

Decreto Sviluppo – Pubblicata in Gazzetta Ufficiale la Legge di conversione

18 Luglio 2011

è stata pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 160 del 12 luglio 2011, Serie Generale, la Legge n. 106/2011, di conversione del c.d. Decreto Sviluppo (D.L. 13 maggio 2011, n. 70).

Il testo della Legge, che è entrata in vigore il giorno successivo alla sua pubblicazione (ossia il 13.7.2011), modificando il testo del D.L. Sviluppo interviene sulle novità introdotte da quest'ultimo. Se da un lato, infatti, vengono confermate molte delle disposizioni già oggetto di commento da parte dell'Ance (si veda la news n. 984 del 7.6.2011), dall'altro vengono apportati ulteriori cambiamenti alle disposizioni del Codice dei contratti ed al Regolamento di attuazione.

Fra questi, si segnalano le modifiche più rilevanti.

- Relativamente alla causa di esclusione disciplinata dall'art. 38, comma 1, lett. b), (concernente la sussistenza di procedimenti per l'applicazione di misure di prevenzione antimafia), come noto il D.L. Sviluppo ha aggiunto 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) il socio unico o il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci nelle società di capitali. Analoga estensione è stata introdotta per l'ipotesi concernente i reati incidenti sulla moralità professionale di cui alla lett. c) dell'art. 38. L'ulteriore modifica introdotta dalla Legge n. 106/2011, sia nella lett. b) che nella lett. c) del citato comma 1, fa sì che, esclusivamente con riferimento al socio unico, il controllo debba riguardare la sola "persona fisica". La modifica in commento, tuttavia, desta alcune perplessità. Non si comprendono, infatti, le ragioni della mancata previsione del controllo sulla persona fisica anche nell'ipotesi del controllo sul socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci. Sebbene la relazione tecnica di accompagnamento al maxi emendamento, infatti, interpreti la disposizione in tal senso, dal testo della norma non sembra emergere la possibilità di una interpretazione differente da quella letterale, che sembrerebbe comportare, dunque, che nel caso di società con meno di quattro soci, i controlli debbano essere effettuati anche sui soci che siano persone giuridiche.

Pertanto, con riferimento al controllo da effettuare sul socio di maggioranza nelle società con meno di quattro soci, occorre rilevare che la Legge di conversione non ha chiarito se debba farsi riferimento alla maggioranza assoluta o a quella relativa. Data, infatti, la finalità della norma in commento, che sembrerebbe essere quella di attuare una verifica sui soggetti cui sia effettivamente riconducibile la volontà dell'impresa, la precisazione sarebbe stata opportuna, poichè nelle società di capitali il socio di maggioranza assoluta e quello di maggioranza relativa esercitano un'influenza diversa. Il socio di maggioranza relativa, infatti, può essere "messo in minoranza" dagli altri soci che decidano di votare allo stesso modo, con la conseguenza che in tale ipotesi quest'ultimo non potrebbe effettivamente orientare la volontà dell'impresa. Tuttavia, allo stato attuale, l'assenza di una precisazione normativa in tal senso comporta, al fine di evitare l'esclusione dalle gare, la necessità di interpretare la disposizione di legge nel senso dell'effettuazione dei controlli anche sul socio di maggioranza relativa.

- Sempre nell'articolo 38 del D.Lgs. n. 163/2006, viene soppressa la modifica introdotta dal D.L. Sviluppo nella lettera e) del comma 1 della disposizione, che, relativamente ai soggetti che hanno commesso violazioni alle norme in materia di sicurezza ed agli obblighi derivanti dai rapporti di lavoro, aveva specificato che le violazioni dovessero essere definitivamente accertate. Rivive, pertanto, la precedente formulazione della lettera e), secondo cui è causa di esclusione l'aver commesso "gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di sicurezza e ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio". Al riguardo, sebbene il termine "debitamente" sia idoneo a suscitare alcune perplessità interpretative, occorre rilevare che nella Determinazione n. 1/2010, riferendosi alla previsione in commento l'Autorità di Vigilanza ha precisato che "*le infrazioni per essere rilevanti ai fini dell'esclusione devono essere "gravi" e "debitamente accertate", intendendosi per tali quelle definitivamente accertate. [...]La definitività dell'accertamento può discendere, a seconda dei casi, da una sentenza passata in giudicato (laddove la violazione configuri un reato) ovvero da un provvedimento amministrativo divenuto inoppugnabile (qualora si tratti di mero illecito amministrativo)*".

- Si ritiene opportuno in questa sede fare alcune precisazioni relative a quanto esposto nel commento sul D.L. Sviluppo (news n. 984 del 7.6.2011) in merito alle cause di esclusione di cui all'art. 38, comma 1, lett. c) ed h), per false dichiarazioni rese in gara.

Ai fini della lettera c), poichè è ora espressamente previsto che il concorrente dichiari tutte le condanne penali riportate, si ricorda che l'esclusione dalla procedura di gara è comminata dalla stazione appaltante in tutti i casi in cui il concorrente abbia omissis l'indicazione di una sentenza di condanna, indipendentemente dalla sussistenza di dolo o colpa grave. La stessa stazione appaltante, inoltre, è tenuta a segnalare la condotta del partecipante alla gara all'Autorità di Vigilanza, che, ai sensi del comma 1-ter dell'art. 38, se ritiene che le dichiarazioni o la documentazione 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 successive procedure di gara e dagli affidamenti in subappalto, ai sensi della lett. h) del comma 1, per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.

Quanto, invece, alla citata lettera h) del comma 1, essa è relativa alla sola esclusione comminata dalla stazione appaltante che rilevi che il concorrente è iscritto nel casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza a seguito delle verifiche sulla sussistenza del dolo o colpa grave, di cui si è detto sopra.

In altre parole, al momento della gara, la stazione appaltante, ai fini dell'esclusione di cui alla lett. c) del comma 1, deve verificare se il concorrente abbia riportato o meno tutte le condanne risultanti dal certificato del casellario giudiziale, mentre, ai fini dell'esclusione di cui alla lett. h), deve verificare se il concorrente risulti iscritto al casellario informatico dell'Autorità di Vigilanza per false dichiarazioni.

- Nell'art. 40 del Codice dei contratti, laddove è previsto che il Regolamento di attuazione del Codice definisce i criteri per la determinazione delle tariffe applicabili all'attività di qualificazione, la Legge n. 106/2011 stabilisce l'inderogabilità dei minimi tariffari. In tal modo, mediante la modifica normativa viene superato il recente orientamento giurisprudenziale favorevole alla derogabilità dei minimi tariffari, che aveva suscitato numerose perplessità in ordine agli aspetti pratici della sua applicazione.

- Nell'art. 48 (concernente la verifica a campione da parte delle stazioni appaltanti dei requisiti tecnici ed economici), la Legge n. 106/2011

introduce una nuova previsione. Viene stabilito, infatti, che le stazioni appaltanti verificano il possesso dei requisiti di qualificazione per eseguire i lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10, del Codice e attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture per i contraenti generali, mentre, per quanto riguarda i servizi e le forniture, si avvalgono della Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

- Al comma 2, lett. c) dell'art. 49 del Codice dei contratti, che disciplina l'istituto dell'avvalimento, viene aggiunta la previsione secondo cui l'impresa ausiliaria deve produrre una dichiarazione che attesti il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento messi a disposizione del partecipante alla gara. La novità introdotta dalla Legge di conversione si rivela quanto mai opportuna, poiché pone l'accento sulla necessità di utilizzare l'istituto dell'avvalimento come strumento per la messa a disposizione effettiva delle risorse necessarie alla partecipazione alle gare d'appalto, e non, piuttosto, come mezzo di elusione delle disposizioni di Legge in materia.
- All'art. 81 del D.Lgs. n. 163/2006, relativo ai criteri per la scelta dell'offerta migliore, viene aggiunto il comma 3-bis, secondo cui l'offerta migliore dev'essere determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.
- Nell'art. 87 del Codice la Legge n. 106/2011 sopprime la lett. g) del comma 2, che nell'ambito delle giustificazioni delle offerte prevedeva quella relativa al costo del lavoro.
- Come già precisato nella precedente nota di commento, il D.L. Sviluppo ha modificato il comma 7 dell'art. 122 del Codice dei contratti, innalzando da 500.000 euro a un milione di euro la soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando, a cura del responsabile del procedimento. Il D.L. ha inoltre previsto 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, ed ha reso 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. La nuova Legge in commento aggiunge al comma 7 l'ulteriore previsione secondo cui i lavori inferiori al milione di euro affidati mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria, mentre per le categorie specialistiche di cui all'articolo 37, comma 11 del Codice, restano ferme le disposizioni ivi previste. Proprio con riferimento a tale modifica, occorre rilevare che la nuova disposizione introduce un limite più stringente rispetto a quello generale della subappaltabilità nei limiti del 30% dei lavori della categoria prevalente, contemplato nell'art. 170 del Regolamento n. 207/2010, la cui *ratio* ispiratrice appare di difficile individuazione. Si potrebbe ipotizzare che, date le modalità di selezione degli operatori da invitare, e la natura "fiduciaria" dell'affidamento dei lavori mediante procedura negoziata senza bando, il Legislatore abbia voluto limitare la possibilità che l'impresa esecutrice affidasse, a sua volta, l'esecuzione ad un soggetto ulteriore. Tuttavia, tale lettura non appare del tutto convincente alla luce della normativa sui requisiti che il subappaltatore deve possedere e che ne garantiscono l'affidabilità: l'articolo 118 del Codice dei contratti, infatti, ponendo specifiche condizioni per l'affidamento e richiedendo che il subappaltatore posseda idonei requisiti di qualificazione, integra un utile strumento per la verifica dei soggetti che eseguono l'appalto. In assenza, pertanto, di una adeguata motivazione alla previsione introdotta nell'art. 122, restano numerose perplessità in ordine a quanto sopra esposto.
- Nell'art. 125 del Codice, relativo ai lavori, servizi e forniture in economia, la nuova Legge di conversione introduce l'elevazione da 20.000 a 40.000 euro della soglia oltre la quale è possibile l'affidamento mediante cottimo fiduciario, e al di sotto della quale è possibile l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.
- All'articolo 204, concernente il settore dei beni culturali, viene ridotta da 1,5 milioni a 1 milione di euro la soglia per la quale è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando di gara. La modifica normativa realizza, in tal modo, una equiparazione con l'art. 122 del Codice dei contratti, che come già detto ha elevato a 1 milione di euro la soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando.
- Nell'art. 240 del Codice, che disciplina l'istituto dell'accordo bonario, con la Legge di conversione viene introdotta la deroga secondo cui la disposizione in commento non si applica ai contratti relativi alle infrastrutture strategiche affidati a contraente generale.
- In merito all'istituto della lite temeraria, introdotto con l'art. 246-bis nel Codice dei contratti proprio dal D.L. Sviluppo, la Legge n. 106/2011 apporta una modifica relativa all'ammontare della sanzione pecuniaria cui può essere condannata la parte soccombente. Infatti, laddove il D.L. n. 70/2011 aveva stabilito che la misura non potesse essere inferiore al doppio e superiore al triplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo, la nuova Legge stabilisce che la sanzione debba essere di importo compreso tra il doppio e il quintuplo del contributo unificato. Come evidente, la nuova disposizione introduce un notevole inasprimento delle conseguenze della proposizione di ricorsi ingiustificati.

Come già accennato, la Legge n. 106 del 2011 interviene anche sulle disposizioni del D.L. Sviluppo relative al Regolamento n. 207/2010. Di seguito, le principali novità.

- L'art. 357 del Regolamento, che ha subito numerose modifiche da parte del D.L. 70/2011, subisce ulteriori interventi da parte della Legge in commento. Come noto, nel comma 12 della disposizione, con il D.L. Sviluppo sono stati prorogati dal 181° giorno, al 366° giorno dall'entrata in vigore del Regolamento, i termini contemplati per la vigenza delle attestazioni e/o dei relativi importi rilasciate nella vigenza del D.P.R. n. 34/2000. Fino alla scadenza del periodo transitorio, il 7 giugno 2012, le stazioni appaltanti dovranno bandire le gare di appalto sulla base delle declaratorie previste dal D.P.R. n. 34/2000. È stato altresì previsto che fino al 7 giugno 2012 le imprese potranno utilizzare per la partecipazione alle gare anche gli attestati rilasciati sulla base del D.P.R. n. 34/2000 per le categorie c.d. "variate" (anche se scaduti tra la data di pubblicazione del nuovo regolamento, ossia il 10.12.2010 e il predetto termine del 7 giugno 2012). Da notare che, a seguito delle modifiche introdotte dalla Legge di conversione del D.L. n. 70/2011, dall'elenco delle categorie "variate" vengono espunte la OG 10 e la OS 20.
- Sempre nell'art. 357 viene introdotto il nuovo comma 12-bis, secondo cui i certificati di esecuzione dei lavori, relativi alla categoria OS 20 (rilevamenti topografici) di cui all'Allegato A del D.P.R. n. 34/2000, sono utilizzabili ai fini della qualificazione nella categoria OS 20-A di cui all'allegato A del regolamento n. 207/2010, e che le attestazioni relative alla categoria OS 20, rilasciate nella vigenza del D.P.R. n. 34/2000, possono essere utilizzate ai fini della partecipazione alle gare in cui è richiesta la qualificazione nella categoria OS 20-A di cui all'allegato A del Regolamento n. 207/2010.

-Da ultimo, si segnalano le modifiche apportate ai commi 14 e 15 dell'art. 357, che comportano un generale coordinamento dei termini previsti nell'articolo 357, e concernono il rilascio dei certificati di esecuzione lavori relativi alle categorie OG 10 e OS 35.

4361-LEGGE 12 luglio 2011 N 106.pdf [Apri](#)