



INDICE:

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

- Ritardi nei pagamenti – Modificato l'art. 113-bis del Codice Appalti – p. 4

PRIVACY

- Servizi online: EDPB pubblica Linee Guida sulla base giuridica per trattare i dati, di *Alessandra Delli Ponti* – p. 8
- Privacy e settore delle comunicazioni elettroniche – Secondo l'AG una casella di spunta preimpostata sull'accettazione costituirebbe una violazione della normativa europea sulla protezione dei dati personali, di *Luca Feltrin* – p. 9

APPROFONDIMENTO DEL MESE:

Decreto Legge Sblocca-Cantieri in Gazzetta Ufficiale: tutte le novità per gli Appalti pubblici, a cura del Servizio Centrale Appalti ANIE

pagamenti, viene però ora espressamente indicato che tale diverso termine non può comunque essere superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche. Inoltre, è ora previsto che i certificati di pagamento relativi agli acconti del corrispettivo di appalto siano emessi contestualmente all'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori e comunque entro un termine non superiore a **sette giorni** dall'adozione degli stessi.

Anche con riguardo al pagamento del saldo, è previsto che all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, e comunque **entro un termine non superiore a sette giorni** dagli stessi, il responsabile unico del procedimento rilasci il certificato di pagamento ai fini dell'emissione della fattura da parte dell'appaltatore; il relativo pagamento è effettuato nel termine di trenta giorni decorrenti dal suddetto esito positivo del collaudo o della verifica di conformità, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine, comunque non superiore a sessanta giorni e purché ciò sia oggettivamente giustificato dalla natura particolare del contratto o da talune sue caratteristiche.

Con riguardo, infine, alle procedure di entrata merci, viene ribadito che *<Resta fermo quanto previsto all'articolo 4, comma 6, del decreto legislativo 9 ottobre 2002, n.231>*, ossia che quando è prevista una procedura diretta ad accertare la conformità della merce o dei servizi al contratto essa non può avere una durata superiore a 30 giorni dalla data della consegna della merce o della prestazione del servizio, salvo che sia diversamente ed espressamente concordato dalle parti e previsto nella documentazione di gara e purché ciò non sia gravemente iniquo per il creditore ai sensi dell'articolo 7 del medesimo decreto 231. L'accordo deve essere provato per iscritto.

Ricordiamo che l'art. 113-bis CA riguarda i settori ordinari, non essendo richiamato tra le norme del medesimo CA che per legge (art. 114, comma 8 CA) si applicano anche ai settori speciali. Certamente, però, la già citata normativa UE contro i ritardi nei pagamenti, ossia la direttiva 2011/7/UE, recepita in Italia con DLGS 231/2002 e s.m.i., cui l'art. 113-bis vorrebbe uniformarsi, ha invece carattere generale e deve quindi essere rispettata anche dagli enti appaltanti che operano nei settori speciali.

LEGISLAZIONE OSSERVATORIO

RITARDI NEI PAGAMENTI – MODIFICATO L'ART. 113-BIS DEL CODICE APPALTI

Dal 26 maggio scorso sono in vigore le modifiche apportate all'art. 113-bis del Codice Appalti con Legge 3 maggio 2019, n. 37 *“Disposizioni per l'adempimento degli obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione europea – Legge europea 2018”*, pubblicata sulla GURI n. 109 dell'11 maggio 2019.

Le nuove disposizioni sono state introdotte a seguito dell'apertura da parte della Commissione UE di una procedura di infrazione a carico dell'Italia, alla quale è stata contestata la non conformità dell'art. 113-bis alla normativa UE contro i ritardi nei pagamenti (direttiva 2011/7/UE).

In particolare, il nuovo testo dell'art. 113-bis CA conferma, con riguardo agli acconti, che i relativi pagamenti devono essere effettuati nel termine di trenta giorni decorrenti dall'adozione di ogni stato di avanzamento dei lavori, salvo che sia espressamente concordato nel contratto un diverso termine. In conformità alle disposizioni UE sui ritardi nei

SERVIZI ONLINE: EDPB PUBBLICA LINEE GUIDA SULLA BASE GIURIDICA PER TRATTARE I DATI

Guidelines 2/2019 on the processing of personal data under Article 6(1)(b) GDPR in the context of the provision of online services to data subjects, adopted on 9 April 2019

L'European Data Protection Board ("EDPB") ha pubblicato il progetto di Linee Guida sul trattamento dei dati personali nel contesto della fornitura di servizi online agli interessati (Guidelines 2/2019).

Le Linee Guida ora in fase di consultazione pubblica sino al 24 maggio p.v. forniscono interessanti indicazioni.

Si ricorda che la base per il trattamento dei dati personali dei servizi on line è il contratto (articolo 6 Regolamento generale sulla protezione dei dati lettera b).

In particolare, la base giuridica del "contratto" di applica in situazioni in cui il trattamento è necessario

- (1) per l'esecuzione di un contratto a cui l'interessato è parte o
- (2) per raccogliere informazioni su richiesta dell'interessato prima di stipulare un contratto, indipendentemente dal fatto che il contratto sia disciplinato dalla legge di uno Stato membro dell'UE dello Spazio economico europeo ("SEE") o dalla legge di un paese terzo.

Le linee guida discutono in che modo la base giuridica del "contratto" si applica nel contesto dei servizi online o dei "servizi della società dell'informazione", definiti come *"qualsiasi servizio normalmente fornito dietro retribuzione, a distanza, per via elettronica e su richiesta di un destinatario di servizi."* Ciò include servizi che non sono pagati direttamente dalle persone che li ricevono, come i servizi online finanziati attraverso la pubblicità.

Le Linee Guida sottolineano che le precedenti indicazioni del Gruppo dell'Articolo 29 sulla base giuridica del "contratto" ai sensi della direttiva sulla protezione dei dati dell'UE rimangono generalmente valide. In tale contesto, le linee guida si concentrano sull'adeguatezza del contratto come base giuridica per i servizi on line, definendo

1. le condizioni generali che i titolari del trattamento dei dati devono soddisfare utilizzare e rientrare in tale base giuridica

2. come si applica la base giuridica del contratto a specifici servizi online.

Condizioni per utilizzare la base giuridica "Contratto"

- Il trattamento deve essere obiettivamente "necessario" per l'esecuzione di un servizio contrattuale o per l'adozione di misure precontrattuali pertinenti su richiesta dell'interessato. Se esistono alternative realistiche e meno invadenti per raggiungere l'obiettivo perseguito, l'elaborazione dei dati non sarà considerata "necessaria".
- Il titolare del trattamento per il principio dell'accountability deve essere in grado di dimostrare che il trattamento era "necessario" per l'esecuzione di un contratto con l'interessato. In particolare il titolare deve essere in grado di dimostrare che **a esiste un contratto tra le parti, legalmente valido e che il trattamento è oggettivamente necessario per uno scopo che è parte integrante della fornitura del servizio contrattuale online fornito all'interessato.** Le linee guida confermano che il solo riferimento o menzione del trattamento dei dati in un contratto non è sufficiente per stabilire che il trattamento è necessario per eseguire il contratto. Interessante è una specie di "check list" fornita dalle Linee guida composta da quattro domande per aiutare le aziende a valutare se possono utilizzare sulla base legale del "contratto" per l'elaborazione in quel contesto, da utilizzarsi prima del trattamento.
- Necessario per prendere decisioni prima di stipulare un contratto (fase precontrattuale): le linee guida chiariscono che la "necessità di adottare misure precontrattuali" non riguarderà il marketing non richiesto o altra attività di elaborazione dei dati che è guidata esclusivamente dall'iniziativa del responsabile del trattamento o su richiesta di un terzo.
- Applicabilità della base giuridica "Contratto" in situazioni specifiche

Le Linee Guida discutono anche sull'utilizzo della base legale "contrattuale" per i seguenti scopi nel contesto dei servizi online:

- migliorare un servizio o sviluppare nuove funzioni all'interno di un servizio esistente
- prevenzione frodi
- pubblicità comportamentale online e
- personalizzazione del contenuto.

Le linee guida osservano che i Titolari devono inoltre garantire che siano conformi a tutti i principi fondamentali di protezione dei dati di cui all'articolo 5 del GDPR (come i limiti di finalità e i principi di minimizzazione dei dati che sono particolarmente rilevanti nei contratti per i servizi online), gli altri requisiti del GDPR e, ove applicabile, i requisiti ePrivacy (come i requisiti di legge sui cookie).

Avv. Alessandra Delli Ponti
Studio Legale Stefanelli

PRIVACY E SETTORE DELLE COMUNICAZIONI ELETTRONICHE – SECONDO L'AG UNA CASELLA DI SPUNTA PREIMPOSTATA SULL'ACCETTAZIONE COSTITUIREBBE UNA VIOLAZIONE DELLA NORMATIVA EUROPEA SULLA PROTEZIONE DEI DATI PERSONALI

Lo scorso 21 marzo, l'Avvocato Generale Szpunar (AG) ha pubblicato le proprie *conclusioni* – nell'ambito di un giudizio avviato in seguito alla presentazione di un rinvio pregiudiziale da parte della Corte di giustizia federale tedesca (Corte federale) alla Corte di Giustizia dell'Unione europea (CdG).

In particolare, si è pronunciato sull'interpretazione del concetto di 'valido consenso' (ai sensi delle disposizioni contenute nella *Direttiva* n. 58 del 2002 (*Direttiva* 2002/58), nonché della *Direttiva* n. 46 del 1995 (*Direttiva* 95/46)) – in relazione all'acquisto di dati personali attraverso l'utilizzo dello strumento informatico dei cc.dd. 'cookies'.

Al fine di meglio comprendere la ratio delle conclusioni in esame, occorre introdurre sinteticamente gli aspetti fattuali salienti del giudizio oggetto di rinvio.

In data 24 settembre 2013, Planet49 GmbH (Planet49) – società costituita secondo il diritto tedesco e specializzata in attività di marketing e pubblicità – ha organizzato una lotteria a fini promozionali, subordinandone la partecipazione all'accettazione di una serie di condizioni.

All'utente, al momento del suo accesso alla relativa pagina web, veniva richiesto di inserire il proprio nome e indirizzo completo. La pagina, inoltre, presentava due ulteriori caselle di spunta. La prima (*Casella 1*) richiedeva all'utente di acconsentire al trattamento dei suoi dati personali da parte di agenti commerciali per l'invio di messaggi promozionali mirati. La seconda (*Casella 2*), a differenza della precedente, veniva

presentata all'utente come preimpostata sull'opzione di accettazione e riguardava l'installazione di una serie di cookies diretti ad agevolare la raccolta di informazioni commercialmente rilevanti. L'effettiva partecipazione alla summenzionata lotteria era, infine, subordinata all'accettazione di – almeno – la prima delle sopra-descritte caselle.

In relazione a ciò, la Corte federale ha richiesto alla CdG di valutare se il consenso alla raccolta di informazioni attuata tramite cookies, di fatto ottenuto attraverso la mancata de-selezione di una casella previamente impostata sull'accettazione, sia da considerarsi un consenso 'valido' ai sensi degli articoli 5(3) e 2(f) della *Direttiva* 2002/58 e 2(h) della *Direttiva* 95/46.

L'AG, al fine di rispondere alle questioni sollevate, ha attentamente analizzato la normativa applicabile e ha concluso quanto segue.

La *Direttiva* 95/46 stabilisce che il consenso, per essere valido (quindi libero e consapevole), deve soddisfare due requisiti, ossia essere manifestato:

- i) in modo 'attivo' e
- ii) 'separato'. In relazione al primo punto, l'AG ha stabilito come una mera acquiescenza da parte dell'utente (la quale potrebbe trovare radici anche nella superficialità di quest'ultimo) nei confronti di una casella previamente preimpostata sull'accettazione non sarebbe sufficiente per qualificare il consenso come 'attivo'. In relazione al secondo requisito, l'AG ha respinto l'argomentazione presentata da Planet49 secondo cui il consenso prestato dall'utente sarebbe valido perché attivamente espresso nel momento in cui quest'ultimo abbia cliccato sul 'bottono' di partecipazione alla lotteria. A tal proposito, infatti, l'AG ha ricordato che il consenso deve essere anche 'separato'. Secondo l'AG, ciò significa che l'attività svolta dall'utente e la prestazione del proprio consenso devono costituire due atti distinti.

Non ci resta che attendere la pronuncia della sentenza per vedere se la CdG adotterà l'approccio argomentativo dell'AG.

In caso positivo, la relativa pronuncia avrà effetti di notevole importanza per tutti i gestori di siti web che raccolgono il consenso del consumatore tramite caselle preselezionate in quanto tale condotta sarà in linea di principio considerata contraria alla normativa UE sul

trattamento dei dati personali e quindi potenzialmente sanzionabile.

*Avv. Luca Feltrin
Freshfields Bruckhaus Deringer*

DIRETTORE RESPONSABILE

Maria Antonietta Portaluri

REDAZIONE

Alessandra Toncelli – Mirella Cignoni – Mattia Ciribifera

LA REDAZIONE RINGRAZIA PER LA COLLABORAZIONE

Avv. Riccardo G. Cajola, Cajola e Associati (Milano) - Avv. Riccardo Fadiga, Avv. Luca Feltrin e Avv. Roberta Laghi, Freshfields Bruckhaus Deringer (Milano) - Avv. Claudio Gabriele, Studio Associato Oddo Lora Gabriele (Milano) - Avv. Alessandra Delli Ponti e Avv. Eleonora Lenzi, Studio Legale Stefanelli (Bologna).

Proprietario ed editore:
Federazione ANIE
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.1
Direttore Responsabile
Maria Antonietta Portaluri
Registrazione del Tribunale
di Milano al n° 116 del
19/2/1996

TeLex Anie



FEDERAZIONE NAZIONALE
IMPRESE ELETTROTECNICHE
ED ELETTRONICHE



Pubblicazione a cura di:
Servizio Centrale Legale
Viale Lancetti 43, 20158, MI
Telefono (02) 3264.246
e-mail legale@anie.it
Diffusione via web www.anie.it

Decreto Legge Sblocca-Cantieri in Gazzetta Ufficiale Tutte le novità per gli Appalti pubblici

Premessa.

La pubblicazione in Gazzetta Ufficiale (n. 92 del 18 aprile 2019) del D.L. 32/2019, meglio noto come Decreto Sblocca-Cantieri, segna l'apertura di una nuova fase per il settore dei Contratti Pubblici.

La pubblicazione del Decreto interviene a tre anni esatti dall'adozione del "nuovo" Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016), tre anni nei quali gli operatori di settore hanno assistito al continuo susseguirsi di modifiche e correzioni, si pensi soltanto che dal 2016 ad oggi si contano due sostanziosi correttivi (D.Lgs. 56/2017 e D.L. 32/2019) nonché diversi interventi di dettaglio (da ultimo le misure previste nell'ultima Legge di Bilancio – L. 145/2018).

Peraltro la disciplina di settore rischia di essere oggetto di ulteriori interventi normativi nel prossimo futuro, l'Esecutivo infatti ha già approvato un Disegno di Legge delega con l'obiettivo esplicito di riorganizzare organicamente l'intero quadro normativo *"adottando un nuovo Codice dei Contratti pubblici in sostituzione di quello di cui al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ovvero modificandolo per quanto necessario"*.

Le tematiche.

Il Decreto sblocca cantieri non si occupa esclusivamente di appalti pubblici, dei tre Capi del provvedimento soltanto il primo – e nello specifico gli articoli 1 e 2 – contengono modifiche al Codice dei contratti pubblici mentre il Capo II e il Capo III contengono rispettivamente *"Disposizioni relative agli eventi sismici della Regione Molise e dell'area Etnea"* e *"Disposizioni relative agli eventi sismici dell'Abruzzo nell'anno 2009, del centro Italia negli anni 2016 e 2017 e nei comuni di Casamicciola Terme e Lacco Ameno dell'Isola di Ischia nel 2017"*.

La scelta di non attendere i tempi per l'esercizio della delega e di inserire in tale decreto una corposa parte di modifiche al Codice dei Contratti Pubblici – come si legge nella Relazione tecnica al Decreto – è dovuta tanto alla volontà dell'Esecutivo di *"semplificare le procedure di aggiudicazione degli appalti"* quanto alla necessità del *"superamento della procedura di infrazione n. 2018/2273 ("non conformità dell'ordinamento interno rispetto ad alcune disposizioni delle direttive europee in materia di contratti pubblici")"*.

L'entrata in vigore.

Con riguardo all'entrata in vigore, così come avvenuto per il D.Lgs. 50/2016, anche per il Decreto Sblocca-Cantieri non è stato previsto alcun periodo transitorio. Come si legge all'articolo 30 del Decreto, lo stesso *"entra in vigore il giorno successivo a quello della sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale"*.

L'efficacia del provvedimento (Decreto Legge) si esaurisce in 60 giorni dall'entrata in vigore, periodo entro il quale lo stesso dovrà essere convertito in Legge.

Per tale ragione, lo scorso 23 aprile il provvedimento è stato assegnato alla Commissione 8^a Lavori Pubblici, della Camera, e 13^a Ambiente, del Senato, le quali entro il prossimo 17 giugno dovranno adottare il provvedimento di conversione.

La struttura.

Come accennato poc'anzi il Decreto è suddiviso in tre Capi recanti: i) **Capo I** – *"Norme in materia di contratti pubblici, di accelerazione degli interventi infrastrutturali e di rigenerazione urbana"*; ii) **Capo II** – *"Disposizioni relative agli eventi sismici della Regione Molise e dell'area Etnea"*; iii) **Capo III** – *"Disposizioni relative agli eventi sismici dell'Abruzzo nell'anno 2009, del centro Italia negli anni 2016 e 2017 e nei comuni di Casamicciola Terme e Lacco Ameno dell'Isola di Ischia nel 2017"*.

Tutte le modifiche inerenti la materia degli appalti pubblici sono contenute nel **Capo I** del decreto e, specificamente, negli articoli 1 e 2.

Il **Capo I** è composto in totale da 5 articoli, gli **articoli 1 e 2** contengono le **modifiche al Codice dei Contratti Pubblici** (si contano circa 80 modifiche), l'**articolo 3** contiene disposizioni in materia di semplificazione della disciplina degli interventi strutturali in zone sismiche, l'**articolo 4** contiene disposizioni in materia di commissari straordinari e, da ultimo, l'**articolo 5** contiene disposizioni in materia di rigenerazione urbana.

Il **Capo II**, composto da 15 articoli (artt. 6 – 20), disciplina gli interventi urgenti per la ricostruzione dei territori colpiti da eventi sismici nell'area del Molise e in quella Etnea. Viene dettata la disciplina relativa alla ricostruzione degli immobili pubblici e privati, nonché le specifiche regole per l'affidamento degli interventi sulle opere pubbliche e per l'attribuzione dei contributi finalizzati alla riparazione e ricostruzione dei beni privati. Nell'ottica del rilancio – non solo edilizio – di queste zone, sono inoltre previste misure per il sostegno di attività economiche ed imprese danneggiate da tali eventi calamitosi.

Il **Capo III** è composto da 8 articoli (artt. 21 – 28) e, in continuità con il precedente, contiene anch'esso norme specifiche per il rilancio del processo di ricostruzione nelle aree colpite dagli eventi sismici del 2016/2017 (Centro Italia), del 2009 (Abruzzo) e del 2017 (Ischia).

Entrambe le discipline, seppur riferite a contesti geografici diversi, condividono presupposti e finalità. L'obiettivo principale delle disposizioni è dunque quello di determinare, attraverso l'introduzione di specifiche discipline, condizioni giuridiche e operative per l'immediata ripresa del territorio.

Le modifiche più rilevanti nel settore degli appalti pubblici.

Il più corposo degli articoli del Decreto è l'articolo 1 e contiene tutte le modifiche al Codice dei contratti pubblici (l'articolo 2 contiene esclusivamente modifiche all'articolo 110 del Codice per le regioni che si vedranno in seguito).

Non tutte le modifiche previste all'articolo 1 possono dirsi "sostanziali" alcune interventi normativi infatti si sono resi necessari esclusivamente per il coordinamento della disciplina preesistente con le novità introdotte (su tutti si pensi che in ragione della scelta di reintrodurre nel sistema un Regolamento unico di esecuzione e attuazione è stato necessario intervenire in tutte quelle parti del Codice che richiamavano provvedimenti attuativi in materie che oggi verranno assorbite dal Regolamento).

Le principali modifiche introdotte riguardano:

Articolo 1, comma 1, D.L. 32/2019 – Modifiche al Codice dei contratti pubblici

- **Contratti Sottosoglia (l'art. 1, co.1, lett. f, modifica l'articolo 36 del D.Lgs. 50/2016)**

La materia era già stata oggetto di intervento da parte della Legge di Bilancio (L.145/2018) a mezzo della quale si prevedevano alcune semplificazioni procedurali per gli affidamenti sottosoglia che sarebbero stati efficaci – in deroga alle disposizioni del Codice – sino al 31 dicembre 2019. Il Decreto Sblocca-Cantieri, stando alle prime bozze circolate, sembrava portare a regime le disposizioni contenute nella legge di Bilancio, la versione definitiva del provvedimento invece opera un'ulteriore modifica alla disciplina (abrogando al comma 2 dell'art. 1 le disposizioni contenute nella Legge di Bilancio).

Il Decreto **ridetermina gli scaglioni economici relativi al sottosoglia** e modifica le relative procedure di affidamento: in presenza di appalti di importo inferiore a 40.000€ si potrà ricorrere all'affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici; per gli appalti di lavori di importo compreso tra 40.000€ e 200.000€ e per le forniture ed i servizi compresi tra 40.000€ e la soglia comunitaria si potrà ricorrere alla procedura negoziata previa consultazione, se esistenti, di almeno tre operatori economici (il numero degli operatori da consultare sale a 5 nell'ambito di forniture e servizi); da ultimo, per i lavori di importo superiore a 200.000 e fino alla soglia comunitaria si potrà ricorrere alle procedure di cui all'articolo 60 del Codice.

Le modifiche all'articolo 36 non si esauriscono nella rideterminazione delle soglie infatti, vanno segnalate altre due previsioni di indubbia rilevanza.

La prima, in analogia con quanto previsto nell'ambito dei settori speciali (art. 133 del Codice), riguarda la possibilità per le stazioni appaltanti di **esaminare le offerte prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di idoneità**. L'utilizzo di tale opportunità è però concesso in presenza di due condizioni: i) che la stessa sia specificamente prevista nel bando di gara; ii) che le stazioni appaltanti effettuino la verifica dei requisiti generali, a campione, anche sugli altri partecipanti. Ciò al fine di garantire la correttezza del calcolo della soglia di anomalia, infatti, qualora le verifiche dovessero avere esito negativo la stessa stazione appaltante dovrebbe procedere a ricalcolare tale soglia.

Da ultimo, con l'introduzione del comma 9-bis, il **criterio del prezzo più basso diventa il criterio prevalente per l'aggiudicazione degli appalti sottosoglia**. La prevalenza di tale criterio rispetto a quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa è testimoniata dal fatto che il comma prevede espressamente che: *“le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero, previa motivazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa”*.

Nonostante l'apertura al criterio del minor prezzo, l'attenzione del Legislatore per la valorizzazione degli aspetti di innovazione tecnologica si evince dalla scelta di introdurre all'articolo 95 l'obbligo di aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tutte le forniture ed i servizi, di valore pari o superiore a 40.000€, caratterizzati da notevole contenuto tecnologico.

- **Motivi di Esclusione (l'articolo 1, co.1, lett. n, modifica l'articolo 80 del D.lgs. 50/2016)**

La prima modifica che si segnala riguarda **l'abrogazione all'articolo 80, co. 1 e 5**, della previsione per cui il mancato possesso dei requisiti generali in capo al subappaltatore comportava l'esclusione dalla procedura di gara anche per l'appaltatore. La modifica si è resa necessaria, oltre che per coordinare la normativa con le modifiche in tema di subappalto, anche per risolvere la procedura d'infrazione instaurata dalla Commissione UE nei confronti dell'Italia. Nella lettera della Commissione si sottolineava infatti che le direttive europee in caso di mancato possesso dei requisiti da parte del subappaltatore prevedevano quale unica conseguenza la necessaria sostituzione dello stesso senza prevedere alcun effetto negativo in capo all'appaltatore.

Il decreto Sblocca cantieri interviene anche sul comma 3 dell'articolo 80 in tema di soggetti tenuti al rilascio delle dichiarazioni; da sempre aveva generato dubbi interpretativi l'inciso *“ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci”*, al fine di fugare ogni dubbio circa l'interpretazione della disciplina il passaggio viene riformulato come segue *“ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro”*.

Rilevanti le **modifiche al comma 4 dell'articolo 80 in tema di gravi violazioni rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte e tasse**. La disciplina, in linea con i primi due commi dell'articolo 80, individuava quale causa di esclusione dell'operatore economico le gravi violazioni definitivamente accertate. Le modifiche introdotte, recependo le osservazioni della Commissione europea, stabiliscono che l'operatore economico potrà essere escluso non solo qualora il mancato pagamento sia definitivamente accertato ma anche nel caso in cui la stazione appaltante possa adeguatamente dimostrare l'integrazione della violazione.

Da ultimo viene **riformulato il comma 10 dell'articolo 80** con l'obiettivo di agevolare le stazioni appaltanti nella determinazione della durata dell'esclusione dell'operatore economico qualora le sentenze penali di condanna definitiva non fissino la durata della pena accessoria. Il comma 10, come riformulato, prevede che l'esclusione sarà: *“a) perpetua, in presenza dei reati contro la pubblica amministrazione citati dall'art. 317 bis, cui consegue di diritto l'applicazione della pena accessoria “a vita” (salvo che la stessa non sia stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, comma 7 c.p.); b) pari a sette anni, laddove venga inflitta la reclusione per un tempo non superiore a due anni o ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis, comma 1 p. (fatta salva, anche in questo caso, l'intervenuta riabilitazione); c) pari a cinque anni, in ipotesi diverse da quelle appena esaminate, fra le quali sembra rientrare anche (ma non solo) quella in cui ricorra la circostanza attenuante di cui all'art. 323 bis, comma 2 c.p.”*.

- **Criteri di Aggiudicazione (l'articolo 1, co.1, lett. s, modifica l'articolo 95 del D.Lgs. 50/2016)**

Gran parte delle modifiche in tema di criteri di aggiudicazione si sono rese necessarie per coordinare la relativa disciplina con l'apertura al criterio del minor prezzo nell'ambito del sottosoglia (operata dal comma 9-bis dell'art. 36).

Come detto analizzando le modifiche previste per l'aggiudicazione dei contratti sottosoglia, il Decreto Sblocca-Cantieri introduce al comma 3 dell'articolo 95 una **nuova ipotesi** al ricorrere della quale sarà **obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa**, specificamente nel caso di : "*b-bis*). *I contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo*".

Inoltre, il Decreto Sblocca-Cantieri – al fine di garantire una maggior discrezionalità per le stazioni appaltanti – **abroga la previsione che fissava al 30% il tetto massimo per il punteggio economico**, di cui all'articolo 95, co. 10-bis. La scelta di eliminare il limite è dovuta anche dalle perplessità avanzate, dopo l'introduzione della previsione, dall'AGCM che poneva dei dubbi circa la legittimità della disposizione. Nonostante l'abrogazione del tetto massimo per il punteggio economico il comma 10-bis sancisce che: "*la stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*", cioè, a parere dello scrivente, mantiene fermo il principio per cui in ogni caso la componente qualitativa dell'offerta dovrà essere preponderante.

- **Offerte anormalmente basse (l'articolo 1, co.1, lett. t, modifica l'articolo 97 del D.Lgs.50/2016)**

In tema di offerte anormalmente basse la modifica più rilevante riguarda la disciplina relativa ai criteri di calcolo della soglia di anomalia. Il meccanismo per il calcolo dell'anomalia previsto nel Codice (sorteggio tra 5 alternativi criteri di calcolo) si è rivelato eccessivamente farraginoso nonché non sempre efficiente. L'analisi circa l'applicazione pratica della disciplina ha dimostrato che l'utilizzo di un criterio piuttosto che di un altro porta alla determinazione di soglie di anomalia molto differenti tra loro (tanto che a seconda del metodo utilizzato un'offerta potrebbe risultare vincitrice o addirittura anomala).

La modifica introdotta dal Decreto Sblocca-Cantieri riformula totalmente il comma 2 individuando un **unico sistema di calcolo**, nell'ambito del quale vengono inserite delle variabili individuate dopo l'apertura delle buste (così da non rendere predeterminabili i parametri di riferimento). Sempre in tema di calcolo della soglia di anomalia è altresì prevista la possibilità per il Ministero delle Infrastrutture e Trasporti di rideterminare nel tempo le modalità di calcolo attraverso l'emanazione di specifici decreti.

Al fine di semplificare le procedure di aggiudicazione, al comma 3 dell'art. 97 si specifica che in caso di ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa il calcolo della soglia di anomalia dovrà effettuarsi esclusivamente qualora le offerte pervenute siano pari o superiori a tre.

Da ultimo il Decreto Sblocca Cantieri, in risposta alle contestazioni sollevate nella lettera di messa in mora dalla Commissione UE, interviene al comma 8 dell'articolo 97 prevedendo una deroga all'esclusione automatica per gli appalti sottosoglia qualora gli stessi abbiano carattere transfrontaliero.

- **Subappalto (l'articolo 1, co.1, lett. v, modifica l'articolo 105 del D.Lgs. 50/2016)**

La disciplina del subappalto sin dall'adozione del D.Lgs. 50/2016 è stata oggetto di forti critiche tanto da parte degli operatori di settore, che lamentavano il carattere fortemente restrittivo della disciplina, quanto da parte dell'Unione europea, che in più occasioni (da ultimo nella lettera di messa in mora) contestava la non conformità della disciplina con quanto previsto nelle direttive del 2014.

Le modifiche contenute nel Decreto Sblocca-Cantieri toccano tutti gli aspetti più rilevanti della disciplina a cominciare dal **limite che viene innalzato** individuando quale quota massima quella del **50% da calcolarsi sull'importo complessivo del contratto**. Il comma 3, come riformulato dallo Sblocca-Cantieri, prevede che il subappalto: "*è indicato dalle stazioni appaltanti nel bando di gara e non può superare la quota del cinquanta per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture*".

La nuova formulazione del comma potrebbe portare a pensare che le stazioni appaltanti, nell'individuare la quota limite subappaltabile, possano arrivare addirittura ad escludere il

subappalto. Ciò, a parere dello scrivente, non risulta possibile alla luce del fatto che la scelta di rimettere alla discrezionalità delle stazioni appaltanti la possibilità di consentire o meno il ricorso al subappalto (contenuta nella versione originale del Codice) è già stata espressamente abrogata con l'adozione del Decreto correttivo (D.lgs. 56/2017). Questo porta a pensare che in continuità con le scelte operate nel 2017 le stazioni appaltanti potranno sì scendere sotto il 30% ma non certo arrivare ad escludere il subappalto.

Sempre per risolvere la procedura di infrazione il Decreto Sblocca-Cantieri interviene in tema di autorizzazione e di terna. Con riguardo alla disciplina dell'autorizzazione, viene **abrogato il divieto di autorizzare il subappalto qualora il soggetto indicato abbia preso parte alla procedura di gara**.

Viene **abrogato altresì l'obbligo di indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta**, ciò non solo al fine di rispondere alle contestazioni della Commissione europea ma anche viste le forti criticità connesse all'applicazione pratica della disciplina.

Da ultimo, lo Sblocca-Cantieri interviene in tema di **pagamento diretto** riducendo a due le ipotesi in cui la stazione appaltante potrà corrispondere direttamente ai subappaltatori il compenso per le prestazioni svolte, nello specifico: i) in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore; ii) su richiesta del subappaltatore. Si legge nella relazione illustrativa al decreto che l'obiettivo di quest'ultimo intervento è quello di *"favorire il pagamento diretto dei subappaltatori"*.

- **Disposizioni transitorie e di coordinamento (l'art. 1, co.1 lett. mm, modifica l'articolo 216 del D.Lgs. 50/2016)**

Molti degli interventi in tema di regime transitorio possono dirsi di coordinamento in quanto si sono resi necessari alla luce della moltitudine di modifiche introdotte nell'impianto normativo. Oltre agli interventi "di coordinamento", rilevante la previsione in tema di **appalto integrato** con la quale, fermo restando il divieto generale di cui all'art. 59, al comma 4-bis dell'art. 216 viene introdotta una deroga alla disciplina: *"il divieto di cui all'articolo 59, comma 1, quarto periodo, non si applica altresì alle opere i cui progetti definitivi siano approvati dall'organo competente entro il 31 dicembre 2020, con pubblicazione del bando entro i successivi dodici mesi dall'approvazione dei predetti progetti"*.

Da ultimo, come accennato in apertura, attraverso l'integrazione del comma 27 con il nuovo 27-octies all'articolo 216 è prevista la reintroduzione di un **Regolamento unico di esecuzione e attuazione** che andrà a sostituire gran parte dei provvedimenti attuativi previsti dal Codice (cd. Soft Law).

Il co. 27-octies prevede: *"Nelle more dell'adozione, entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore della presente disposizione, ai sensi dell'articolo 17, comma 1, lettera a) e b), della legge 23 agosto 1988, n. 400, su proposta del Ministro delle infrastrutture e trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni, di un regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del presente codice, le linee guida e i decreti adottati in attuazione delle previgenti disposizioni di cui agli articoli 24, comma 2, 31, comma 5, 36, comma 7, 89, comma 11, 111, commi 1 e 2, 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2, rimangono in vigore o restano efficaci fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al presente comma"*.

- **Abrogazione del Rito Super-accelerato (Articolo 1, commi 4, D.L. 32/2019)**

La disposizione di cui al comma 4 apporta modificazioni all'articolo 120 del Codice del processo amministrativo (D.lgs. 104/2010).

Nello specifico la disposizione è volta a **sopprimere il cd. rito super-accelerato**, pertanto a far data dal 19 aprile viene meno l'onere per i concorrenti delle gare di appalto di impugnare le ammissioni e le esclusioni dalla gara entro 30 giorni dalla pubblicazione del relativo provvedimento.

La previsione di tale specifico rito nel settore degli appalti rispondeva alla necessità di consentire la definizione del giudizio in tempi brevi e, nello specifico, prima che si addivenisse al provvedimento di aggiudicazione.

La scelta di sopprimere tale possibilità è stata dettata dal fatto che attualmente pende dinanzi alla Corte costituzionale la questione circa la legittimità di tale procedura che, date le tempistiche strette, rischia di comprimere il diritto di difesa di cui all'art. 24 della Carta Costituzionale.

Articolo 2 D.L. 32/2019 – Disposizioni sulle procedure di affidamento in caso di crisi d'impresa

L'articolo reca disposizioni relative alle procedure di affidamento in caso di crisi d'impresa. Nello specifico l'articolo 2 dello Sblocca-cantieri **riformula l'articolo 110 del Codice dei contratti pubblici** e modifica l'art. 186-bis del R.D. 267/1942 in tema di concordato preventivo con continuità aziendale.

Peraltro è previsto che l'articolo 110, come modificato dallo Sblocca-Cantieri, avrà efficacia dall'entrata in vigore del decreto sino alla data di entrata in vigore del Codice della Crisi di impresa (fissata per il 14/08/2020).

Gli aspetti fondamentali della disciplina riformulata dal Decreto Sblocca-Cantieri possono essere così sintetizzati:

i) potranno proseguire i contratti in corso anche le imprese ammesse al concordato preventivo per cui non sia prevista la continuità aziendale a condizione che il professionista designato dal debitore attesti che la continuazione dell'attività è necessaria per la migliore liquidazione dell'azienda in esercizio.

ii) potranno partecipare alle procedure di affidamento di contratti pubblici (previa autorizzazione del Tribunale) le imprese che hanno depositato domanda di concordato.

iii) la partecipazione alle procedure di affidamento collocate temporalmente tra il momento del deposito della domanda di concordato preventivo e quello del deposito del decreto di apertura è vincolata al necessario utilizzo dell'avvalimento dei requisiti di altro soggetto (tale necessità viene meno qualora si tratti di impresa già ammessa al concordato preventivo).

Il decreto Sblocca-cantieri introduce altresì la possibilità per il curatore della procedura di fallimento (autorizzato all'esercizio provvisorio dell'impresa) di eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita con l'autorizzazione del giudice delegato.

Articolo 4, D.L. 32/2019 – Commissari straordinari, interventi sostitutivi e responsabilità erariali

All'articolo 4 del Decreto Sblocca-Cantieri è previsto che per gli interventi infrastrutturali ritenuti prioritari vengano nominati uno o più Commissari straordinari.

Al fine di portare a termine l'esecuzione di grandi e medie opere infrastrutturali ad oggi bloccate – raggiungendo celermente le condizioni per l'effettiva realizzazione dei lavori – il Decreto stabilisce che i **Commissari straordinari individuati provvedano all'assunzione di ogni "determinazione ritenuta necessaria per l'avvio ovvero la prosecuzione dei lavori"**.

È infatti previsto che l'approvazione dei progetti da parte dei Commissari straordinari (d'intesa con i Presidenti delle regioni e delle province autonome territorialmente competenti) sostituisce ogni autorizzazione, parere, visto e nulla-osta occorrenti per l'avvio o la prosecuzione dei lavori, fatta eccezione per quelli relativi alla tutela di beni culturali e paesaggistici.

Per l'esecuzione degli interventi, i Commissari straordinari potranno essere abilitati ad assumere direttamente le funzioni di stazione appaltante ed opereranno in deroga alle disposizioni di legge in materia di contratti pubblici (salvo il rispetto delle disposizioni del Codice Antimafia).

Servizio Centrale Appalti ANIE