

Pirola  
Pennuto  
Zei  
& Associati

studio di consulenza  
tributaria e legale

Milano  
Roma  
Torino  
Padova

Bologna  
Brescia  
Napoli  
Verona

Parma  
London  
Beijing

# LEGAL NEWSLETTER

2/2011

## 1 | Legislazione

### ARTICOLO 4 DEL DECRETO LEGGE N. 70/2011 SVILUPPO

L'articolo 4 del D. L. n. 70/2011, c.d. Decreto Sviluppo, convertito con modifiche dalla L. n. 106/2011, ha modificato in più parti la normativa in materia di contratti pubblici, relativamente agli istituti e con le finalità individuati al comma 1, lettere da *a)* a *r)*. L'obiettivo perseguito è la semplificazione e l'accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici in modo da consentire, da un lato, una rapida cantierizzazione degli interventi infrastrutturali e, dall'altro, una riduzione dell'enorme mole di contenzioso esistente in materia soprattutto nell'ambito della realizzazione di opere di interesse strategico (Legge obiettivo).

Il comma 2 apporta numerose modifiche al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al D. Lgs. n. 163/2006 (di seguito: Codice). In particolare:

#### *Lettera a)*

Al fine di consentire una maggiore flessibilità nell'applicazione della disciplina dettata dal Codice, si precisa che i contratti cosiddetti "*esclus*" sono sottratti dall'ambito oggettivo di applicazione delle disposizioni codicistiche. Restando fermo il principio, previsto dall'articolo 27 del D. Lgs. n. 163/2006, che ai contratti esclusi comunque si applicano i principi europei di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

#### *Lettere b) e c)*

Le lettere *b)* e *c)* dell'art. 4 D. L. n. 70/2011, apportano alcune modifiche agli articoli 38 e 40 del Codice, semplificando la disciplina dei "*Requisiti di ordine generale*" per la partecipazione alle gare di appalto e delle "*cause di esclusione*", con l'obiettivo di contenere la discrezionalità di valutazione della Pubblica Amministrazione nonché ridurre il contenzioso relativo alla fase di affidamento.

Nello specifico:

- si estende la causa di esclusione prevista per i soggetti destinatari di una misura di prevenzione, o che abbiano riportato condanne penali, anche al socio unico persona fisica ovvero al socio

## 1 | Legislation

### DECREE LAW NO. 70/2011, ARTICLE 4: ECONOMIC DEVELOPMENT

Article 4 of Decree Law no. 70/2011, commonly known as the "Economic Development Decree" ("Decree"), enacted and modified by Law no. 106/2011, has amended many of the procedures provided in the public contracts legislation pertinent to institutions, for the reasons specified in subsection 1(*a*)–(*r*) of the Decree. The amendments are an effort to simplify and accelerate the awarding of public contracts. They promote, on the one hand, a fast-track process to commence building work on infrastructure projects, and on the other, a reduction in the massive volume of litigation in the area, especially with respect to works of strategic interest (Legge Obiettivo).

Subsection 2 of article 4 makes numerous amendments to the Code of Public Contracts enacted by Legislative Decree no. 163/2006 ("Code") regarding works, services and supplies. The following are of particular note.

#### *Subsection a)*

To permit greater flexibility in applying the Code, subsection a) clarifies that "*excluded*" contracts do not fall within the sphere of the Code's application. This is without prejudice to the principle provided in article 27 of the Code, which provides that the European Union principles of economy, effectiveness, impartiality, equality of treatment, transparency and proportionality nevertheless apply to excluded contracts.

#### *Subsections b) and c)*

These subsections make several amendments to articles 38 and 40 of the Code, simplifying the "*General Requirements*" for participating in tenders and the "*Grounds for Exclusion*", with the purpose of restricting the public administration's discretion in evaluation and to reduce litigation arising from the award phase.

Specifically the amendments provide:

- That the category of persons ineligible due to their being subject to preventative measures or who have a criminal conviction, which previously only covered directors with representative

# NEWSLETTER 2011

di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci (precedentemente erano indicati solo l'amministratore con poteri di rappresentanza e il direttore tecnico) [comma 2, *lettera b*], numeri 1.1].

- per quanto riguarda il controllo dei soggetti cessati dalle cariche, il periodo da considerare, precedentemente previsto in tre anni, si riduce ad un anno [comma 2, *lettera b*], numero 1.2];
- viene stabilito che ai fini della condotta dissociativa, richiesta per escludere l'operatività della previsione, sia sufficiente un'effettiva dissociazione dell'impresa dalla condotta penalmente sanzionata del soggetto cessato dalla carica, e non più l'adozione di atti o misure di completa dissociazione. Si chiarisce, altresì, che non rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare, le condanne per le quali è intervenuta la riabilitazione, l'estinzione o la depenalizzazione del reato.
- relativamente alla causa di esclusione per violazione in materia di intestazione fiduciaria, prevista dal comma 1, lettera d) dell'art. 38 del Codice, è stato indicato l'ambito temporale cui circoscrivere l'efficacia interdittiva dell'infrazione in quanto precedentemente ciò costituiva una causa di esclusione sine die in contrasto con il principio europeo di proporzionalità, alla *lettera d*) in questione è stata aggiunta infatti la previsione secondo la quale l'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa [comma 2, *lettera b*], numero 1.3];
- in merito all'esclusione per violazioni in materia di tutela e sicurezza dei lavoratori, viene chiarito che l'esclusione opera in caso di violazioni gravi e definitivamente accertate dalle disposizioni di legge in materia, viene altresì chiarito che si intendono gravi le violazioni individuate dall'articolo 14, comma 1, del D. Lgs. n. 81/2008, nonché le cause ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva [comma 2, *lettera b*], numero 1.4];
- per le violazioni in materia fiscale, ai fini della loro rilevanza è prevista ora, oltre all'accertamento definitivo, anche la loro gravità. Si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore a 10.000 euro [comma 2, *lettera b*], numero 1.5];
- riguardo la causa di esclusione per falsa dichiarazione, ai fini dell'attestazione SOA, resa in gara, o ai fini del subappalto, le modifiche alla powers or technical directors, has been extended to quotaholders (when they are individuals) and to majority shareholders in companies with fewer than four shareholders [subsection 2(b) (1.1)];
- Reduction of the look back period for background checks on individuals no longer holding corporate office from the three years to one year [subsection 2(b), (1.2)];
- That a company's distancing itself from the criminal actions of a convicted former office holder it is now sufficient. It is no longer necessary that measures of complete dissociation be taken. It has also been clarified that convictions for which rehabilitation has been granted, or crimes which have been de-penalized or extinguished cannot be grounds for excluding a company from a tender;
- The exclusion under article 38(1)(d) of the Code for a company registered in the name of a third party is now applicable for the period of one year. This had previously been an exclusionary ground sine die which was contrary to the European principle of proportionality. Subsection (d) was added to provide that this exclusion apply for a year from the date that the violation was definitively established and that the exclusion must be imposed if the violation has not been remedied [subsection 2(b), (1.3)];
- Clarification that a tenderer will only be excluded for workers' safety violations in cases of serious violations which have been definitively ascertained pursuant to the pertinent laws. It was further clarified that violations of article 14(1) of Legislative Decree no. 81/2008 are to be considered "serious", as are any obstacles to the issuing of the document attesting to the regularity of social security contributions [subsection 2(b), (1.4)];
- Exclusion on the grounds of tax violations may now only occur when the violation is finally assessed and defined as serious. To be considered serious the violation must involve failure to pay taxes in excess of Euro 10,000 [subsection 2(b) (1.5)];
- Bringing the provisions which impose exclusion for the presentation of false declarations relative to Company Organization Attestations ("SOA")

# NEWSLETTER 2011

lettera h) del comma 1 dell'articolo 38 del Codice [lettera b), numero 1.6] unitamente all'introduzione del nuovo comma 1-ter del medesimo articolo [lettera b), numero 3], sono volte ad adeguare la disposizione a quanto previsto in materia dal Diritto dell'Unione europea, il quale esige che le false dichiarazioni, per comportare l'esclusione, debbano essere imputabili ai soli casi di colpa grave o a dolo; l'accertamento di detti elementi è rimesso all'Autorità di Vigilanza che, solo ove rilevi la sussistenza di dolo o di colpa grave, ordina l'iscrizione nel casellario informatico, tale iscrizione costituisce causa ostativa alla partecipazione alle gare e all'affidamento del subappalto per un successivo periodo della durata di un anno;

- la modifica riferita alla lettera m-*bis*) del comma 1 dell'articolo 38 del Codice, introduce la limitazione temporale di un anno dell'operatività della sanzione dell'interdizione alla partecipazione alle gare, nei casi di false dichiarazioni o produzione di falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA [comma 2, lettera b), numero 1.8].
  - la modifica della lettera m-*ter*) del comma 1 dell'articolo 38 del Codice, consiste nella riduzione ad un anno del periodo rilevante per la mancata denuncia di estorsioni, prima previsto in tre anni [comma 2, lettera b), numero 1.9];
  - la modifica al comma 1-*bis*) specifica che le cause di esclusione di imprese sottoposte a sequestro o confisca sono riferite al periodo antecedente all'affidamento a un custode o ad un amministratore. I provvedimenti in questione sono sempre connessi alla normativa antimafia [comma 2, lettera b), numero 2];
  - la modifica del comma 2 dell'articolo 38 del Codice puntualizza aspetti relativi a diverse ipotesi di esclusione dalle gare. Vengono indicati chiaramente nella norma gli adempimenti a cui è tenuto il concorrente, ai fini della dimostrazione dell'assenza di un collegamento con altre imprese che porti a ritenere configurabile un unico centro decisionale [comma 2, lettera b), numero 4].
  - la modifica apportata al comma 3 dell'art. 40 del Codice, introduce l'obbligo per i soggetti accreditati (in conformità con quanto previsto dal Regolamento UE n. 765/2008) di aggiornare l'elenco ufficiale delle imprese certificate in qualità; ciò in quanto le SOA devono verificare su tali elenchi la presenza delle imprese delle quali devono attestare la
- during a tender, or for a subcontract, into alignment with European law, which requires that in order for false declarations to be grounds for exclusion, they must have been made with gross negligence or willful misconduct (article 38 (1) (*A*) of the Code [subsection (*b*), (1.6)] and the introduction of a new 1-*ter* in the same article [subsection (*b*) (3)]). Ascertaining the presence of these elements is the responsibility of the Authority for the Supervision of Public Contracts ("Authority") which, where it finds willful misconduct or gross negligence is to order registration in the Construction Company Data Base ("casellario informatico", "Data Base"). Being registered in the Data Base is a ground for exclusion from tenders and subcontracts for a period of one year from such registration;
- Introduction to article 38(1) (m-*bis*) of a one year time limit to the penalty of exclusion for participating in tenders, in cases of false declarations or the production of false documentation in issuing SOA attestations [subsection 2 (*b*), (1.8)];
  - Reduction of the exclusion provided in article 38(1)(m-*ter*) for failure to file a report for extortion to a period of one year; it had previously been a three year period [subsection 2(*b*)(1.9)];
  - That the grounds for exclusions of companies subject to seizure or confiscation and entrusted to a custodian or an administrator refer to the period prior to the assignment to the custodian or administrator (article 38 (1-*bis*)). These provisions are linked to the anti-mafia law [subsection 2(*b*)(2)];
  - Clarification as to various reasons for exclusion from tenders (article 38(2)). The requirements to be met by each tenderer to demonstrate that it is not tied to any other company and that there is no single decision-making center are clearly set out [2(*b*), (4)];
  - Introduction of the duty for an accredited body to update the official register of certified companies (in conformity with the provisions of EU Regulation no. 765/2008) (article 40(3)), as the SOAs must verify that the companies for which it has provided quality conformity certificates are listed in these registers [subsection 2(*c*), (1)].

# NEWSLETTER 2011

certificazione in qualità [comma 2, *lettera c*), numero 1]; in tal modo si consente una maggiore trasparenza nel mercato permettendo ai soggetti che attestano la qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di verificare efficacemente l'effettivo possesso del sistema di qualità. Analoga disposizione è introdotta all'articolo 187, comma 1, *lettera a*), in relazione alla qualificazione dei contraenti generali [comma 2, *lettera b*).

- è stato introdotto, inoltre, un nuovo comma 9-*quater* nell'articolo 40 del Codice con il quale si prevede che l'interdizione dai pubblici appalti e dall'ottenimento della qualificazione SOA, a causa di un'annotazione per una falsa dichiarazione resa in sede di attestazione, ha la durata di 1 anno e non illimitata [comma 2, *lettera c*), numero 2];

#### *Lettera c-bis)*

All'art. 42 del Codice dei contratti, è stato inserito il comma 3-*bis*il quale prevede che "Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici prevista dall'articolo 62-*bis* del codice dell'amministrazione digitale, di cui al D. Lgs. n. 82/2005, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità nel sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, *lettera a*), del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dall'avvenuto rilascio; in caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'articolo 6, comma 11".

#### *Lettera d)*

Al fine di operare una tipizzazione tassativa delle cause di esclusione dalle gare e di ridurre il potere discrezionale della Stazione appaltante, è stato introdotto un nuovo comma nell'articolo 46 del Codice, limitando l'esclusione soltanto alle cause previste dal Codice stesso e dal relativo Regolamento di esecuzione, oltre ai casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta o di non integrità del plico che faccia ritenere violato il principio di segretezza delle offerte. I bandi di gara devono contenere l'indicazione tassativa delle predette cause e non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione.

Le modifiche in commento sono immediatamente operative per i bandi pubblicati il giorno seguente alla pubblicazione del Decreto in questione, mentre per quanto riguarda i bandi pubblicati antecedentemente deve ritenersi, in ossequio ai principi generali dell'ordinamento

In this manner greater market transparency is achieved, permitting the bodies attesting to the qualifications of those carrying out public works, to efficiently verify the authenticity of the qualification. A similar provision has been introduced to article 187(1)(a), with respect to the qualification of general contractors [2 (b)];

- Reduction, in a new subsection 9-*quater*, in the period that companies registered in the Data Base for making false declarations during the attestation are banned from receiving public contracts and SOA qualification, to one year rather than for an unlimited period (subsection 2(c), (2)).

#### *Subsection c-bis)*

Subsection 3-*bis* has been added to article 42 which provides that the "contracting authorities are to insert the certification, attesting to the services set out in Article 42(1)(a) furnished by suppliers and service providers, into the National Data Bank of Public Contracts, provided for by article 62-*bis* of the Digital Administration Code (as per Legislative Decree 82/2005), in the form developed and published by the Authority on the Monitoring Body's web site, after consultation with the Ministry of Infrastructure and Transportation. Such registration is to be made within thirty days of issue and in case of non-performance the provisions of article 6(11) shall be applied".

#### *Subsection d)*

For the purpose of providing a established set of exclusions from tenders and to reduce the discretionary power of the contracting authorities, a new subsection as been added to article 46 of the Code. This subsection limits exclusions only to those cases provided in the Code and its implementing regulation, unless there is a complete lack of certainty as to the content or the origin of the bid, or if the package has been opened so that it appears that the confidentiality of the bid has been violated. A call for tenders must set out only this set of exclusions and not include any others which will be considered void.

These amendments have immediate effect for those calls for tenders published the day after publication of the Development Decree, while calls for tenders published prior to that date are subject to the law in force at the time the call for tender was pub-

# NEWSLETTER 2011

ed alle regole del diritto transitorio, che questi siano soggetti alla disciplina vigente al momento della loro pubblicazione. Le nuove disposizioni non possono avere infatti effetto retroattivo [comma 2, *lettera d)*, numero 1].

## *Lettera e)*

La disposizione contenuta nell'art. 48 del Codice concerne la verifica dei requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari ad opera delle Stazioni appaltanti nei confronti dei partecipanti alle procedure di gara. La disciplina del controllo sul possesso dei requisiti resta sostanzialmente invariata, la *lettera e)* del comma 2 dell'art. 4, D. L. 13 maggio 2011, n. 70 aveva aggiunto, nel presente articolo, i commi 2-*bis* e 2-*ter*, secondo i quali la documentazione comprovante il possesso dei requisiti organizzativi ed economico-finanziari doveva essere inserita a cura delle Stazioni appaltanti nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici tenuta dall'Autorità di Vigilanza, in modo da procedere alla verifica del possesso dei suddetti requisiti direttamente presso la citata Banca dati mediante collegamento telematico con essa. [Successivamente la citata *lettera e)* è stata sostituita, in sede di conversione, dalla L. n. 106/2011 e il nuovo testo non ha più disposto la suddetta modifica].

## *Lettere f), g), l) e dd)*

Di notevole importanza è la modifica con cui si è disposto l'innalzamento ad 1 milione di euro della soglia entro cui è possibile, a cura del responsabile del procedimento, ricorrere alla procedura negoziata senza bando [comma 2, *lettera f)*].

È stato inoltre modificato anche il comma 7 dell'art. 122 del Codice, il quale dispone ora che all'elevazione della soglia si accompagni l'aumento del numero minimo dei soggetti che devono essere obbligatoriamente invitati alla procedura, stabilendo che debbano essere almeno 10 per lavori di importo superiore a 500.000 euro e almeno 5 per i lavori di importo inferiore [comma 2, *lettera l)*].

È divenuta inoltre obbligatoria la regola post-formazione sui soggetti invitati, già prevista con riferimento ai soggetti aggiudicatari, da attuare entro dieci giorni dalla data di aggiudicazione definitiva con la conseguenza della venuta meno del vecchio comma 7-*bis* dell'art. 122 del Codice.

Occorre, inoltre, segnalare che sono venute meno anche le previsioni di cui agli artt. 56, comma 1 ultima parte e 57 comma 2, *lettera a)* ultima parte, che prevedevano il limite di 1 milione di euro per l'affidamento dei lavori

lizzati, in accordance with the general principles of law and the rules of transitory law, as new provisions cannot have retroactive effect [subsection 2(d), (1)].

## *Subsection e)*

The provision in article 48 of the Code regards verification of the technical, organizational, economic and financial requirements applied by the contracting authority to businesses participating in a tender. The oversight provisions on possession of the organizational requirements remain basically unchanged.

Subsection e) of paragraph 2 of article 4 (Decree Law no. 70/2011) had added, in this article, paragraphs 2-*bis* and 2-*ter*; then Law no. 106/2011 didn't maintain this amendment.

## *Subsections f), g), l) and dd)*

Of particular note is the increase up to one million euro of the threshold amount which can be used by the individual responsible in the negotiation procedure without requiring to go to tender [subsection 2(f)].

Further, section 122(7) of the Code has been amended to provide that in addition to the increase in the threshold, a minimum number of bidders must be invited to participate in the process, thus establishing that for works in excess of Euro 500,000 there must be at least 10 participants, and at least 5 participants for works below that amount [subsection 2(l)].

The inclusion of invited parties into the application of the post-formation rule, which was already in force in relation to the parties awarded the contract, requires publication within ten days of the final adjudication, with the consequence that that 122 (7-*bis*) of the Code has been repealed.

Also of note is that the last parts of both articles 56(1) and 57(2)(a) have been repealed. These provided a ceiling of euro 1 million for granting of works through the negotiation procedure (with or without calls to

# NEWSLETTER 2011

mediante procedura negoziata (con bando o senza bando), nel caso in cui in una precedente procedura le offerte fossero state irregolari o inammissibili, o la procedura fosse andata deserta. A ciò consegue l'eliminazione delle limitazioni di importo per tali procedure.

Da ultimo si segnala che il limite di importo entro il quale è consentito l'affidamento mediante procedura negoziata senza bando per i contratti di lavori relativi a beni culturali è stata innalzata a 1.500.000 euro, in linea con quanto previsto per i settori ordinari e con le stesse garanzie di post-formazione sopra citate [articolo 204 del Codice, comma 2, *lettera dd*].

#### *Lettera h) e i)*

È stato introdotto un nuovo comma all'art. 64 del Codice, il comma 4-*bis*, relativo alla predisposizione dei bandi di gara da parte delle Stazioni appaltanti sulla base dei modelli tipo approvati dall'Autorità di Vigilanza, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate [comma 2, *lettera h*].

I modelli in questione dovranno contenere le cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-*bis*. Nella delibera a contrarre, inoltre, le Stazioni dovranno espressamente motivare in merito alle deroghe del modello cui ricorrere. Inoltre, il nuovo comma 2-*bis* del seguente art. 74 del Codice prevede la predisposizione, con le stesse modalità sopra descritte, di moduli per la dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e per i contratti relativi a servizi e forniture o per contratti di importi pari o inferiore a 150.000 euro, anche dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativo [numero 2, *lettera i*].

#### *Lettera m)*

In conseguenza dell'elevazione del limite di importo a 1 milione di euro per la procedura negoziata senza bando, è stata incrementata da 1 milione a 1,5 milioni di euro la soglia entro la quale è esperibile la procedura ristretta semplificata (articolo 123 del Codice) prevista dalla previgente normativa [comma 2, *lettera m*], numero 2].

#### *Lettere n), t) e v)*

Con riferimento alle varianti finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, precedentemente consentite nei limiti delle somme stanziati per la realizzazione dell'opera stessa, sempre che queste non comportassero modifiche sostanziali e fossero motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto (articolo 132 del codice),

tender) in those cases where previous procedures had been inadmissible or irregular, or the procedure received no bids. Thus, the ceiling for those procedures has been eliminated.

Lastly, the ceiling within which an award is granted via negotiation without a call to tender for works on cultural heritage property has been increased to euro 1,500,000, in line that provided for the ordinary sectors and with same post-formation guarantees listed above [article 204(2)(dd)of the Code].

#### *Subsections h) and i)*

Paragraph 4-bis has been added to article 64 of the Code, regarding the posting of calls to tender by contracting authorities on the basis of forms approved by the Authority, after approval of the form by the Ministry of Infrastructure and Transportation and after input received from the various professional groups involved [subsection 2(h)].

The forms must list the grounds for mandatory exclusion provided in article 46(1-bis). In the resolution to contract the contracting authorities, must expressly provide reasons for any deviation from the form.

The newly added subsection 2-bis to article 74 of the Code, provides that substitute declarations as to general requirements, are to be prepared using the same forms as those described above, for contracts regarding services and supplies, for contracts of a value no greater than euro 150,000. The same forms are also to be used for economic, financial, technical and organizational requirements [2(i)].

#### *Subsection m)*

As a result of increasing the threshold for negotiated procedures without calls to tender to Euro 1 million, the threshold for the simplified restricted procedure (article 123 of the Code) has been increased to Euro 1.5 million [subsection 2 (m), (2)].

#### *Subsections n), t), and v)*

With respect to the variations during construction to improve the work and its functioning, which was previously permitted within the limits of the amount allocated for the realization of the work, provided that these variations were not substantial and were caused by supervening and unforeseen circumstances at the time the contract was executed (article 132 of the Code), the adjudicating authority may now

# NEWSLETTER 2011

è stata limitata la facoltà del soggetto aggiudicatore di approvare tali varianti entro il limite del 50% dei ribassi d'asta conseguiti [numero 2, *lettera n*].

Analoghe misure sono state introdotte con riguardo alle opere di interesse strategico nazionale, prevedendo che le varianti disposte dal Comitato interministeriale per la programmazione economica (CIPE) devono essere contenute nel limite del 50% dei ribassi d'asta conseguiti, nonché essere strettamente correlate alla funzionalità dell'opera e non comportare incrementi di costo rispetto al progetto preliminare [numero 2, *lettere t* e *v*].

## *Lettera o)*

La modifica dell'articolo 133 del Codice, attraverso la riformulazione dei commi 4 e 5, ha introdotto un limite più stringente al riconoscimento all'esecutore della compensazione per l'aumento del prezzo dei materiali, in misura superiore al 10% del prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture; l'importo è stato ridotto fino alla metà della percentuale eccedente il 10% rimanendo, peraltro, circoscritto ai limiti delle risorse previste nel quadro economico del progetto.

## *Lettera p)*

L'intervento sull'articolo 140 del Codice, riguarda alcune modifiche alla facoltà per le Stazioni appaltanti di rivolgersi ai partecipanti alla procedura classificati in posizione successiva al primo nel caso di fallimento di quest'ultimo o di risoluzione del contratto in corso di esecuzione. Tale modifica ha fatto sì che venisse meno la previsione che subordinava l'operatività della disposizione in commento alla previsione del bando di gara.

Da ciò ne deriva che le stazioni appaltanti possono ricorrere all'art. 140, in presenza delle fattispecie previste, anche senza averlo espressamente indicato nel bando di gara. Inoltre, occorre precisare che la facoltà di ricorrere all'interpello del secondo classificato è stata meglio dettagliata attraverso la sostituzione, nel comma 1, del generico riferimento al grave inadempimento dell'esecutore con il più preciso richiamo agli artt. 135 e 136 dello stesso Codice.

## *Lettera q)*

La modifica al comma 9 dell'articolo 153 del Codice [comma 2, *lettera q*], numero 1] introduce un'importante modifica alla disciplina del *project financing* relativa alle proposte per opere non inserite nella programmazione.

only approve such variations within a limit of 50% of the amount obtained by reverse auction [2 *n*].

Similar measures were introduced with respect to works of national strategic interest providing that the variations requested by the Inter-ministerial Committee for Economic Programming (CIPE) must be within 50% of the amount obtained by reverse auction, be strictly connected to the functionality of the work and not exceed costs as provided in the preliminary project [2 *t*, *v*].

## *Subsection o)*

The amendment to article 133 of the Code, by way of a re-draft of subsections 4 and 5, has introduced more stringent limits on reimbursement for price increases in materials that exceed by more than 10% the price ascertained by the Ministry of Infrastructure and Transportation. The reimbursement amount has been reduced to half of the percentage in excess of 10%, but must not exceed, in any case, the limits provided within the economic framework of the project.

## *Subsection p)*

The amendment to article 140 of the Code deals with changes in the contracting authority's ability to contact those participants which were classified behind the winning bid, in the event that the winning bidder enters bankruptcy, or the contract is terminated during execution. The amendment repealed the provision which subordinated this ability to the publication of a tender notice.

Thus, the contracting authority may use article 140, in the presence of the requisite conditions, without having to expressly state this in the original tender notice. In addition, it should be noted that use of the procedure with which the second classified bidder is to be contacted has been clearly set out with the substitution in subsection 1) of the generic reference to serious breach by the contractor with a specific reference to articles 135 and 136 of the Code.

## *Subsection q)*

The amendment to article 153(9) of the Code [subsection 2(q), (1)] introduces an important change to regulations on project financing for proposals for works not included in the government plan.



# NEWSLETTER 2011

Secondo la nuova procedura, la proposta relativa ad opere non previste nella programmazione non è più effettuata mediante uno studio di fattibilità ma deve comprendere un progetto preliminare, una bozza di convenzione ed il piano economico-finanziario asseverato.

L'amministrazione valuta entro tre mesi l'interesse pubblico della proposta, eventualmente richiedendo al proponente le modifiche necessarie per la sua approvazione.

Una volta riconosciuto di pubblico interesse, il progetto preliminare è inserito nella programmazione ed approvato mediante conferenza di servizi. Il proponente è tenuto ad apportare al progetto eventuali modifiche necessarie per la sua approvazione.

Si apre quindi la fase della gara a base della quale è posto il progetto preliminare approvato ed alla quale partecipa anche il proponente che assume la denominazione di promotore. Il bando specifica che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. Le proposte dei concorrenti, compreso il promotore, devono contenere una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione e le eventuali varianti al progetto preliminare.

Il promotore, se non risulta aggiudicatario, può esercitare la prelazione assumendo la concessione alle stesse condizioni proposte dall'aggiudicatario e pagando a quest'ultimo l'importo delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta, nei limiti del 2,5% del valore dell'investimento. Se invece il promotore decide di non esercitare la prelazione, ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, delle spese sostenute per la predisposizione dell'offerta negli stessi limiti su indicati.

## *Lettera r)*

La modifica apportata all'articolo 165, comma 2, del Codice, coordina la terminologia usata nella disposizione con la vigente formulazione dell'articolo 175, comma 1, del Codice [numero 1)]. Le modifiche apportate al comma 3, invece limitano il fenomeno dell'aumento dei costi di realizzazione delle infrastrutture di interesse strategico a causa delle opere compensative attraverso una riduzione del limite di spesa per tali opere dal 5% al 2% dell'intero costo dell'opera.

È stata introdotta, inoltre, l'ammissibilità delle sole opere compensative strettamente correlate alla funzionalità dell'opera principale [numero 2)].

Under the new procedure, proposals for works not covered by the government plan are no longer to be made by way of a feasibility study, but must include a preliminary project, a draft contract and a sworn business plan.

The administration has three months within which it must evaluate public interest in the proposal, requesting the proponent to make any changes needed for the approval of the proposal.

Once public interest has been ascertained, the preliminary project is to be inserted into the government plan and approved by an agreement reached between various public bodies. The proponent may again be required to make additional changes to the project for its approval.

The tender phase will then be opened based on the approved preliminary draft and in which the proponent is to participate as promoter. The tender notice is to state that the promoter may exercise a right of first refusal. Competitor proposals, including that of the promoter, must contain a draft agreement, a sworn business plan, specifications as to the types of services and project management to be provided, as well as plans for the management of any variations to the preliminary project.

If the promoter is not the successful bidder it may exercise its right of first refusal and undertake the performance of the contract pursuant to the conditions of the winning bid, paying the winning bidder expenses incurred for the preparation of the offer, within the limit of 2.5% of the value the investment. If the proposing contractor does not exercise such right, it may claim payment from the winning bidder to cover the former's expenses for the preparation of the tender offer within the same limits indicated above.

## *Subsection r)*

The amendment to article 165(2) of the Code coordinates the terminology used in that article with the current wording of article 175(1) of the Code [number 1)]. The amendments to subsection 3 are aimed at limiting the phenomenon of rising costs in the construction of strategically important infrastructure caused by "offset works", by lowering the spending ceilings on these works from 5% to 2% of the cost of the entire project. In addition, amendments have been introduced providing that only those offset works that are closely related to the functioning of the principal work are to be allowed [number 2)].

# NEWSLETTER 2011

## *Lettere r), numeri 3 e 4, s), u) e z)*

Le modifiche agli articoli 165, 166, 167, 168 e 170 del Codice, mirano a semplificare l'iter di approvazione dei progetti per la realizzazione delle grandi opere attraverso la riduzione dei termini procedurali della conferenza di servizi relativamente alle comunicazioni delle eventuali proposte motivate di prescrizioni o varianti da parte dei soggetti partecipanti nonché alle segnalazioni di eventuali omissioni e alla conclusione del procedimento, che devono avvenire entro 60 giorni (contro i 90 giorni precedentemente previsti); l'introduzione di un termine di 90 giorni entro il quale l'appaltatore è tenuto alla pubblicazione del bando di gara, pena la revoca del finanziamento a carico dello Stato (articoli 165, comma 5-*bis*, e 166, comma 5-*bis*) e l'aumento da 5 a 7 anni del termine di durata del vincolo preordinato all'esproprio e della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera.

Tale ultima misura è stata ritenuta necessaria a causa della complessità del procedimento di approvazione del progetto, al fine di consentire la conclusione dei procedimenti già avviati (articoli 165, comma 7-*bis*, e 166, comma 4-*bis*).

## *Lettera aa)*

Apporta modifiche di mero *drafting* e coordinamento.

## *Lettera cc)*

La modifica chiarisce che, ai fini della qualificazione del contraente generale, è necessaria la presenza nell'azienda di almeno un Direttore tecnico oltre ai responsabili di cantiere e di progetto di specifica esperienza (articolo 189 del Codice).

## *Lettere dd) ed ee)*

Le modifiche all'articolo 206 del Codice pongono rimedio a un difetto di coordinamento introducendo un richiamo agli articoli 95 e 96 del Codice che disciplinano la verifica preventiva dell'interesse archeologico. È stata inoltre prevista l'applicazione ai settori speciali dell'articolo 46, comma 1-*bis*, del Codice introdotto dal presente Decreto.

## *Lettera gg)*

Il Decreto in commento introduce una modifica al comma 5 dell'art. 240 del Codice relativo agli appalti ed alle concessioni di importo pari o superiore a 10 milioni di euro; la norma previgente disponeva che il responsabile del procedimento, senza un termine specifico, dovesse promuovere la costituzione di una apposita commissione per la predisposizione di una proposta di accordo bonario.

## *Subsection r), numbers 3 and 4, s), u) and z)*

The amendments to articles 165, 166, 167, 168 and 170 of the Code are intended to simplify the process of approving construction plans for major works by reducing the procedural times for the joint meetings of the various sectors of the public administration with respect to the communication of any proposal for prescription or variation by the participants, as well as reports of any omissions and the completion of works, which should occur within 60 days (compared to the previous 90 day period). The adjudicating authority must publish a tender notice within 90 days, or face the penalty of having the state approved financing revoked (articles 165(5-bis) and 166(5-bis)) and the expropriation restriction in the town plan, within which a declaration of public utility is made, increased from 5 to 7 years.

This last provision was deemed necessary due to the complexity of the project approval process, to allow for termination of proceedings already underway (article 165(7-bis) and 166(4-bis)).

## *Subsection aa)*

This section makes drafting and coordinating amendments.

## *Subsection cc)*

The amendment clarifies that in order to qualify as general contractor, a company must have at least one Technical Director within its organization, in addition to site and project managers with specific experience (article 189 of the Code).

## *Subsections dd) and ee)*

The amendments to article 206 of the Code remedy a lack of coordination by introducing references to articles 95 and 96 of the Code which govern the prior verification of archaeological interests. The Decree also makes article 46(1-bis) of the Code applicable to the special sectors.

## *Subsection gg)*

The Development Decree has amended subsection 5 of article 240 of the Code which addresses contracts and concessions of Euro 10 million or more. The previous formulation had provided that the presiding officer was to set up a special commission to prepare and offer a settlement agreement, but did not provide a specific time period within which this had to be done.

# NEWSLETTER 2011

La nuova previsione, invece, richiama il comma 3 dell'art. 240 del Codice, prevedendo che il responsabile del procedimento debba istituire la commissione entro 30 giorni dal ricevimento della comunicazione delle riserve da parte del direttore dei lavori.

Analogamente, tale termine viene ripreso nel comma 6 dove è espressamente previsto che il responsabile del procedimento debba provvedere a promuovere l'istituzione della commissione, indipendentemente dall'importo delle riserve ancora da definire, entro 30 giorni dal ricevimento del certificato di collaudo o regolare esecuzione. In tale ipotesi la proposta della commissione dovrà essere formulata entro 90 giorni dalla sua costituzione. In merito, occorre precisare che le due modifiche appena descritte trovano applicazione solo per le commissioni istituite dopo l'entrata in vigore del Decreto Sviluppo.

Una ulteriore modifica concerne il compenso dei commissari, previsto dal comma 10 della disposizione in commento [comma 2, *lettera gg*], punto n. 3]. Il Decreto Sviluppo, infatti, è intervenuto sulla determinazione del compenso della commissione, stabilendo che non possa superare l'importo di 65.000 euro, da rivalutare ogni 3 anni con D.M. Finanze in concerto con il Ministero delle Infrastrutture.

La disposizione, che innalza il limite ai compensi per le commissioni (prima pari a un terzo dei corrispettivi minimi previsti per gli arbitri, oltre al rimborso delle spese) è operativa solo per quelle costituite dopo l'entrata in vigore del D. L. Sviluppo.

## *Lettera hh)*

Le modifiche apportate all'articolo 240-*bis* del Codice riguardano la disciplina delle riserve. In particolare, è stato introdotto un limite massimo oltre il quale non è possibile per l'appaltatore iscrivere riserve. Tale limite è fissato nel 20% del valore complessivo dell'appalto. Eventuali imprevisti occorsi nell'esecuzione dell'appalto, per la quota superiore alla predetta soglia, rientrano nel rischio di impresa assunto in sede di gara. Inoltre, è stato introdotto il divieto di iscrivere riserve per gli aspetti progettuali oggetto di verifica da parte della Stazione appaltante.

## *Lettera ii)*

Al fine di deflazionare il contenzioso, è stato introdotto, nel Codice, l'articolo 246-*bis*. La disposizione in esame prevede, in sostanza, che nei giudizi concernenti le procedure di appalto, ferma restando la disciplina sulle spese di giudizio di cui all'articolo 26 del Codice del

The new provision instead makes reference to article 240(3) of the Code and provides that the presiding officer must establish the commission within 30 days of receiving notice of claims from the director of works.

Similarly, this time period is incorporated into subsection 6 where it expressly provides that the presiding officer is required to establish a committee, even when the amount of the claims is yet to be confirmed, within 30 days of receipt of a certificate of inspection or correct performance. In this case the commission's settlement proposal must be made within 90 days of its establishment. These two changes only apply to commissions established after the entry into force of the Development Decree.

Another amendment relates to commissioner remuneration, which is provided for in article 240 (10) of the Code [subsection 2(*gg*), (3)].

The Development Decree has limited remuneration to no more than Euro 65,000. This is to be reassessed every 3 years by way of a decree of the Finance Ministry made in consultation with the Ministry of Infrastructure.

The provisions, which increase commissioner compensation ceilings (previously it was simply one third of the minimum remuneration for arbitrators, plus reimbursement of expenses) is effective only for those commissions established after the entry into force of the Development Decree.

## *Subsection hh)*

The amendments to Article 240-*bis* of the Code govern claims. Of note is the provision introducing a ceiling which the contractor cannot exceed in registering claims. This limit has been set at 20% of the value of the contract. Any unforeseen events occurring during the execution of the contract that exceed the ceiling are included in the business risk undertaken when making the bid. Further a ban has been introduced for the registration of claims with respect to design issues which have been verified by the contracting authority.

## *Subsection ii)*

Article 246-*bis* has been added to the Code in an attempt to reduce litigation. In essence this article provides that, subject to the rules on legal costs in article 26 of the Code of Administrative Procedures referred to in Legislative Decree no.

# NEWSLETTER 2011

processo amministrativo di cui al D. Lgs n. 104/2010, il Giudice possa imporre alla parte soccombente – qualora la decisione sia fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati – il pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio e non superiore al triplo del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio.

## *Lettera II)*

Al fine di semplificare la partecipazione alle gare, è stata prorogata fino al 2013 la possibilità per le imprese di dimostrare la propria capacità tecnico-organizzativa tenendo conto dei migliori cinque anni nel decennio antecedente il conseguimento della qualificazione. La stessa previsione è stata altresì estesa anche per la qualificazione delle imprese che, prive dell'attestazione SOA, partecipano ad appalti inferiori a 150 mila euro.

Analogamente è stata prorogata al 31 dicembre 2013 la possibilità di dimostrare il requisito dei lavori realizzati e dei lavori di punta mediante i certificati dei lavori realizzati nel decennio antecedente alla stipula del contratto con la SOA. Di grande rilievo è il fatto che tali disposizioni sono applicabili anche ai lavori di importo inferiore a 150.000 euro.

Allo stesso modo, come risultante dalla modifica apportata al comma 5-*bis*, viene prorogato anche il periodo di attività documentabile per l'affidamento di incarichi di progettazione.

Mediante l'introduzione del comma 20-*bis* nell'art. 253 del Codice, il Decreto Sviluppo ha innalzato la possibilità per le pubbliche amministrazioni di ricorrere all'esclusione automatica delle offerte anomale, consentendo l'operatività di tale regime fino al 31 dicembre 2013.

L'intervento del D. L. n. 70/2011 sul comma 21 dell'art. 253 del Codice concerne la fissazione al 31 dicembre 2011 del termine entro il quale dovrà essere conclusa la verifica straordinaria dei certificati di esecuzione lavori e delle fatture utilizzate ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione SOA, relativa al periodo compreso fra il 1 marzo 2000 e l'entrata in vigore del Codice dei contratti, il 1 luglio 2006.

I commi da 3 a 12 dell'art. 4 del D. L. n. 70/2011 contengono le disposizioni transitorie relative all'applicazione delle nuove misure introdotte.

104/2010, in litigation involving tendering procedures the court may require the losing party to pay a fine between twice and three times the filing fees paid for initiating the case, provided that the decision is based on evident grounds or consolidated case law.

## *Subsection II)*

To simplify participation in the tendering process, the option for companies to demonstrate their technical and organizational capacity by taking into account the best five years in the decade prior to attaining the qualification, has been extended to 2013. This provision was also extended to the qualification of businesses without SOA, which participate in contracts with a value of less than Euro 150,000.

Similarly, the opportunity to demonstrate the requirement of completed and exceptional works by way of certificates of completed works for the decade prior to the signing of the contract with the SOA has been extended to 31 December 2013. It should be stressed that these provisions are also applicable to works of less than Euro 150,000.

Similarly, the amendment to subsection 5-*bis* extends the period of time to document the receiving of design assignments.

With the introduction of subsection 20-*bis* to article 253 of the Code, the Development Decree has provided the public administration with the option of using the automatic exclusion for non-conforming bids, through 31 December 2013.

The amendments by the Development Decree to article 253(21) of the Code establish 31 December 2011 as the deadline by which the extraordinary verification of the certificates of completed works and invoices must be completed, which documentation is to be used for the purposes of issuing the SOA qualification certificate, relative to the period from 1 March 2000 to the entry into force of the Code of Contracts, on 1 July 2006.

Subsections 3 to 12 of article 4 of Decree Law no. 70/2011 contain transitional provisions relating to the implementation of the new measures.

# NEWSLETTER 2011

Il comma 13 istituisce presso ogni Prefettura un elenco delle imprese che non hanno legami con la criminalità organizzata, al fine di consentire un più efficace controllo sul sistema dei subappalti, estendendo così alle imprese subappaltatrici i controlli antimafia eseguiti in via principale nei confronti dell'impresa aggiudicataria. L'elenco deve essere periodicamente aggiornato dal Prefetto con modalità che saranno definite con apposito regolamento. L'iscrizione nell'elenco costituisce requisito di ordine generale per l'affidamento dei subappalti.

Il comma 14 introduce in via sperimentale per il triennio 2011-2013 il limite del 2% per la realizzazione delle opere compensative anche per gli appalti nei settori ordinari.

## **Modifiche al Regolamento di attuazione e di esecuzione del Codice dei contratti pubblici n. 207/2010**

Il comma 15 ha apportato alcune modifiche al Regolamento di esecuzione del Codice di cui al D.P.R. n. 207/2010. In particolare è previsto un periodo transitorio di ulteriori 180 giorni per l'operatività del nuovo sistema di qualificazione SOA previsto dal Regolamento.

A seguito della modifica del comma 6 dell'art. 357 del Regolamento n. 207/2010, [comma 15, *lettera c*, numero 1], viene chiarito che, relativamente ai contratti già stipulati o da stipulare nel periodo transitorio, sono fatte salve non solo alcune disposizioni del Regolamento n. 554/1999, ma anche le disposizioni sulla qualificazione facenti capo al D.P.R. n. 34/2000.

Al fine di non creare discrasie tra la qualificazione dell'impresa che proseguirà sulla base della disciplina previgente e le disposizioni del nuovo Regolamento, è stato, quindi, precisato che le imprese che abbiano eseguito lavori pubblici in precedenza ricondotti alle categorie OG3, OG6, OS21 di cui al D.P.R. n. 34/2000, ma in base al D.P.R. n. 207/2010 riferibili ad opere di cui alla categoria OS35, potranno richiedere la riemissione di tali certificati con l'indicazione dei lavori in tale categoria e così acquisire la suddetta categoria specialistica.

La modifica è stata introdotta nei commi 14 e 15 dell'art. 357 [comma 15, *lettera c*, numeri 3 e 4].

Subsection 13 sets up a list of companies which do not have ties to organized crime in each Prefecture, to allow for more effective control over the system of subcontracting, thus extending the anti-mafia controls, which were carried out originally on the bid winning companies, to subcontractors. The list is to be periodically updated by the Prefect in a manner to be determined by specific regulations. Inclusion on the list is a general requirement for the award of subcontracts.

Subsection 14 introduces on an experimental basis a 2% ceiling for the completion of offset works for the period 2011-2013, including for tenders in the ordinary sectors.

## **Amendments to the Regulation 207/2010 for the implementation and execution of the Code of Public Contracts**

Subsection 15 has made a number of amendments to the Regulation for the Execution of the Code ("Regulation") passed by Presidential Decree no. 207/2010. Of note is an additional transitional period of 180 days in which to bring the new SOA qualification system, therein provided, into operation.

The amendment to article 357(6) of the Regulation [subsection 15(c), number 1], clarifies that, for contracts already concluded, or for those which are concluded during the transitional period, not only are certain provisions of Regulation no. 554/1999 still applicable, but that the qualification provisions in Presidential Decree no. 34/2000 are also applicable.

In order to avoid discrepancies between the classification of a company which is to carry out works pursuant to the previous provisions and those of the new Regulation, it has been provided that companies which have previously carried out public works categorized as OG3, OG6, OS21 in Presidential Decree no. 34/2000, or category OS35 in Presidential Decree no. 207/2010, may request a reissue of certifications indicating the works carried out in those categories, thereby acquiring the above mentioned specialist classification.

The amendment was made in subsections 14 and 15 of article 357 [subsection 15 (c), (3 and 4)].

# NEWSLETTER 2011

Mediante la modifica del comma 22 dell'art. 357 del Regolamento n. 207/2010 [comma 15, *lettera c*, numero 7], si precisa che solo i bandi pubblicati a partire dall'8 giugno 2012 applicheranno la nuova disciplina relativa al collaudo delle barriere stradali.

Inoltre, è stata sospesa fino all'8 giugno 2012 anche l'efficacia della disposizione di cui all'art. 107, comma 2, che contiene il nuovo elenco delle categorie cc. dd. "superspecializzate," per le quali opera il parziale divieto di subappalto, previsto dall'art. 37, comma 11, del Codice degli Appalti.

Durante il periodo transitorio, dunque, continuerà ad applicarsi la disposizione di cui all'articolo 72, comma 4, del Regolamento n. 554/1999.

Il comma 16 modifica il Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al D. Lgs. n. 42/2004, aumentando la soglia di età di esecuzione oltre la quale i beni immobili appartenenti alle amministrazioni pubbliche o alle persone giuridiche private senza scopo di lucro – sotto questo profilo alle prime assimilate – si presumono forniti di interesse culturale e perciò ricadono, in via interinale e salvo verifica dell'effettiva sussistenza dell'interesse, nel vincolo storico-artistico.

Il termine finora previsto dall'articolo 10, comma 5 (e dall'articolo 12, comma 1, ai fini della verifica dell'interesse), di 50 anni, ha fatto sì che ricadesse nel vincolo l'edilizia residenziale pubblica edificata nel secondo dopoguerra, imponendo la verifica dell'interesse culturale nei confronti di molti edifici, spesso seriali, che non presentano alcun pregio. Con il nuovo termine di 60 anni l'ambito del vincolo viene *ab origine* a essere limitato all'edilizia anteguerra.

Il comma 16, lettera e), semplifica il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione paesaggistica trasformando il parere obbligatorio del soprintendente in un parere non vincolante nei casi in cui i comuni abbiano recepito nei loro strumenti urbanistici le prescrizioni del piano paesaggistico regionale e il Ministero per i beni e le attività culturali abbia valutato positivamente tale adeguamento.

Si introduce, inoltre, il meccanismo del silenzio-assenso qualora tale parere non sia reso entro novanta giorni dalla ricezione degli atti di positiva verifica e di prescrizione d'uso emessi dalla Regione e dal Ministero per i beni e le attività culturali.

The amendment to article 357(22) of the Regulation [subsection 15(c), (7)], makes it clear that the new provisions regarding the testing of road barriers will only apply to tenders that are published on or after 8 June 2012.

In addition, the entry into force of the provisions of article 107(2), which contain the new list of so-called "super-specialization" categories, in relation to which article 37(11) of the Code provides a partial ban on subcontracting, has been postponed to 8 June 2012.

During the transitional period, therefore, the provisions of article 72(4) of Regulation no. 554/1999 will continue to apply.

Subsection 16 amends the Code of Cultural and Landscape Heritage, as enacted by Legislative Decree no. 42/2004, by setting back the date by which the construction of immovable property belonging to the public administration or private non-profit entities – which in this aspect are assimilated into the former – is considered to be of cultural interest and, pending verification of actual cultural historical interest, is thus protected on an interim basis under the historical-artistical restrictions.

Previously, pursuant to article 10(5) (and by article 12(1), for the purposes of verifying interest), the age of the construction was set at 50 years. This has caused many residential public post war constructions to fall within the restrictions, requiring the verification of cultural interest for numerous buildings, which were often mass produced and possessing little merit. The new 60 year age threshold entails that the period of restriction applies to pre-war constructions.

Subsection 16(e), simplifies the procedure for granting a landscaping authorization by transforming the obligatory opinion of the superintendent into a non-binding opinion in cases where the municipality has included the landscaping requirements of the Region into its town plan and where the Ministry for Cultural and Landscape Activities has positively assessed such inclusion.

It also introduces the silence-is-consent mechanism where such an opinion is not made within ninety days of receipt of the positive Verification and Prohibition of Use reports issued by the Region and the Ministry for Cultural and Landscape Activities.

# NEWSLETTER 2011

I commi 17 e 18 apportano alcune modifiche al D. Lgs n. 85/2010, al fine di dirimere le incertezze e di garantire la massima applicazione del federalismo demaniale.

In particolare, è stata eliminata l'attuale previsione che esclude dal trasferimento i beni oggetto di accordi o di intese tra lo Stato e gli enti territoriali per la razionalizzazione o la valorizzazione dei rispettivi patrimoni immobiliari, già sottoscritti prima dell'entrata in vigore del citato decreto legislativo. Detti beni possono quindi essere attribuiti su richiesta all'ente che ha sottoscritto l'accordo o l'intesa ovvero ad altri enti territoriali.

Il comma 19 consente, già dal bilancio relativo all'esercizio 2010, di considerare i contributi in conto capitale autorizzati in favore della società Ente nazionale per le strade (ANAS Spa) quali contributi in conto impianti.

## CODICE ANTIMAFIA

Il Decreto Legislativo del 6 settembre 2011, n. 159, recante il *"Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della Legge 13 agosto 2010, n. 136"*, c.d. Codice antimafia, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale, n. 226, del 28 settembre 2011 (supplemento ordinario n. 214). Salvo le specifiche deroghe previste dallo stesso provvedimento (si veda l'art. 119 per quanto riguarda le disposizioni del Libro II, capi I, II, III e IV) il Codice è entrato in vigore il 13 ottobre 2011.

Il Codice antimafia ha introdotto importanti novità in due settori fondamentali della legislazione contro la criminalità organizzata: le *misure di prevenzione* e la *documentazione antimafia*. In particolare, da un lato si riassume, con modalità meramente compilative, l'insieme delle disposizioni che regolamentavano, attraverso un insieme di disposizioni, la complessa materia delle misure di prevenzione personali e patrimoniali; dall'altro si sono modificate e aggiornate quelle regole che apparivano più usurate dal tempo, attuando anche complesse riscritture (è il caso dei diritti dei terzi nelle procedure di prevenzione).

Il risultato finale è una tavola di disposizioni organicamente ripartite e depurate da rinvii da un testo legislativo all'altro.

Nello specifico il Codice si compone di 132 articoli divisi in 5 libri.

Subsections 17 and 18 modify Legislative Decree no. 85/2010, resolving some uncertainties and ensuring the maximum application of federalism with respect to state owned property.

In particular, the current provision prohibiting the transfer of assets between state and local authorities in order to rationalize or develop their real property portfolios, which had been agreed upon and signed before the entry into force of the Legislative Decree, has been eliminated. Therefore, these assets may be allocated to the entity that signed the agreement or arrangement, or other local authorities.

Subsection 19 permits, as of the financial statements for 2010, that contributions to capital accounts for the National Entity for Roads (ANAS Spa) be considered as a contributions to the facilities account.

## ANTI-MAFIA CODE

The "Anti-mafia Code", the long title of which is "Code of Anti-mafia laws and Preventive Measures, including New Provisions for Anti-Mafia Documentation, as per articles 1 and 2 of Law no. 136 of 13 August 2010", was enacted with Legislative Decree no. 159 on 6 September 2011, and published in the Official Gazette no. 226, 28 September 2011 (ordinary supplement no. 214). Save for the specific exceptions set out in the Decree (c.f. article 119 relating to provisions of Book II, chapters I, II, III and IV), the Code came into force on 13 October 2011.

The Anti-mafia Code introduced significant innovation in two key areas of law in the fight against organized crime: preventive measures and anti-mafia documentation. The Code is in part a mere compilation of the multitude of provisions governing the complicated area of personal and property related prevention measures, but it has also amended and updated out-dated provisions, some of which required complex re-drafting (as in the case of third party rights in preventive procedures).

The final result is a set of organically drafted provisions, from which the innumerable cross references to other pieces of legislation have been removed.

The Code has 132 articles, which are divided into five books.

# NEWSLETTER 2011

## LIBRO I – LE MISURE DI PREVENZIONE

### Titolo I (artt. da 1 a 15)

Il Legislatore distingue le misure di prevenzione personale in quelle applicate dal Questore (capo I), e quelle applicate dall’Autorità giudiziaria (capo II).

#### *Le misure applicate dal Questore*

Il Questore può, nei casi previsti, provvedere con foglio di via obbligatorio o con avviso orale contro:

- coloro che debbano ritenersi abitualmente dediti a traffici delittuosi;
- coloro che per la condotta ed il tenore di vita debba ritenersi, che vivono abitualmente, anche in parte, con i proventi di attività delittuose;
- coloro che per il loro comportamento debba ritenersi che sono dediti alla commissione di reati che offendono o mettono in pericolo l’integrità fisica e morale dei minorenni, la sanità, la sicurezza o la tranquillità pubblica.

#### *Le misure applicate dall’autorità giudiziaria*

Il Questore, il Procuratore nazionale antimafia, il Procuratore della Repubblica competente per territorio ed il Direttore della Direzione nazionale antimafia possono applicare le misure di prevenzione di sorveglianza speciale di pubblica sicurezza e di obbligo di soggiorno nel comune di residenza o di dimora abituale per le tipologie di soggetti indicati nell’art. 4 del codice in questione.

### Titolo II - Le misure di prevenzione patrimoniali (artt. da 16 a 34)

#### *Il provvedimento applicativo*

Alle persone a cui possono essere applicate le misure di prevenzione personale da parte dell’Autorità giudiziaria (art. 4) nonché alle persone fisiche e giuridiche segnalate al Comitato per le sanzioni delle Sezioni Unite o ad altro organismo internazionale competente per disporre il congelamento dei fondi o di risorse economiche, possono essere applicate misure di prevenzione patrimoniali quando vi sono fondati elementi per ritenere che i fondi o le risorse possano essere dispersi, occultati o utilizzati per il finanziamento di organizzazioni o attività terroristiche, anche internazionali (art. 16).

## BOOK I – PREVENTIVE MEASURES

### Title I (articles 1 to 15)

Personal preventive measures are divided into two types: those applied by the police commissioner (Chapter I) and those applied by the judicial authorities (chapter II).

#### *Preventive measures applied by the police commissioner*

In certain cases provided for in the Code, the police commissioner can issue an obligatory removal order or a verbal warning, against persons:

- considered as routinely engaging in trafficking offenses;
- whose behavior and standard of living suggest that they live partially or totally on the proceeds of criminal activities;
- whose behavior suggests that they commit crimes that offend or endanger the physical or moral wellbeing of minors, or the health, security or peace of the public.

#### *Measures applied by the judicial authorities*

The police commissioner, the national anti-mafia public prosecutor, the local public prosecutor and the Director of the National Anti-Mafia Office can all apply public security special surveillance preventive measures to those individuals specified in article 4 of the Code, as well as orders that they remain in the municipality of residence, or usual place of abode.

### Title II – (articles 16 to 34) property related prevention measures

#### *The application provisions*

Property related preventive measures can be applied to those individuals against whom personal prevention measures are applied by the judicial authorities (article 4), as well as individuals and legal persons reported by the Sanctions Committee of the United Nations or other international body which can freeze funds or economic resources, when there are reasonable reasons to believe that the funds or resources may be dispersed, concealed or used to finance national or international terrorist organizations or activities (article 16).



# NEWSLETTER 2011

## *Titolarietà della proposta e applicazione*

Le misure patrimoniali possono essere proposte dal Procuratore, dal Questore o dal Direttore della Dia, competente per territorio.

Possono essere applicate disgiuntamente dalle misure personali ed indipendentemente dalla pericolosità sociale, anche in caso di morte o assenza del soggetto proposto per la sua applicazione, avendo ad oggetto i beni che si ha motivo di ritenere che siano il frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego (articolo 18).

## *Tipologia di misure*

A seguito delle indagini patrimoniali, possono essere predisposti il *sequestro conservativo* (per i beni della persona nei cui confronti è iniziato il procedimento e di cui risulta poter disporre direttamente o indirettamente, quando il loro valore risulta sproporzionato al reddito dichiarato o all'attività economica svolta ovvero quando si ha motivo per ritenere che gli stessi siano il frutto di attività illecite o ne costituiscano il reimpiego - art. 20) o la *confisca* (dei beni sequestrati dei quali la persona nei cui confronti è instaurato il procedimento non possa giustificare la legittima provenienza e dei quali, anche per interposta persona fisica o giuridica, risulti essere titolare o avere la disponibilità in valore sproporzionato al proprio reddito, nonché dei beni che risultino essere frutto di attività illecite o ne costituiscono il reimpiego - art. 24), anche per equivalente.

## *Le misure aggiuntive: cauzione e amministrazione giudiziaria*

Con la misura di prevenzione può essere applicata anche una cauzione da versare presso la cassa delle ammende. Il deposito può essere sostituito dalla prestazione di apposite garanzie reali (art. 32) e può inoltre essere aggiunta, per alcuni soggetti, l'amministrazione giudiziaria dei beni personali, esclusi quelli destinati all'attività professionale o produttiva (art. 33).

## *Comunicazioni ed impugnazioni*

I provvedimenti che dispongono la confisca dei beni sequestrati, la revoca del sequestro ovvero la restituzione della cauzione o la liberazione dalle garanzie o la confisca dalla cauzione o l'esecuzione sui beni costituiti in garanzia sono comunicati senza indugio al procuratore generale presso la Corte d'appello, al Procuratore della Repubblica e agli interessati. Per le impugnazioni di tali provvedimenti si applicano le disposizioni di cui all'art. 10 dello stesso Codice e gli stessi diventano esecutivi

## *Authority for the proposal and application*

The property related preventive measures can be proposed by the public prosecutor, the police commissioner or the Director of the National Anti-Mafia Office, provided they have jurisdiction.

These measures can be applied separately from the personal preventive measures, independently from any danger to society, and even if the person subject to its application is dead or absent, since the measures relate to assets which are reasonably believed to be the fruit of criminal activities or deriving therefrom.

## *Types of measures*

After investigation has been completed on real property, precautionary seizure or confiscation of the property, or assets of equivalent value, can be ordered. Precautionary seizure can be made of assets which those individuals against whom an action is initiated appear to have direct or indirect access, where the value of such assets is out of proportion to their declared business income, or where there is reason to believe that the assets are fruit of criminal activities, or derive therefrom (article 20). Confiscation is the seizing of assets for which individuals against whom an action is initiated cannot justify their lawful origin and of which, even if there are individuals or legal persons acting as intermediaries, they would appear to be the owner or have access, when the value of such assets is out of proportion to their declared business income or when there is reason to believe that such assets are the fruit of criminal activities or deriving therefrom (article 24).

## *Additional measures: security deposit and judicial administration*

In addition to the preventive measures, a security deposit can also be required to be paid to the Ministry of Justice. This security deposit can be substituted by provision of special secured guarantees (article 32) and, for certain persons, by judicial administration of personal property, other than that required for professional or productive use (article 33).

## *Communication and appeals*

Orders to confiscate seized assets, revoke a seizure, repay a deposit, release from the guarantee, forfeit of a deposit or compulsory seizure of assets provided as guarantee are to be communicated immediately to the Prosecutor of the Court of Appeal, the public prosecutor and the interested parties. The provisions of article 10 of the Code apply to any appeals to such orders. These measures, which are immediately enforceable upon being rendered, can be appealed pursuant to ar-

# NEWSLETTER 2011

con la definitività delle relative pronunce. In caso di appello, il provvedimento di confisca perde efficacia se la Corte d'Appello non si pronuncia entro un anno e sei mesi dal deposito del ricorso.

## **Titolo III (artt. da 35 a 51) - L'amministrazione, la gestione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati**

### *Gestione dei beni e della aziende*

Con il provvedimento mediante il quale è disposto il sequestro preventivo (ex titolo III) il Tribunale nomina il Giudice delegato alla procedura e un amministratore giudiziario.

Fino al decreto di confisca di primo grado l'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata (ex libro III, TITOLO II) coadiuva l'amministratore giudiziario sotto la direzione del Giudice delegato: sulla base degli indirizzi dettati dall'Agenzia, il Giudice delegato impartisce le direttive generali della gestione dei beni sequestrati (art. 40).

### *Il ruolo dell'Agenzia dei beni confiscati e destinazione dei beni*

L'Agenzia gestisce i beni confiscati anche in via non definitiva sulla base degli indirizzi e delle linee guida adottati dal Consiglio direttivo dell'Agenzia medesima (art. 44). A seguito della confisca definitiva di prevenzione i beni sono acquisiti al patrimonio dello Stato liberi da oneri e pesi (art. 45). La destinazione dei beni mobili e dei beni aziendali è effettuata con delibera del Consiglio direttivo dell'Agenzia. I beni immobili sono mantenuti al patrimonio dello Stato per finalità di giustizia, di ordine pubblico e di protezione civile ovvero utilizzati dall'Agenzia per finalità economiche, o, ancora, trasferiti per finalità istituzionali o sociali al patrimonio del comune ove l'immobile è sito.

Ove non sia possibile effettuare la destinazione o il trasferimento per finalità di pubblico interesse, i beni possono essere destinati con provvedimento dell'Agenzia alla vendita agli enti pubblici aventi altre finalità istituzionali, salva la prelazione degli altri enti territoriali.

Le somme ricavate dalla vendita affluiscono al Fondo unico di giustizia per essere riassegnati nella misura del 50% al Ministero della Giustizia per assicurare il funzionamento ed il potenziamento degli uffici giudiziari e degli altri servizi istituzionali, in coerenza con gli obiettivi di stabilità della finanza pubblica (art. 48).

Article 10 of the Code. In the event of an appeal, a confiscation order will become unenforceable if the Court of Appeal does not issue its judgment within eighteen months from the filing of the appeal.

## **Title III – (articles 35 to 51) administration, management and destination of seized and confiscated property**

### *Management of assets and businesses*

In the order for preventive seizure (under title III), the Court will also appoint a delegated judge and a judicial administrator to oversee the procedure.

Until the first instance decree of confiscation is issued, the judicial administrator, under the direction of the delegated judge, is to be assisted by the National Agency for the Administration and the Destination of Property Seized and Confiscated from Organized Crime (Book III, Title II), ("Agency").

### *The role of the Agency*

The Agency manages assets that have been confiscated both definitively and provisionally, based on policies and guidelines adopted by the Agency's Governing Council (article 44). After a definitive preventive confiscation, the assets are acquired by the State free of charges or burdens (article 45). The destination of personal and business property is decided by resolution of the Agency's Governing Council. Real property is to be kept by the State to be used for purposes of justice, public order and civil protection, or to be used by the Agency for commercial purposes, or it may even be transferred to the municipality where the property is located for institutional or social purposes.

Where the assets cannot be used for public purposes or transferred for these purposes, the assets may be sold to public institutions having other purposes by order of the Agency, subject to preemption by other local authorities.

The Unified Justice Fund receives the proceeds of the sale, 50% of which is then to be reassigned to the Ministry of Justice for the functioning and strengthening of the judicial offices and the other institutional services, in keeping with the goal of public finance stability (article 48).

# NEWSLETTER 2011

## **Titolo IV (artt. da 52 a 65) - La tutela dei terzi i rapporti con le procedure concorsuali**

### *Confisca e dei diritti dei terzi*

La confisca non pregiudica i diritti di credito dei terzi che risultano da atti aventi data certa anteriori al sequestro, nonché i diritti reali di garanzia costituiti in epoca anteriore al sequestro, ove ricorrano le condizioni di cui all'art. 52. La confisca definitiva di un bene determina lo scioglimento dei contratti aventi ad oggetto un diritto personale di godimento, nonché l'estinzione dei diritti reali di godimento sui beni stessi.

I crediti per titolo anteriore al sequestro, verificati a seguito della richiesta del creditore dopo la composizione dello stato passivo, sono soddisfatti dalla Stato nel limite del 70% del valore dei beni sequestrati o confiscati (art. 53).

### *Accertamento dei diritti dei terzi*

A seguito del sequestro non possono essere iniziate o proseguite azioni esecutive (art. 55). Se al momento dell'esecuzione del sequestro un contratto relativo al bene o all'azienda sequestrata è ancora ineseguito o non compiutamente eseguito da entrambe le parti, l'esecuzione del contratto rimane sospesa fino a quando l'amministratore giudiziario, previa autorizzazione del Giudice delegato, dichiara di subentrare nel contratto in luogo del proposto assumendo tutti i relativi obblighi o dichiara di risolvere il contratto (art. 56).

L'amministratore giudiziario allega alla relazione da presentare al Giudice delegato l'elenco nominativo di coloro che vantano diritti reali o personali sui beni, con l'indicazione delle cose stesse e del titolo da cui sorge il diritto (art. 57).

I creditori presentano al Giudice la domanda di ammissione al credito (art. 58). All'udienza il Giudice delegato, assunte anche d'ufficio le opportune informazioni, verifica le domande indicando distintamente i crediti che ritiene di ammettere, con l'indicazione delle eventuali cause di prelazione, e quelli che ritiene di non ammettere, in tutto o in parte, esponendo sommariamente i motivi dell'esclusione (art. 59). Conclusa l'udienza di verifica, l'amministratore giudiziario effettua la liquidazione dei beni mobili, delle aziende o dei rami di azienda e degli immobili ove le somme apprese, riscosse o comunque ricevute non siano sufficienti a soddisfare i creditori utilmente collocato al passivo (art. 60).

## **Title IV – (articles 52 to 65) the protection of third parties and involvement with bankruptcy proceedings**

### *Confiscation and the rights of third parties*

Provided that the conditions set out in article 52 have been met, confiscation will not prejudice either third parties' rights, which have been proven in documents clearly dated before the seizure of the assets, or security interests established prior to the seizure. Definitive confiscation leads to the dissolution of contracts relating to personal rights of enjoyment, as well as the extinction of real rights of enjoyment over the assets themselves.

Credit instruments created prior to seizure, verified upon claim by the creditor after bankruptcy, are satisfied by the State up to 70% of the value of the assets seized or confiscated (article 53).

### *Assessment of third party rights*

Enforcement actions cannot be initiated or continued after seizure has occurred (article 55). If at the time of seizure a contract regarding the asset or the business seized is wholly or partially unfulfilled by both parties, the execution of the contract is suspended until such time as the judicial administrator, upon prior authorization of the delegated judge, declares either that it is taking over the contract in place of the individual whose property was seized, taking over all its obligations, or that the contract is dissolved (article 56).

The judicial administrator is to attach to his/her report to the delegated judge the list of names of all those having a secured or unsecured interest in the assets, describing the items and the right giving rise to the claim (article 57).

Creditors are to file petitions to be included in the list of creditors with the judge (article 58). Having gathered all pertinent information, at the hearing the delegated judge is to verify the petitions and indicate clearly the debts s/he believes should be admitted, indicating any possible pre-emption claims, and those which s/he does not think should be admitted, either totally or in part, with a brief explanation for the exclusion (article 59). Once this verification hearing is finished, the judicial administrator will proceed to the sale of the assets of the business or branch of a business, as well as real property where the amounts obtained, recovered or otherwise received are insufficient to satisfy bona fide creditors (article 60).

# NEWSLETTER 2011

Nei sessanta giorni successivi alla formazione dello stato passivo, ovvero nei dieci giorni successivi all'ultima vendita, l'amministratore giudiziario redige un progetto di pagamento dei crediti, contenente l'elenco dei crediti utilmente collocati al passivo, con le relative cause di prelazione, nonché l'indicazione degli importi da corrispondere a ciascun creditore (art. 61).

## *Rapporti con le procedure concorsuali*

Salva la dichiarazione di fallimento assunta dal debitore o da uno o più creditori, il PM, anche su segnalazione dell'amministratore giudiziario che ne rilevi i presupposti, chiede al Tribunale competente che venga dichiarato il fallimento dell'imprenditore i cui beni aziendali sono sottoposti a sequestro o confisca.

Ove sui beni compresi nel fallimento sia disposto il sequestro, il Giudice delegato dispone con decreto non reclamabile la separazione di tali beni dalla massa attiva del fallimento e la loro consegna all'amministrazione giudiziaria. Quando la dichiarazione di fallimento è successiva all'applicazione delle misure di prevenzione del controllo o dall'amministrazione giudiziaria, la misura di prevenzione cessa sui beni compresi nel fallimento (art. 64).

## **Titolo V (artt. da 66 a 81) - Effetti, sanzioni e disposizioni finali**

### *Effetti delle misure di prevenzione, la riabilitazione e le sanzioni*

L'applicazione delle misure di prevenzione di cui al libro I importa alcuni effetti, tra cui l'impossibilità di ottenere licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di contributi, finanziamenti ecc., nonché la decadenza del diritto delle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni già in possesso (art. 67).

Sussiste inoltre l'obbligo di comunicare per dieci anni il luogo di dimora abituale, le variazioni di entità e della composizione del patrimonio, concernenti elementi di valore non inferiore a 10.329,14 euro (art. 80). Dopo tre anni dalla cessazione della misura personale, l'interessato può chiedere la riabilitazione (art. 70), che viene concessa se il soggetto ha dato prova costante ed effettiva di buona condotta.

Il capo III prevede per i soggetti sottoposti alle misure di prevenzione di cui al libro I, che commettano determinati reati (tra i quali quelli riguardanti le armi,

Within sixty days after the formation of the list of liabilities, or ten days after the final sale, the judicial administrator is to prepare a draft claims settlement, to include a list of the bona fide creditors, indicating any possible pre-emption claims, and the amounts to be paid to each creditor (article 61).

### *Involvement with the bankruptcy proceedings*

Save when the debtor or one or more creditors declares bankruptcy, the prosecuting magistrate is to request that the competent court declare the entrepreneur, whose business assets have been subject to seizure or confiscation, bankrupt. Recommendation to that effect may also be made by the judicial administrator.

Where there is property included in the bankruptcy that is subject to seizure, the delegated judge is to make a non-appealable order by which those assets are to be separated from the rest of the bankruptcy assets and that they be consigned to judicial administration. When the declaration of bankruptcy is made after application of the preventive measures of control or judicial administration, the preventive measures no longer have effect over the assets included in the bankruptcy (article 64).

## **Title V – (articles 66 to 81) effects, penalties and final orders**

### *Effects of preventive measures, rehabilitation and penalties*

The effects of the application of the preventive measures set out in Book I include the impossibility of obtaining licenses, permits, concessions, registrations, certificates, credentials and disbursement of grants, loans etc. as well as the forfeiture of rights under licenses, permits, concessions, registrations, certificates, credentials and grants, loans underway (article 67).

There is also an obligation for a ten year period to report usual place of abode and variations as to form and composition of assets with a value of at least Euro 10,329.14 (article 80). Three years after the cessation of the personal preventive measures, the individual can request rehabilitation (article 70), which is to be granted if they provide credible and real evidence of good behavior.

Chapter III provides that individuals subject to the preventive measures in Book I, who commit certain crimes (including those involving weapons, explo-

# NEWSLETTER 2011

esplosivi, violazioni del codice della strada , reati del pubblico ufficiale ecc.) degli aumenti di pena rispetto a quelli espressamente previsti dalle previsioni di legge. Per i soggetti di cui all'art. 4 possono essere predisposte intercettazioni (art. 78), nonché verifiche della relativa posizione fiscale, economica e patrimoniale ai fini dell'accertamento di illeciti valutari e societari (art. 79).

## LIBRO II- NUOVE DISPOSIZIONI IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE ANTIMAFIA

### Capo I (artt. da 82 a 101) - Documentazione antimafia

#### *Disposizioni generali: l'ambito di applicazione della documentazione antimafia*

Presso il Ministero dell'interno è istituita la banca nazionale unica della documentazione antimafia, contenente tutte le comunicazioni e informazioni antimafia.

Le pubbliche amministrazioni e gli enti pubblici, gli enti e le aziende vigilate dallo Stato o da altro ente pubblico e le società o imprese comunque controllate dallo Stato o da altre ente pubblico nonché i concessionari di opere pubbliche, devono acquisire la documentazione antimafia prima di stipulare, approvare o autorizzare i contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubbliche ( art. 83).

#### *Soggetti sottoposti alla verifica antimafia*

Sono sottoposti alla verifica antimafia tutti gli operatori economici (art. 85) nonché l'ente locale sciolto ai sensi dell'art. 143 Tuel (art. 100).

#### *Le tipologie di comunicazione antimafia*

La documentazione antimafia è composta dalla comunicazione antimafia e dalla informazione antimafia. La prima rilasciata dal Prefetto, consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67. Fuori dai casi in cui è richiesta l'informativa antimafia e nei casi urgenti, i contratti ed i subcontratti sono stipulati previa acquisizione di apposita autocertificazione.

L'informazione antimafia, rilasciata dal Prefetto e richiesta prima di stipulare, approvare, autorizzare i contratti e subcontratti, ovvero prima di rilasciare o consentire i provvedimenti indicati nell'art. 67, il cui valore sia superiore a determinate soglie (art. 91), consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause di decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'art. 67, nonché nell'attestazione della

sives, violations of the Highway Code, crimes of public officials, etc.) are to receive greater penalties than those expressly provided in the specific legislation. Individuals subject to article 4 can be subject to wire-tapping (article 78), as well verification of their tax, economic and financial positions for the purpose of assessing monetary and corporate offenses (article 79).

## BOOK II – NEW PROVISIONS RELATING TO ANTI-MAFIA DOCUMENTATION

### Chapter I (articles 82 to 101) – Anti-mafia documentation

#### *General provisions: scope of the anti-mafia documentation*

A single national database for anti-mafia documentation is to be set up at the Ministry of the Interior and is to contain all anti-mafia related communication and information.

Public authorities, public bodies, institutions and organizations supervised by the State, or by other public entities, companies or undertakings controlled in any way by the State or other public body, as well as concessionaries of public works, must obtain anti-mafia documentation before signing, approving or authorizing contracts and subcontracts relating to public works, services and procurement (article 83).

#### *Persons subject to anti-mafia controls*

All businesses (article 85) and local entities which have been dissolved pursuant to article 143 Legislative Decree no. 267/2000 ("TUEL") (article 100) are subject to anti-mafia controls.

#### *Types of anti-mafia communication*

Anti-mafia documentation is comprised of both anti-mafia communications and information. The former, issued by the Prefecture, consists in the certification as to whether or not of any of the grounds for forfeiture, suspension or prohibition under article 67 exist. Except in those cases requiring anti-mafia disclosure, or in urgent cases, contracts and subcontracts are to be awarded upon the issuing of a specific self-certification.

The anti-mafia information, issued by the Prefecture and requested prior to the execution, approval or authorization of contracts and subcontracts, or before issuing or authorizing the orders set out in article 67 having a value greater than specified thresholds (article 91), consists certifying whether or not of any of the grounds for forfeiture, suspension or prohibition under article 67 exist, as well as certifying whether

# NEWSLETTER 2011

sussistenza o meno di eventuali tentativi di infiltrazioni mafiose tendenti a condizionare le scelte e gli indirizzi delle società o imprese interessate indicate nell'art. 4.

Per l'espletamento delle funzioni volte a prevenire le infiltrazioni mafiose nei pubblici appalti il Prefetto, a seguito della comunicazione della pubblicazione del bando di gara, svolge degli accertamenti preliminari sulle imprese locali per le quali il rischio di tentativi di infiltrazione mafiosa è ritenuto maggiore e dispone accessi ed accertamenti nei cantieri delle imprese interessate all'esecuzione dei lavori pubblici.

## REGOLAMENTO SULLE SEMPLIFICAZIONI PER LE PMI DEGLI ADEMPIMENTI AMMINISTRATIVI IN MATERIA DI AMBIENTE.

Il Consiglio dei ministri ha approvato in via definitiva un regolamento che introduce semplificazioni per le PMI relative ad alcuni adempimenti amministrativi in materia di acque reflue e di impatto acustico, senza tuttavia modificare la normativa di settore contenuta rispettivamente nel D. Lgs. n. 152/2006 e nella L. n. 447/1995.

Il provvedimento di attuazione all'art. 49, comma 4-*quater*, del D.L. n. 78/2010, ove si prevede che, al fine di promuovere lo sviluppo del sistema produttivo e la competitività delle imprese, il Governo adotti, previa consultazione delle associazioni imprenditoriali, uno o più regolamenti per semplificare e ridurre gli adempimenti amministrativi delle piccole e medie imprese in base ai seguenti principi e criteri direttivi:

a) proporzionalità degli adempimenti amministrativi in relazione alla dimensione dell'impresa e al settore di attività, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici coinvolti;

b) eliminazione di autorizzazioni e certificazioni, comunque denominati, e degli adempimenti amministrativi non necessari rispetto alla tutela degli interessi pubblici in relazione alla dimensione dell'impresa ovvero alle attività esercitate;

c) estensione dell'autocertificazione e delle attestazioni dei tecnici abilitati, nonché delle dichiarazioni di conformità da parte dell'Agenzia delle imprese;

d) informatizzazione degli adempimenti e delle procedure amministrative;

any attempts of mafia infiltration have been made to conditioning the direction and choices of those companies or businesses, identified in article 4, have been made.

In carrying out its task of preventing mafia infiltration of public works, the Prefect, after having received notice of the publication of the tender notice, is to carry out preliminary investigations on local firms for which the risk of attempted mafia infiltration is considered to be greatest and is to gain access and evaluate the construction sites of businesses.

## REGULATIONS SIMPLIFYING ADMINISTRATIVE REQUIREMENTS FOR SMALL TO MEDIUM ENTERPRISES (SMES) IN THE AREA OF ENVIRONMENTAL LAW

The Council of Ministers approved the final version of a regulation introducing simplified administrative procedures for SMEs in relation to waste water and noise pollution, without making any changes to the laws in this area that are contained in Legislative Decree no. 152/2006 and Law no. 447/1995.

The regulation implements Article 49(4-quarter) of Decree Law no. 78/2010, which provides that, in order to promote development of production and competitiveness of businesses, the Government is pass, upon consultation with business associations, one or more regulations to simplify and reduce the administrative burden on small and medium-sized enterprises based on the following principles and criteria:

a) Proportionality of administrative requirements in relation to the size of a business and its sector of activity, as well as in relation to the need to protect the public interests involved;

b) Eliminating licenses and certifications, of any type, as well as administrative requirements which are not necessary for the protection of public interest in relation to the size of the business or to the activities performed;

c) Expanding the use of self certification and attestations of qualified technicians, as well as statements of compliance from the "Agency for Companies";

d) Computerizing administrative procedures and requirements;

# NEWSLETTER 2011

e) soppressione delle autorizzazioni e dei controlli per le imprese certificate ISO o equivalente;

f) coordinamento delle attività di controllo per evitare duplicazioni e sovrapposizioni, assicurando la proporzionalità degli stessi in relazione alla tutela degli interessi pubblici coinvolti.

Il provvedimento si articola in quattro Capi e sei articoli.

Il Capo I, con l'art. 1, definisce l'ambito di applicazione delle nuove disposizioni, delimitandolo alle micro, piccole e medie imprese (PMI), come definite dal Decreto del Ministro delle attività produttive del 18 aprile 2005, che recepisce nell'ordinamento nazionale la definizione comunitaria di microimprese, piccole e medie imprese contenuta nella Raccomandazione n. 2003/361/CE.

Si tratta delle imprese fino a 249 addetti, con un fatturato inferiore a 50 milioni di euro ovvero un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro.

Il Capo II riguarda la disciplina delle acque reflue e i criteri di assimilazione delle acque reflue alle acque domestiche che, fermo restando la disciplina del Codice dell'Ambiente, si applicano in assenza di regolamentazione regionale. In particolare, viene introdotta una modalità semplificata per il rinnovo delle autorizzazioni agli scarichi delle acque reflue industriali se non si sono, nel frattempo, verificate delle variazioni rispetto all'autorizzazione a suo tempo concessa.

Viene così estesa la disciplina dell'autocertificazione, per cui, ove non si siano verificate modifiche nell'impianto e nelle sostanze utilizzate nel processo produttivo rispetto ai presupposti della precedente autorizzazione, il titolare dello scarico, 6 mesi prima della scadenza, può presentare un'istanza corredata dalla dichiarazione sostitutiva dell'atto di notorietà (di cui all'art. 47 del D.P.R. n. 445/2000) che dovrà attestare che sono rimaste immutate, rispetto alla precedente autorizzazione, una serie di caratteristiche relative allo scarico e al ciclo produttivo. Si tratta, in ogni caso, di una modalità semplificata che non si applica allo scarico di sostanze pericolose.

Il Capo III, con l'art. 4 introduce alcune semplificazioni documentali in materia di impatto acustico, con la possibilità dell'autocertificazione (dichiarazione sostitutiva) se non si superano i limiti di emissione di rumore fissati dalla classificazione acustica comunale.

e) Eliminating permits and inspections for companies having ISO, or equivalent, certification;

f) Coordinating controlling activities to avoid duplication and overlap, and to ensure that these are in proportion to the protection of public interests involved.

The regulation is divided into four chapters and six articles.

Chapter I, article 1, defines the application of the new provisions to micro, small and medium-sized enterprises (SMEs), as defined by a decree issued by the Minister of Productive Activities on 18 April 2005, which brought into Italian legislation the EU definition of micro, small and medium-sized enterprises contained in Recommendation no. 2003/361/EC.

The definition encompasses businesses with up to 249 employees, a turnover of less than Euro 50 million or a total annual balance sheet total that does not exceed Euro 43 million.

Chapter II governs waste water and the criteria for its assimilation into domestic waste water that, subject to the Environment Code, are to be applied in the absence of any regional regulation. Of note is the simplified method for the renewal of permits for the discharge of industrial waste water if, in the meantime, no changes have occurred with respect to the authorization originally granted.

Thus, the area of self-certification has been expanded and should no changes have occurred in the plant, or substances used in the production process since the grant of the previous authorization, six months prior to its expiration, the authorization holder may file an application accompanied by a declaration in lieu of an affidavit (pursuant to article 47 Presidential Decree no. 445/2000), which attests that there has been no change in the characteristics of the discharge and production cycle since the previous authorization was granted. This simplified procedure does not apply to the discharge of hazardous substances.

Chapter III, article 4 introduces simplified procedures for noise emissions, providing the option of self-certification (substitute statement) provided that the noise limits set by the municipality are not exceeded.

# NEWSLETTER 2011

Le attività a bassa rumorosità non sono soggette all'obbligo di presentazione della documentazione di impatto acustico di cui all'art. 8, comma 2-4, della Legge quadro n. 447/1995; quest'obbligo sussiste comunque per l'esercizio di ristoranti, pizzerie, trattorie, bar, mense, attività ricreative, attività culturali, spettacoli, palestre, stabilimenti balneari che utilizzino impianti di diffusione sonora o svolgano manifestazioni ed eventi con diffusione di musica o utilizzo di strumenti musicali.

Il Capo IV contiene disposizioni riguardanti lo Sportello unico per le attività produttive (SUAP), che viene a costituire "l'unico punto di accesso" per chi richiede le autorizzazioni amministrative riguardanti l'attività produttiva, mirando così a fornire "una risposta unica e tempestiva in luogo di tutte le pubbliche amministrazioni".

Le istanze di autorizzazione, la documentazione, le dichiarazioni e le altre attestazioni richieste in materia ambientale dovranno, pertanto, essere inviate esclusivamente per via telematica allo Sportello unico per le attività produttive (art. 5).

Low noise level activities are not subject to presentation of noise impact documentation referred to in article 8, subsections 2-4 of the Framework Law no. 447/1995. This duty still exists for restaurants, pizzerias, taverns, bars, canteens, recreational and cultural activities, shows, gyms, and beach facilities that use sound systems and carry out shows and events with the broadcasting of music or use of musical instruments.

Chapter IV contains provisions regarding the Unified Office of Productive Activities (SUAP), which constitutes the "single point of access" for those requiring administrative permissions for productive activities, to provide "a single and timely response substituting the whole of the public administration".

Applications for approval, documentation, statements and other certificates required regarding the environment should therefore be sent exclusively by electronic means to the Unified Office of Productive Activities (article 5).



## 2 | Disegni di Legge

### LIBRO VERDE UE SULLA CORPORATE GOVERNANCE

Il 5 aprile 2011, la Direzione Generale per il Mercato Interno e i Servizi (DG MARKT) della Commissione europea ha avviato una consultazione pubblica sulle proposte contenute nel Libro Verde "The EU corporate governance framework", con l'obiettivo di valutare l'efficacia del quadro normativo e autoregolamentare vigente in materia di *Corporate governance* delle imprese europee e sull'opportunità di eventuali iniziative comunitarie in questo settore.

Attualmente, a livello europeo, esiste un corpo consolidato di principi e di norme sul governo societario in tema di indipendenza degli amministratori non esecutivi, di comitati del consiglio di amministrazione e di retribuzioni. È previsto inoltre l'obbligo per le società quotate di pubblicare una dichiarazione sul governo societario. Il quadro di governo societario dell'UE è costituito dalla Direttiva in materia di acquisti di società (2004/25/CE), dalla Direttiva sulla trasparenza delle società quotate (2004/109/CE), dalla Direttiva sugli azionisti (2007/36/CE), dalla Direttiva sugli abusi di mercato (2003/6/CE), e dalla Direttiva sul controllo dei Conti (2006/43/CE).

Il *Libro verde sul governo societario* ha avviato un dibattito su alcune specifiche questioni:

1. La composizione e il funzionamento del consiglio di amministrazione. Le principali questioni riguardano: (i) la distinzione del ruolo di presidente "Chief executive officer"; (ii) la composizione del *board* e le politiche per assicurare la diversità in termini di esperienza, provenienza geografica e in genere (iii) il limite al numero degli incarichi dell'amministratore non esecutivo; (iv) le valutazioni esterne al funzionamento del *board*; (v) l'obbligatorietà della trasparenza della politica di remunerazione, della relazione annuale sulla remunerazione stessa e, ancora, della remunerazione degli amministratori esecutivi e non esecutivi; (vi) l'obbligatorietà del voto degli azionisti sulla politica di remunerazione (resta da chiarire la natura, vincolante o consultiva, del voto); (viii) la valutazione dei rischi e la relativa responsabilità del *board*.

## 2 | Bills

### EU GREEN PAPER ON CORPORATE GOVERNANCE

On 5 April 2011, the Directorate General for Internal Market and Services (DG MARKT) of the European Commission launched a public consultation on the proposals contained in the Green Paper "The EU corporate governance framework", for evaluating the effectiveness of the existing regulatory and self-monitoring framework in the area of *corporate governance* of European companies and whether any Community initiatives should be taken in this area.

Currently, at the European level, there is a body of established principles and rules on corporate governance regarding the independence of non-executive directors, board committees and remuneration. In addition, there is a requirement for listed companies to publish a corporate governance statement. The corporate governance framework consists of the EU Directive on the purchase of companies (2004/25/EC), the Directive on the transparency of listed companies (2004/109/EC), the Directive on shareholders (2007/36 / EC), the Market Abuse Directive (2003/6/EC), and the Directive on the Control of Auditors (2006/43/EC).

The *Green Paper on corporate governance* has initiated a debate on a number of specific issues:

1. The composition and functioning of the Board of Directors. The main issues are: (i) the distinction of the role of chair "chief executive officer"; (ii) the composition of the *board* and policies required to ensure diversity in terms of experience, geographic origin and gender (iii) limits on the number of non-executive positions, (iv) external controls on the operations of the *board*, (v) the obligation for transparency in remuneration policy, in the annual report on remuneration and on the remuneration of executive and non-executive officers, (vi) the requirement for shareholders to vote on remuneration policy (whether the results of the vote are to be mandatory or advisory is still to be clarified), and (viii) assessment of the risks and responsibilities of the *board*.

# NEWSLETTER 2011

2. La partecipazione degli azionisti. Le principali questioni riguardano: (i) la trasparenza e il conflitto di interessi degli *asset managers*, (ii) la rimozione degli ostacoli della cooperazione tra gli azionisti, (iii) una maggiore trasparenza dell'attività dei *proxy advisor*, (iv) una regola europea sull'identificazione degli azionisti soprattutto con riferimento alle operazioni con parti correlate; (vi) l'azionariato dei dipendenti.

3. Come migliorare il controllo e l'applicazione degli attuali codici nazionali di governo societario. Le principali questioni riguardano: (i) la possibilità che le società debbano spiegare perché non hanno adottato alcune raccomandazioni e quali siano le soluzioni alternative adottate; (ii) la possibilità di fissare ad un organo di controllo la verifica della qualità delle spiegazioni e il potere di chiedere ulteriori chiarimenti laddove sia necessario.

La Commissione ha chiesto inoltre:

- se possa essere utile differenziare le misure comunitarie in base alla dimensione delle società e altresì se la proposta di prevedere un regime speciale per le PMI quotate presenti il problema di individuare una definizione uniforme di PMI quotata a livello europeo;
- se sia opportuno prevedere delle misure anche per le società non quotate.

La consultazione si è conclusa il 22 luglio 2011. Considerata la particolare delicatezza del tema, entro tale termine, Confindustria ha risposto alla consultazione con un parere illustrando le ragioni della sua contrarietà rispetto a possibili nuovi oneri regolamentari. Nel documento predisposto dall'associazione si legge che negli ordinamenti dei diversi Stati membri, e nello specifico quello italiano, si affrontano già la maggior parte delle questioni sollevate nel Libro Verde e contemplano regole e prassi in grado di assicurare efficienza e trasparenza a tutela degli azionisti e del mercato.

Pertanto, le azioni della Commissione e delle Autorità nazionali di settore dovrebbero essere rivolte, in questa fase, ad assicurare un'efficace *enforcement* delle regole esistenti, prima ancora di ipotizzare ulteriori interventi. Confindustria ha sottolineato anche l'importanza dei Codici nazionali di autodisciplina che assicurano alle imprese la possibilità di beneficiare di un certo margine di flessibilità in materia di *corporate governance*, soprattutto grazie all'applicazione del principio "*comply or explain*", la cui portata andrebbe rafforzata.

2. Shareholder participation. The main issues are: (i) transparency and conflict of interests of *asset managers*, (ii) removal of obstacles in the cooperation between shareholders, (iii) greater transparency in the activities of *proxy advisors*, (iv) a European rule relating to the identification of shareholders particularly with regard to transactions with related parties, (vi) employee ownership.

3. How to improve monitoring and enforcement of existing national codes of corporate governance. The main issues are: (i) allowing companies the opportunity to explain why certain recommendations have not been adopted and to set out the alternative solutions adopted, (ii) the possibility of establishing a monitoring body to verify the quality of the explanations and the power to request further clarification where necessary.

The Commission also asked:

- Whether it would be helpful to separate out the EC rules on the basis of the size of the company and also, whether the proposal to provide special treatment for listed SMEs raised the problem of finding a uniform definition of listed SMEs at the European level;
- Whether the rules should also apply to unlisted companies.

The consultation period ended 22 July 2011. Given the particular sensitivity of the topic, Confindustria (Italian Manufacturers' Federation) responded in good time with an opinion explaining the reasons for its opposition to possible new regulatory burdens. The document prepared by the Federation states that in the laws of various countries, and in particular in Italy, most of the issues raised in the Green Paper have already been addressed and rules and practices are provided on how to ensure efficiency and transparency to protect shareholders and the market.

Therefore, the Commission and national authorities in the sector should at this stage be addressing the issue of effective *enforcement* of existing rules, before any new regulations are imposed. Confindustria also stressed the importance of national codes of conduct which ensure that businesses can benefit from a degree of flexibility in *corporate governance*, especially through the application of the "*comply or explain*" principle, the scope of which should be strengthened.

# NEWSLETTER 2011

## 3 | Asian Unit

### ■ INDIA

#### L'APERTURA DEL MERCATO INDIANO DEL RETAILING MONOMARCA

Il Gabinetto del Consiglio dei Ministri del Governo Indiano ha deliberato il 24 novembre 2011 di modificare la *Foreign Direct Investment Policy* in tema di vendita al dettaglio monomarca (*retailing*). La delibera dovrà essere seguita dalla pubblicazione di una *Press Note* (circolare) attuativa, attesa tra pochi giorni.

Tale modifica consiste nel rimuovere il limite massimo, per il socio straniero, del 51% del capitale di società indiana che svolge attività di *retailing* monomarca per elevare sino alla totalità del capitale la quota di *equity* che l'azionista può detenere, ciò, tuttavia, a condizione che il socio straniero sia il proprietario del *brand* con cui vengono identificati i prodotti commercializzati nei punti vendita indiani, che tale brand sia diffuso a livello internazionale anche in altri paesi e che il 30% dei beni destinati alla vendita al dettaglio in India siano prodotti localmente.

## 3 | Asian Unit

### ■ INDIA

#### THE OPENING OF THE INDIAN MARKET OF SINGLE-BRAND RETAILING

The Cabinet Council of Ministers of the Government of India has approved 24 November 2011 to amend the Foreign Direct Investment Policy in terms of single-brand retail (*retailing*). The resolution must be followed by the publication of a Press Note (circular) implementation, to come out by next week.

This change is to remove the upper limit for the foreign partner, a 51% of capital in Indian company used in retailing brand to raise up to the total equity share capital the shareholder may hold, however, with conditions that the foreign partner is the owner of the brand which identifies the products sold in retail outlets in India, and the brand could be spread internationally in other countries and that 30% of goods for retail sales in India are products locally.

*Legislation, Bills and Case Law at 31 august 2011.*

*This Newsletter is intended as a summary of key legal developments and highlights matters of general interest, and therefore should not be used as a basis for decision-making. For further details and information, please contact your related partner or send an email to [ufficiostudi@studiopirola.com](mailto:ufficiostudi@studiopirola.com)*