per l'edilizia anche una sola delle violazioni indicate dall'art. 14 comporterebbe l'esclusione dalle gare di appalto, a fronte, invece della necessaria reiterazione di tali violazioni, richiesta per la sospensione dell'attività imprenditoriale.

- Con riferimento alle violazioni in materia fiscale, occorre precisare, inoltre, che l'introduzione della nuova **lett. g) del comma 1 dell'art. 38**, da parte del comma 2, lett. b), punto n. 1.5 del Decreto Legge, ai fini della loro rilevanza prevede, ora, oltre all'accertamento definitivo, la gravità delle violazioni. In merito, inoltre, il comma 2 dell'art. 38 precisa che si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di 10.000 euro (v. l'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del D.P.R. n. 602/1973). La previsione, di conseguenza, consente di circoscrivere opportunamente la responsabilità ai casi effettivamente rilevanti, mentre, in precedenza, le violazioni di qualsivoglia entità costituivano presupposto di responsabilità.

- In merito alla tipologia delle violazioni prevista nella **lett. i) del comma 1 dell'art. 38** (non modificata dal decreto Sviluppo), consistenti nelle gravi violazioni, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, il già citato comma 2 dell'art. 38 precisa che si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del DURC, secondo le disposizioni normative vigenti in merito. Nella disposizione, in sostanza, trova accoglimento l'orientamento giurisprudenziale che aveva chiarito come la violazione contributiva fosse da considerare grave, e, dunque, rilevante, quando avesse superato i limiti di tolleranza previsti per il DURC. Al riguardo, infatti, è opportuno rilevare che l'art. 8, c. 3 del D. M. 24/10/2007 individua come cause non ostative al rilascio del DURC uno scostamento di 100 euro rispetto al dovuto, ovvero, nei casi di importi superiori a 100 euro, uno scostamento superiore al 5% fra le somme dovute e quelle versate, con riferimento a ciascun periodo di paga o contribuzione.

- Il Decreto Legge in commento interviene anche su quanto previsto dalla **lett. h) del citato comma 1 dell'art. 38, e introduce nello stesso articolo il comma 1-ter** (la modifica alla lett. h), infatti, viene apportata dal comma 2, punto n. 1.6 del Decreto Legge n. 70/2011. Il comma 2 punto n. 3 dell'art. 4 dello stesso Decreto introduce, invece, il comma 1-ter).

Conseguentemente alle modifiche normative, nell'ambito delle cause di esclusione per false dichiarazioni, ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, rese in gara, o ai fini del subappalto, i casi di esclusione vengono limitati alle false dichiarazioni rese con dolo o colpa grave. Il compito dell'accertamento delle violazioni così commesse è demandato all'Autorità di Vigilanza, che, laddove rilevi la sussistenza dell'elemento soggettivo del dolo o della colpa grave, ordina l'iscrizione nel casellario informatico. Tale iscrizione impedisce la partecipazione alle gare e l'affidamento di un subappalto limitatamente ad un anno. La previsione in commento, come risultante dalle modifiche apportate, circoscrive positivamente l'ambito dell'operatività delle sanzioni comminate alle imprese per le false dichiarazioni; con essa, infatti, viene eliminata la possibilità di sanzionare con una misura "onerosa", qual è l'esclusione dalle gare, le imprese che siano incorse in incolpevoli omissioni o errori, o, più in generale, che abbiano reso false dichiarazioni con colpa lieve.

- Ulteriore modifica, di non poco rilievo, è quella apportata alla lettera **m-bis) dell'articolo** in commento da parte del comma 2, lett. b), punto n. 1.8, dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011. Viene, infatti, introdotta la limitazione temporale ad un anno dell'operatività della sanzione dell'interdizione alla partecipazione alle gare, nei casi di false dichiarazioni o produzione di falsa documentazione, ai fini del rilascio dell'attestazione SOA. Anche in tal caso, viene demandato all'Autorità il compito di verificare che le violazioni siano state commesse con dolo o colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della falsa documentazione, e di disporre, conseguentemente, l'iscrizione nel Casellario Informatico. La necessità di tale accertamento è prevista nel comma 9-quater dell'art. 40, che dispone, altresì, che l'iscrizione nel casellario abbia durata di un anno, decorso il quale è cancellata e perde efficacia.

- Nell'ambito delle modifiche introdotte alla disposizione in commento, occorre segnalare, inoltre, sia la riduzione ad un anno (operata nella **lettera m-ter del comma 1**, su cui è intervenuto il comma 2, punto n. 1.9 del Decreto Sviluppo) del periodo rilevante per la mancata denuncia di fatti di estorsione, in precedenza pari a tre anni, sia la modifica del **comma 1-bis dell'art. 38** (apportata dal comma 2, punto n. 2 del D.L. in commento), che specifica che le cause di esclusione di imprese sottoposte a sequestro o confisca sono riferite al periodo antecedente all'affidamento ad un custode

o ad un amministratore. I provvedimenti in questione sono sempre connessi alla normativa antimafia.

- Per quanto concerne la previsione della **lett. m-quater dell'art. 38** del codice dei contratti (disposizione non modificata dal Decreto Sviluppo), si segnala che la nuova formulazione del comma 2 (introdotta, come accennato, dal comma 2, lett. b), punto n. 4, dell'art. 4), vengono indicati chiaramente gli adempimenti cui è tenuto il concorrente, ai fini della dimostrazione dell'assenza di un collegamento con altre imprese che porti a ritenere configurabile un unico centro decisionale. Nella dichiarazione, secondo la nuova disposizione, il partecipante dovrà affermare, alternativamente: a) di non essere in situazione di controllo con alcun soggetto (in precedenza, con nessun partecipante alla medesima procedura); b) di non essere a conoscenza della partecipazione alla stessa procedura di soggetti che, rispetto al concorrente medesimo, siano in situazione di controllo, e di aver formulato l'offerta autonomamente; c) di essere a conoscenza della partecipazione, alla stessa procedura, di soggetti in posizione di controllo rispetto al medesimo concorrente, e di aver comunque formulato l'offerta autonomamente. In tali ipotesi, inoltre, la stazione appaltante esclude i concorrenti per i quali accerta che le offerte, sulla base di univoci elementi, sono imputabili ad un unico centro decisionale. Con riferimento a tale ultimo aspetto, pertanto, viene meno l'obbligo di produrre documentazione che dimostri l'inesistenza del collegamento fra imprese nel caso di mero legame formale. In merito a quanto appena descritto, occorre segnalare che desta perplessità, nella dichiarazione sub. lett. a), la necessità della dichiarazione dell'assenza di una situazione di controllo con "nessun soggetto", laddove il testo precedente della disposizione prevedeva che la dichiarazione si riferisse a "nessun partecipante alla medesima procedura"; tuttavia, da una interpretazione logico-sistematica, si ritiene di poter ritenere che la disposizione si riferisca comunque ai soggetti partecipanti alla gara.

Da un punto di vista più generale, poi, l'intervento normativo sul comma 2 dell'art. 38 appare opportuno, poiché contribuisce a determinare con chiarezza gli adempimenti cui sono tenute le imprese nell'ambito della partecipazione alle gare; la portata applicativa della disposizione dovrebbe comportare la forte riduzione della discrezionalità nella valutazione dei concorrenti, da parte degli enti appaltanti, la contestuale limitazione del contenzioso, e la riduzione dei casi di esclusione per meri collegamenti formali fra imprese.

Art. 40 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. c, dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – qualificazione per eseguire lavori pubblici.

- Le disposizioni del Decreto Legge in commento hanno modificato il contenuto **dell'art. 40 del codice dei contratti**; nel comma 3, lett. a) della disposizione, modificato dall'art. 4, comma 2, lett. c), punto n. 1 del Decreto Legge n. 70/2011, viene imposto ai soggetti accreditati (ai sensi delle norme europee della serie UNI CEI EN 45000 e della serie UNI CEI EN ISO/IEC 17000) l'obbligo di aggiornamento dell'elenco ufficiale delle imprese certificate in qualità; ciò in quanto le SOA devono verificare su tali elenchi la presenza delle imprese delle quali devono attestare la certificazione in qualità.

Occorre tener presente, inoltre, l'introduzione del nuovo comma 9-quater, ad opera del comma 2, lett. c), punto n. 2, dell'art. 4 del D.L. Sviluppo; con tale disposizione è stata data copertura agli articoli 78, comma 5, e 79, comma 18, del regolamento n. 207/10, prevedendo che l'interdizione dai pubblici appalti e dall'ottenimento della qualificazione SOA, a causa di un'annotazione per una falsa dichiarazione, resa in sede di attestazione, abbia durata non illimitata, bensì di un anno.

Art. 46 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. d), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – tassatività delle cause di esclusione.

- Novità di grande importanza è la modifica dell'**art. 46 del codice dei contratti**, mediante l'introduzione (da parte dell'art. 4, comma 2, lett. d), punto n. 1) del **comma 1-bis**, che conferma la volontà di rendere tassative le cause di esclusione dalle procedure di gara. Secondo la nuova previsione, infatti, la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti nel caso di mancato adempimento alle prescrizioni del codice, del regolamento, o di altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o provenienza dell'offerta, o di confezionamento del plico che la contiene, tale da non ritenere garantita la sua segretezza. La rubrica della disposizione si arricchisce dell'inciso "tassatività delle cause di esclusione", che rende, quindi, lampante la volontà di circoscrivere l'esclusione dei concorrenti solo in casi effettivi di inadempimento alle regole in essa contenute.

Viene, inoltre, previsto, che i bandi di gara debbano contenere l'indicazione tassativa delle cause di esclusione elencate dal comma 1-bis, e, soprattutto, che non possano contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione, che, in ogni caso, sarebbero nulle. Mediante tale precisazione, viene circoscritto, opportunamente, il potere discrezionale delle stazioni appaltanti di introdurre nei bandi

di gara cause di esclusione sproporzionate, che si ripercuotono negativamente sui concorrenti alle procedure.

Al riguardo, preme rilevare che le modifiche in commento sono immediatamente operative per i bandi pubblicati il giorno seguente all'entrata in vigore del nuovo Decreto Legge; quanto, invece, ai bandi pubblicati antecedentemente, deve ritenersi che, in ossequio ai principi generali dell'ordinamento ed alle regole del diritto transitorio, questi siano soggetti alla disciplina vigente alla data della loro pubblicazione. Le nuove disposizioni, infatti, non possono avere effetto retroattivo, e, di contro, possono disporre solo per l'avvenire.

Art. 48 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. e), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – Banca dati dell'Autorità di Vigilanza.

- La disposizione in commento concerne la verifica dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari, ad opera delle stazioni appaltanti, nei confronti dei partecipanti alle procedure di gara. Si ricorda che, come precisato dall'Autorità di Vigilanza nella Determinazione n. 5 del 21.5.2009, l'operatività della disposizione con riferimento agli appalti di lavori, data la vigenza del sistema di attestazione SOA per gli appalti superiori a 150.000 euro, è circoscritta a quelli di importo inferiore a tale cifra. Inoltre, la stessa disposizione si applica agli appalti di lavori di importo superiore a 20.658.276 di euro; per quest'ultima tipologia, infatti, il concorrente, oltre al possesso dell'attestazione SOA nella categoria richiesta con classifica di importo illimitato, deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente alla data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari non inferiore a tre volte (2,5 volte – cfr. art. 61 nuovo Regolamento generale n. 207/2010) l'importo a base di gara. Tale ultimo requisito è, infatti, oggetto di verifica in gara ai sensi dell'art. 48 del codice dei contratti.

Quanto, poi agli appalti di servizi e forniture, l'art. 48 si applica a tali tipologie senza alcuna limitazione di importi.

Ciò premesso, occorre precisare che la disciplina del controllo sul possesso dei requisiti resta sostanzialmente invariata; vengono, però, introdotte, ad opera del comma 2, lett. e), dell'art. 4 del D. L. n. 70/2011, le previsioni dei commi **2-bis e 2-ter**, secondo cui la documentazione comprovante il possesso dei requisiti tecnico-organizzativi ed economico-finanziari deve essere inserita, a cura delle stazioni appaltanti, nella Banca Dati Nazionale dei contratti pubblici, gestita dall'Autorità di Vigilanza.

La previsione è sostanzialmente finalizzata a consentire un controllo telematico dei requisiti delle imprese, nell'ottica della semplificazione e dello snellimento delle procedure di verifica sui requisiti. Quanto alla Banca Dati, essa, secondo quanto previsto dall'art. 62-bis del D.Lgs. n. 82/2005, dovrebbe consistere nel complesso delle informazioni gestite dall'Osservatorio dell'Autorità di Vigilanza mediante il proprio casellario informatico, ai sensi dell'art. 7 del D.Lgs. n. 163/2006.

Artt. 56, 57, 122 e 204 del D.L. n. 163/2006, modificati, rispettivamente, dal comma 2, lett. f), g), l) e dd) dell'art. 4 del Decreto n. 70/2011 – soglia della procedura negoziata senza bando.

- Di notevole importanza la previsione che dispone l'innalzamento da 500.000 euro a un milione di euro della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando, a cura del responsabile del procedimento. Il **comma 7 dell'art. 122**, come riformulato dall'art. 4, comma 2, lett. l) del Decreto, dispone adesso che all'elevazione della soglia si accompagni l'aumento del numero minimo dei soggetti che devono essere obbligatoriamente invitati alla procedura, stabilendo che debbano essere almeno 10 per lavori di importo superiore a 500.000 euro e almeno 5 per lavori di importo inferiore.

Diventa, inoltre, obbligatoria la regola della post-informazione sui soggetti invitati, già prevista con riferimento ai soggetti aggiudicatari, da attuare entro dieci giorni dalla data di aggiudicazione definitiva. Ciò dovrebbe anche consentire il rispetto del principio di rotazione fra gli invitati alla procedura. Conseguentemente a tale modifica, viene meno il vecchio comma 7-bis dell'art. 122.

La previsione in commento sembra un buon compromesso fra l'esigenza di semplificazione delle procedure di importo minore, anche nell'interesse delle piccole e medie imprese, e la garanzia dei principi comunitari, attraverso un rafforzamento delle garanzie per la tutela dei principi di concorrenza, rotazione e parità di trattamento, cui le amministrazioni sono sempre tenute nell'esperire procedure negoziate senza bando di gara.

Occorre, inoltre, segnalare che vengono meno le previsioni degli **artt. 56, comma 1, lett. a), ultima parte, e 57, comma 2, lett. a), ultima parte**, che prevedevano il limite di un milione di euro per l'affidamento dei lavori mediante procedura negoziata (con bando e senza bando), nel caso di precedente procedura in cui le offerte siano state irregolari o inammissibili, o di procedura andata deserta; di conseguenza, si verifica la totale eliminazione delle limitazioni di importo per tali procedure.

Da ultimo, si segnala che la soglia della procedura negoziata senza bando, per i lavori relativi ai beni culturali, è stata elevata ad un milione e mezzo di euro, con le stesse garanzie di post informazione sopra citate; ciò nella modifica dell'art. 204, comma 1, del codice, introdotta dal comma 2, lett. dd).

Artt. 64 e 74 del D.Lgs. n. 163/2006, modificati, rispettivamente, dal comma 2, lett. h) e i), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – bandi-tipo e dichiarazioni sostitutive- tipo.

- Anche l'**art. 64** si arricchisce del nuovo **comma 4-bis**, relativo alla predisposizione dei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti sulla base di modelli tipo, approvati dall'Autorità di Vigilanza previo parere del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti, e sentite le categorie professionali interessate. La modifica viene apportata dall'art. 4, comma 2, lett. h) del Decreto n. 70/2011.

I modelli in questione dovranno, altresì, contenere le cause di esclusione del citato art. 46, comma 1-bis. La rilevanza dei bandi tipo così predisposti è tale che, nella delibera a contrarre, le stazioni appaltanti dovranno espressamente motivare in merito alle deroghe al modello cui ricorrere.

Le modifiche in commento consentono di porre rimedio al problema dei differenti bandi di gara che sono predisposti dalle stazioni appaltanti; la discrezionalità nella redazione dei bandi, infatti, comporta l'esistenza di atti differenti per procedure uguali, ed il conseguente dovere dei partecipanti alle gare di interpretare le differenti clausole senza un parametro di riferimento.

- il nuovo **comma 2-bis dell'art. 74**, con una previsione analoga a quella appena citata, introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. i) del Decreto Legge in parola, prevede la predisposizione, con le stesse modalità sopra descritte, di moduli per la dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale, e, per contratti relativi a servizi e forniture o per contratti di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi.

Anche questa disposizione, la cui formulazione appare quanto mai opportuna, consente alle imprese di avere un modello unico ai fini della dichiarazione del possesso dei requisiti di partecipazione, limitando la discrezionalità delle stazioni appaltanti.

Art. 123 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. m), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – soglia della procedura ristretta semplificata.

- In conseguenza delle modifiche descritte in merito alla procedura negoziata senza bando, nel **comma 1 dell'art. 123** del codice dei contratti, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. m) del D.L. n. 70/2011, viene disposta l'elevazione a 1 milione e mezzo di euro della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura semplificata per gli appalti di lavori.

La norma descritta si pone nel solco della semplificazione e dello snellimento delle procedure cui le stazioni appaltanti possono ricorrere, e funge da raccordo con le modifiche apportate alla procedura negoziata senza bando.

Art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. n), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – limiti alle varianti in corso d'opera.

- Con una modifica di difficile condivisione, e che, si presume, non potrà avere conseguenze positive sull'esecuzione dei lavori, il Decreto Sviluppo introduce un limite al riconoscimento delle varianti. Il **comma 3 dell'art. 132**, infatti, riformato dall'art. 4, comma 2, lett. n), ribadendo che l'importo finalizzato al riconoscimento di varianti migliorative, su iniziativa della stazione appaltante non possa superare il 5% dell'importo originario del contratto, e che debba trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera, introduce un limite ulteriore, consistente nel fatto che le somme derivanti dai ribassi d'asta, e utilizzati per tale copertura, siano ridotti del 50%.

La previsione in commento, se, da un lato, è dichiaratamente finalizzata alla riduzione dei costi delle opere pubbliche, dall'altro limita, in concreto, il riconoscimento di variazioni in aumento che si rendano indispensabili per fatti sopravvenuti, senza prevedere margini di valutazione che consentano di tenere conto della necessità o della indispensabilità.

Art. 133 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. o), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – limiti alle compensazioni per i prezzi dei materiali.

- Viene modificato anche il testo dei **commi 4 e 5 dell'art. 133**, mediante l'introduzione, da parte dell'art. 4, comma 2, lett. o) del D.L. Sviluppo, di un limite più stringente al riconoscimento all'esecutore delle compensazioni per l'aumento del prezzo dei materiali, in misura superiore al

10% del prezzo rilevato dal Ministero delle Infrastrutture; l'importo viene ridotto, ora, alla metà della percentuale eccedente il 10%, rimanendo, peraltro, circoscritto ai limiti delle risorse previste nel quadro economico del progetto.

La previsione, di portata negativa per gli esecutori dei lavori, realizza una limitazione di difficile giustificazione del diritto ad ottenere un compenso per l'aumento del prezzo dei materiali.

Anche in tal caso, sebbene l'intervento sia finalizzato al contenimento dei costi, le conseguenze pratiche dell'applicazione della disposizione riformulata appaiono fortemente lesive della legittima pretesa delle impresa ad un adeguamento del corrispettivo d'appalto, in caso di aumento dei prezzi, in misura superiore all'*alea* contrattuale.

**Art. 140 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. p), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011
– procedure di affidamento nel caso di fallimento dell'esecutore o risoluzione del contratto.**

- La modifica dell'**art. 140 del codice**, introdotta dall'art. 4, comma 2, lett. p) del D.L. n. 70/2011, concerne alcune modifiche alla facoltà, per le stazioni appaltanti, di rivolgersi ai partecipanti alla procedura classificati in posizione successiva al primo, nel caso di fallimento di quest'ultimo o di risoluzione del contratto.

In particolare, a seguito delle modifiche intercorse, viene meno la previsione che subordinava l'operatività della disposizione in commento alla previsione nel bando di gara. Ne deriva che le stazioni appaltanti potranno sempre ricorrere all'art. 140, in presenza delle fattispecie richieste dalla disposizione, anche senza averlo espressamente previsto nel bando di gara.

Quanto, poi, alle fattispecie concrete, occorre precisare che viene meno, nel citato comma 1, il generico riferimento al grave inadempimento dell'esecutore, sostituito dal più preciso richiamo agli artt. 135 e 136 dello stesso codice. Tali disposizioni disciplinano, rispettivamente, la risoluzione del contratto per reati accertati e per decadenza dell'attestazione di qualificazione, e la risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo.

Di conseguenza, i presupposti della possibilità di ricorrere all'interpello del secondo classificato vengono, opportunamente, meglio precisati.

**Art. 153 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. q), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011
– finanza di progetto**

- Il comma 2, lett. q) del D.L. n. 70/2011 introduce un'importante modifica alla disciplina del project financing, con riferimento alla procedura prevista dal **comma 19 dell'art. 153** del codice, relativa alle proposte per opere non inserite nella programmazione.

Si ricorda che la previgente disciplina prevedeva la possibilità, per gli operatori economici, di presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte per la realizzazione di lavori pubblici non presenti nella programmazione triennale, a mezzo di uno studio di fattibilità. Le amministrazioni avevano l'obbligo di valutare la proposta entro sei mesi e, nel caso la giudicassero di pubblico interesse, indicevano una gara di project financing secondo le procedure previste nello stesso art. 153.

La norma, però, non prevedeva alcun elemento di premialità a favore dell'ideatore della proposta, la cui assenza costituiva un forte disincentivo all'utilizzazione dell'istituto.

A tale carenza pone rimedio la nuova disciplina introdotta dal D.L. n. 70/2011, mediante la previsione del diritto di prelazione in favore del proponente, nel caso in cui la proposta, ritenuta di pubblico interesse, venga posta in gara.

Più in particolare, secondo la nuova procedura, la proposta relativa ad opere non previste nella programmazione, non è più effettuata mediante uno studio di fattibilità, ma deve comprendere un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico finanziario asseverato. L'amministrazione valuta entro tre mesi il pubblico interesse della proposta, eventualmente richiedendo al proponente le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Una volta riconosciuto di pubblico interesse, il progetto preliminare è inserito nella programmazione ed approvato mediante conferenza di servizi. Il proponente è tenuto ad apportare al progetto eventuali modifiche richieste in sede di approvazione.

Si apre quindi la fase della gara a base della quale è posto il progetto preliminare approvato ed alla quale partecipa anche il proponente che assume la denominazione di promotore. Il bando specifica che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. Le proposte dei concorrenti, compreso il promotore,, devono contenere una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, le eventuali varianti al progetto preliminare.

Il promotore, se non risulta aggiudicatario, può esercitare la prelazione, assumendo la concessione alle stesse condizioni proposte dall'aggiudicatario e pagando a quest'ultimo l'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nei limiti del 2,5 per cento del valore dell'investimento. Se invece decide di non esercitare la prelazione, il promotore stesso ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nei limiti sopra indicati.

La nuova disposizione, da valutare positivamente, riprende sostanzialmente una proposta ANCE diretta proprio a prevedere un incentivo in favore del proponente per favorire un istituto teso a valorizzare le capacità ideative e creative degli imprenditori .

Altro elemento da accogliere con favore, in quanto consente un'estensione del contenuto della proposta, è la previsione secondo cui oggetto della procedura sopra descritta può essere, in alternativa al concessione, anche la realizzazione di opere mediante locazione finanziaria.

Artt. 165, 166, 167, 168, 189 del D.Lgs. n. 163/2006, modificati, rispettivamente, dal comma 2, lett. r), nn. 3 e 4, e lett. s), u) e z) dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – realizzazione di grandi infrastrutture

- Mediante alcune modifiche apportate alle disposizioni in rubrica, la disciplina relativa alle infrastrutture strategiche subisce una revisione, nell'ottica della limitazione dei costi di realizzazione e della semplificazione dell'iter di approvazione dei progetti.

Fra le principali modifiche introdotte dal Decreto Sviluppo si segnalano:

- l'abbassamento dal 5 al 2% del limite di spesa per le opere compensative, nell'ambito della realizzazione delle opere di interesse strategico, e la previsione della loro ammissibilità solo laddove strettamente correlate alla funzionalità dell'opera;
- la riduzione dei termini per la pubblicazione dei bandi di gara;
- la riduzione della possibilità di apportare varianti al progetto, sia dal punto di vista della correlazione alla funzionalità dell'opera, sia dal punto di vista economico; in merito a tale punto, infatti, viene previsto che le varianti non possano comportare incrementi del costo rispetto al progetto preliminare;
- la riduzione dei termini procedurali delle conferenze di servizi;

- l'aumento dei termini di durata dei vincoli preordinati all'esproprio.

Art. 240 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. gg), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – accordo bonario

- Il Decreto in commento introduce una modifica, apportata dall'art. 4, comma 2, lett. gg), punto n. 1 del Decreto Legge n. 70/2011, al **comma 5 dell'art. 240**, relativo agli appalti ed alle concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro; la norma previgente prevedeva che il responsabile del procedimento, senza un termine specifico, dovesse promuovere la costituzione di una apposita commissione per la predisposizione di una proposta di accordo bonario; la nuova previsione, invece, richiama il comma 3 dell'art. 240, prevedendo che il responsabile del procedimento debba istituire la commissione entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione delle riserve da parte del direttore dei lavori.

Analogamente, tale termine viene ripreso nel **comma 6**, laddove viene previsto che il responsabile del procedimento debba provvedere a promuovere l'istituzione della commissione, indipendentemente dall'importo delle riserve ancora da definire, entro trenta giorni dal ricevimento del certificato di collaudo o regolare esecuzione. In tale ipotesi la proposta della commissione dovrà essere formulata entro 90 giorni dalla sua costituzione. In merito, occorre precisare che le due modifiche appena descritte troveranno applicazione solo per le commissioni istituite dopo l'entrata in vigore del Decreto Sviluppo.

- Una ulteriore modifica concerne il compenso dei commissari, previsto dal **comma 10** della disposizione in commento, come modificato dall'art. 4, comma 2, lett. gg), punto n. 3. Il Decreto Sviluppo, infatti, interviene sulla determinazione del compenso della commissione, stabilendo che non possa superare l'importo di 65 mila euro, da rivalutare ogni 3 anni con DM Finanze in concerto con il Ministero delle Infrastrutture. La disposizione, che innalza il limite ai compensi per le commissioni (prima pari a un terzo dei corrispettivi minimi previsti per gli arbitri, oltre al rimborso delle spese), sarà operativa solo per quelle costituite dopo l'entrata in vigore del D.L. Sviluppo, e dovrebbe rilanciare il ricorso all'istituto dell'accordo bonario.

Art. 240-bis del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. hh), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – limiti all'iscrizione ed al riconoscimento delle riserve.

- La previsione in commento riguarda la disciplina delle riserve e del loro riconoscimento in favore dell'appaltatore. La precedente formulazione della disposizione prevedeva un solo limite espresso, ossia che le domande volte a far valere pretese già fatte oggetto di riserva non potessero essere proposte per importi maggiori a quello già quantificato nelle riserve.

L'intervento dell'art. 4, comma 2, lett. hh) del Decreto n. 70/2011, invece, seppur nell'ottica della riduzione del contenzioso con l'appaltatore, introduce nell'art. **240-bis** un limite duplice, che si aggiunge a quello appena descritto.

Mediante una prima aggiunta al comma 1 dell'articolo in commento, viene introdotto un generale limite all'importo complessivo delle riserve, che non possono, in ogni caso, essere superiori al 20% dell'importo contrattuale.

L'ulteriore limite, previsto nel nuovo comma 1-bis, concerne, invece, il divieto all'iscrizione di riserve relativamente agli aspetti progettuali che, ai sensi dell'art. 112 e del regolamento, sono stati già oggetto di verifica.

La previsione, che ha indubbia portata negativa, necessita di alcune osservazioni.

Quanto al primo limite, occorre preliminarmente precisare che, nell'ambito di un contratto d'appalto, le pretese dell'appaltatore nei confronti della stazione appaltante possono essere esplicitate mediante riserve, da iscrivere tempestivamente negli atti contabili, a pena di decadenza dal diritto al loro riconoscimento in sede di esecuzione o, successivamente, in sede giurisdizionale. Al riguardo, infatti, l'art. 165 del regolamento n. 554/1999 (art. 190 del nuovo regolamento n. 207/2010), stabilisce che l'omessa tempestiva formulazione delle riserve comporta la decadenza dal diritto di far valere, in ogni termine e modo, sia le stesse riserve che le domande che ad esse si riferiscono. Da tali premesse deriva che l'introduzione di divieto, nel codice degli Appalti, alla possibilità di iscrivere riserve, comporterebbe non solo la perdita della possibilità di ottenerne il riconoscimento da parte dell'amministrazione, bensì l'ulteriore, e definitiva, perdita della tutela giurisdizionale del proprio diritto ad ottenere un ristoro per pregiudizi causati dall'ente appaltante. Tale conclusione, da un punto di vista più generale, si tradurrebbe nella violazione dei principi previsti negli articoli 24 e 113 della Costituzione, che sanciscono il diritto ad agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi, nonché quello, specifico, di agire in giudizio per la tutela nei confronti degli atti della pubblica amministrazione. In merito, occorre tenere altresì

presente che la limitazione di un diritto costituzionalmente riconosciuto, quale la tutela giurisdizionale dei propri diritti, richiederebbe un atto legislativo chiaro e mirato alla compressione dello stesso, e che tale chiarezza e precisione non può essere riscontrata nella formulazione dell'art. 240-bis.

Alla luce di tali considerazioni preliminari, ed al fine di una ragionevole interpretazione del dettato normativo, si dovrebbe concludere che l'effettivo ambito di operatività del comma 1 dell'art. 240-bis, come riformulato dal testo del D.L. Sviluppo, sia circoscritto alla possibilità di ottenere un riconoscimento delle riserve da parte dell'ente appaltante, e non anche alla possibilità di iscrivere le riserve al fine di far valere le pretese davanti all'autorità giudiziaria. Conseguentemente, si dovrebbe ritenere che l'appaltatore potrebbe regolarmente iscrivere le proprie riserve nei documenti contabili, indipendentemente dal raggiungimento di un dato importo, e che l'amministrazione sia limitata nel loro riconoscimento, al rispetto del tetto massimo del 20% dell'importo contrattuale; tuttavia l'appaltatore potrebbe sempre agire in giudizio per il riconoscimento delle pretese a suo tempo fatte oggetto di riserva.

L'interpretazione sopra sostenuta sembra l'unica compatibile con i principi generali del diritto. Laddove si accedesse ad una interpretazione contraria, nel senso di ritenere che l'art. 240-bis comporti una impossibilità assoluta per l'appaltatore di far valere la pretesa inerente al diritto che assuma violato, la norma sarebbe da ritenere palesemente incostituzionale.

Quanto, poi, al secondo limite citato, relativo all'iscrizione di riserve sugli aspetti progettuali che sono stati oggetto di verifica, occorre precisare che la disposizione in commento desta enormi perplessità, in quanto il nuovo **comma 1-bis dell'art. 240-bis** non sembra tener conto della possibilità che le verifiche non siano state realizzate correttamente.

Con essa, inoltre, viene vanificato anche il principio che sancisce la responsabilità del validatore (art. 112, comma 4-bis, del D.Lgs. n. 163/2006 e artt. 56 e 57 del D.P.R. n. 207/2010), secondo cui quest'ultimo deve rispondere dei danni causati dalla sua attività e, proprio a tal fine, deve stipulare una polizza assicurativa. La modifica normativa, infatti, fa sì che l'appaltatore si faccia interamente carico dei danni legati alla progettazione, riconducibili all'amministrazione, sul progettista e sul validatore. Alla luce di tali considerazioni, la disposizione in commento sembra prevedere una forma di esonero della responsabilità della stazione appaltante nei confronti dell'appaltatore, e, pertanto, sembra contraria ai principi generali del diritto.

Art. 246- bis del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. ii), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – responsabilità per lite temeraria.

- La disposizione in commento viene introdotta nel codice dal comma 2, lett. ii), dell'art. 4 del Decreto n. 70/2011, che, peraltro, richiama l'art. 26 del codice del processo amministrativo, di recente emanazione (D.Lgs. n. 104/2010).

L'art. 26, nel disciplinare le spese di giudizio cui provvede il giudice, stabilisce che quest'ultimo possa condannare la parte soccombente al pagamento, in favore dell'altra parte, di una somma di denaro equitativamente determinata, quando la decisione sia fondata su ragioni manifeste o orientamenti giurisprudenziali consolidati.

Nell'art. 246-bis viene previsto, in sostanza, che nei giudizi relativi alle procedure di appalto, fermo restando quanto previsto dal citato art. 26, il giudice possa condannare la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria, in misura non inferiore al doppio e non superiore al triplo del contributo unificato, dovuto per il ricorso introduttivo. La somma viene versata al bilancio dello Stato e poi riassegnata, secondo norme di legge.

La disposizione, condivisibile nel suo contenuto, poiché finalizzata al contenimento dei ricorsi ingiustificati, ad una prima lettura sembra prevedere un'ipotesi di sanzione pecuniaria che si somma a quella già prevista dall'art. 26, di cui sopra.

Se, infatti, nell'ipotesi disciplinata dal codice del processo amministrativo, la somma cui il "ricorrente temerario" è condannato viene determinata in via equitativa, e poi corrisposta all'altra parte, nell'ipotesi disciplinata dall'art. 20-bis la somma viene determinata sempre dal giudice, entro un minimo ed un massimo, e versata al bilancio Statale, "fermo restando" quanto previsto dall'art. 26 del codice del processo.

Art. 253 del D.Lgs. n. 163/2006, modificato dal comma 2, lett. II), dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011 – norme transitorie

- Fra le numerose modifiche apportate al codice dei contratti, di rilievo quelle dei **commi 9-bis, 15-bis, 20-bis e 21 dell'art. 253**, introdotte dal comma 2, lett. II), dell'art. 4 del D.L. 70/2011.

Quanto alla prima modifica, occorre segnalare che, laddove il testo precedente del comma 9-bis prevedeva l'operatività fino al 31 dicembre 2010 della possibilità di utilizzare il fatturato relativo ai migliori cinque anni del decennio antecedente la sottoscrizione del contratto, ai fini della

dimostrazione del possesso del requisito della cifra d'affari, il nuovo Decreto Legge estende tale periodo fino al 31 dicembre 2013. La stessa previsione è stata altresì estesa anche per la qualificazione delle imprese che, prive dell'attestazione SOA, partecipano ad appalti inferiori a 150 mila euro. Il termine citato era stato già prorogato fino al 31 dicembre 2011 dal D.P.C.M. 25 marzo 2011, adottato a valle del c.d. "Decreto mille proroghe".

Analogamente, viene prorogata al 31 dicembre 2013 la possibilità di dimostrare il requisito dei lavori realizzati e dei lavori di punta mediante i certificati dei lavori realizzati nel decennio antecedente alla stipula del contratto con la SOA. Di grande rilievo il fatto che tali disposizioni saranno applicate anche ai lavori di importo inferiore a 150.000 euro. Analogamente, come risultante dalla modifica apportata al comma 5-bis, viene prorogato anche il periodo di attività documentabile per l'affidamento di incarichi di progettazione.

La previsione in commento accoglie una richiesta fortemente sostenuta dall'Associazione, in quanto volta a contenere i drastici effetti della crisi economica del mercato e la restrizione della domanda nel mercato degli appalti pubblici. La proroga dei termini, infatti, consente alle imprese di beneficiare di un arco di tempo più esteso ai fini del computo dei requisiti e della qualificazione.

- Mediante l'introduzione del **comma 20-bis nell'art. 253**, il Decreto Sviluppo innalza fino alla soglia comunitaria la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, consentendo l'operatività di tale regime fino al 31 dicembre 2013.

La modifica normativa, sempre sostenuta dall'Ance poiché finalizzata, anch'essa, alla semplificazione ed accelerazione delle attuali procedure di affidamento dei lavori pubblici, consente un indubbio risparmio di tempo rispetto al procedimento ordinario di valutazione della congruità dell'offerta; inoltre, la scadenza del 2013 consentirà alle imprese ed agli enti appaltanti di beneficiare di un periodo di tempo utile al fine di strutturarsi adeguatamente per svolgere l'attività di valutazione dell'anomalia delle offerte. Infatti, l'attuazione concreta del procedimento di verifica dell'anomalia risulta spesso di difficile applicazione, considerato che le amministrazioni, soprattutto se di piccole dimensioni, possono non essere sufficientemente strutturate per l'espletamento di tale forma di verifica.

- L'intervento del D.L. n. 70/2011 sul **comma 21 dell'art. 253** concerne la fissazione al 31 dicembre 2011 del termine entro il quale dovrà essere conclusa la verifica straordinaria dei certificati di esecuzione lavori e delle fatture utilizzate ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione SOA, relativa al periodo compreso fra il 1° marzo 2000 e l'entrata in vigore del codice dei contratti, il 1° luglio 2006.

Come precisato, infatti, nella relazione illustrativa allegata al Decreto in commento, la proroga fino al 2011 è stata disposta a causa delle difficoltà operative nell'attuazione della verifica contemplata nella disposizione.

Art. 4, comma 13, del D.L. n. 70/2011 – istituzione white list presso le Prefetture.

- Il comma 13 estende a livello generale l'istituto delle "white list" finora previsto in singole leggi speciali (normative sulla ricostruzione in Abruzzo, sulle opere per l'EXPO 2015, sul piano carceri).

La disposizione prevede infatti che presso ogni Prefettura venga istituito l'elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori di lavori, servizi e forniture. La Prefettura effettua verifiche periodiche sui soggetti agli elenchi circa "la perdurante insussistenza dei suddetti rischi".

L'espressione usata dal legislatore, a nostro avviso, sta ad indicare che oggetto del controllo operato dalla Prefettura sugli operatori economici che chiedono di iscriversi agli elenchi e dei controlli successivi sia la sussistenza o meno del tentativo di infiltrazione mafiosa, fattispecie disciplinata dall'art. 10 del D.P.R. n. 252/1998. Qualora le verifiche periodiche diano esito negativo, la Prefettura dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco.

Questo sistema dovrebbe consentire alle imprese operanti nel settore degli appalti pubblici di poter scegliere con tranquillità i propri subappaltatori e fornitori nell'ambito dell'elenco della prefettura, avendo la certezza di stipulare il subcontratto con un soggetto non compromesso con la criminalità organizzata. Sotto questo punto di vista la disposizione è assolutamente apprezzabile e corrispondente alla posizione più volte espressa dall'ANCE che parte dalla considerazione per cui il controllo sulle infiltrazioni mafiose spetta allo Stato e non può essere ribaltato sull'operatore privato.

Tuttavia la norma in esame presenta due limitazioni che rischiano di comprometterne l'efficacia.

In primo luogo la formulazione appare eccessivamente generica nell'indicazione delle attività economiche che saranno oggetto degli elenchi e saranno quindi sottoposte alle verifiche periodiche da parte delle Prefetture. Ciò comporta il rischio di inefficacia dell'azione di prevenzione della Prefettura, dato il numero rilevante di imprese che dovrebbe controllare.

Ai fini di una maggiore efficacia di tale azione, si ritiene che gli elenchi di imprese da costituire presso le Prefetture dovrebbero riguardare esclusivamente gli operatori economici operanti nei settori maggiormente a rischio di infiltrazione mafiosa.

La direttiva sui controlli antimafia, emanata dal Ministro dell'Interno in data 23 giugno 2010, ha richiamato l'attenzione sul fatto che l'infiltrazione mafiosa tende ad annidarsi in attività che si pongono a valle dell'aggiudicazione degli appalti per la realizzazione di opere pubbliche, tra le quali tutte quelle legate al ciclo del calcestruzzo e degli inerti, i cottimi e i noli, a caldo e a freddo, quale che sia il loro importo percentuale sul valore del contratto, lo smaltimento in discarica dei residui di lavorazione e dei rifiuti, l'attività di estrazione mineraria.

Premesso che, per tutti i contratti pubblici relativi ad attività diverse da quelle sopra indicate il controllo circa un possibile inquinamento mafioso è assicurato dalle comunicazioni ed informazioni prefettizie previste dal D.P.R. 3 giugno 1998, n. 252, gli elenchi di operatori economici da istituire presso le prefetture dovrebbero riguardare esclusivamente le attività considerate maggiormente a rischio. In tal modo risulterebbe più efficace l'esercizio dell'attività di monitoraggio da parte delle prefetture, in quanto si concentrerebbe su un numero limitato di attività.

Il secondo limite della disposizione in esame riguarda la facoltatività dell'iscrizione negli elenchi.

Infatti, l'esperienza relativa alle previsioni legislative di "white list" non obbligatorie, ma facoltative ed in particolare quella concernente la ricostruzione in Abruzzo (art. 16 D.L. 28 aprile 2009 n. 39, convertito nella legge n. 77/2009) non hanno prodotto risultati rilevanti in termini di imprese che hanno richiesto l'iscrizione.

L'iscrizione negli elenchi della Prefettura dovrebbe dunque essere obbligatoria ai fini dell'esercizio delle attività economiche.

Inoltre l'obbligatorietà dell'iscrizione negli elenchi per l'esercizio di attività che comunque sono già sottoposte a provvedimenti di tipo autorizzatorio dell'amministrazione per altri aspetti, avrebbe come conseguenza quella di evitare un doppio regime fra gli appalti pubblici, per i quali l'appaltatore potrebbe scegliere i propri subcontraenti nelle liste controllate dalle Prefetture,

rispetto agli appalti privati, per i quali l'appaltatore non avrebbe alcuna garanzia, sotto il profilo della assenza di penetrazione malavitosa, nella scelta di propri contraenti.

Opportunamente la disposizione in esame demanda la definizione delle modalità di istituzione degli elenchi e dei controlli da effettuare da parte delle prefetture ad un regolamento attuativo da emanarsi con DPCM entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del Decreto Legge.

Modifiche al regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice dei contratti, n. 207/2010.

- Mediante una precisazione senza dubbio opportuna, introdotta nel testo **dell'art. 66 del regolamento** dall'art. 4, comma 15, lett. b) del Decreto Sviluppo, viene risolta la controversia interpretativa circa l'operatività del divieto di partecipazioni azionarie al capitale SOA. In buona sostanza, viene ora stabilito che l'incompatibilità riguardi solo i soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l'affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori; viene risolto, quindi, il dubbio circa l'operatività del divieto rispetto alle associazioni di categoria, alle banche o intermediari finanziari. Tali soggetti, infatti, non potendo partecipare a gare pubbliche, non si trovano in posizione di incompatibilità né di conflitto di interessi rispetto ai soggetti da attestare.

Le modifiche apportate al testo **dell'art. 357 del regolamento** dall'art. 4, comma 15 del D.L. Sviluppo, comportano importanti novità sulle disposizioni transitorie in esso contenute.

- In particolare, a seguito della modifica del comma 6 dell'art. 357 del regolamento n. 207/2010, ad opera del comma 15, lett. c), n. 1 dell'art. 4 del D.L. Sviluppo, viene chiarito che, relativamente ai contratti già stipulati o da stipulare nel periodo transitorio, sono fatte salve non solo alcune disposizioni del regolamento n. 554/1999, ma anche le disposizioni sulla qualificazione facenti capo al D.P.R. n. 34/2000. La disposizione si è resa necessaria affinché non si creassero discrasie tra la qualificazione dell'impresa, che proseguirà sulla base della disciplina previgente, e le disposizioni del nuovo regolamento.

- Con l'ulteriore intervento sui **commi dal 13 al 17 dell'art. 357 del regolamento n. 207/2010**, da parte del comma 15, lett. c), punti nn. da 2 a 6 del D.L. in commento, sono prorogati di 180 giorni i termini concernenti il regime transitorio relativo alle categorie che varieranno a seguito dell'entrata in vigore del nuovo regolamento. In particolare, fino al 7 giugno 2012, relativamente alle categorie OG 10, OG 11, OS 7, OS 8, OS 12, OS 18, OS 20 e OS 21, le imprese potranno utilizzare gli attestati rilasciati in tali categorie sulla base del D.P.R. n. 34/2000 (anche se scaduti successivamente alla data di pubblicazione del nuovo regolamento) per la partecipazione alle gare di appalto, che le stazioni appaltanti dovranno bandire sulla base delle declaratorie previste dal D.P.R. n. 34/2000. Le nuove attestazioni di qualificazione rilasciate dalle SOA, relative alle categorie OG 10, OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 7, OS 8, OS 12-A, OS 12-B, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, e OS 35, di cui all'allegato A del regolamento n. 207/2010, possono essere utilizzate, ai fini della partecipazione alle gare, a decorrere dall'8 giugno 2012. La modifica si è resa necessaria per consentire, in un periodo più lungo, il passaggio dalle vecchie alle nuove categorie, periodo nel quale, si ricorda, le imprese dovranno richiedere alle stazioni appaltanti di rimettere i certificati di esecuzione lavori sulla base del modello previsto dall'allegato B.1, che individua i vecchi lavori sulla base di tabelle di corrispondenza in cui sono presenti anche le nuove categorie.

- Il Decreto Sviluppo ha, altresì, colmato un vuoto della vecchia disciplina transitoria del D.P.R. n. 207/2010 che, pur istituendo la nuova categoria OS35 non chiariva come potessero essere dimostrati i lavori in una categoria non preesistente. E' stato, quindi, precisato, che le imprese che abbiano eseguito lavori pubblici in precedenza ricondotti alle categorie OG3, OG6, OS21 di cui al D.P.R. n. 34/2000, ma, in base al D.P.R. n. 207/2010, riferibili ad opere di cui alla categoria OS35, potranno richiedere la riemissione di tali certificati con l'indicazione dei lavori in tale categoria e così acquisire la suddetta categoria specialistica. La modifica è stata introdotta nei **commi 14 e 15 dell'art. 357**, su cui è intervenuto il comma 15, lett. c), punti n. 3 e 4 dell'art. 4 del Decreto Sviluppo.

- Mediante la modifica del **comma 22 dell'art. 357** del regolamento n. 207/2010, ad opera del comma 15, lett. c), punto n. 7, dell'art. 4 del D.L. n. 70/2011, viene precisato che solo i bandi pubblicati a partire dall'8 giugno 2012 applicheranno la nuova disciplina relativa al collaudo delle barriere stradali. Inoltre, viene sospesa fino all'8 giugno 2010 anche l'efficacia della disposizione di

cui all'art. 107, comma 2, che contiene il nuovo elenco delle categorie cosiddette "superspecializzate," per le quali opera il parziale divieto di subappalto, previsto dall'art. 37, c. 11 del codice degli Appalti. Durante il periodo transitorio, dunque, continuerà ad applicarsi la disposizione di cui all'articolo 72, comma 4, del regolamento n. 554/1999. Tale sospensione appare quanto mai opportuna, in relazione alla necessità di riesaminare le categorie specialistiche, individuando quelle che presentano effettivamente i caratteri di rilevante complessità tecnica o notevole contenuto tecnologico, che giustificano l'applicazione di una disciplina derogatoria rispetto alla possibilità di totale subappalto riguardante, in generale, le categorie scorporabili.

Articolo 16 del TU dell'Edilizia (DPR n. 380/2001) modificato dall'art. 5, comma 2, lettera a) punto 2. – Opere di urbanizzazione primaria a scomputo degli oneri concessori

Un'importante modifica normativa è stata introdotta dal Decreto-Legge Sviluppo in tema di opere di urbanizzazione primaria a scomputo degli oneri concessori, di importo inferiore alla soglia comunitaria (attualmente pari a euro 4.845.000).

Infatti, attraverso l'inserimento di un nuovo comma 2-bis nell'ambito dell'articolo 16 del Testo Unico in materia Edilizia (D.P.R. n. 380/2001), viene precisato che per le opere di urbanizzazione primaria sotto soglia comunitaria, contenute nei Piani Attuativi e negli atti equivalenti comunque denominati, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, non trovi applicazione la disciplina contenuta all'articolo 122, comma 8 del codice dei pubblici contratti .

Come noto tale ultima disposizione, per effetto delle modifiche apportate dal cd. terzo decreto correttivo al codice dei contratti (d.lgs. n. 152/2008), prevede che per tutte le opere di urbanizzazione a scomputo, sia primarie che secondarie, di importo inferiore alla soglia comunitaria, debba essere svolta una procedura negoziata senza bando ai fini dell'individuazione del soggetto esecutore dei lavori.

Ora, per effetto della modifica introdotta dal Decreto Sviluppo, l'espletamento della gara informale prevista dall'articolo 122 del codice non costituisce più un obbligo inderogabile per la realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo di carattere primario, con il conseguente effetto che le stesse potranno essere eseguite in via diretta da parte del titolare del permesso di costruire.

Tale previsione, da lungo tempo auspicata dall'Ance, rappresenta un traguardo di grande importanza per le imprese del settore, considerato che il precedente divieto di realizzazione in via diretta da parte del titolare del permesso a costruire, costituiva un limite particolarmente gravoso rispetto alle opere a scomputo di natura primaria.

Tali opere, infatti, che attengono sostanzialmente alla viabilità e alle reti di servizi, sono caratterizzate da un rapporto di stretta interconnessione funzionale rispetto all'intervento edilizio primario, essendo essenziali per rendere fruibile lo stesso. Pertanto, è necessario assicurare un andamento dei lavori che, anche dal punto di vista temporale, sia connesso all'andamento progressivo delle edificazioni private; fatto, questo, difficile da assicurare nel caso in cui l'esecuzione delle opere non sia gestita direttamente dal privato, ma demandata ad un soggetto terzo da scegliere all'esito di una procedura di gara, sia pure di tipo semplificato.

Per quanto riguarda il regime di applicazione temporale della modifica introdotta, essa in ossequio ai principi generali dell'ordinamento troverà applicazioni successivamente all'entrata in vigore del Decreto stesso. Ciò significa che le opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia comunitaria, oggetto di atti convenzionali stipulati dopo il 14 maggio scorso, data di entrata in vigore del Decreto Sviluppo, potranno essere eseguite in via diretta dal privato titolare del permesso di costruire, non essendo più vincolante, a partire da tale data, lo svolgimento della gara informale prevista dall'articolo 122, comma 8.

Tale ultima disposizione, ovviamente, continuerà ad avere valore per le opere a scomputo sotto soglia comunitaria di carattere secondario, per le quali permane l'obbligo di svolgimento della procedura negoziata senza bando ed il conseguente divieto di realizzazione in via diretta da parte del titolare del permesso di costruire.