

Legge 20 novembre 2009, n. 166

2 Dicembre 2009

Con la legge 20 novembre 2009, n. 166 è stato definitivamente convertito in legge, con modificazioni, il decreto legge n. 135 recante “disposizioni urgenti per l’attuazione di obblighi comunitari e per l’esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee”.

Il provvedimento, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 274 del 24 novembre scorso ed entrato in vigore il giorno successivo a quello di pubblicazione, contiene alcune importanti novità per il settore, che si passa di seguito ad illustrare.

Articolo 3 - Inserimento della lettera m-quater all’art. 38 del codice dei contratti pubblici

L’articolo 3 prevede l’inserimento nell’ambito dell’art. 38 del codice dei contratti pubblici di una causa di esclusione, che riguarda le situazioni di “controllo” tra imprese partecipanti alla stessa gara. In realtà, la previsione generale, secondo cui è vietata la partecipazione contemporanea alla stessa gara di imprese che si trovino tra loro in una situazione di controllo, ai sensi dell’art. 2359 c.c., o per le quali le rispettive offerte siano comunque riconducibili, in base ad elementi univoci, ad un unico centro decisionale, non costituisce affatto una novità, trattandosi di disposizione già contenuta all’art. 34, comma 2 del codice stesso. Tale ultima norma è, infatti, abrogata dalla norma in esame e la relativa disposizione è spostata nell’alveo dell’art. 38.

La novità della disposizione contenuta nel decreto legge consiste, invece, nella successiva modifica, riguardante le modalità attraverso le quali i concorrenti dichiarano l’insussistenza della causa di esclusione in esame, inserite a seguito di una pronuncia in tal senso della Corte di Giustizia (sentenza del 19 maggio 2009, causa C-538/07).

Infatti, si inserisce all’art. 38, comma 2 una previsione, secondo cui i concorrenti allegano alternativamente:

- 1) la dichiarazione di non trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. con alcuno dei partecipanti alla gara;
- 2) la dichiarazione di trovarsi in una situazione di controllo ai sensi dell’art. 2359 c.c. e di avere formulato la propria offerta autonomamente, con l’indicazione del concorrente con cui sussiste la situazione di controllo.

La dichiarazione di cui al punto 2) deve essere corredata da documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell’offerta, documenti da inserire in un’autonoma busta chiusa. La stazione appaltante esclude i concorrenti rispetto ai quali accerti che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi. Detta verifica e l’eventuale esclusione sono disposte dopo l’apertura delle buste contenenti l’offerta economica.

Le disposizioni sopra esaminate trovano applicazione nelle procedure i cui bandi o avvisi siano stati pubblicati dopo l’entrata in vigore del decreto legge (26 settembre 2009); con riguardo alle procedure senza pubblicazione di avvisi o bandi, le disposizioni trovano applicazione a quelle per le quali, alla data di entrata in vigore del decreto legge, non fossero stati ancora inviati gli inviti a presentare offerta.

Articolo 3 ter - Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di concessioni autostradali - società miste ANAS-Regioni

L’art. 3 ter modifica la disposizione di cui al comma 289, dell’articolo 2 della Legge n. 244/07 (Finanziaria 2008). In particolare, si prevede che, al fine della realizzazione di infrastrutture autostradali di esclusivo interesse regionale, interamente ricadenti nel territorio di competenza di una singola regione e previste dagli strumenti di programmazione vigenti, le funzioni ed i poteri di soggetto concedente ed aggiudicatore possono essere trasferiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti ad un soggetto di diritto pubblico appositamente costituito in forma

societaria e partecipata dall'ANAS S.p.A. e dalle regioni interessate o da soggetto da esse interamente partecipato, che esercita esclusivamente i sopra indicati poteri e funzioni.

Sono comunque fatti salvi i poteri e le funzioni conferiti a soggetti pubblici già costituiti alla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto legge in esame, consentendo così il mantenimento di società di gestione autostradale, quali quelle costituite con la regione Lombardia e la regione Veneto.

Articolo 3 quinquies - Disposizioni per garantire la trasparenza e la libera concorrenza nella realizzazione delle opere e degli interventi connessi allo svolgimento dell'Expò Milano 2015

Con la disposizione in esame sono dettate specifiche disposizioni per garantire la trasparenza negli appalti e subappalti affidati per la realizzazione dell'Expò di Milano.

In particolare, si prevede l'affidamento al Prefetto della provincia di Milano del compito di coordinare tutte le attività finalizzate alla prevenzione delle infiltrazioni della criminalità organizzata nell'affidamento ed esecuzione dei contratti pubblici, nonché nelle erogazioni e concessioni di provvidenze pubbliche connessi alla realizzazione dell'Expò. Al fine di svolgere efficacemente tali attività, il Prefetto si avvarrà del Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza delle grandi opere istituito ai sensi dell'art. 180, comma 2, del codice dei contratti pubblici, attraverso una sezione specializzata istituita presso la Prefettura.

I controlli antimafia sui contratti pubblici e sui relativi subappalti e subcontratti sono effettuati osservando le linee guida già emanate dal Comitato di coordinamento per l'alta sorveglianza in materia di grandi opere. Inoltre, per l'efficacia dei suddetti controlli antimafia, è prevista la tracciabilità dei flussi finanziari, attraverso modalità attuative da definire con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, che dovrà essere adottato entro 30 giorni dall'entrata in vigore della norma. Si prevede, infine, che con il medesimo decreto sia effettuata, presso la Prefettura di Milano, la costituzione di elenchi di fornitori e prestatori di servizi, che non presentino rischi di inquinamento mafioso, elenchi ai quali possono rivolgersi gli esecutori di lavori nella scelta dei propri subcontraenti.

Articolo 15 - Adeguamento alla disciplina comunitaria in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica

La norma in esame apporta alcune modifiche all'art. 23-bis del Decreto Legge n. 112/2008, convertito con la Legge n. 133/2008.

In particolare, si conferma la regola generale del ricorso alle procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento dei servizi pubblici locali di rilevanza economica.

Si prevede, altresì, la possibilità di affidamento diretto a società a partecipazione mista pubblica e privata, a condizione che la selezione del socio privato, per una partecipazione non inferiore al 40%, sia avvenuta mediante procedura ad evidenza pubblica, avente ad oggetto sia la qualità di socio che l'attribuzione dei compiti operativi connessi alla gestione del servizio.

La possibilità, invece, del c.d. affidamento *in house* viene fortemente limitata a situazioni eccezionali, nelle quali, per particolari caratteristiche economiche, sociali, ambientali e geomorfologiche del contesto ambientale, non sia possibile il ricorso al mercato. In tali casi, l'affidamento può essere effettuato direttamente a società che siano a capitale interamente pubblico e nel rispetto dei principi comunitari, ossia che l'ente locale eserciti sul soggetto affidatario un "controllo analogo" a quello esercitato sui propri servizi interni e che il soggetto affidatario svolga la parte principale dell'attività a favore dell'ente affidante.

In caso di ricorso al c.d. affidamento *in house*, l'ente deve dare adeguata pubblicità alla scelta, motivandola in base ad un'analisi di mercato e trasmettere una relazione all'Autorità garante della concorrenza e del mercato per ricevere un parere preventivo, da rendersi entro 60 giorni, altrimenti si intende reso in senso favorevole.

Quanto al regime transitorio, si prevede che:

1) le gestioni in essere alla data del 22 agosto 2008 (data di entrata in vigore della legge n. 133/08), affidate direttamente, in conformità ai principi comunitari dell'*in house*, cessano improrogabilmente alla data del 31.12.2011;

- 2) le gestioni affidate a società mista, per le quali la gara per la scelta del socio privato non aveva ad oggetto anche l'affidamento dei compiti di gestione cessano alla data del 31.12.2011;
- 3) le gestioni affidate a società mista, per le quali la gara per la scelta del socio privato aveva ad oggetto anche l'affidamento dei compiti di gestione, cessano alla data di scadenza prevista nel contratto di servizio;
- 4) gli affidamenti diretti alla data del 1.10.2003, a favore di società pubbliche quotate in borsa e a quelle dalle stesse controllate, cessano alla scadenza prevista dal contratto di servizio, a condizione che la quota azionaria dell'ente pubblico scenda anche progressivamente al di sotto del 40% del capitale sociale entro il 30.06.2013 e non superi il 30% entro il 31.12.2015. Se ciò non avviene, gli affidamenti cessano improrogabilmente rispettivamente alla data del 31.06.2013 o del 31.12.2015;
- 5) tutte le altre gestioni che non rientrano nei 4 casi sopra visti, cessano al 31.12.2010.

Infine si prevede che le società, o loro controllanti e controllate, che gestiscono di fatto o per disposizione di legge, di atto amministrativo o per contratto, servizi pubblici locali in virtù di un affidamento diretto, di una procedura che non sia ad evidenza pubblica ovvero di un affidamento a società a partecipazione mista pubblica e privata, nonché i soggetti ai quali è affidata la gestione delle reti, separata dall'attività di erogazione dei servizi, non possono comunque acquisire la gestione di servizi ulteriori ovvero in ambiti territoriali diversi, nè svolgere servizi per altri enti pubblici o privati, nè direttamente, nè indirettamente, nè partecipando a gare. I soggetti affidatari diretti di servizi pubblici locali possono concorrere però alla prima gara svolta per l'affidamento mediante procedura ad evidenza pubblica dello specifico servizio già a loro affidato.