



ISTITUTO PER L'INNOVAZIONE E TRASPARENZA DEGLI APPALTI  
E LA COMPATIBILITA' AMBIENTALE

**D.L. 24 GENNAIO 2012 N. 1**

*“DISPOSIZIONI URGENTI PER LA CONCORRENZA, LO SVILUPPO DELLE  
INFRASTRUTTURE E LA COMPETITIVITÀ”*

**PUBBLICATO NELLA GAZZ. UFF. 24 GENNAIO 2012, N. 19, S.O**

**DISPOSIZIONI DI INTERESSE**

**AGGIORNAMENTO NORMATIVO N. 6/2012**

**LIBERALIZZAZIONE DELLE  
ATTIVITÀ ECONOMICHE  
(art. 1)**

In attuazione del principio di libertà di iniziativa economica sancito dall'articolo 41 della Costituzione e del principio di concorrenza sancito dal Trattato dell'Unione europea, il comma 1 dispone l'abrogazione, **con decorrenza dalla data di entrata in vigore dei decreti previsti al successivo comma 3 e delle norme di adeguamento degli enti territoriali:**

- a) delle disposizioni che prevedono limiti numerici ed atti preventivi di assenso (autorizzazioni, licenze, ecc.) all'avvio di attività economiche, salvo il caso in cui tali norme siano giustificate da un interesse generale);
- b) delle norme che pongono divieti e restrizioni alle attività economiche non adeguati e proporzionati alle finalità pubbliche perseguite, nonché le disposizioni di pianificazione e programmazione territoriale o temporale autoritativa con prevalente finalità economica o prevalente contenuto economico che pongono limiti e altre misure non ragionevoli rispetto alle finalità pubbliche dichiarate, limitative all'avvio di nuove attività o ostative all'ingresso di nuovi operatori economici.

Il comma 2 detta un criterio ermeneutico in base al quale, in ogni caso, le norme che pongono divieti, restrizioni, oneri e simili, devono essere rigorosamente interpretate ed applicate in senso tassativo e restrittivo.

Quanto alle modalità di adeguamento al principio enunciato al comma 1, l'articolo distingue tra legislazione statale e legislazione regionale e locale. Nello specifico:

- a) il comma 3 demanda ad appositi **regolamenti governativi**, da adottarsi entro il 31 dicembre 2012, l'individuazione
  - delle attività per le quali permane il preventivo assenso dell'amministrazione;
  - delle disposizioni di legge e di regolamento statali, recanti le restrizioni e limitazioni non giustificate da un interesse generale, abrogate a decorrere dalla data di entrata in vigore dei medesimi regolamenti.
- b) il comma 4, per l'adeguamento delle Regioni e degli enti locali, assegna il medesimo termine del 31 dicembre 2012, pena l'esercizio del potere sostitutivo, fermo restando che l'adeguamento "spontaneo" costituisce elemento di valutazione della virtuosità ai fini della classificazione per il concorso agli obiettivi di finanza pubblica.

Al riguardo va sottolineato che tale disposizione richiede di essere coordinata con la disciplina di cui all'articolo 3 del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, convertito dalla legge 14 settembre 2011, n. 148, fatta salva dal comma 1 dell'articolo in commento, in base alla quale i Comuni, Province, Regioni e Stato, entro un anno dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del decreto, sono tenuti ad adeguare i rispettivi ordinamenti al principio secondo cui l'iniziativa e l'attività economica privata sono libere ed è permesso tutto ciò che non è espressamente vietato dalla legge nei soli casi testualmente indicati dalla norma dianzi citata.

Il comma 5 esclude talune attività dal campo di applicazione

delle nuove disposizioni.

<p><b>TRIBUNALE DELLE IMPRESE (art. 2)</b></p>	<p>Alle nuove sezioni specializzate in materia di impresa è attribuita la competenza per le <b>cause relative a contratti pubblici di appalto di lavori, servizi o forniture di rilevanza comunitaria</b> in cui sia parte una società di cui al Libro V, Titolo V, Capi V e VI del codice civile (<i>società per azioni e in accomandita per azioni</i>), quando ovviamente sussiste la giurisdizione del giudice ordinario (art. 3, comma 2, lett. i), D.Lgs. 168/2003, come sostituito dall'articolo in commento).</p> <p>Per i processi di competenza delle sezioni specializzate il contributo unificato è quadruplicato (nuovo comma 1 <i>ter</i> dell'art. 13 del Testo unico in materia di spese di giustizia - D.Lgs. 115/2002-, inserito dal comma 2 dell'art. 2 del D.L. 1/2012 in esame).</p> <p><b>NORMA TRANSITORIA</b> Le disposizioni dell'articolo 2 si applicano ai giudizi instaurati dopo il novantesimo giorno dall'entrata in vigore del decreto.</p>
<p><b>NORME PER LA TUTELA DELLA CONCORRENZA DA PARTE DEGLI ENTI TERRITORIALI (art. 4)</b></p>	<p>Prevista un'<b>attività di monitoraggio da parte della Presidenza del Consiglio dei Ministri sulla normativa regionale e locale</b>, onde verificare la presenza di disposizioni contrastanti con la tutela e la promozione della concorrenza, con assegnazione di un termine per rimuovere i limiti riscontrati. Ove l'ente territoriale non adempia entro il predetto termine, lo Stato esercita il potere sostitutivo ai sensi dell'art. 120, secondo comma, Cost. con le modalità previste dall'art. 8 della Legge La Loggia (L. 131/2003)</p>
<p><b>ABROGAZIONE TARIFFE PROFESSIONALI (art. 9. commi 1-4)</b></p>	<p>Disposta l'abrogazione delle tariffe delle professioni regolamentate nel sistema ordinistico, con abrogazione espressa, altresì, delle disposizioni vigenti che, per la determinazione del compenso del professionista, rinviano alle predette tariffe (commi 1 e 4).</p> <p>I commi 2 e 3 sembrano riferirsi alle prestazioni professionali erogate ai consumatori e alle microimprese.</p> <p>Il tema dell'abrogazione delle tariffe è stato affrontato a suo tempo dal D.L. 13 agosto 2011, n. 138, sicché, come precisato al comma 6 dell'articolo in commento, è soppresso il disposto dell'art. 3, comma 5, lett. d), del citato D.L. 138/2011, da intendersi sostituito dalla presente disciplina.</p>

<p><b>SERVIZI PUBBLICI LOCALI</b> <b>(art. 25, comma 1, lett. A)</b></p>	<p>Ancora una volta il legislatore interviene sulla tematica dei servizi pubblici locali, mediante modificazione delle relative disposizioni del D.L. 138/2011 (precisamente con inserimento di un nuovo articolo 3 <i>bis</i>). In particolare si evidenziano:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– la previsione dell’obbligo per le Regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano di organizzare lo svolgimento dei servizi pubblici locali in ambiti o bacini territoriali ottimali e omogenei, <b>entro il termine del 30 giugno 2012</b>; in caso di mancato rispetto del termine è previsto l’intervento sostitutivo dello Stato;</li> <li>– la regola in forza della quale l’affidamento dei S.L.P. mediante procedure a evidenza pubblica costituisce elemento di valutazione della virtuosità delle Regioni e degli Enti locali ai fini della classificazione per il concorso agli obiettivi di finanza pubblica;</li> <li>– le nuove misure restrittive in base alle quali le società affidatarie <i>in house</i> sono assoggettate al patto di stabilità, affidano contratti pubblici di forniture e servizi nel rispetto del D.Lgs. 163/2006 e applicano i principi (art. 35, comma 3) del TUPI in materia di assunzione del personale, nonché le disposizioni che dispongono vincoli e limitazioni a dette assunzioni;</li> </ul>
<p><b>AZIENDE SPECIALI E ISTITUZIONI</b> <b>(art. 25, comma 1, lett. A)</b></p>	<p>Mediante modificazione indiretta (tramite modifica del D.L. 138/2011) dell’art. 114 del TUEL, viene precisato che le aziende speciali e le istituzioni degli enti locali:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– sono assoggettate al patto di stabilità;</li> <li>– affidano contratti pubblici di forniture e servizi nel rispetto del D.Lgs. 163/2006;</li> <li>– sono soggette alle disposizioni che pongono vincoli e limitazioni alle assunzioni di personale.</li> </ul>
<p><b>AFFIDAMENTI <i>IN HOUSE</i></b> <b>(art. 25, comma 1, lett. B)</b></p>	<p>La soglia per gli affidamenti <i>in house</i>, introdotta dall’art. 4, comma 13, del D.L. 138/2011, viene notevolmente abbassata: passa infatti da 900.000 euro a 200.000 euro annui.</p>
<p><b>PAGAMENTI DELLE PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI</b> <b>(art. 35)</b></p>	<p>Previste misure per l’accelerazione dei pagamenti dei crediti commerciali, <b>corrispondenti a residui passivi del bilancio dello Stato</b>, derivanti dall’acquisizione di <b>servizi e forniture</b>.</p> <p>La disposizione non cita i crediti derivanti da contratti pubblici di lavori. Plausibile una correzione in sede di conversione del decreto legge.</p>

<p><b>PROJECT BOND</b> (art. 41)</p>	<p>Mediante sostituzione dell'art. 157 del D.Lgs. 163/2006, relativo all'emissione di obbligazioni da parte delle società di progetto, vengono introdotte due rilevanti novità intese ad agevolare la collocazione delle obbligazioni e a facilitare il reperimento di risorse finanziarie nella fase di realizzazione dell'opera.</p> <p>a) In primo luogo, l'emissione delle obbligazioni in deroga all'art. 2412 c.c., vale a dire superando il limite di importo rappresentato dal doppio del capitale sociale, cui si aggiungono le riserve, non è più condizionata all'accensione di una garanzia ipotecaria <b>bensì alla sottoscrizione delle obbligazioni (esclusivamente nominative) da parte di investitori qualificati</b> (tra cui: banche, società di gestione del risparmio, SICAV, FONDI pensione, compagnie di assicurazione, fondazioni bancarie, soggetti individuati dal reg. di attuazione del D.Lgs. 58/1998).</p> <p>b) In secondo luogo viene consentita l'emissione dei <i>project bond</i>, già nella fase iniziale di costruzione dell'opera, senza attendere i flussi finanziari generati dalla gestione dell'infrastruttura, purché garantiti dal sistema finanziario, da fondazioni e da fondi privati. Tale seconda agevolazione, peraltro, non è di immediata applicazione poiché per le modalità attuative la norma rinvia ad un decreto del Ministro dell'economia e delle finanze da adottarsi di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti.</p>
<p><b>DIRITTO DI PRELAZIONE NELLE GRANDI OPERE</b> (art. 42)</p>	<p>Mediante sostituzione del comma 14 dell'art. 175 del Codice dei contratti, viene riconosciuto il diritto di prelazione anche al promotore di grandi opere, non inserite nella programmazione, da realizzare mediante <i>project financing</i>.</p>
<p><b>FINANZA DI PROGETTO PER LA REALIZZAZIONE DI INFRASTRUTTURE CARCERARIE</b> (art. 43)</p>	<p>Prevista una disciplina <i>ad hoc per</i> promuovere la realizzazione di carceri mediante finanza di progetto.</p> <p>Nello specifico, la speciale disciplina posta si contraddistingue dalle ordinarie regole del <i>project financing</i> e della concessione, per i seguenti aspetti:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– riconoscimento al concessionario, a titolo di prezzo (onde assicurare l'equilibrio economico-finanziario), di una tariffa per la gestione dell'infrastruttura carceraria e dei servizi connessi, ad esclusione della custodia; resta ad esclusivo rischio del concessionario l'alea economico-finanziaria della costruzione e gestione dell'opera;</li> <li>– previsione di un consistente coinvolgimento delle fondazioni bancarie e di altri soggetti privi di scopo di lucro, con un finanziamento pari ad almeno il 20% del costo dell'investimento;</li> <li>– la concessione non può avere una durata non superiore a 20 anni.</li> </ul>

<p><b>CONTRATTO DI DISPONIBILITÀ (art. 44)</b></p>	<p>Introdotta nel corpo del Codice dei contratti la nuova figura del contratto di disponibilità. Nello specifico:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- nell'articolo 3:             <ul style="list-style-type: none"> <li>➤ è stato inserito il comma 15 bis.1, recante la definizione del citato contratto di disponibilità<sup>1</sup>;</li> <li>➤ è stato integrato il comma 15 ter, al fine di includere questa nuova figura contrattuale nella categoria del PPP;</li> </ul> </li> <li>- è stato inserito il nuovo art. 160 ter, recante la disciplina della fattispecie in esame.</li> </ul> <p>In sintesi, le principali caratteristiche del contratto di disponibilità sono date:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>- dalla proprietà privata dell'opera;</li> <li>- dall'assunzione a carico dell'affidatario del rischio della costruzione e della gestione tecnica dell'opera durante l'utilizzo da parte dell'amministrazione aggiudicatrice;</li> <li>- dalla corresponsione di un canone di disponibilità da versare solo a decorrere dalla effettiva disponibilità del bene;</li> <li>- dall'eventuale riconoscimento di una contribuzione in corso d'opera non superiore al 50% del costo di costruzione;</li> <li>- dal possibile trasferimento di proprietà dell'opera al termine del contratto, verso la corresponsione di un prezzo;</li> <li>- dall'indizione della gara sulla base di un capitolato prestazionale e non di un progetto (il progetto preliminare è presentato in sede di offerta e la progettazione di livello definitivo ed esecutivo è a cura dell'affidatario ed approvata dallo stesso);</li> <li>- dal collaudo dell'opera riservato all'amministrazione aggiudicatrice.</li> </ul> <p>La fattispecie contrattuale in esame sembra rappresentare un'evoluzione del contratto di <i>leasing in costruendo</i>, applicabile alle "opere fredde", diverse da quelle demaniali o da realizzarsi sul demanio, che, per contro, presuppongono la proprietà pubblica. In sostanza, il contratto si presta ad essere utilizzato per la realizzazione di immobili, da destinare a pubblico servizio, quali uffici pubblici, scuole, ospedali, ecc. Un ulteriore aspetto peculiare è rappresentato dalla diretta definizione a livello normativo della distribuzione tra i contraenti dei costi e dei rischi dell'intera operazione, conformemente ai parametri del PPP di cui alla decisione Eurostat del 2004, configurando sostanzialmente una maggiore responsabilità in capo all'affidatario.</p> <p>Il contratto di disponibilità, infine, può essere utilizzato anche per le infrastrutture strategiche.</p>
--	---

<sup>1</sup> "Il "contratto di disponibilità" è il contratto mediante il quale sono affidate, a rischio e a spesa dell'affidatario, la costruzione e la messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera di proprietà privata destinata all'esercizio di un pubblico servizio, a fronte di un corrispettivo. Si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti".

<p><b>OPERE DI INTERESSE STRATEGICO- CONTENUTI DEL PEF (art. 45)</b></p>	<p>Il contenuto del Piano economico finanziario delle opere di interesse strategico si arricchisce degli elementi previsti dall'articolo in esame. Detti elementi, mediante un meccanismo di delegificazione, sono modificabili ed integrabili con successivi decreti del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, da adottarsi di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze.</p>
<p><b>DIALOGO COMPETITIVO (art. 46)</b></p>	<p>Nell'art. 58 del D.Lgs. 163/2006, aggiunto il comma 18 <i>bis</i>, che demanda al Regolamento di esecuzione ed attuazione la definizione di ulteriori modalità attuative del dialogo competitivo. Ad oggi, la normativa regolamentare di attuazione si occupa esclusivamente del dialogo competitivo per la realizzazione di lavori (art. 113 D.P.R. 207/2010).</p>
<p><b>OPERE D'ARTE NEGLI EDIFICI PUBBLICI (art. 47)</b></p>	<p>Mediante modifiche alla legge n. 717/1949, viene ridotta l'entità delle somme da destinare alla realizzazione delle opere d'arte negli edifici pubblici, nei seguenti termini:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– 2% per importi pari o superiori ad un milione di euro e inferiori a 5 milioni di euro;</li> <li>– 1% per importi pari o superiori a 5 milioni di euro e inferiori a 20 milioni di euro;</li> <li>– 0,5% per importi pari o superiori a venti milioni di euro.</li> </ul> <p>Secondo le nuove disposizioni restano escluse da tale obbligo le costruzioni e ricostruzioni di edifici destinati ad uso industriale o di edilizia residenziale pubblica, sia di uso civile che militare, nonché gli edifici a qualsiasi uso destinati, che importino una spesa non superiore a un milione di euro.</p> <p><b>NORMA TRANSITORIA</b> Le disposizioni novellate si applicano agli edifici pubblici per i quali, alla data di entrata in vigore del decreto legge, <b>non sia stato pubblicato il bando per la realizzazione dell'opera d'arte relativa all'edificio</b> (comma 2).</p>
<p><b>UTILIZZO ROCCE TERRE DA SCAVO (art. 49)</b></p>	<p>Il D.L. 1/2012 rinvia ad un decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, da adottarsi di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti entro sessanta giorni dall'entrata in vigore del decreto medesimo, la disciplina delle terre e rocce da scavo, anche per ciò che concerne le condizioni per classificarli come sotto prodotti diversi dai rifiuti.</p>

<p><b>CONCESSIONE DI COSTRUZIONE E GESTIONE (art. 50)</b></p>	<p>Due sono le novità riguardanti la concessione di opere pubbliche:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>– in forza della modifica dell’art. 144, comma 3, del D.Lgs. 163/2006, i bandi e relativi allegati, compresi lo schema di contratto e il PEF, devono essere definiti in modo da assicurare <b>adeguati livelli di bancabilità dell’opera;</b></li> <li>– con modifica dell’art. 159, comma 1, lett. a), del D.Lgs. 163/2006, sono attenuati i requisiti richiesti al soggetto che subentra al concessionario in caso di rescissione del contratto (ora parametrati alla specifica concessione in rapporto alla prestazione ancora da eseguire e non più ai requisiti posseduti dall’originario concessionario).</li> </ul>
<p><b>AFFIDAMENTO A TERZI NELLE CONCESSIONI (art. 51)</b></p>	<p>Nelle concessioni assentite anteriormente al 30 giugno 2002 la quota di lavori da affidare a terzi passa dal 40% al 50% (art. 253, comma 25, del D.Lgs. 163/2006, come novellato dalla disposizione in esame)</p> <p><b>NORMA TRANSITORIA</b></p> <p>Con norma transitoria che resta esterna al Codice dei contratti, la nuova disposizione si applica a decorrere dal 1 gennaio 2015 (comma 2).</p>
<p><b>RIDUZIONE LIVELLI PROGETTUALI (art. 52)</b></p>	<p>Con integrazione dell’art. 93, comma 2, del D.Lgs. 163/2006, introdotta esplicitamente la possibilità di accorpare i primi due livelli progettuali, purché il livello successivo contenga tutti gli elementi previsti per il livello omesso.</p> <p>L’innovazione testè richiamata è accompagnata dalle conseguenti disposizioni di coordinamento, vale a dire dalla previsione della possibilità di approvazione, anche in conferenza di servizi, di un progetto di maggior dettaglio rispetto a quello indicato dalla norma (nuovo comma 1 <i>bis</i> dell’art. 97 D.Lgs. 163/2006); inoltre sono state coerentemente modificate la disciplina degli strumenti progettuali per l’inserimento negli atti di programmazione (art. 128, comma 6) e l’art. 15 del D.P.R. 207/2010, relativamente ai livelli progettuali.</p>
<p><b>PROGETTAZIONE INFRASTRUTTURE FERROVIARIE E GALLERIE STRADALI E AUTOSTRADALI (art. 53)</b></p>	<p>I progetti non potranno prevedere <i>standard</i> tecnici più stringenti di quelli previsti dalle normative europee.</p>

<p><b>OBLIGAZIONI DI SCOPO DEGLI ENTI LOCALI (art. 54)</b></p>	<p>Le obbligazioni che gli enti locali possono emettere per finanziare la realizzazione di singole opere pubbliche (introdotte dalla legge 23 dicembre 1994, n. 724), possono essere garantite da un patrimonio immobiliare “destinato”, appositamente individuato dell’ente.</p>
<p><b>CONCESSIONI RELATIVE A INFRASTRUTTURE STRATEFICHE (art. 55)</b></p>	<p>Grazie alla modifica dell’art. 177, comma 2 , del D.Lgs. 163/2006, può essere posto a base di gara non solo il progetto preliminare ma anche quello definitivo.</p>
<p><b>SPOSTAMENTO PRESTATORI DI SERVIZI (art. 69)</b></p>	<p>In adeguamento ai principi comunitari, introdotta un’agevolazione a favore del prestatore che si sposta per la prima volta da un altro Stato membro sul territorio nazionale per fornire servizi. La dichiarazione scritta prevista dall’art. 10, comma 1, del D.Lgs. 9 novembre 2007 n. 206 deve ora essere prodotta all’autorità competente <b>“in anticipo”</b> rispetto allo spostamento e non più almeno 30 giorni prima.</p>