

# Nomos Appalti srl

Servizio di Consulenza agli Enti Locali

Roma, 8 novembre 2010

**Circolare n. 148/2010**

**AI SIG. PRESIDENTE  
CONFSERVIZI MARCHE  
A TUTTI GLI ASSOCIATI**

**AL SIG. PRESIDENTE  
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI  
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'  
- LORO SEDI -**

**OGGETTO:**

- 1) DECRETO LEGGE RECANTE MISURE URGENTI IN MATERIA DI SICUREZZA – TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI.**
- 2) LEGGE 1° OTTOBRE 2010, N. 163 – CONVERSIONE DEL D.L. 125/10 RECANTE MISURE URGENTI PER IL SETTORE DEI TRASPORTI E DISPOSIZIONI IN MATERIA FINANZIARIA.**
- 3) D.M. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI 30 SETTEMBRE 2010 – RIPARTIZIONE DEL FONDO PER L'ADEGUAMENTO DEI PREZZI DI MATERIALI DA COSTRUZIONE.**
- 4) DETERMINAZIONE AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI 20 OTTOBRE 2010, N. 7 – SOGGETTI AMMESSI ALLE GARE.**
- 5) COMUNICATO DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI.**

\* \* \* \* \*

**1) SCHEMA DI DECRETO-LEGGE RECANTE MISURE URGENTI IN MATERIA DI SICUREZZA – TRACCIABILITÀ DEI FLUSSI FINANZIARI.**

Nella seduta del 5 novembre u.s., il Consiglio dei Ministri ha approvato un decreto-legge contenente disposizioni urgenti in materia di sicurezza, nell'ambito del quale sono state introdotte norme attuative ed interpretative, nonché di modifica dell'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136 ("Piano straordinario contro le mafie").

In particolare, con il d.l. governativo, sono stati forniti alcuni chiarimenti in merito alla disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari.

In attesa della pubblicazione del decreto legge sulla GURI, il Servizio ritiene utile anticiparne, in sintesi, i contenuti, considerate le difficoltà applicative emerse in seguito all'emanazione della novella legislativa.

Nel provvedimento viene dunque precisato che:

- ❖ le disposizioni contenute nell'articolo 3 della legge n. 136/2010 si applicano ai contratti sottoscritti successivamente alla data di entrata in vigore della legge (7 settembre 2010) e ai contratti di subappalto e ai subcontratti da essi derivati;
- ❖ i contratti stipulati precedentemente al 7 settembre 2010 (data di entrata in vigore della legge n.136) ed i contratti di subappalto e i subcontratti da essi derivanti, devono essere adeguati alle disposizioni di cui all'articolo 3 della legge 136 entro centottanta giorni dalla data di entrata in vigore della legge stessa;
- ❖ l'espressione "filiera delle imprese" si intende riferita ai subappalti, come definiti dall'articolo 118, d.lgs. n. 16306, nonché ai subcontratti stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto;
- ❖ l'espressione "*anche non in via esclusiva*", di cui al comma 1 dell'articolo 3 della legge n. 136/10, deve essere interpretata nel senso che ogni operazione finanziaria relativa a commesse pubbliche deve essere realizzata tramite uno o più conti correnti bancari o postali, utilizzati anche promiscuamente per più commesse, purchè per ciascuna commessa sia effettuata la comunicazione di cui al comma 7 del medesimo articolo 3 circa il conto o i conti utilizzati, e nel senso che sui medesimi conti possono essere effettuati movimenti finanziari anche estranei alle commesse pubbliche comunicate;
- ❖ l'espressione "*eseguiti anche con strumenti diversi*" di cui al comma 3, primo periodo, dell'articolo 3 della legge n. 136 e l'espressione "*possono essere utilizzati anche strumenti diversi*", di cui al comma 3, secondo periodo, dello stesso articolo 3, si interpretano nel senso che è consentita l'adozione di strumenti di pagamento differenti dal bonifico bancario o postale, purchè siano idonei ad assicurare la piena tracciabilità della transazione finanziaria;
- ❖ oltre ai pagamenti con bonifico bancario o postale, sono ammessi anche altri strumenti di pagamento idonei a consentire la piena tracciabilità delle operazioni;
- ❖ ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari non occorre più il codice unico di progetto (CUP) ma il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante e, soltanto se obbligatorio ai sensi dell'articolo 11 della legge 16 gennaio 2003, n. 3, il codice unico di progetto (CUP);
- ❖ in deroga a quanto previsto dall'articolo 17, quinto comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689, le sanzioni amministrative pecuniarie per le violazioni sono applicate dal Prefetto della provincia ove ha sede la stazione appaltante o l'amministrazione concedente e, in deroga a quanto previsto dall'articolo

22, primo comma, della citata legge n. 689 del 1981, l'opposizione è proposta davanti al giudice del luogo ove ha sede l'autorità che ha applicato la sanzione.

## **2) LEGGE 1° OTTOBRE 2010. N. 163 – CONVERSIONE DEL D.L. 125/2010 RECANTE MISURE URGENTI PER IL SETTORE DEI TRASPORTI E DISPOSIZIONI IN MATERIA FINANZIARIA.**

Sulla G.U.R.I. n. 233 del 5 ottobre 2010, è stata pubblicata la legge 163/10, che reca, tra l'altro, misure per il settore dei trasporti e varie disposizioni finanziarie.

In particolare, si segnalano due norme di modifica della legge 241/90 sul procedimento amministrativo e il diritto di accesso ai documenti.

Nello specifico, viene precisato che l'art. 19 della legge, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA, introdotta dal d.l. 78/10, convertito in legge 122/10) non si applica alle attività economiche a prevalente carattere finanziario, ivi comprese quelle regolate dal d.lgs. 385/93 (Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia) e dal d.lgs. 58/98 (Testo unico in materia di intermediazione finanziaria).

Viene, altresì disposto che ogni controversia relativa all'applicazione dell'art. 20 della legge 241 cit. sul silenzio assenso dell'amministrazione competente, che equivale a provvedimento di accoglimento della domanda, è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice ordinario.

Con altra norma, vengono invece prorogate al 30 aprile 2011 le modalità per l'applicazione dei pedaggi della rete autostradale ANAS, introdotti dall'art. 15 del citato d.l. 78/10.

## **3) D.M. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI 30 SETTEMBRE 2010 – RIPARTIZIONE DEL FONDO PER L'ADEGUAMENTO DEI PREZZI DI MATERIALI DA COSTRUZIONE.**

Sulla G.U.R.I. n. 258 del 4 novembre u.s., è stato pubblicato il decreto ministeriale, con il quale è stato rimodulato il fondo destinato dal decreto 19 agosto 2009 agli indennizzi richiesti dalle imprese per gli incrementi del costo dei materiali da costruzione contabilizzati nel 2008.

Come è noto, il d.l. 162/08, convertito in legge 201/08, prevede la possibilità per le imprese di compensare i corrispettivi contrattuali per le variazioni dei costi dei materiali registrate nel 2008.

Orbene, rispetto ai 300 milioni di euro stanziati dal precedente decreto, le istanze presentate non hanno esaurito i fondi disponibili e ciò ha indotto il Ministero ad assegnare le risorse residue nella misura di circa € 180 milioni, ripartite tra i soggetti destinatari, di cui all'art. 1 del d.l. 162/08 cit., come risultanti dall'elenco allegato al decreto ministeriale.

## **4) DETERMINAZIONE AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI 20 OTTOBRE 2010, N. 7 – SOGGETTI AMMESSI ALLE GARE.**

Con la determinazione in oggetto, l'Autorità di Vigilanza ha fornito indicazioni interpretative circa la possibilità di ammettere alle gare soggetti giuridici diversi

da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'art. 34, d.lgs. 163/06 e s.m.i., come fondazioni, istituti di formazione o ricerca e Università.

Sul tema si registrano posizioni difformi.

Come è noto, l'Autorità si è già pronunciata sulla questione nel 2007, escludendo, ad esempio, le università del novero dei soggetti concorrenti alle gare, e nel 2008 per sottolineare come la partecipazione alle gare degli enti pubblici non economici è possibile se le gare riguardano prestazioni legate ai loro fini istituzionali.

Senonché, con sentenza 23 dicembre 2009, C-305/08, la Corte di giustizia dell'Unione europea ha affermato che la direttiva 2004/18 non dà una definizione della nozione di operatore economico e non opera distinzioni tra gli offerenti, a seconda che essi perseguano o meno un preminente scopo di lucro, e tantomeno prevedono in modo esplicito l'esclusione di determinati enti. Tuttavia, la direttiva ammette la possibilità, per un organismo di diritto pubblico, di partecipare in qualità di offerente ad una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico.

Muovendo da tali indicazioni, con la determinazione n. 7/2010, l'Autorità chiarisce, innanzitutto, che:

- ❖ l'elenco riportato nell'art. 34 del d.lgs. 163/06 non è da considerarsi esaustivo dei soggetti di cui è ammessa la partecipazione alle gare indette per l'affidamento di contratti pubblici;
- ❖ gli accordi tra amministrazioni non possono essere stipulati in contrasto con la normativa comunitaria; in particolare, non devono interferire con il perseguimento dell'obiettivo della libera circolazione dei servizi e dell'apertura del mercato degli appalti pubblici alla concorrenza, nel rispetto dei principi del Trattato U.E.

In secondo luogo, in relazione alle Università, posto che tali persone giuridiche possono offrire servizi sul mercato e, quindi, non possono essere esclusi, a priori, dalle gare solo perché difettano del requisito dello scopo di lucro o di un'organizzazione stabile d'impresa, resta ferma la necessità di effettuare, caso per caso, un esame approfondito dello statuto di tali persone giuridiche, al fine di valutare gli scopi istituzionali per cui sono state istituite. In sostanza, la stazione appaltante deve verificare se gli enti partecipanti alla gara possano statutariamente svolgere attività di impresa, offrendo la fornitura di beni o la prestazione di servizi sul mercato, pur senza rivestire la forma societaria (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 giugno 2009, n. 3897).

In altri termini, anche se non ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del Codice, qualora i soggetti giuridici in questione annoverino, tra le attività statutariamente ammesse, quella di svolgere compiti aventi rilevanza economica, possono, limitatamente al settore di pertinenza - e se in possesso dei requisiti richiesti dal singolo bando di gara - partecipare a procedure di evidenza pubblica per l'affidamento di contratti aventi ad oggetto servizi compatibili con le rispettive attività istituzionali.

## **5) COMUNICATO DEL PRESIDENTE DELL'AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI.**

Con comunicato del 20 ottobre u.s., il Presidente dell'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici ha chiarito che i bandi di gara non possono prevedere elementi di localizzazione territoriale.

Le stazioni appaltanti non possono, infatti, inserire clausole di partecipazione o esecuzione (come, ad esempio, la richiesta della sede legale nel territorio o lo svolgimento di servizi/esperienze nel territorio stesso ai fini della valutazione dell'offerta), che abbiano effetto di:

- ❖ escludere determinati operatori dalle gare pubbliche;
- ❖ discriminare i singoli concorrenti in sede di valutazione dell'offerta.

Simili clausole, qualora *“non attinenti alle reali esigenze di esecuzione del contratto, ma esclusivamente ai requisiti tecnico-organizzativi”* delle imprese, rappresentano una limitazione del diritto dei cittadini di esercitare la loro professione in qualunque parte del territorio nazionale.

Peraltro, anche quando clausole siffatte trovino legittimazione in norme regionali, ciò nondimeno le stazioni appaltanti sono tenute a rispettare *“principi sanciti dal Trattato CE e richiamati dall'art. 2”* del d.lgs. 163/06, con particolare riferimento *“ai principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità”* (cfr. anche Corte Cost., sentenza 22 dicembre 2006, n. 440).

Detti principi trovano applicazione sia per gli appalti di importo superiore alla soglia comunitaria, sia per quelli di valore inferiore, stante il rinvio dell'art. 121 del d.lgs. 163/06 alla Parte I del medesimo decreto e, dunque, all'art. 2 sopra richiamato.

\* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \* \_ \*

Nel restare a disposizione si porgono cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli  
(responsabile del servizio)

