

## Ufficio Studi CODAU

### **Analisi sintetica e commento della Legge n. 106 del 12/7/2011, di conversione del Decreto Legge 13 maggio 2011 n. 70. Semestre Europeo. Prime disposizioni urgenti per l'economia (c.d. D.L. Sviluppo)**

Nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana del 12/7/2011 è stata pubblicata la Legge n. 106 del 12/07/2011 di conversione del Decreto-Legge n. 70 del 13/5/2011.

Di seguito è riportato un sintetico commento di alcune norme (modificate in sede di conversione <http://www.leggioggi.it/allegati/il-testo-coordinato-del-d-l-70-del-2011-dopo-le-modifiche-apportate-in-parlamento/> ) che riguardano il sistema dei contratti pubblici di diretto impatto per le università e per il sistema pubblico. Sarà cura dell'Ufficio Studi monitorare anche i successivi interventi che saranno effettuati per l'applicazione delle norme contenute nel provvedimento.

Resta da capire come le norme sono recepite nei regolamenti di finanza e contabilità dei vari atenei o come molto spesso accade nei connessi manuali di amministrazione che descrivono le procedure operative per l'attività negoziale. Si ritiene che il profilo di operatività delle varie norme che comunque hanno un respiro di carattere generale, deve essere regolato a livello degli atenei anche per circoscrivere o definire ad esempio le procedure per la deliberazione, gli ambiti di operatività della norma.

#### **Disposizioni in materia di contratti pubblici.**

L'art. 4 del decreto legge sopracitato contiene alcune disposizioni in materia di contratti pubblici di lavori, forniture e servizi, che sono state in parte modificate in sede di conversione in legge.

Al riguardo, con riferimento all'attività contrattuale relativa ai servizi e alle forniture avente un maggiore impatto sull'attività delle strutture degli atenei, si ritiene opportuno evidenziare quanto segue, facendo presente che sul sito web dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici ([www.avcp.it](http://www.avcp.it)) è stato pubblicato, ed è reperibile al link <http://www.avcp.it/portal/public/classic/Comunicazione/ConsultazioniOnline/> un Documento di consultazione, avente ad oggetto "Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro", contenente utili suggerimenti in proposito.

#### **Modifiche all' art. 38 del D.lgs. n. 163/2006.**

Per quanto riguarda i requisiti di ordine generale per l'affidamento delle concessioni e degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, per l'affidamento di subappalti e per la stipula dei relativi contratti, **nella legge di conversione**, è stato stabilito che:

- l'esclusione dalle procedure di affidamento, dai subappalti e dalla stipula dei relativi contratti per pendenza di un procedimento c.d. "antimafia" o per l'esistenza di

- condanne penali per i reati di cui all' art. 38, comma 1, lettera c) del predetto D.lgs.<sup>1</sup>, opera, in seguito alla pendenza del procedimento o alla sentenza di condanna passata in giudicato o al decreto penale di condanna, **con riferimento al socio unico nelle società di capitali, quando il socio unico è persona fisica ovvero al socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci;**
- è ripristinata l' esclusione dalle procedure di affidamento, dai subappalti e dalla stipula dei relativi contratti per violazioni delle norme in materia di sicurezza in presenza di **gravi infrazioni debitamente** accertate, alle norme in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, **risultanti dai dati in possesso dell' Osservatorio presso l' Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici**, (anziché per violazioni gravi, definitivamente accertate alle predette norme e ai suddetti obblighi, come previsto dal decreto legge); è stata soppressa, in sede di conversione del decreto legge, la norma secondo cui dovevano intendersi per gravi le violazioni individuate ai sensi dell' art. 14, comma 1, del D.Lgs. n. 81/2008<sup>2</sup> e successive modificazioni;
  - è ripristinata l' esclusione dalle procedure di affidamento, dai subappalti e dalla stipula dei relativi contratti nei confronti dei soggetti, che in materia di diritto al lavoro dei disabili, non presentino la certificazione di cui all' art. 17 della legge n. 68/99<sup>3</sup>, ma, poiché il concorrente attesta l' assenza della causa di esclusione con una

---

<sup>1</sup> c) nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell'[articolo 444 del codice di procedura penale](#), per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'[articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18](#); l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

l'esclusione e il divieto in ogni caso non operano quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima;

<sup>2</sup> Al fine di garantire la tutela della salute e la sicurezza dei lavoratori, nonché di contrastare il fenomeno del lavoro sommerso e irregolare, ferme restando le attribuzioni del coordinatore per l'esecuzione dei lavori di cui all'articolo 92, comma 1, lettera e), gli organi di vigilanza del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, anche su segnalazione delle amministrazioni pubbliche secondo le rispettive competenze, possono adottare provvedimenti di sospensione di un'attività imprenditoriale qualora riscontrino l'impiego di personale non risultante dalle scritture o da altra documentazione obbligatoria in misura pari o superiore al 20 per cento del totale dei lavoratori presenti sul luogo di lavoro, ovvero in caso di reiterate violazioni della disciplina in materia di superamento dei tempi di lavoro, di riposo giornaliero e settimanale, di cui agli articoli 4, 7 e 9 del decreto legislativo 8 aprile 2003, n. 66, e successive modificazioni, considerando le specifiche gravità di esposizione al rischio di infortunio, nonché in caso di gravi e reiterate violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro individuate con decreto del Ministero del lavoro e della previdenza sociale, adottato sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano. In attesa della adozione del citato decreto, le violazioni in materia di tutela della salute e della sicurezza sul lavoro che costituiscono il presupposto per l'adozione del provvedimento di sospensione dell'attività imprenditoriale sono quelle individuate nell'allegato I. L'adozione del provvedimento di sospensione e' comunicata all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di cui all'articolo 6 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 ed al Ministero delle infrastrutture, per gli aspetti di rispettiva competenza, al fine dell'emanazione di un provvedimento interdittivo alla contrattazione con le pubbliche amministrazioni ed alla partecipazione a gare pubbliche di durata pari alla citata sospensione nonché per un eventuale ulteriore periodo di tempo non inferiore al doppio della durata della sospensione e comunque non superiore a due anni. Le disposizioni del presente comma si applicano anche con riferimento ai lavori nell'ambito dei cantieri edili. Ai provvedimenti del presente articolo non si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241.

<sup>3</sup> Art. 17. (*Obbligo di certificazione*).1. Le imprese, sia pubbliche sia private, qualora partecipino a bandi per appalti pubblici o intrattengano rapporti convenzionali o di concessione con pubbliche amministrazioni, sono tenute a presentare preventivamente alle stesse la dichiarazione del legale rappresentante che attesti di essere in regola con le norme che disciplinano il diritto al lavoro dei disabili, nonché apposita certificazione rilasciata dagli uffici competenti dalla quale risulti l'ottemperanza alle norme della presente legge, pena l'esclusione.

- dichiarazione sostitutiva in conformità al DPR n. 445/2000, non vi sono sostanziali innovazioni rispetto a quanto previsto dal decreto legge;
- ai fini dell'assenza delle situazioni di controllo di cui all' art. 2359 c.c., il concorrente deve, alternativamente,;
- a) non trovarsi in una situazione di controllo di cui all' art. 2359 c.c. **rispetto ad** alcun soggetto (anziché **con** alcun soggetto, come previsto dal decreto legge) e aver formulato l'offerta autonomamente;
  - b) ovvero non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano rispetto al concorrente in una situazione di controllo di cui all' art. 2359 c.c. e aver formulato l' offerta autonomamente;
  - c) oppure essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano rispetto al concorrente in una situazione di controllo di cui all' art. 2359 cc. e aver formulato l' offerta autonomamente.

Le predette modifiche, con l'eccezione dei casi in cui è stata ripristinata, in sede di conversione, la normativa previgente, si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui , alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte (art. 4, comma 3, del D.L. n. 70/2011 cvt. nella legge n. 106 del 12/7/2011).

#### **Modifiche all' art. 42 del D.lgs. n. 163/2006**

Per quanto riguarda la capacità tecnica e professionale dei fornitori di beni e dei prestatori di servizi, è stato introdotto, in sede di conversione del decreto legge, il comma 3-bis all' art. 42 del d.lgs. n. 163/2006; per effetto di tale comma, le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all' art. 62 -bis del Codice dell' amministrazione digitale (D.lgs. n. 82/2005 e successive modifiche ed integrazioni), secondo il modello predisposto dall' Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici e pubblicato sul proprio sito informatico, la certificazione attestante le prestazioni rese dai fornitori e dai prestatori di servizi. Tale inserimento deve essere effettuato entro trenta giorni dal rilascio della certificazione, sotto pena di una sanzione amministrativa pecuniaria irrogata dalla medesima Autorità.

La norma in parola opererà da quando il predetto modello sarà pubblicato sul sito informativo dell'Autorità; pertanto si dovrà attendere la pubblicazione di detto modello con le eventuali relative istruzioni.

#### **Modifiche all' art. 48 del D.lgs. n. 163/2006**

In sede di verifica a campione effettuata in corso di gara sul possesso dei requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa eventualmente richiesti nel bando di gara, ai sensi dell'art. 48, comma 1, del D.lgs. n. 163/2006, per i fornitori di beni e i prestatori di servizi, è stato previsto che la verifica dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni, autodichiarati in corso di gara dai concorrenti, avvenga tramite la suddetta Banca dati nazionale dei contratti pubblici di cui all' art. 62 -bis del Codice dell'amministrazione digitale.

La disposizione in questione si applica alle procedure i cui bandi o avvisi di gara sono pubblicati successivamente al trentesimo giorno dalla pubblicazione sul sito informatico dell' Autorità del modello di cui al comma 3 -bis dell' art. 42 del D.lgs. n. 163/2006, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure i cui inviti a presentare le offerte sono inviati successivamente al trentesimo giorno dalla pubblicazione del predetto modello da parte della medesima Autorità (art. 4, comma 3-bis, del D.L. n. 70/2011, cvt. nella legge n. 106 del 12/7/2011).

### **Modifiche all' art. 49 del D.lgs. n. 163/2006**

E' stato previsto che, nel caso in cui un concorrente, in sede di gara, si avvalga dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo di un'altra impresa (denominata impresa ausiliaria), tale ultima impresa deve presentare, in sede di gara, una dichiarazione attestante non solo il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all' art. 38 del D.lgs. n. 163/2006, ma anche il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento.

Le modifiche all'art. 49 del D.lgs. n. 163/2006 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi di gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte (art. 4, comma 3, del D.L. n. 70/2011 cvt. nella legge n. 106 del 12/7/2011).

### **Modifiche all' art. 62 del D.lgs. n. 163/2006.**

E' stato previsto che **nelle procedure ristrette** (ossia nelle gare pubbliche con bando in cui vi è una fase c.d. di prequalifica dei concorrenti) **relative a servizi o forniture**, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità della fornitura o del servizio, **possono limitare il numero di candidati idonei che inviteranno a presentare un' offerta, purchè vi sia un numero sufficiente di candidati idonei (c.d. "forcella").**

Quando si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara i criteri oggettivi, non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo.

### **Modifiche all' art. 81 del D.lgs. n. 163/2006 e all' art. 87 del D.lgs. n. 163/2006.**

All'art. 81 del D.lgs. n. 163/2006, relativo ai criteri per la scelta dell' offerta migliore, è stato aggiunto il comma 3-bis, secondo cui " **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 alle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro".

La disposizione in parola si applica **alle procedure i cui bandi o avvisi con i quali si indice una gara sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui , alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte** (art. 4, comma 3, del D.L. n. 70/2011 cvt. nella legge n. 106 del 12/7/2011).

E' stato, altresì, modificato l'art. 87 del D.lgs. n. 163/2006, in materia di criteri di verifica delle offerte anormalmente basse, **escludendo dalle giustificazioni che possono essere presentate dai concorrenti quelle concernenti il costo del lavoro**, come determinato periodicamente in apposite tabelle dal Ministro del lavoro e delle politiche sociali, sulla base dei valori economici previsti dalla contrattazione collettiva stipulata dai sindacati comparativamente più rappresentativi, delle norme in materia previdenziale e assistenziale, dei diversi settori merceologici e delle differenti aree territoriali e in mancanza di contratto collettivo applicabile, determinato in relazione al contratto collettivo del settore merceologico più vicino a quello preso in considerazione.

La disposizione si applica alle procedure i cui bandi o avvisi di gara sono pubblicati dopo la data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui , alla data di entrata in vigore del decreto legge n. 70/2011, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte (art. 4, comma 3 del D.L. n. 70/2011 cvt. nella legge n. 106 del 12/7/2011).

In merito alle modifiche apportate agli articoli 81 e 87 del D.lgs. n. 163/2006, si segnala che l' Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici, nel citato Documento di consultazione, ha prospettato due possibili interpretazioni:

- a) secondo la prima interpretazione, la stazione appaltante dovrebbe indicare ex ante il costo del lavoro nel bando di gara o nella richiesta di preventivo;
- b) secondo la seconda interpretazione, le modifiche introdotte impongono sempre alla stazione appaltante, "qualora il tipo di commessa lo consenta, come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali della manodopera".

In attesa di ulteriori indicazioni da parte dell' Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici si suggerisce di accogliere la seconda interpretazione prospettata, che la medesima Autorità "ritiene più coerente con l' intero sistema".

### **Modifiche all' art. 125 del D.lgs. n. 163/2006**

L'art. 125, comma 11, del D.lgs. n. 163/2006, è stato modificato prevedendo che per servizi o forniture di importo inferiore a 40.000 Euro (al netto dell' IVA) è consentito l' affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, mentre per servizi o forniture di importo superiore ad Euro 40.000 (al netto dell' IVA) e fino alle soglie previste dai regolamenti delle singole stazioni appaltanti, l'affidamento avviene mediante cottimo fiduciario, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.

Il limite dei 20.000 Euro, al di sotto del quale era consentito l' affidamento diretto delle forniture e dei servizi, è stato portato quindi ad Euro 40.000.

### **Modifiche alla disciplina del DURC.**

La legge di conversione, ha introdotto il comma 14 bis all'art. 4 del decreto legge n. 70/2011, prevedendo che, per i contratti di forniture e servizi fino a 20.000 Euro (da intendersi al netto dell' IVA) stipulati con la Pubblica Amministrazione e con le società in house, i fornitori di beni e servizi contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell' art. 46, comma 1, lettera p), del D.P.R. n. 445/2000, **in luogo del DURC.**

Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive, ai sensi dell' art. 71 del D.P.R. n. 445/2000.