

## Dal 1.1.2010 la soglia comunitaria per appalti di servizi scende a 193.000 euro

Dal primo gennaio 2010 sono in vigore i nuovi valori per l'applicazione delle norme di rilevanza comunitaria relativi a contratti di appalto di lavori, servizi e forniture, aggiornati dalla Commissione europea con il Regolamento n. 1177/2009 del 30 novembre 2009; si tratta di importi più bassi rispetto a quelli attuali:

- per i servizi e per le forniture il valore di riferimento passa dagli attuali 206.000 euro a 193.000 euro, che diventeranno 125.000 euro nel caso in cui ad assegnare l'appalto sia una amministrazione centrale (es. un Ministero),

- per i lavori pubblici la soglia scende da 5.150.000 di euro a 4.845.000 euro.

Per i settori speciali, nei quali sono raggruppate le amministrazioni e le società che si occupano di acqua, gas, energia, trasporti e servizi postali per gli appalti di servizi si passa dagli attuali 412.000 euro ai futuri 387.000. Al di sopra delle nuove soglie occorre quindi applicare le norme di derivazione UE (direttive 2004/17 e 18) come recepite dal Codice dei contratti pubblici e quindi, fra le altre cose, esperire la pubblicità a livello europeo; al di sotto di tali soglie si applicherà soltanto la normativa nazionale e si dovranno comunque rispettare i principi generali del Trattato UE in materia di parità di trattamento, trasparenza e concorrenza.

## Ddl sulla localizzazione degli impianti nucleari

Il Consiglio dei Ministri del 22 dicembre 2009, su proposta del Ministro dello sviluppo economico, Claudio Scajola, e del Ministro per la semplificazione normativa, Roberto Calderoli, ha approvato in via preliminare uno schema di decreto legislativo, sul quale verrà acquisito il parere del Consiglio di Stato, della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari, che in attuazione della specifica delega conferita al Governo opera il riassetto della disciplina dei criteri per la localizzazione nel territorio nazionale di impianti di produzione di energia elettrica nucleare, di impianti di fabbricazione del combustibile nucleare, dei sistemi di stoccaggio del combustibile irraggiato e dei rifiuti radioattivi. Lo schema regola le procedure per l'autorizzazione unica per la localizzazione, la costruzione, l'esercizio e la disattivazione degli impianti nucleari, con le relative misure compensative e disciplina altresì le procedure per la localizzazione, costruzione ed esercizio di un Parco tecnologico comprensivo di un Deposito nazionale destinato allo smaltimento definitivo dei rifiuti radioattivi, con le relative misure compensative.

## Tunnel del Brennero: lo stato dei lavori

Il Commissario straordinario delegato, dott. Mauro Fabris, è stato ascoltato il 18 novembre dalla Commissione Ambiente della Camera in merito allo stato di avanzamento dei lavori per la realizzazione opere di accesso Tunnel del Brennero e ha depositato una dettagliata relazione tecnica. L'opera, per ora, ha un limite di spesa complessivo pari a 2,6 miliardi di euro, anche se, proiettato al 2020, il costo stimato per parte italiana dovrebbe essere di 3,5 miliardi. Nel documento si evidenzia che, in assenza della delibera CIPE di approvazione del progetto preliminare RFI non è autorizzata ad avviare la progettazione definitiva, pur avendo la necessaria copertura finanziaria. Il documento evidenzia anche la difficoltà di rispettare il piano di spesa 2008-2013 dichiarato alla Commissione europea (l'apertura della galleria di base fra Fortezza e Innsbruck, di 55 km., sarebbe prevista per il 2022).

## Nel ddl comunitaria 2009 nuove modifiche al Codice per le cause di esclusione

Con un emendamento presentato il 10 dicembre in Commissione politiche dell'Unione europea del Senato, il Governo ha proposto l'ennesima modifica al Codice dei contratti pubblici (da ultimo si segnalano anche le modifiche introdotte nello schema di decreto sul recepimento della direttiva ricorsi). L'emendamento propone di modificare la lettera h del comma 1 dell'articolo 38 del Codice dei contratti pubblici. In sostanza la modifica porterebbe ad escludere dalle gare di appalto o di concessione di lavori pubblici non soltanto (come accade oggi) i soggetti che abbiano reso documenti o dichiarazioni false, ma anche coloro che non abbiano presentato i documenti o le dichiarazioni prescritti dalla legge o dal bando previsti a pena di esclusione in quanto finalizzati ad accertare la sussistenza dei requisiti e delle condizioni di partecipazione. Il riferimento è alla norma del Codice (art. 48, comma 1) che impone di effettuare il sorteggio, prima dell'apertura delle buste, nei confronti del 10 per cento degli offerenti e, dopo la conclusione delle operazioni di gara, nei confronti dell'aggiudicatario e del secondo in graduatoria, se già non sorteggiati. Pertanto se in questa fase di verifica dei requisiti dovesse emergere una situazione di mancata presentazione di un documento, scatterebbe l'esclusione dalle gare ai sensi dell'articolo 38 come modificato dall'emendamento del Governo. L'emendamento inserisce anche una nuova causa di esclusione (lettera h-bis) stabilendo che sia esclusa l'impresa nei cui confronti risulta, in base a quanto emerge dal casellario informatico presso l'Autorità, una iscrizione per omessa o falsa dichiarazione in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di affidamento o nel procedimento di rilascio della attestazione SOA. La norma stabilisce che l'esclusione scatta laddove l'iscrizione nel Casellario sia avvenuta nell'anno precedente alla data di pubblicazione del bando (dopo un anno l'iscrizione decade automaticamente) ovvero, nelle procedure senza bando, di invio dell'invito. Di rilievo è la precisazione fatta dal Governo in ordine ai compiti dell'organismo di vigilanza che sarà tenuto, a seguito di segnalazioni di omesse o false dichiarazioni ricevute dalle stazioni appaltanti, ad effettuare l'iscrizione nel casellario informatico solo se ritiene che le dichiarazioni "siano state omesse o rese con dolo o siano gravemente colpevoli in considerazioni della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della omessa o falsa dichiarazione". Il testo, sul quale dovrà essere votato in Commissione per poi essere presentato in Aula e poi tornare alla Camera dei deputati.

## Torna al 2 per cento l'incentivo per i dipendenti pubblici alla progettazione interna

Con un emendamento presentato il 26 novembre 2009 in aula al Senato, in sede di approvazione del disegno di legge delega in materia di pubblico impiego e lavoro, collegato alla finanziaria 2009, è stata nuovamente modificata la norma sull'incentivo ai dipendenti pubblici che svolgono attività di progettazione, direzione lavori, collaudo e altri servizi tecnici che dal primo gennaio 2009 è allo 0,5% dell'importo dei lavori. L'emendamento, approvato con 148 voti favorevoli, 112 contrari e 5 astenuti, è stato presentato da un senatore leghista, ha raccolto voti e pareri favorevoli anche dall'opposizione e prevede l'innalzamento (dallo 0,5% al 2% dell'importo dei lavori) dell'importo previsto dall'articolo 92, comma 5 del decreto legislativo 163/06. La riduzione dal 2 allo 0,5 per cento (prevista dal decreto legge 185/08), era stata dapprima eliminata dal DL 112/08, poi ripristinata dalla legge 2/09 e adesso nuovamente modificata e, quindi, riportata al valore del 2 per cento.

## Codice dei contratti pubblici: nuova causa di esclusione termini brevi per la presentazione delle offerte

Il decreto legge 135/09, convertito dalla legge 166/09, per quel che concerne i contratti pubblici di appalto si modifica la causa di esclusione (automatica) dalle gare in caso di offerte provenienti da concorrenti legati tra loro da rapporti di controllo (art. 34, comma 2) in quanto, non permettendo alle imprese di dimostrare che le offerte non sono collegate tra di loro, contrastano con i principi del diritto comunitario. In particolare la modifica è inserita all'articolo 38, comma 1 del d. lgs. 163/06 e s.m e i. (ove si definiscono i "requisiti generali" che i concorrenti devono soddisfare per la partecipazione alle gare, lettera m-ter) e agisce nei confronti di chi si trovi "rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale".

Per provare di non trovarsi nelle suddette fattispecie lo schema di decreto legge (attraverso una modifica al comma 2 dell'articolo 38) stabilisce che i concorrenti debbano, in via alternativa, allegare alle proprie offerte una delle due seguenti dichiarazioni. La prima attiene al fatto di non trovarsi in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del Codice civile con nessun partecipante alla medesima procedura di gara. Va evidenziato che questa prima dichiarazione appare formulabile soprattutto da quelle imprese che hanno la certezza assoluta di non essere in situazione di controllo. Diversamente, in rapporto alle diverse fattispecie previste dall'articolo 2359 come interpretate dalla giurisprudenza nazionale, potrebbe essere non sempre agevole per un concorrente sapere se una società controllata partecipi o meno alla stessa gara. Quanto meno la norma comporterà per l'impresa controllante la necessità di evitare che su quella gara l'impresa controllata partecipi. In caso di situazione di controllo con un'altra società che, a sua volta partecipi alla gara, il concorrente dovrà invece formulare la seconda dichiarazione; in base ad essa dovrà dichiarare che si trova in situazione di controllo ma ha formulato autonomamente l'offerta indicando il concorrente con il quale sussiste la situazione di controllo. La norma prevede, per questa seconda dichiarazione, che il concorrente abbia l'onere di provare che effettivamente la sua offerta sia "autonoma". Viene quindi prescritto che la dichiarazione sia corredata da "documenti utili a dimostrare che la situazione di controllo non ha influito sulla formulazione dell'offerta"; questi documenti dovranno essere inseriti in "separata busta chiusa". A questo punto sarà la stazione appaltante a dovere valutare quanto prodotto dal concorrente, verificando se il rapporto di controllo abbia influito sulla formulazione delle offerte. Ovviamente una valutazione di tale natura, in ragione della sua incidenza - ad esempio - sul calcolo della media per la soglia di anomalia, non potrà che essere effettuata avendo conoscenza del contenuto delle offerte presentate in gara. Da ciò la necessità, evidenziata nella modifica al Codice, di effettuare la "verifica e l'eventuale esclusione" dopo l'apertura delle buste contenenti l'offerta economica; la verifica sugli altri requisiti di ordine generale sarà invece sempre effettuata dopo l'aggiudicazione definitiva.

È stata poi apportata una modifica all'articolo 70, comma 11 del Codice laddove si tratta della riduzione dei tempi per la presentazione delle offerte quando si tratti di appalto integrato (appalto di progettazione e costruzione). In sostanza, viene modificata l'ultima correzione apportata all'articolo 70, comma 11, lettera b del Codice dei contratti pubblici, rendendo chiara l'esclusione della riduzione dei tempi quando si è in presenza di una gara di affidamento di un appalto integrato per il quale la stazione appaltante pone a base di gara un progetto preliminare e chiede in gara un progetto definitivo. La ragione della modifica risiede nel fatto che per queste gare la presentazione di un progetto definitivo in sede di offerta non può comportare una riduzione dei tempi di predisposizione dell'offerta stessa.

## Decreto 135/09: le norme sui servizi pubblici locali

Nell'ambito del decreto legge 136/09, convertito con la legge 166/09, si rivede la disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica, introducendo elementi di adeguamento alla disciplina comunitaria e incidendo sull'articolo 23 bis della legge 133/08.

Va subito detto che il legislatore le ha fattosalve (e quindi ha escluso dalla disciplina di carattere generale dello stesso art. 23-bis), le disposizioni in materia di distribuzione di energia elettrica e di disciplina del trasporto ferroviario regionale e, delle farmacie comunali.

Per il settore del gas naturale con un emendamento approvato dal Senato, è stato introdotto un termine, al 31 dicembre 2012, entro il quale dovranno essere stabiliti ambiti territoriali minimi per lo svolgimento delle gare per l'affidamento del servizio di distribuzione del gas.

Per quel che concerne i servizi idrici la norma, come modificata al Senato, stabilisce il principio della autonomia gestionale del soggetto gestore del servizio idrico integrato e della piena ed esclusiva proprietà pubblica delle risorse idriche.

Spetterà esclusivamente alle istituzioni pubbliche, la gestione dei profili attinenti alla qualità e prezzo del servizio, in conformità a quanto previsto dal D.Lgs. 152/2006 (Codice ambientale), garantendo il diritto alla universalità ed accessibilità del servizio.

Sempre per il settore idrico si elimina la competenza della Commissione nazionale per la vigilanza sulle risorse idriche sul parere preventivo per la concessioni di affidamenti "in house".

Per quel che riguarda la nuova disciplina dettata per tutti i servizi, la norma in primo luogo aggiunge, alla fattispecie di conferimento in favore di imprenditori e società in qualunque forma costituiti, l'ulteriore fattispecie di affidamento della gestione dei servizi pubblici locali a società "miste", ma stabilisce che occorre che il socio privato venga selezionato attraverso gare cosiddette "a doppio oggetto" (sulla persona e sull'attività), nonchè l'ulteriore condizione che il socio partecipi con non meno del 40 per cento.

La norma prevede anche un silenzio assenso (che scatta decorsi sessanta giorni) sul parere che l'Antitrust già oggi è chiamato a dare sulle ipotesi "straordinarie" di affidamento "in house" (affidamento diretto senza gara).

Viene poi stabilito il regime transitorio degli affidamenti non conformi ai principi comunitari e quelli stabiliti dallo stesso articolo 15 sopprimendo la previgente previsione che lo affidava ad un emanando regolamento governativo.

In particolare la disciplina transitoria prevede tre diverse scadenze per gli affidamenti "difformi": gli affidamenti "in house" cessano il 31 dicembre 2011 ovvero alla scadenza del contratto se, a quella data, gli enti affidanti cedono ai privati il 40% della proprietà; gli affidamenti a società quotate cessano alla scadenza del contratto se la quota pubblica scende, anche progressivamente, sotto il 40% entro il 30 giugno 2013 e sotto il 30% entro il 31 dicembre 2015; altrimenti tali affidamenti cessano il 30 giugno 2013 o il 31 dicembre 2015; in tutti gli altri casi la scadenza è al 31 dicembre 2010, mentre si conservano le scadenze naturali per gli affidamenti già conformi.



## Tar Emilia Romagna: le ragioni del diniego di accesso sull'offerta tecnica vanno provate

Il Tar Emilia-Romagna, con la sentenza del 7 gennaio 2010, n. 6 della prima sezione, ha affrontato il tema dell'accesso agli atti relativo alle offerte tecniche, precisando - rispetto alla fattispecie esaminata - che "è illegittimo il diniego parziale di accesso all'offerta tecnica presentata in sede di gara dall'Ati aggiudicataria di un servizio, nel caso in cui quest'ultima si sia opposta alla concessione della visione della propria offerta tecnica con la seguente motivazione che in essa sono contenute informazioni relative all'organizzazione, alle tecnologie e ai sistemi informativi utilizzati dalle aziende raggruppate in Ati".

Nell'opposizione si precisava anche che "il complesso di fattori organizzativi e tecnologie costituisce un know how maturato in anni di esperienza e rappresenta un fattore competitivo fondamentale, per cui riteniamo che non possa e non debba essere divulgato ad aziende concorrenti".

Per i giudici la dichiarazione non argomentava in modo approfondito relativamente alle ragioni per cui la parte dell'offerta da segretare contiene informazioni tali da essere ritenute oggetto di know how non divulgabile da parte dell'azienda.

Infatti, si legge nella sentenza, seppure nell'ambito di spiegazioni che non devono arrivare a palesare i segreti industriali e commerciali, tuttavia si ritiene che questi ultimi non debbano essere semplicemente asseriti, ma devono essere effettivamente sussistenti e di ciò deve essere dato un principio di prova da parte dell'offerente, di cui invece non vi è traccia nella dichiarazione in questione.

Per quel che riguarda il comportamento della stazione appaltante il Tar afferma che essa non ha effettuato un vaglio motivato di quanto affermato dall'Ati controinteressata, ma si è attenuta meramente alla sua dichiarazione, senza neppure richiedere chiarimenti in merito alla sussistenza e al tenore dei riferiti segreti tecnici e/o commerciali.

La riservatezza, in quanto eccezionale rispetto al principio dell'accesso e della trasparenza, deve infatti, trovare delle congrue motivazioni, che non possono solo essere meramente asserite dall'interessato, ma devono trovare un principio di prova da sottoporre al vaglio della stazione appaltante, la quale non può limitarsi a prendere atto delle asserzioni di segretezza fatte dall'offerente.

Un corretto bilanciamento tra le ragioni della riservatezza e quelle dell'accesso (nell'ottica del legislatore, prevalenti nella generalità dei casi) richiede che le prime siano sindacate dalla stazione appaltante e, ove ritenute prevalenti, oggetto di adeguata motivazione.

Quanto alle modalità dell'esercizio del diritto di accesso, la sentenza precisa che la disciplina introdotta dalla legge 15/2005 ha modificato, in parte qua, la legge 241/1990 ricomprendendo nel diritto di accesso sia la visione che il rilascio di copia del documento, attesa l'abrogazione della disposizione di cui all'art. 24 comma 2, lettera d), nella originaria formulazione, che prevedeva, invece, la possibilità di escludere il diritto di accesso a tutela della riservatezza dei terzi, persone e imprese, "garantendo peraltro agli interessati la visione degli atti relativi ai procedimenti amministrativi, al cui conoscenza sia necessaria per curare o per difendere i loro interessi giuridici": tale abrogazione fa ritenere superata ogni possibilità di distinguere tra le due modalità di esercizio del diritto di accesso (Cons. Stato, sez. VI, 19 ottobre 2009 n. 6393).

I giudici spiegano quindi che, una volta riconosciuta la spettanza della pretesa azionata, l'esercizio del diritto potrà essere esercitato secondo la modalità dell'estrazione di copia, ove la mera visione sia ritenuta insufficiente a soddisfare le esigenze di conoscenza per le quali il diritto è stato azionato.

## Protezione Civile Spa: società in house per emergenze socio-economico-ambientali e per "grandi eventi"

L'articolo 16 del decreto-legge 30 dicembre 2009, n. 195 in materia di emergenza per i rifiuti in Campania e post terremoto in Abruzzo, prevede che gli interventi infrastrutturali e strutturali, nonché i "grandi eventi" potranno essere affidati dalla Protezione Civile ad una società in house di proprietà della Presidenza del Consiglio che dovrà progettare, scegliere gli appaltatori e svolgere direzione lavori e vigilanza, al fine di garantire economicità e tempestività agli interventi. La società per azioni d'interesse nazionale denominata: "Protezione civile servizi s.p.a.", con capitale sociale di un milione di proprietà interamente della Presidenza del Consiglio, sarà alle cui dipendenze della stessa Presidenza e opererà attuando gli indirizzi definiti direttamente dal Presidente del Consiglio dei Ministri. Si tratta di una vera e propria società "in house" che avrà il compito di svolgere attività strumentali alle funzioni che competono alla protezione civile. Il decreto legge stabilisce che, pur restando ferme le competenze del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la società avrà il compito di effettuare la progettazione, la scelta del contraente, la direzione lavori, la vigilanza degli interventi strutturali ed infrastrutturali. Non soltanto: sarà sempre compito della società acquisire servizi o fornire che rientrino negli "ambiti di competenza del Dipartimento della protezione civile. Fra queste ulteriori attività di servizi (o di forniture) il decreto prevede che possano rientrare anche quelle connesse alle situazioni di emergenza socio-economico-ambientale derivanti da calamità naturali e quelle relativi ai grandi eventi di cui alla legge 401/01 (quali, ad esempio, la passata organizzazione del G8 o le celebrazioni per il 150° Anniversario dell'Unità d'Italia). La società di servizi si atteggerà come "service" della Presidenza, e, come società in house, dovrà svolgere "l'attività prevalente" nei confronti della Presidenza del Consiglio (il che non esclude che possa svolgerla per altri enti pubblici), come prevedono le regole comunitarie per gli affidamenti in house. La società, in ogni caso, avendo natura pubblica, sarà tenuta al rispetto della normativa sui contratti pubblici; pertanto o realizza i suoi compiti con strutture interne, ovvero nell'affidare i contratti dovrà rispettare il Codice dei contratti pubblici. Il successivo articolo 17 dello stesso decreto legge prevede anche che possano essere nominati commissari straordinari delegati, per gli interventi da effettuare nelle situazioni a maggiore rischio idogeologico e per salvaguardare la sicurezza delle infrastrutture e il patrimonio ambientale e culturale. I commissari, coordinati dal Ministero dell'ambiente, provvedono alle azioni di indirizzo e di supporto anche promuovendo le "occorrenze intese tra soggetti pubblici e privati" e curando tutte le attività di competenza delle amministrazioni pubbliche necessarie a realizzare gli interventi, "nel rispetto delle norme comunitarie". (A.M.)

## Rilascio delle autorizzazioni paesaggistiche

Dall'inizio dell'anno si applica la nuova normativa di cui all'articolo 146 del decreto legislativo 42/2004 (il cosiddetto Codice dei beni culturali). In base all'art. 146 del D.Lgs 42/04 l'intervento della Sovrintendenza non avverrà più in via successiva, ma in fase preventiva, rilasciando un parere, vincolante per il rilascio dell'autorizzazione e per la successiva DIA, entro un termine perentorio. La differenza è che si sostituisce la precedente prassi in base alla quale l'autorizzazione paesaggistica era emanata previa valutazione, a livello comunale, della compatibilità dell'intervento, con il successivo invio alla Sovrintendenza che nei 60 giorni successivi poteva anche annullarla.

Il procedimento si dovrà concludere entro 105 giorni, salvo che non si debba convocare la conferenza dei servizi (il termine passa a 120 giorni).