

SOMMARIO:

➤ IN EVIDENZA

1. LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO SVILUPPO (L. 12.7.2011 N. 106)
2. NUOVE INDICAZIONI IN TEMA DI TRACCIABILITÀ: LA DETERMINAZIONE AVCP N. 4 DEL 7.7.2011
3. LA NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI REINTRODOTTA DALL'ART. 4 DEL D.L. 13.8.2011 N. 138 (CD. "MANOVRA DI FERRAGOSTO")

◆ GIURISPRUDENZA

◆ SEGNALAZIONI

1. LE MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DOPO LA CONVERSIONE DEL DECRETO SVILUPPO (L. 12.7.2011 N. 106)

Di seguito si riporta una sintesi delle modifiche più rilevanti apportate dalla legge 12 luglio 2011 n. 106 di conversione, con modifiche, del decreto legge 13 maggio 2011, n. 70 (cd. "Decreto Sviluppo") nella materia dei contratti pubblici.

La legge 106/2011, che è entrata in vigore il 13 luglio 2011, apporta numerose modifiche sia al Codice dei Contratti Pubblici (D. Lgs. n. 163/2006) che al relativo Regolamento di attuazione (D.P.R. n. 207/2010).

Tra le novità introdotte si evidenziano:

CODICE CONTRATTI PUBBLICI (D.LGS. 163/2006)

- **ART. 38 (Requisiti di ordine generale):** le cause di esclusione ex comma 1, lettere b), c) e m-ter), già riferite al socio unico e al socio di maggioranza in caso di società con meno di 4 soci, riguardano il socio unico solo se persona fisica. Sono stati inoltre aggiunti:
 - il **comma 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 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»)

- il **comma 2** («Il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità»).

- **ART. 40 (Qualificazione per eseguire i lavori):** è stato introdotto il comma 9-quater, secondo cui «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».

- **ART. 49, comma 2, lettera c) (Avvilimento):** l'impresa ausiliaria, oltre a dichiarare il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 38, deve dichiarare «il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvilimento».

- **ART. 56, comma 1, lettera a) (Procedura negoziata previa pubblicazione di un bando di gara):** è eliminato il riferimento dell'applicazione della disposizione ai lavori di importo inferiore a un milione di euro.

- **ART. 57, comma 2, lettera a) (Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara):** è eliminato il riferimento dell'applicazione della disposizione ai lavori di importo inferiore a un milione di euro.

- **ART. 62, comma 1 (Numero minimo dei candidati da invitare nelle procedure ristrette, negoziate e nel dialogo competitivo - Forcella):** nelle procedure negoziate, è introdotta la possibilità di ricorrere alla «forcella», oltre che per i lavori di importo superiore a 40.000.000 di euro, anche per forniture e servizi, di qualunque importo.

• **ART. 64 (Bando di gara)** è introdotto il comma 4-bis secondo cui «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».

• **ART. 74 (Forma e contenuto delle offerte):** è stato introdotto il comma 2-bis, secondo cui «Le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. I moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità».

• **ART. 81 (Criteri per la scelta dell'offerta migliore):** è introdotto il seguente comma: «3-bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro».

• **ART. 122 (Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia):** con il comma 7 è stata ampliata la possibilità di ricorso alla procedura negoziata (fino a 500.000 euro con 5 inviti e fino a 1.000.000 di euro con 10 inviti) ed è stato introdotto il limite del 20% al subappalto della categoria prevalente, in deroga all'articolo 118, comma 2.

• **ART. 123 (Procedura ristretta semplificata per gli appalti di lavori):** l'importo per l'esecuzione dei lavori deve essere inferiore a 1 milione e cinquecentomila.

• **ART. 125, comma 11 (Lavori, servizi e forniture in economia):** l'importo dei servizi e delle forniture in economia affidabili direttamente da parte del R.U.P. è aumentato da 20.000 euro a 40.000 euro, in conformità ai lavori in economia affidabili direttamente. La modifica sembrerebbe non influire, a prima vista, sull'articolo 267, comma 10, del d.P.R. n. 207 del 2010 (servizi tecnici affidabili direttamente fino a 20.000 euro) stante il richiamo solo parziale, di quest'ultimo, all'articolo 125, comma 11.

• **ART. 132 (Varianti in corso d'opera):** è stato modificato il comma 3: l'importo in aumento relativo alle varianti non può superare il 5% dell'importo originario

del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera al netto del 50% dei ribassi d'asta conseguiti.

• **Art. 153 (Finanza di progetto):** sono stati modificati i commi 19 e 20 in cui viene conferito al privato il potere di proporre alle amministrazioni la realizzazione di opere pubbliche non presenti nella programmazione triennale degli stessi enti, attivando per tale via la procedura di approvazione del progetto e di affidamento della concessione di costruzione e gestione.

• **ART. 204, comma 1 (Sistemi di scelta degli offerenti e criteri di aggiudicazione):** l'importo dei lavori su beni culturali, affidabili con procedura negoziata (invitando almeno 15 soggetti) già aumentato dal decreto-legge da 500.000 euro a 1.500.000 euro, è ora ridotto a 1.000.000 di euro, in conformità ai lavori ordinari dell'articolo 122, comma 7. Il richiamo all'articolo 122, comma 7, secondo e terzo periodo (e non più al solo ultimo periodo), introduce anche per questi lavori il limite del 20 per cento al subappalto dei lavori della categoria prevalente e gli obblighi di pubblicità degli esiti di gara.

• **ART. 246-bis, comma 1 (Norme processuali ulteriori per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi):** l'importo della sanzione irrogata dal giudice amministrativo in caso di soccombenza in lite temeraria, già stabilita in misura non inferiore al doppio e non superiore al triplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo, è incrementata in misura non inferiore al doppio e non superiore al quintuplo. Considerato che il contributo unificato di cui all'art. 13, comma 6-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002, per i ricorsi relativi ai contratti pubblici, è stato elevato da 2.000 a 4.000 euro, dall'articolo 37, comma 6, lettera s), del decreto-legge n. 98 del 2011, la sanzione può variare da euro 8.000 a euro 20.000.

REGOLAMENTO DI ATTUAZIONE DEL CODICE (DPR 207-/2010)

• **ART. 92, comma 2, ultimo periodo (Requisiti del concorrente singolo e di quelli riunitisi):** specifica che in caso di raggruppamenti temporanei «Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara».

• **ART. 267, comma 10, ultimo periodo (Affidamento dei servizi di importo inferiore a 100.000 euro):** gli affidamenti diretti di servizi tecnici di progettazione, direzione lavori e servizi connessi (come definiti all'articolo 252) di importo inferiore a 20.000 euro, potevano (e possono) essere affidati direttamente secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, secondo periodo, del Codice.

Di particolare interesse sono alcune modifiche apportate alla disciplina del *project financing*.

Il Decreto Sviluppo ha apportato nuove modifiche alla tormentata disciplina della finanza di progetto di cui agli artt. 153 e ss. del Codice, che aveva subito la più recente radicale riforma con il D. Lgs. n. 152/2008 (terzo decreto correttivo al D. Lgs. 163/2006), che aveva integralmente sostituito il precedente testo dell'art. 153. Tale riforma costituisce il momento conclusivo di una lunga elaborazione legislativa che, più volte ha modificato la disciplina della finanza di progetto, introdotta dalla L. 415/1998 (c.d. Merloni ter)

In particolare il Decreto Sviluppo ha integralmente sostituito i commi 19 e 20 dell'art. 153, trasformando la procedura di finanza di progetto mediante la cd. "**proposta spontanea**".

Si tratta del caso in cui l'opera non è ancora inserita nella programmazione triennale, che conduce sino all'aggiudicazione della concessione.

Ai sensi del nuovo art. 19, i privati possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici "**proposte**" relative alla realizzazione in concessione di lavori non presenti nella programmazione triennale di cui all'art. 128 (ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente).

Ai sensi del nuovo comma 20 dell'art. 153, possono presentare le proposte previste dalla nuova procedura introdotta non solo i soggetti in possesso dei requisiti del concessionario (art. 153 comma 8) ma anche i soggetti dotati di idonei requisiti tecnici, organizzativi, finanziari e gestionali, specificati dal regolamento, nonché gli altri soggetti previsti dalla nuova disposizione introdotta. Ai sensi della medesima disposizione, anche le Camere di commercio, industria, artigianato e agricoltura possono aggregarsi alla presentazione delle proposte previste dalla nuova procedura.

Contenuto della proposta. La procedura di presentazione della proposta resta pressoché invariata; infatti, in primis l'operatore economico deve possedere tutti i requisiti necessari e, successivamente, fornire tutta la documentazione che compone la proposta stessa, ovvero:

1. un progetto preliminare;
2. una bozza di convenzione;
3. un piano economico-finanziario asseverato da un istituto di credito o da società di servizi costituite dall'istituto di credito stesso ed iscritte nell'elenco generale degli intermediari finanziari, ai sensi dell'art. 106 del D.Lgs. 1 settembre 1993, n. 385, o da una società di revisione ai sensi dell'art. 1 della L. 23 novembre 1939, n. 1966, da cui risulti "*l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti*

sulle opere dell'ingegno di cui all'art. 2578 del Codice Civile";

4. la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione;
5. le autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20 dell'art. 153 del D. Lgs. 163/2006;
6. la cauzione di cui all'art. 75 del D. Lgs. 163/2006 e l'impegno a prestare (...) cauzione nella misura del 2,5 per cento del valore dell'investimento, nel caso di indizione di gara.

L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta. Al fine della valutazione di pubblico interesse, l'amministrazione può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse. Qualora valutato di pubblico interesse, il progetto preliminare è inserito nella programmazione triennale di cui all'art. 128 (ovvero negli altri strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente) ed è posto in approvazione, secondo quanto disciplinato dall'art. 97.

Il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto, in difetto delle quali, il progetto si intende non approvato. Il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento della concessione di lavori, alla quale è invitato il proponente, che assume lo status di promotore. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione.

I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti previsti per il concessionario di cui al comma 8 dello stesso art. 153 e devono presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da una banca, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare.

A tale fase, si applicano i commi 4, 5 (relativi alla valutazione delle offerte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa), 6 e 7 (secondo i quali il bando deve indicare i criteri della valutazione comparativa e il disciplinare le caratteristiche specifiche dell'opera da realizzare), 13 (sulle ulteriori cauzioni previste per le operazioni in finanza di progetto).

Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario.

Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9 (cioè, il 2,5 % del valore dell'investimento). Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta, sempre nei limiti cui al comma 9.

La nuova procedura introdotta, dunque, prevede un **nuovo caso di diritto di prelazione del promotore** e ruota intorno a tale attribuzione.

In questo caso, tale attribuzione appare funzionale ad incentivare i privati a proporre interventi anche al di fuori degli strumenti programmatori dell'amministrazione ed è importante trovare un equilibrio tra l'esigenza di incentivare i privati a assumere oneri aggiuntivi rispetto a quelli tradizionali e apertura alla concorrenza, che di certo scoraggia tale assunzione di oneri (a fronte della maggiore incertezza di ottenere il contratto di concessione).

2. NUOVE INDICAZIONI IN TEMA DI TRACCIABILITÀ: LA DETERMINAZIONE AVCP N. 4 DEL 7.7.2011

Il 7 settembre 2010 è entrata in vigore la Legge 13 agosto 2010 n. 136 con la quale sono state dettate disposizioni attuative circa la tracciabilità dei flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, al fine di prevenire infiltrazioni criminali. Si sono susseguiti diversi chiarimenti e modifiche ad opera del D.L. 12 novembre 2010 n. 187 e della relativa Legge di conversione 17 dicembre 2010 n. 217.

Anche l'AVCP (Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori Servizi e Fornitura) ha fornito una serie di indicazioni operative attraverso

- la determina n. 8 del 18 novembre 2010 (con l'obiettivo di fornire indicazioni applicative circa l'articolo 3 della legge n. 136/2010, come modificato dal D.L. n. 187/2010);

- la determina n. 10 del 22 dicembre 2010 (con cui ha emanato ulteriori indicazioni operative per la concreta attuazione degli obblighi di tracciabilità, con particolare riguardo alle problematiche segnalate da stazioni appaltanti ed operatori economici).

Con la determina n. 4 del 7 luglio 2011, recante "LINEE GUIDA SULLA TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI AI SENSI DELL'ARTICOLO 3 DELLA LEGGE 13 AGOSTO 2010, N. 136", l'AVCP completa il ciclo di chiarimenti riguardanti il tema della tracciabilità dei flussi finanziari. La determina n. 4/2011 dell'AVCP, sostituendo i due pre-

cedenti provvedimenti (determine n. 8 e 10 del 2010), fornisce un completo quadro di sintesi e importanti indicazioni interpretative ed applicative della disciplina in materia di tracciabilità finanziaria.

Innanzitutto la determina n. 4/2011 si sofferma sull'entrata in vigore della disciplina sulla tracciabilità.

Per i contratti sottoscritti in data antecedente al 7 settembre 2010 era stata introdotta una norma transitoria ad hoc, successivamente modificata in sede di conversione del D.L. n. 187/2010. Nella versione originaria, l'art. 6, comma 2, del D.L. n. 187/2010 prevedeva l'adeguamento di tali contratti (e dei contratti di subappalto ed i subcontratti da essi derivanti), entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della Legge n. 136/2010 e, pertanto, entro la data del 7 marzo 2011. Sulla base del quadro normativo risultante dalle modifiche apportate dalla legge di conversione al D.L. n. 187/2010 (L. n. 217/2010), il periodo transitorio, entro cui le parti interessate dovevano adeguare i contratti sottoscritti prima della data del 7 settembre 2010 alle prescrizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari, è stato prorogato alla data del 17 giugno 2011 (centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della L. n. 217/2010).

Spirato tale termine, e quindi a tutt'oggi, ogni contratto, a prescindere dal fatto che sia stipulato in data anteriore o posteriore al 7.9.2011, è sottoposto alle disposizioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari, senza possibilità di ulteriori deroghe o proroghe.

La determina n. 4/2011 chiarisce inoltre:

- ◇ i criteri da utilizzare per la delimitazione della filiera rilevante, specie per quanto riguarda i settori dei servizi e delle forniture;
- ◇ che nella nozione di concessionari di finanziamenti pubblici rientrano solo i soggetti destinatari di finanziamenti pubblici che stipulano appalti per la realizzazione dell'oggetto del finanziamento;
- ◇ che gli obblighi di tracciabilità non riguardano l'eventuale pagamento di quote associative effettuato da soggetti che operano in qualità di stazioni appaltanti ai sensi del Codice dei contratti pubblici (il rapporto associativo non configura, infatti, un contratto di appalto);
- ◇ le modalità per effettuare i pagamenti di prestazioni destinate a dare esecuzione a più commesse pubbliche, consentendo che, in via residuale, sia possibile indicare un solo CIG (es. relativo al flusso finanziario prevalente) nello strumento di pagamento utilizzato e di annotare i restanti CIG sulla relativa fattura;
- ◇ che il servizio di pagamento RID è utilizzabile per tutti i movimenti finanziari di cui all'art. 3, commi 2 e 3 della l. n. 136/2010, per i quali non è richiesta l'indicazione del CIG/CUP;

- ◇ che la normativa non impone agli operatori della filiera l'indicazione del CIG nelle fatture emesse per l'esecuzione del contratto/subcontratto;
- ◇ che la trasmissione alla stazione appaltante di copia dei contratti stipulati con i soggetti della filiera rilevante può essere assolta anche per estratto, mediante invio della singola clausola di tracciabilità dando evidenza dell'avvenuta sottoscrizione, ovvero di dichiarazioni sostitutive circa l'avvenuta assunzione degli obblighi di tracciabilità.

3. NUOVA DISCIPLINA DEI SERVIZI PUBBLICI LOCALI REINTRODOTTA DALL' ART. 4 DEL D.L. 13.8.2011 N. 138 (CD. "MANOVRA DI FERRAGOSTO")

La manovra "bis" varata dal Governo con il D.L. 138/2011, recante "Ulteriori misure per la stabilizzazione finanziaria e lo sviluppo", pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 188 del 13 agosto scorso e in attesa di conversione, contempla, agli articoli 3, 4 e 5, nuove disposizioni in tema di liberalizzazione e privatizzazione dei servizi pubblici locali.

In particolare l'art. 4, rubricato "*Adeguamento della disciplina dei servizi pubblici locali al referendum popolare e alla normativa dell'unione europea*", detta la disciplina generale in materia di affidamento e gestione dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, riproponendo sostanzialmente l'impianto dell'art. 23-bis L. 133/2008 s.m.i. e del relativo Regolamento attuativo (D.P.R. 168/2010), caducati per effetto del citato referendum abrogativo.

La nuova normativa non si applica, oltre che ai servizi di distribuzione di gas naturale, di energia elettrica, di trasporto regionale e gestione delle farmacie comunali, al **servizio idrico integrato**, salve le norme in tema di incompatibilità (art. 4, comma 34), e pare non prevalere sulle discipline di settore con essa incompatibili, posta l'assenza di una espressa declaratoria in tal senso, invece presente nell'abrogato art. 23-bis citato.

Come le norme abrogate, anche le disposizioni così introdotte prescrivono all'ente affidante l'obbligo di procedere, in via preliminare e con cadenza periodica, alla verifica della realizzabilità di una gestione concorrenziale dei servizi pubblici locali, limitando i diritti di esclusiva (art. 4, commi 1, 2, 3, 4).

A tal fine è prevista l'adozione, entro il 13.8.2012, poi periodicamente e, comunque, prima di procedere all'affidamento del servizio, di una "**delibera quadro**" da pubblicizzare e trasmettere alla Autorità Antitrust, nella quale si dia motivato conto dell'istruttoria compiuta e si evidenzino, per i settori sottratti alla liberalizzazione, le ragioni della decisione e i benefici derivanti dal mantenimento di un regime di esclusiva del servizio.

Le norme in commento pongono, quindi, come modalità ordinaria di conferimento della gestione del servizio la regola dell'affidamento tramite procedura ad evidenza pubblica in favore di imprenditori o di società in qualunque forma costituiti, nel rispetto dei principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e dei principi generali relativi ai contratti pubblici (art. 4, comma 8).

Sul punto il decreto in esame ripropone le prescrizioni, relativamente al **contenuto di bando di gara e lettera di invito**, già previste all'art. 3 del Regolamento attuativo dell'art. 23-bis sopra citato, tra le quali il divieto di considerare come elemento discriminante nella valutazione delle offerte la disponibilità delle reti, degli impianti o di altre dotazioni patrimoniali non duplicabili a costi sostenibili ed essenziali per il servizio; l'obbligo di stabilire che i requisiti tecnici ed economici di partecipazione alla gara siano proporzionati alle caratteristiche e al valore del servizio (art. 4, comma 11).

Con specifico riguardo alla **gara cd. "a doppio oggetto"**, ossia alla procedura avente ad oggetto, anche ai sensi della nuova disciplina, al tempo stesso, la qualità di socio, "al quale deve essere conferita una partecipazione non inferiore al 40%" e l'attribuzione di "specifici compiti operativi connessi alla gestione del servizio", si richiede che: a) i criteri di valutazione delle offerte basati su qualità e corrispettivo del servizio prevalgano su quelli riferiti al prezzo delle quote societarie; b) il socio privato svolga gli specifici compiti operativi per l'intera durata del servizio e che, diversamente, si proceda a un nuovo affidamento; c) siano previsti criteri e modalità di liquidazione del socio privato alla cessazione della gestione (art. 4, comma 12).

Si richiama, inoltre, al comma 16, l'art. 32, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

In deroga rispetto alle modalità di affidamento sopra citate il decreto consente l'**affidamento in house** in favore di società a capitale totalmente pubblico aventi i requisiti a tal fine richiesti dall'ordinamento europeo.

Al riguardo la nuova normativa, innovando rispetto alla disciplina previgente, che limitava l'*in house* ad ipotesi eccezionali che non consentissero l'*"efficace e utile ricorso al mercato"* e alla previa richiesta di parere all'Autorità Antitrust, subordina più semplicemente la legittimità di tale affidamento diretto al rispetto di una predeterminata soglia quantitativa massima, già contestata dalla Autorità Antitrust (v. **Segnalazione al Governo e al Parlamento, AS864 del 26 agosto 2011**) pari a 900.000 euro annui, commisurata al valore economico del servizio oggetto dell'affidamento, al di sotto della quale dunque la gara per la scelta del gestore dei servizi non è obbligatoria (art. 4, comma 13).

Tali società sono assoggettate dal decreto al **patto di stabilità interno** nonché, unitamente alle società miste, alle regole in materia di acquisto di beni e servizi di cui

al Codice dei contratti pubblici e di reclutamento del personale e conferimento incarichi di cui al D.Lgs. 165-/2001 e al D.Lgs. 112/2008 s.m.i. (art. 4, commi 14, 15, 17); esse sono, inoltre, tenute, per la verifica del rispetto del contratto di servizio nonché ogni eventuale aggiornamento e modifica dello stesso, alla vigilanza dell'organo di revisione di cui agli artt. 234 ss. del D.Lgs. n. 267/2000 (art. 4, comma 18). Più in generale, ai commi 6 e 7 del decreto, si richiamano come applicabili ai gestori di servizi pubblici locali le disposizioni della L. 287-/90, e, in particolare, l'art. 9 (relativo all'autoproduzione di beni e servizi contro corrispettivo), l'art. 8, commi 2-bis e 2-quater (sull'attività in mercati diversi).

Significative sono poi le disposizioni del decreto in tema di **incompatibilità** – non aventi, tuttavia, valenza sui rapporti in essere – con riguardo agli amministratori, ai dirigenti e responsabili di cui ai commi 19 -27, che pongono, tra l'altro, divieti alla nomina di amministratore di società partecipate da enti locali e alla nomina dei componenti la commissione di gara.

Ribadita la proprietà pubblica delle reti (art. 4, comma 28), la disciplina dei beni strumentali, necessari per la prosecuzione del servizio, in caso di subentro è dettata ai commi 29-31, che ricalcano sul punto le disposizioni del caducato Regolamento attuativo dell'art. 23-bis, stabilendo l'obbligo, alla scadenza della gestione o in caso di cessazione anticipata, a carico del precedente gestore di cedere tali beni al gestore subentrante, salvo eventuale indennizzo e comunque con salvezza di eventuali diverse norme o accordi in essere al momento dell'entrata in vigore del decreto.

Al fine del graduale passaggio alla nuova disciplina, il decreto introduce un nuovo **regime transitorio** con scadenze ravvicinate per gli affidamenti in essere non conformi alle nuove norme (art. 4, comma 32), già criticato dall'Antitrust in quanto tendente ad ampliare eccessivamente la platea dei soggetti che possono continuare a gestire i servizi pubblici locali senza aver vinto una gara (si veda la Segnalazione cit.).

Sono riproposti, inoltre, i divieti di **attività extra moenia** e di gestione di servizi ulteriori per gli affidatari diretti (ivi incluse le società affidatarie con gara cd. "a doppio oggetto") negli stessi ampi termini previsti dall'abrogato art. 23-bis, comma 9, con esclusione delle sole società quotate e delle relative controllate nonché del socio privato selezionato con la predetta gara "a doppio oggetto", facendo salva, anche ai sensi della nuova disciplina, la deroga operante in relazione alla "prima gara" successiva alla cessazione del servizio (art. 4, comma 33). Sui rilievi della Autorità Antitrust, secondo cui tale divieto rischia di "limitare drasticamente il numero degli operatori ammissibili alle procedure di gara" si veda la Segnalazione cit..

Sono fatte salve, infine, le procedure di affidamento già avviate all'entrata in vigore del presente decreto (art. 4, comma 35).

Un breve cenno meritano anche l'**art. 3, commi 1 e 4**, del decreto, laddove si precisa che l'adeguamento degli enti territoriali al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere, imposto al comma 1 dell'art. citato, costituisce elemento di **valutazione della virtuosità** dei predetti enti ai sensi dell'art. 20, comma 3, del D.L. 98/2011, convertito in L. 111/2011; e l'**art. 5** del decreto, che destina una quota del Fondo infrastrutture ad investimenti degli enti territoriali che procedano, rispettivamente entro il 31.12.2012 ed entro il 31.12.2013, alla **dismissione di partecipazioni** in società esercenti servizi pubblici locali di rilevanza economica, ad esclusione del servizio idrico.

◆ GIURISPRUDENZA

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 4.8.2011 n. 17

Nel risolvere i contrasti giurisprudenziali sul punto, l'Adunanza interviene statuendo l'applicabilità alle **società controllate da società strumentali** e costituite con capitale di queste (cd. **società di terzo grado**) degli stessi limiti di cui all'art. 13 del D.L. n. 223/2006 che valgono per le società controllanti, ove si tratti di attività inerenti a settori precluse a queste ultime. Infatti, l'utilizzazione di capitali di una società strumentale per partecipare, attraverso la creazione di una società di terzo grado, a gare ad evidenza pubblica comporterebbe, sia pure indirettamente, l'elusione del divieto di svolgere attività diverse da quelle consentite a soggetti che godano di una posizione di mercato avvantaggiata. La previsione dello scorporo di attività non più consentite alle società strumentali di cui al comma 3 dell'art. 13 del Decreto Bersani va intesa come volta a costituire un nuovo soggetto societario, destinato a concorrere in pubbliche gare per lo svolgimento di un servizio di interesse generale, che non comporti l'intervento finanziario dell'ente strumentale.

Consiglio di Stato, Sez. III, 4.8.2011 n. 4665

La sentenza stabilisce il principio secondo cui, nelle pubbliche gare, le **clausole di esclusione** sono di stretta interpretazione, in forza del preminente interesse alla massima partecipazione, tanto più al cospetto di previsioni ambigue o non del tutto chiare.

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 28.7.2011 n. 13

La sentenza, ponendo fine al contrasto giurisprudenziale sul punto, sancisce l'applicabilità del principio della **pubblicità delle operazioni di gara** alle operazioni di apertura delle offerte tecniche nelle gare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.7.2011 n. 47332

Nell'ambito di una gara con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, secondo il Consiglio di Stato, non è compito del RUP pronunciarsi sull'**anomalia dell'offerta**, in quanto è la Commissione a dover operare un proprio diretto apprezzamento sull'anomalia, anche sulla base di una relazione tecnica redatta dal medesimo RUP.

Consiglio di Stato, Sez. III, 15.7.2011 n. 4332

Il Consiglio di Stato si pronuncia sulla ratio dell'art. 84, comma 4, del D.Lgs. 163/2006, specificando che l'incompatibilità ivi prevista, mirando a garantire l'**imparzialità dei commissari di gara**, si riferisce a soggetti che abbiano svolto incarichi relativi al medesimo appalto, ad esempio incarichi di progettazione, di verifica della progettazione, incarichi di predisposizione della legge di gara, e simili, mentre l'incompatibilità non può estendersi anche a funzionari della stazione appaltante che svolgono incarichi (amministrativi o tecnici) che non sono relativi allo specifico appalto. Sulla base dell'articolo citato, inoltre, si deve ritenere che, in una gara con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, tutte le operazioni di gara a carattere valutativo debbano essere compiute dalla apposita commissione giudicatrice.

Consiglio di Stato, Sez. VI, 14.7.2011 n. 4278

La pronuncia ritiene illegittimo il provvedimento di **esclusione da una gara**, adottato da una stazione appaltante nei confronti di un RTI, sulla base della disciplina contenuta nella **lettera d'invito**, più restrittiva rispetto alla normativa di gara, prevista nel bando: opera il principio secondo cui, in tema di gare pubbliche, nel caso di contrasto tra il bando e la lettera di invito, prevale il primo, quale *lex specialis* della selezione concorsuale, non modificabile mediante lettera d'invito.

TAR Toscana, Sez. I, 20.7.2011 n. 1254

In materia di composizione e **modificazione dei raggruppamenti temporanei**, il TAR interpreta l'art. 37, c. 9, del D.Lgs.163/06 nel senso che l'ordinamento non esclude la possibilità di modificare la composizione di un RTI, concorrente in una gara d'appalto, prima della fase di presentazione dell'offerta, anche se la procedura è già stata avviata.

TAR Toscana, Sez. II, 6.7.2011 n. 1146

Il TAR evidenzia come, in tema di contratti pubblici, viga la regola per cui, nel caso di costituenda associazione temporanea d'impresе, la **cauzione provvisoria** deve essere intestata a tutte le associate, che sono individualmente responsabili delle dichiarazioni rese per la partecipazione alla gara, diversamente configurandosi una carenza di garanzia per la stazione appaltante quante volte l'inadempimento non dipenda dalla capogruppo designata, ma dalle mandanti.

◇ **SEGNALAZIONI**

Seminario

LA GOVERNANCE PUBBLICA DELLE SOCIETÀ DEGLI ENTI LOCALI. RIFLESSIONI A PARTIRE DAL CASO ROMANO.

giovedì 8.9.2011, h. 18.00 piazza S. Andrea della Valle n. 6, Roma



Interventi:

Enrico Letta

Ivana Paniccia, Mercados EMI Srl

Rocco Colicchio, Corte dei Conti

Tommaso Di Tanno, Università di Siena

Massimiliano Lombardo, Università Lumsa Roma

Stefano Pozzoli, Università di Napoli-Parthenope

Adolfo Spaziani, Federutility

Paolo Leon, Università di Roma Tre

Alberto Biancardi, Componente dell'Autorità per l'energia elettrica e il gas

FOCUS REGOLAMENTO (DPR 5.10.2010, n. 207)

"La normativa precedente a confronto con il nuovo regolamento attuativo del codice dei contratti pubblici. Tabella di comparazione".

http://www.avcp.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/PDF/Focus_Regolamentov2.pdf

TPL

"Effetti del referendum abrogativo sulla disciplina del tpl: prime osservazioni".

<http://www.dirittodeiservizipubblici.it/articoli/articolo.asp?sezione=dettarticolo&id=447>