

Centro Studi
Consiglio Nazionale Ingegneri

Decreto Legge 13 maggio 2011, n. 70
Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per
l'economia

Analisi e commenti



(c.r. 322)

Roma, 6 giugno 2011



CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

PRESSO IL MINISTERO DELLA GIUSTIZIA - 00186 ROMA - VIA ARENULA, 71

| | |
|----------------------------------|------------------------|
| Ing. Giovanni Rolando | Presidente |
| Ing. Pietro Ernesto De Felice | Vice Presidente |
| Ing. Alessandro Biddau | Consigliere Segretario |
| Ing. Carlo De Vuono | Tesoriere |
| Ing. Giovanni Bosi | Consigliere |
| Ing. Roberto Brandi | Consigliere |
| Ing. Ugo Gaia | Consigliere |
| Ing. Romeo La Pietra | Consigliere |
| Ing. Giovanni Montresor | Consigliere |
| Ing.civ.amb.iun. Antonio Picardi | Consigliere |
| Ing. Sergio Polese | Consigliere |
| Ing. Alberto Speroni | Consigliere |
| Ing. Paolo Stefanelli | Consigliere |
| Ing. Silvio Stricchi | Consigliere |
| Ing. Giuseppe Zia | Consigliere |

Presidenza e Segreteria 00187 Roma - Via IV Novembre, 114

Tel. 06.6976701 Fax 06.69767048

www.tuttoingegnere.it



CENTRO STUDI
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI

CONSIGLIO DIRETTIVO

| | |
|-------------------------------|-----------------|
| Ing. Romeo La Pietra | Presidente |
| Ing. Giuseppe Zia | Vice Presidente |
| Ing. Ugo Gaia | Consigliere |
| Ing. Guido Monteforte Specchi | Consigliere |
| Ing. Alberto Speroni | Consigliere |
| Dott. Massimiliano Pittau | Direttore |

Sede: Via Dora, 2 - 00198 Roma - Tel. 06.85354739, Fax 06.84241800

www.centrostudicni.it

Il presente testo è stato redatto dal avv. Lorenzo Passeri Mencucci.

INDICE

| | |
|---|--------|
| Premessa e sintesi <i>di Romeo La Pietra</i> | Pag. 1 |
| 1. Costruzione delle opere pubbliche | “ 5 |
| 1.1. <i>La partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione</i> | “ 7 |
| 1.2. <i>La tassatività delle cause di esclusione e la nullità delle clausole del bando difformi</i> | “ 12 |
| 1.3. <i>Le nuove soglie della procedura negoziata e della licitazione privata semplificata</i> | “ 13 |
| 1.4. <i>I limiti di spesa per le varianti</i> | “ 14 |
| 1.5. <i>La realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria</i> | “ 15 |
| 1.6. <i>Il project financing</i> | “ 17 |
| 1.7. <i>La disciplina del regime transitorio</i> | “ 19 |
| 2. Costruzioni private | “ 23 |
| 2.1. <i>La centralità del professionista tecnico ed il “silenzio assenso” nel procedimento per il rilascio del permesso a costruire</i> | “ 25 |
| 2.2. <i>La Scia e la materia edilizia</i> | “ 29 |
| 2.3. <i>I Piani di razionalizzazione e riqualificazione del patrimonio edilizio</i> | “ 30 |

Premessa e sintesi

Il Consiglio dei Ministri ha approvato lo scorso 5 maggio lo schema di Decreto Legge che contiene *“Prime disposizioni urgenti per l’economia”* (D.L. 13 maggio 2011 n. 70, pubblicato sulla G.U. 13 maggio 2011, n. 110). Il testo iniziale ha subito alcune modifiche nei giorni che sono intercorsi tra la sua prima diffusione e la pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale ed altre, molto probabilmente, saranno apportate durante il percorso parlamentare di conversione in Legge.

Tra le disposizioni contenute nel Decreto Legge, quelle inserite negli articoli 4 e 5 incidono profondamente sul quadro normativo che sovraintende, rispettivamente, la costruzione delle opere pubbliche e le costruzioni private.

Per quanto concerne le disposizioni in materia di costruzioni di opere pubbliche si tratta dell’ennesima modifica del D.Lgs 163/2006 e della prima modifica nel nuovo regolamento (DPR. 207/2010). Le innovazioni previste, al di fuori delle dichiarazioni ufficiali, pur perseguendo l’obiettivo della semplificazione e dello snellimento procedurale, si palesano, in alcuni casi, di dubbia compatibilità con il sovraordinato ordinamento comunitario ed operano nel quasi esclusivo interesse delle imprese di costruzione. Nessun intervento, invece, è contemplato per le questioni che interessano i professionisti (ribassabilità delle offerte, qualità del progetto, accesso al mercato dei bandi pubblici, autonomia ed indipendenza del progettista) e che presentano documentate ed ormai strutturali criticità.

Venendo al contenuto specifico dell’art. 4 del D.L. n. 70/2011, un primo “blocco” di modifiche al D.Lgs. 163/2006 interessa la disciplina della qualificazione delle imprese, disponendo una semplificazione delle procedure ed una attenuazione del quadro sanzionatorio. Lo schema riformula in parte le cause “generali” di esclusione di cui all’art. 38, estende il ricorso alle “autocertificazioni” di cui al DPR 445/2000 e, nel contempo, depotenzia l’automaticità delle esclusioni legata alla eventuale erroneità o falsità della dichiarazione sostitutiva. Nel caso in cui la dichiarazione sia falsamente resa, l’esclusione dalla gara e la

conseguenziale annotazione nel casellario informatico per la durata di un anno sfugge a qualsiasi automatismo, venendo subordinata ad un preliminare accertamento dell'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici (Avcp) chiamata a verificare se la dichiarazione sia stata resa con dolo e/o colpa grave (la norma è poi ripresa per la fattispecie di falsa dichiarazione ai fini della qualificazione SOA).

Sotto il profilo propriamente procedurale, da segnalare la riorganizzazione delle soglie di valore per il ricorso alla procedura negoziata. In questo contesto è centrale l'innalzamento fino a un milione di euro (1,5 milioni per i beni culturali) della soglia entro cui è possibile ricorrere alla procedura negoziata senza bando.

Per quanto concerne la disciplina sostanziale, da salutare con favore la riduzione (al 50%) delle somme derivanti dai ribassi d'asta, a disposizione delle stazioni appaltanti, per le varianti migliorative e l'ulteriore limitazione dei rimborsi agli appaltatori per le variazioni dei prezzi dei materiali utilizzati per l'esecuzione dell'opera, il cui importo è circoscritto alla metà della percentuale eccedente il 10%. Alla medesima *ratio* (riduzione della spesa) sembra ispirarsi la previsione che pone un limite al riconoscimento delle riserve, che non potrà essere superiore al 20% dell'importo contrattuale, e prevede l'esclusione della possibilità di iscrivere riserve sugli aspetti progettuali già fatti oggetto di verifica.

Una menzione a parte meritano le novità in tema di *project financing*. Scompare il riferimento allo "studio di fattibilità" e viene valorizzato l'istituto del *leasing in costruendo* (art. 160 bis) che il proponente potrà scegliere (in alternativa alla *concessione*) come modello contrattuale al quale aderire. Il "nuovo" comma 19 dell'art. 153 reintroduce inoltre, ai fini dell'aggiudicazione, il diritto di prelazione in favore del promotore. Si tratta una previsione difficilmente compatibile (alla luce dei precedenti e costanti pronunciamenti della Corte di Giustizia) con il quadro normativo europeo.

Fra le modifiche al Regolamento generale DPR 207/2010 da citare la proroga del regime transitorio relativo alle nuove categorie di qualificazione, fino a 360 giorni dall'entrata in vigore dello stesso, misura anch'essa fortemente richiesta dalle imprese di costruzione.

Una misura che interessa sia l'edilizia privata che la disciplina dei lavori pubblici è la modifica dell'art. 16, 2° comma del DPR 380/2001 nella parte in cui abroga tacitamente l'art. 122, 8° comma del Codice contratti, reintroducendo la possibilità, per il titolare del permesso di costruire, di realizzare direttamente le (sole) opere di urbanizzazione primaria, "funzionali" all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio. Questa previsione contrasta chiaramente con il quadro normativo comunitario che impone l'esperimento della gara anche per lo svolgimento di questa tipologia di opere.

Modifiche sostanziali (art. 5, D.L. n. 70/2011) sono introdotte anche nell'edilizia privata, che viene di fatto "liberalizzata" attraverso l'introduzione del "silenzio-assenso" per l'ottenimento del *permesso di costruire*. Con le modifiche all'art. 20 del DPR 380/2001, anche il rilascio del *permesso di costruire* richiede una dichiarazione sostitutiva del progettista abilitato (stranamente, il testo del Decreto 70/2011 non specifica che il progettista debba essere anche iscritto all'Ordine; si tratta, vogliamo sperare, solo di un refuso) che asseveri la conformità urbanistica dell'intervento ed alle altre normative coinvolte dall'attività edilizia (ivi incluse quelle antisismiche e di impatto acustico ex art. 8, 3° comma L. n. 447 del 26/10/1995). Al Comune resta un'attività di controllo ed il suo provvedimento formale potrà essere sostituito dal "*silenzio-assenso*", ad eccezione dei casi in cui vi sia un vincolo paesaggistico, culturale e/o ambientale. Il "*silenzio-assenso*", senza intervento dell'Amministrazione, si perfeziona in 90 giorni nei Comuni con meno di 100.000 abitanti ed in 150 giorni negli altri. In contrapposizione alle innovazioni apportate dallo stesso D.L. 70/2011 al D.Lgs. 163/2006 (per le quali, come visto, si giunge ad un alleggerimento delle sanzioni a carico delle imprese), diventano più gravose le sanzioni per i professionisti che si rendano responsabili di false dichiarazioni, per i quali è prevista la pena della reclusione da uno a tre anni, oltre la denuncia all'Ordine professionale.

Innovazioni riguardano anche la SCIA, per la quale viene ridotto il tempo, da 60 a 30 giorni, a disposizione delle amministrazioni per l'espletamento delle verifiche di competenza. Viene anche precisato, con una norma di interpretazione autentica che conferma una certa "interferenza" fra la SCIA e la "super DIA", che le norme statali non



intaccano l'ambito oggettivo di applicazione di quest'ultimo dispositivo, così come determinato dalle Regioni.

Romeo La Pietra

1. Costruzione delle opere pubbliche

Il Decreto Legge del 13 maggio 2011, n. 70 “*Semestre Europeo - Prime disposizioni urgenti per l'economia*” (pubblicato sulla in G.U. n. 110 del 13 maggio 2011) entrato in vigore dal 14 maggio 2011 introduce rilevanti novità nella disciplina normativa dei contratti pubblici e dell'edilizia privata.

L'art. 4, che riguarda la materia dei contratti pubblici e rappresenta l'ennesimo *restyling* del Codice, D.Lgs. 163/2006, a poco tempo dalla sua entrata in vigore (il nuovo regolamento generale, Dpr 207/2010, è modificato, addirittura, prima della sua entrata in vigore avvenuta l'8/6/2011) si prefigge gli obiettivi generali della “*semplificazione*” delle procedure di aggiudicazione, una maggior efficacia del “*sistema di controllo*” (sull'operato delle imprese) ed, infine, una “*riduzione del contenzioso*” (per il quale ultimo, a dire il vero, il legislatore non sembra rinvenire altra misura se non quella dell'incremento dei costi per l'accesso alla giustizia).

Su queste direttrici strategiche si muovono le novità introdotte dal DL n. 70/2011 che, l'art. 4 citato sintetizza nei seguenti punti:

- a. estensione del campo di applicazione della finanza di progetto, anche con riferimento al cosiddetto "leasing in costruendo";
- b. limite alla possibilità di iscrivere "riserve";
- c. introduzione di un tetto di spesa per le "varianti";
- d. introduzione di un tetto di spesa per le opere cosiddette "compensative";
- e. contenimento della spesa per compensazione, in caso di variazione del prezzo dei singoli materiali di costruzione;
- f. riduzione della spesa per gli accordi bonari;
- g. istituzione nelle Prefetture di un elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso;

- h. disincentivo per le liti "temerarie";
- i. individuazione, accertamento e prova dei requisiti di partecipazione alle gare mediante collegamento telematico alla Banca dati nazionale dei contratti pubblici;
- l) estensione del criterio di autocertificazione per la dimostrazione dei requisiti richiesti per l'esecuzione dei lavori pubblici;
- m) controlli essenzialmente "ex post" sul possesso dei requisiti di partecipazione alle gare da parte delle stazioni appaltanti;
- n) tipizzazione delle cause di esclusione dalle gare, cause che possono essere solo quelle previste dal Codice dei contratti pubblici e dal relativo regolamento di esecuzione e attuazione, con irrilevanza delle clausole addizionali eventualmente previste dalle stazioni appaltanti nella documentazione di gara;
- o) obbligo di scorrimento della graduatoria, in caso di risoluzione del contratto;
- p) razionalizzazione e semplificazione del procedimento per la realizzazione di infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale ("Legge obiettivo");
- q) innalzamento dei limiti di importo per l'affidamento degli appalti di lavori mediante procedura negoziata;
- r) innalzamento dei limiti di importo per l'accesso alla procedura semplificata ristretta per gli appalti di lavori.

Inoltre, è elevata da cinquanta a settanta anni la soglia per la presunzione di interesse culturale degli immobili pubblici.

A questa descrizione di carattere generale segue l'indicazione delle specifiche modifiche introdotte al testo vigente (il D.LGs. n. 163/2006) che, a voler anticipare le conclusioni dell'analisi effettuata, in alcuni casi si palesano evidentemente inidonee al raggiungimento degli obiettivi perseguiti e, dall'altro, sollevano più di un dubbio circa la loro conformità ai principi di matrice comunitaria, rappresentando per alcuni versi (vedi

prelazione nel *project* e realizzazione diretta delle opere di urbanizzazione) una (pericolosa) inversione di tendenza rispetto a quanto già recepito in occasione di recenti censure comunitarie.

È opportuno, comunque, procedere alla disamina specifica delle modifiche introdotte dal provvedimento legislativo.

1.1. La partecipazione degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione

Con un primo “blocco” di modifiche, il D.L. 70/2011 intende intervenire sulla disciplina della qualificazione delle imprese, semplificandone le procedure ed attenuando le sanzioni prescritte dal vigente quadro normativo.

Il Decreto riformula, in parte, le cause di esclusione “*generali*” di cui all’art. 38 del D.LGS. n. 163/2006, intensifica il ricorso alle “autocertificazioni” di cui al DPR 445/2000 e, nel contempo, depotenzia l’automaticità dell’esclusione legata alla eventuale **erroneità** o **falsità** della dichiarazione sostitutiva. In particolare, pur lasciando fermo l’obbligo della indicazione delle condanne per le quali il concorrente abbia beneficiato della “*non menzione*”, il nuovo provvedimento esclude che debbano essere menzionate nella dichiarazione di cui all’art. 38 (sub lett. c) anche i reati che siano “*depenalizzati*”, “*estinti*” o per i quali la condanna sia stata revocata ovvero sia intervenuta pronuncia di riabilitazione. Parimenti è specificato (al nuovo comma 2 dell’art. 38) cosa debba intendersi per “*reati gravi*” (richiamati dalle lettere *e*, *g* ed *i* dell’art. 38).

È altresì ampliato il novero dei soggetti coinvolti dagli accertamenti dei reati patteggiati o puniti con decreto penale di condanna, che ricomprende ora anche il socio unico, ovvero il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. Di contro (con un evidente affievolimento della intensità del controllo) l’esclusione opererà anche nei confronti delle imprese i cui soci e/o direttori siano cessati dalla carica nel solo anno (e non più triennio) anteriore alla data di pubblicazione del bando di gara. È tuttavia necessario che “*l’impresa dimostri che vi sia stata*

completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata". In buona sostanza l'impresa dovrà dimostrare la reale dissociazione dalla condotta penalmente rilevante dell'amministratore, come affermato dalla giurisprudenza (si veda T.A.R. Lazio , Roma, sez. III, 17/07/2007, n. 6502, nella quale è stato precisato che costituiscono misure idonee a dimostrare l'effettiva dissociazione dalla condotta penalmente rilevante l'azione di responsabilità intrapresa nei confronti del socio accomandatario che abbia subito una condanna).

L'attenuazione dell'effetto escludente è, poi, evidente dalla riformulazione di alcune delle cause di esclusione di cui all'art. 38 ed in particolare quelle di cui:

- alla lett. *e*, che impone l'indicazione in dichiarazione delle sole gravi infrazioni in materia di sicurezza che siano state *definitivamente* (e non più solo *debitamente*) accertate¹;
- alla lett. *g*, che impone che siano menzionate in dichiarazione le sole *gravi violazioni* (e non le *violazioni*)²;
- alla lett. *h*, che prevede l'esclusione per gli operatori che siano iscritti nel casellario giudiziario (secondo la nuova procedura di cui al comma 1 ter dell'art. 38), durante il solo periodo annuale di efficacia della iscrizione. Considerando che la causa di esclusione, in quanto tale, è interpretabile restrittivamente, può sostenersi che allo stato non potranno (più), dunque, essere esclusi, gli operatori che siano stati *"automaticamente iscritti"* (in virtù della vecchia procedura, e dunque senza previa valutazione dell'Autorità in merito alla *"gravità della infrazione"*)³;

¹ Ai sensi del comma 2 dell'art. 38 del Codice dei Contratti, come emendato dal DL 70/2011, per *"gravi violazioni"* s'intendono quelle *"individuate ai sensi dell'articolo 14, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 e successive modificazioni, fermo restando quanto previsto, con riferimento al settore edile, dall'articolo 27, comma 1-bis, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81"*.

² Ai sensi del comma 2 dell'art. 38 del Codice dei Contratti, come emendato dal DL 70/2011 s'intendono *gravi* le violazioni consistenti in *"un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'articolo 48 bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602"*.

³ Dispone, in particolare la lett. h) dell'art. 38 del Codice che sono esclusi coloro: *"nei cui confronti, ai sensi del comma 1-ter, risulta l'iscrizione nel casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10,*

- alla lett. *l*, è sanzionato con l'esclusione l'operatore che non sia in regola con la normativa in tema di disabili di cui alla L. 12/03/1999, n. 68 e non più (come nella normativa pregressa) colui che non abbia ottemperato alla formale presentazione della certificazione ex L. n. 68/1999 a prescindere dalla regolarità della propria posizione sostanziale;
- alla lett. *m-bis*, è prevista l'esclusione dei soggetti che, all'esito di dichiarazioni false e mendaci, siano stati iscritti nel casellario informatico e non più gli operatori che abbiano "semplicemente" prodotto dichiarazioni false e/o mendaci;
- al comma 1 *bis* è poi previsto che le cause di esclusione di cui all'art. 38 non si applichino ad aziende e /o società sottoposte a sequestro e confisca ed affidate ad un custode e/o amministratore, ma limitatamente a quelle circostanze riferibili al periodo precedente detto affidamento.

Resta ferma, come causa di esclusione, la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all'articolo 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18.

La riforma ha anche arricchito l'ambito di dichiarazioni che il concorrente rilascia con riferimento alla non sussistenza di situazioni di controllo tra imprese di cui all'art. 2359 del codice civile. Infatti, viene previsto che egli possa alternativamente allegare:

- a) la dichiarazione di non trovarsi in alcuna situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile con alcun soggetto e di aver formulato l'offerta autonomamente;
- b) la dichiarazione di non essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in una delle situazioni di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato l'offerta autonomamente;

per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti".

- c) la dichiarazione di essere a conoscenza della partecipazione alla medesima procedura di soggetti che si trovano, rispetto al concorrente, in situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile e di aver formulato l'offerta autonomamente.

Le dichiarazioni di cui alle lett. b) e c) rappresentano una novità introdotta dal DL 70/2011 dirette a raccordare la norma interna ai più recenti principi di matrice comunitaria che non vedono affatto con disfavore il collegamento fra imprese. In particolare la Corte di giustizia delle Comunità europee (sentenza del 19 maggio 2009 resa nella causa C-538/07) ha ritenuto incompatibile con il diritto dell'Unione europea una normativa nazionale che vieti in assoluto la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese tra loro in situazione di collegamento, poiché ciò implica una presunzione di reciproca influenza nella formulazione delle offerte in gara che ostacola la libera concorrenza nel mercato dell'Unione. Il legislatore italiano già con il decreto-legge n. 135 del 2009, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 166 del 2009, aveva operato un primo adeguamento delle norme del Codice alla sentenza della Corte di giustizia, consentendo la partecipazione alla medesima gara di appalto di imprese in situazione di controllo laddove detto controllo fosse "ininfluente" in ordine alla formulazione delle offerte e non idoneo a determinare turbativa della gara. L'ulteriore intervento normativo dovrebbe rinforzare il concetto di autonomia dell'offerta rispetto agli altri centri decisionali, comunque legati all'operatore che ha provveduto a formularla, eliminando l'obbligo di presentazione della documentazione giustificativa in caso di collegamento formale.

Fra le altre novità di rilievo da citare (al comma 13 dell'art. 4 dello schema di Decreto) che introduce la cd "white list" ossia l'elenco (gestito dalla Prefettura) dei fornitori e prestatori di servizi non soggetti al rischio di inquinamento mafioso⁴.

⁴ In particolare dispone l'art. 4 comma 13 del DL n. 70/2011 che: *"Per l'efficacia dei controlli antimafia nei subappalti e subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso ogni prefettura è istituito l'elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione,*

Nel caso, poi, di falsità della dichiarazione resa in sede di gara in ordine al possesso dei requisiti di cui al citato art. 38, l'esclusione dalla gara (e la conseguenziale annotazione nel casellario informatico per la durata di un anno) sfugge a qualsiasi automatismo essendo condizionata ad un preliminare accertamento dell'Autorità dei contratti pubblici chiamata a verificare se la dichiarazione sia stata resa con dolo e/o colpa grave (la norma è poi ripresa per la fattispecie di falsa dichiarazione ai fini della qualificazione SOA).

In via generale la norma (con il recepimento della nozione penalistica di "*falso innocuo*"), conformandosi anche ai contenuti della più recente giurisprudenza sul punto, ha escluso l'esclusione automatica dell'operatore che concorra in una procedura di aggiudicazione, per il solo fatto di non aver menzionato o aver falsamente attestato un requisito e/o una circostanza (come ad esempio l'omessa menzione di un reato oramai depenalizzato) richieste dal bando o dalla legge⁵. Con la modifica, infatti, l'esclusione connessa alla falsa dichiarazione di cui al DPR 445/2000 non

per la semplificazione normativa, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, sono definite le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco di cui al primo periodo, nonché per l'attività di verifica. Le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice, acquisiscono d'ufficio, anche in modalità tematica, a titolo gratuito ai sensi dell'articolo 43, comma 5, del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000, la prescritta documentazione circa la sussistenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni".

⁵ In particolare si è affermato che laddove il bando richiede genericamente una dichiarazione di insussistenza delle cause di esclusione dell'art. 38, codice, esso giustifica una valutazione di gravità/non gravità compiuta dal concorrente, sicché il concorrente non può essere escluso per il solo fatto dell'omissione formale (da ultimo TAR Puglia – Bari, sent. sez. I 20/5/2011 n. 752). La dichiarazione del concorrente, in tale caso, non può essere ritenuta "*falsa*" (Cons. St., sez. V, 8 settembre 2008 n. 4244; Cons. St., sez. V, 7 ottobre 2008 n. 4897; Cons. St., sez. V, 22 febbraio 2007 n. 945, che osserva testualmente che ove il bando richieda genericamente una dichiarazione circa la insussistenza delle cause di esclusione legali, il bando di fatto demanda <<al singolo concorrente il giudizio circa l'incidenza sull'affidabilità morale e professionale di eventuali reati dal medesimo commessi>> sicché <<è da escludere che possa qualificarsi falsa dichiarazione una valutazione soggettiva del concorrente stesso (la quale potrà tutt'al più non essere condivisa, ma giammai potrà essere ritenuta falsa, e cioè non corrispondente ad un dato oggettivamente riscontrabile). Diversa sarebbe stata la situazione se fosse stato imposto al concorrente di dichiarare tutti i reati per i quali fossero intervenute sentenze di condanna passate in giudicato o applicazione della pena a richiesta ex art. 444 del codice di procedura penale, affidando poi all'amministrazione ogni valutazione in proposito. In tal caso infatti, qualora il concorrente avesse ommesso di dichiarare taluno di tali reati, si sarebbe potuta configurare una falsa autocertificazione, con conseguente esclusione dalla gara>>).

sarà più automatica, ma legata all'apprezzamento discrezionale della “gravità della falsità” rimesso all’Autorità di vigilanza.

1.2. La tassatività delle cause di esclusione e la nullità delle clausole del bando difformi

Il DL n. 70/2011 modifica l’art. 46 del Codice, introducendovi il comma 1 *bis* e disponendo il principio di *tassatività* delle cause di esclusione inseribili in un bando e/o lettera di invito. Il bando potrà, dunque, prevedere esclusivamente le cause di esclusione previste dal Codice, dal regolamento e dalla legge ovvero autonomamente prevedere l’esclusione del concorrente quando:

- a) sia incerta la riferibilità dell’offerta al concorrente (per difetto di sottoscrizione degli atti di gara essenziali);
- b) sia stato violato il principio di segretezza (in caso di non integrità del plico ovvero altre irregolarità collegate alla chiusura dello stesso)⁶.

La tassatività propugnata dalla norma vincola l’Amministrazione a prevede nel bando solo le cause di esclusione ivi previste con la contestuale inammissibilità (nullità) di eventuali ed ulteriori clausole.

L’Amministrazione aggiudicatrice è, poi, tenuta a predisporre il bando di gara (contenente l’indicazione delle cause di esclusione nel rispetto dell’art. 46, comma 1 *bis* del Codice) nel rispetto dei “modelli” all’uopo specificatamente approvati dall’Autorità previa parere del Ministero e delle associazioni professionalmente interessate. La previsione limita il margine di azione della p.a. che, contrariamente a quanto avvenuto fino ad oggi (anche alla luce di un orientamento della

⁶ In particolare l’art. 46, comma 1 bis prevede che: “La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell’offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l’offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle”.

giurisprudenza che non ha ritenuto rilevanti gli scostamenti formali dai modelli predisposti dalle stazioni appaltanti) sembrerebbe obbligata a conformarsi al recepimento del modello di bando cui potrà derogare solamente previa delibera motivata.

La norma rinviene la propria *ratio* giustificatrice nella semplificazione dell'attività della stazione appaltante che potrà avviare la gara sulla base di bandi che in quanto predisposti dal Ministero sarebbero assistiti da un elevato grado di attendibilità così determinando un corretto svolgimento della gara medesima e una riduzione del contenzioso.

L'utilizzo di modelli standard (questa volta, però, predisposti dal Ministero delle Infrastrutture previo parere dell'Autorità di vigilanza dei contratti) è altresì previsto per *“la dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale”*, nonché, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi ma per i soli contratti relativi a servizi e forniture ovvero relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro (art. 74, comma 2 *bis*). In quest'ultimo caso, però, diversamente dal modello di bando di cui sopra, non è previsto alcun obbligo di motivare l'eventuale difformità di contenuti del modello adottato dalla stazione appaltante rispetto al modello standard.

1.3. Le nuove soglie della procedura negoziata e della licitazione privata semplificata

Il DL n. 70/2011 amplia le soglie di valore per il ricorso alle procedure negoziata e ristretta.

In particolare il riscritto comma 7° dell'art. 122 del Codice prevede che: *“I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono*

aspiranti idonei in tali numeri. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto 5 (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'articolo 122, commi 3 e 5, entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'articolo 65, comma 1".

Alla luce della norma di cui sopra i lavori pubblici d'importo non superiore al milione di euro potranno essere affidati mediante procedura negoziata senza bando di cui all'art. 57, 6° comma del Codice (gestita dal Responsabile unico del procedimento - Rup) con invito obbligatoriamente rivolto ad almeno dieci concorrenti (resta fermo l'invito a "soli" cinque concorrenti qualora l'importo dei lavori non sia superiore ai 500.000 euro), nonché all'obbligo di provvedere alla pubblicità dei risultati della procedura di affidamento. È altresì estesa, fino all'importo di euro 1.500.000, la possibilità di ricorrere (per la sola esecuzione dei lavori) alla licitazione privata semplificata senza previa pubblicazione del bando di gara, con invito ad almeno venti operatori economici, se esistono in numero sufficiente sul mercato (art. 123, 1° comma, del Codice contratti).

1.4. I limiti di spesa per le varianti

S'inquadra nell'ambito della finalità di riduzione degli oneri per la pubblica amministrazione, l'abbattimento al 50% delle somme derivanti dai ribassi d'asta, che le stazioni appaltanti possono utilizzare per i costi connessi alle varianti migliorative e l'ulteriore limitazione dei rimborsi agli appaltatori per le variazioni dei prezzi dei materiali utilizzati per l'esecuzione dell'opera alla metà della percentuale eccedente il 10%.

Con riferimento alla prima fattispecie, la limitazione è posta relativamente alle cd "*varianti di miglioramento*" le quali comportano un aumento degli originari costi di realizzazione dei lavori. Il loro importo (ai sensi dell'art. 132, 3° comma del Codice) non potrà superare il 5% dell'importo originario del contratto e, comunque, potrà trovare "copertura economica" nella somma stanziata per l'opera, ma al netto del 50% della somma conseguita all'esito del ribasso d'asta (es: se per una

variante migliorativa l'importo dei lavori è incrementato di 100 € e l'amministrazione ha conseguito, all'esito della presentazione dei ribassi sul prezzo posto a base d'asta, un risparmio di 80 €, questi risparmi confluiranno nel conto economico dei lavori, ma potranno essere utilizzati per coprire le spese delle varianti migliorative nella misura del solo 50% del loro ammontare complessivo. In sostanza l'importo complessivo stanziato nel conto economico dei lavori (anche) per la copertura delle varianti migliorative dovrà essere incrementato del solo 50% dell'importo conseguito in sede di ribasso (nel caso esemplificato 40 €).

Alla medesima *ratio* (riduzione della spesa) sembra ispirarsi la previsione che pone un limite al riconoscimento delle riserve, che non potrà essere superiore al 20% dell'importo contrattuale. In tal modo si valorizza il ruolo della verifica della progettazione, escludendo la possibilità di iscrivere riserve sugli aspetti progettuali che siano già stati oggetto di verifica.

La disposizione, che modifica l'articolo 140 del Codice, rende obbligatorio lo scorrimento della graduatoria nell'ipotesi di fallimento dell'appaltatore e di risoluzione del contratto in corso di esecuzione. Il completamento dell'opera viene quindi affidato al secondo classificato. Tale possibilità, attualmente limitata alla risoluzione per grave inadempimento dell'esecutore e subordinata a un'espressa previsione nel bando di gara, viene estesa a tutte le fattispecie di risoluzione previste dal Codice.

1.5. La realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria

L'art. 5 del DL n. 70/2011 ancorché relativo alle “*costruzioni private*”, dispone una ampia eccezione alla norma di cui al comma 8 dell'art. 122 del Codice, la quale (in combinato con l'art. 32, lett *g*) assoggetta(va) la realizzazione delle opere di urbanizzazione alle procedure selettive di evidenza pubblica.

In particolare la norma di cui sopra, interviene sull'art. 16 del DPR 380/2001 introducendovi un comma 2 *bis* ai sensi del quale: “*Nell'ambito*

degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione l'articolo 122, comma 8, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163".

Secondo il legislatore, la norma risponde all'esigenza di garantire la progettazione unitaria delle opere di urbanizzazione primaria e di fare in modo che le stesse siano eseguite contestualmente e in maniera coordinata con gli interventi principali *"in quanto la loro esecuzione rappresenta un onere connaturato alla trasformazione urbanistica del territorio, e pone problemi di interferenze con la realizzazione degli edifici previsti all'interno dell'ambito territoriale oggetto di trasformazione"*.

Per quanto plausibile, la spiegazione della novella non ne legittima il contenuto alla luce del noto orientamento comunitario che configura le opere di urbanizzazione come *"opere pubbliche"* la cui esecuzione deve essere affidata mediante una procedura selettiva di evidenza pubblica.

Difatti, alla luce di tali modifiche è stata sostanzialmente ripristinata la norma già cassata dalla Commissione europea (le cui censure sono state recepite con il D.LGS n. 152/2008) nella parte in cui consentiva *l'esecuzione diretta* delle opere di urbanizzazione primaria (e non anche di quelle secondarie). In verità l'incerta dizione utilizzata dal legislatore - la norma vigente fa riferimento ad un intervento *"a carico del titolare del permesso di costruire"* (che non è proprio equivalente alla *"realizzazione diretta"*), sono fuggite dalla parte finale dell'articolo che esclude l'applicazione dell'art. 122, 8° comma del Codice ossia della norma che impone l'esperimento della procedura di evidenza pubblica. Verosimilmente, dunque, con l'inciso *"a carico"* il legislatore ha inteso fare riferimento alla *realizzazione diretta* delle opere di urbanizzazione.

L'ambito di operatività della previsione è, tuttavia, condizionato all'inserimento delle opere di urbanizzazione primaria in uno strumento attuativo (piani attuativi, accordi di programma) ed alla loro *"funzionalità"* alla realizzazione dell'intervento edilizio.

1.6. *Il project financing*

Diverse le novità in tema di *project financing* (art. 153 ss. del Codice dei contratti) che si concentrano esclusivamente sul quarto modello procedurale (art. 153, commi 19 e 20) delineato dal Codice. Scompare il riferimento allo “*studio di fattibilità*” e viene valorizzato l’istituto del *leasing in costruendo* (art. 160 bis) che il proponente potrà scegliere (in alternativa alla *concessione*) come modello contrattuale al quale aderire. Il “nuovo” comma 19 dell’art. 153 reintroduce, ai fini dell’aggiudicazione, il diritto di prelazione in favore del promotore, esercitabile da quest’ultimo entro quindici giorni dalla aggiudicazione definitiva (si noti che il vigente comma 15, non modificato dalla riforma, prevede la prelazione per la sola individuazione della proposta da porre a base d’asta per l’aggiudicazione della successiva concessione). Si tratta, evidentemente, di previsione discutibile e, soprattutto, difficilmente compatibile (alla luce dei precedenti) con la posizione della Corte di Giustizia⁷.

⁷ In particolare prevede il nuovo comma 19 dell’art. 153 del Codice dei contratti che: “*Gli operatori economici possono presentare alle amministrazioni aggiudicatrici proposte relative alla realizzazione in concessione di lavori pubblici o di lavori di pubblica utilità non presenti nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente. La proposta contiene un progetto preliminare, una bozza di convenzione, il piano economico-finanziario asseverato da una banca e la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione. Il piano economico-finanziario comprende l'importo delle spese sostenute per la predisposizione della proposta, comprensivo anche dei diritti sulle opere dell'ingegno di cui all'articolo 2578 del codice civile. La proposta è corredata dalle autodichiarazioni relative al possesso dei requisiti di cui al comma 20, dalla cauzione di cui all'articolo 75, e dall'impegno a prestare una cauzione nella misura dell'importo di cui al comma 9, terzo periodo, nel caso di indizione di gara. L'amministrazione aggiudicatrice valuta, entro tre mesi, il pubblico interesse della proposta. A tal fine l'amministrazione aggiudicatrice può invitare il proponente ad apportare al progetto preliminare le modifiche necessarie per la sua approvazione. Se il proponente non apporta le modifiche richieste, la proposta non può essere valutata di pubblico interesse. Il progetto preliminare, eventualmente modificato, è inserito nella programmazione triennale di cui all'articolo 128 ovvero negli strumenti di programmazione approvati dall'amministrazione aggiudicatrice sulla base della normativa vigente ed è posto in approvazione con le modalità indicate all'articolo 97; il proponente è tenuto ad apportare le eventuali ulteriori modifiche chieste in sede di approvazione del progetto; in difetto, il progetto si intende non approvato. Il progetto preliminare approvato è posto a base di gara per l'affidamento di una concessione, alla quale è invitato il proponente, che assume la denominazione di promotore. Nel bando l'amministrazione aggiudicatrice può chiedere ai concorrenti, compreso il promotore, la presentazione di eventuali varianti al progetto. Nel bando è specificato che il promotore può esercitare il diritto di prelazione. I concorrenti, compreso il promotore, devono essere in possesso dei requisiti di cui al comma 8, e presentare un'offerta contenente una bozza di convenzione, il piano*

In tema di infrastrutture strategiche appare anche ingiustificata la previsione che vieta l'approvazione di progetti preliminari o definitivi che prevedano un costo superiore al 2% dell'intero costo dell'opera, per le opere e misure compensative dell'impatto ambientale e sociale strettamente correlate alla funzionalità dell'opera. La previsione, riducendo i margini di adattamento dell'opera al contesto urbano e sociale di riferimento, rischia di incidere sulla *“qualità della progettazione”*, intesa nel suo significato più ampio.

In tema di contenzioso giudiziario, non si può non menzionare l'ulteriore aggravio di spese previsto dall'art. 246 *bis* del Codice dei contratti che, all'esito delle modifiche apportate dal D.L. 70/2011, dovrebbe prevedere l'obbligo del Giudice di condannare la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio del contributo unificato (complessivamente € 4.000) dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio, quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati. Se alla sanzione si aggiunge il costo del contributo unificato (€ 2.000) è del tutto evidente la volontà del legislatore di garantire la celerità della realizzazione delle opere non mediante una normativa efficace, ma *“scoraggiando”* il ricorso alla Giustizia amministrativa.

In tema di infrastrutture strategiche rilevano le novelle all'articolo 165 e le modifiche agli articoli 166, 167, 168 e 170 che mirano a semplificare l'iter di approvazione dei progetti per la realizzazione delle grandi opere. In particolare:

1. vengono ridotti i termini procedurali della Conferenza di servizi relativamente alle comunicazioni delle eventuali proposte

economico-finanziario asseverato da una banca, la specificazione delle caratteristiche del servizio e della gestione, nonché le eventuali varianti al progetto preliminare; si applicano i commi 4, 5, 6, 7 e 13. Se il promotore non risulta aggiudicatario, può esercitare, entro quindici giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, il diritto di prelazione e divenire aggiudicatario se dichiara di impegnarsi ad adempiere alle obbligazioni contrattuali alle medesime condizioni offerte dall'aggiudicatario. Se il promotore non risulta aggiudicatario e non esercita la prelazione ha diritto al pagamento, a carico dell'aggiudicatario, dell'importo delle spese per la predisposizione della proposta nei limiti indicati nel comma 9. Se il promotore esercita la prelazione, l'originario aggiudicatario ha diritto al pagamento, a carico del promotore, dell'importo delle spese per la predisposizione dell'offerta nei limiti cui al comma 9”.

- motivate di prescrizioni o varianti da parte dei soggetti partecipanti, alle segnalazioni di eventuali omissioni e alla conclusione del procedimento, che deve avvenire entro sessanta giorni (contro i novanta giorni attualmente previsti);
2. viene introdotto, inoltre, un termine di novanta giorni entro il quale l'appaltatore deve pubblicare il bando di gara, pena la revoca del finanziamento a carico dello Stato (articoli 165, comma 5-bis, e 166, comma 5-bis);
 3. viene aumentato da cinque a sette anni il termine di durata del vincolo preordinato all'esproprio e della dichiarazione di pubblica utilità dell'opera. L'ampliamento del termine è stato ritenuto necessario 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).

1.7. La disciplina del regime transitorio

Il DL 70/2011 introduce, infine, alcune discutibili norme di carattere transitorio.

In particolare è prorogata fino al 2013 (al fine di semplificare la partecipazione alle gare) 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.

Funzionale alla riduzione dei tempi delle procedure di affidamento è la previsione che consente, per un periodo transitorio (fino al 31 dicembre 2013), l'esclusione automatica delle offerte anomale senza contraddittorio con il concorrente. Precisa la relazione tecnica al Decreto Legge che la (sicuramente illegittima) previsione *“si rende necessaria in quanto la valutazione dell'anomalia si è rilevata di difficile applicazione concreta, con allungamento dei tempi procedurali, considerato che le amministrazioni soprattutto se di piccole dimensioni, possono non essere sufficientemente strutturate per l'espletamento di tale valutazione”*. La regione palesata dal legislatore è evidentemente insufficiente a

legittimare una azione (quale quella, appunto, della “*esclusione automatica*”) che la Commissione e la Giurisprudenza hanno da tempo ritenuto contrastante con i principi di matrice comunitaria della concorrenza.

È, infine, esteso al 31 dicembre 2011 il termine entro il quale deve essere conclusa la verifica straordinaria dei certificati di esecuzione dei lavori e delle fatture utilizzate ai fini del rilascio dell’attestazione di qualificazione SOA per il periodo dal 1 marzo 2000 alla data di entrata in vigore del Codice (1 luglio 2006), in quanto la verifica ha presentato notevoli difficoltà operative che non hanno consentito ad oggi di portare a conclusione le operazioni di verifica.

Per quanto concerne le modifiche al DPR 207/2010, l’art. 4, comma 15 lett. a) modifica l’art. 2, comma 1, del Regolamento, inserendovi una nuova lettera *b-bis*) che dispone l’applicabilità anche ai contratti relativi alle opere strategiche dell’art. 14 del Regolamento che disciplina il contenuto degli **studi di fattibilità**. Viene altresì previsto che, nell’applicare l’art. 14 alle opere strategiche, i richiami in esso contenuti agli artt. 21-22⁸, devono essere riferiti, rispettivamente, agli artt. 5-6 dell’allegato XXI al Codice.

Fra le ulteriori modifiche previste al Regolamento generale da citare la proroga del regime transitorio relativo alle nuove categorie di qualificazione, fino a 360 giorni dall’entrata in vigore dello stesso. In particolare è previsto un periodo transitorio di ulteriori centottanta giorni per l’operatività del nuovo sistema di qualificazione SOA previsto dal regolamento⁹.

⁸ Gli articoli 21 e 22 del Regolamento recano la disciplina generale degli “elaborati grafici del progetto preliminare” e del “calcolo sommario della spesa e quadro economico”, mentre la corrispondente disciplina da applicare alle opere strategiche è contenuta negli artt. 5-6 dell’Allegato XXI al Codice che contiene le norme tecniche che si applicano ai progetti delle infrastrutture strategiche.

⁹ Il comma 15 dell’art. 4 del DL 70/2011 prevede che al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) all’ articolo 2, comma 1, dopo la lettera b) è inserita la seguente: “*b-bis*) dell’articolo 14, intendendosi il richiamo ivi contenuto agli articoli 21 e 22, riferito rispettivamente agli articoli 5 e 6 dell’allegato XXI al codice;”;
- b) all’ articolo 66, comma 1, del decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207 dopo le parole “agli articoli 34” sono inserite le seguenti: “, limitatamente ai soggetti ammessi a partecipare alle procedure per l’affidamento dei contratti pubblici relativi a lavori,”;

Si deve prestare attenzione (per i potenziali effetti sulla capacità di controllo delle Soprintendenze), alla norma di cui al comma 16 dell'art. 4 del D.L. 70/2011 che modifica il Codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo n. 42 del 2004, non solo perché essa dispone un innalzamento della soglia di età di esecuzione oltre la quale i beni

c) all' articolo 357:

- 1) al comma 6, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: "Sono fatti salvi i contratti, già stipulati o da stipulare, per la cui esecuzione è prevista la qualificazione in una o più categorie di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 34 del 2000.";
 - 2) al comma 12, primo e secondo periodo, le parole: "centottantunesimo" sono sostituite dalle seguenti: "trecentosessantaseiesimo";
 - 3) al comma 14, la parola: "centottantesimo" è sostituita dalla seguente: "trecentosessantacinquesimo"; dopo il secondo periodo è inserito il seguente: "Ai fini della qualificazione nella categoria OS 35, le stazioni appaltanti, su richiesta dell'impresa interessata o della SOA attestante, provvedono a emettere nuovamente i certificati di esecuzione dei lavori relativi alle categorie OG 3, OG 6, OS 21 di cui all'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, laddove relativi a lavorazioni anche ricomprese nella categoria OS 35 di cui all'allegato A del presente regolamento, secondo l'allegato B.1, indicando, nei quadri 6.1-B, 6.2-B e 6.3-B, la quota parte attribuita a ciascuna delle categorie individuate nell'allegato A del presente regolamento, fermo restando quanto previsto all'articolo 83, comma 5.";
 - 4) al comma 15, la parola: "centottantunesimo" è sostituita dalla seguente: "trecentosessantaseiesimo"; dopo il secondo periodo è inserito il seguente: "Ai fini della qualificazione nella categoria OS 35, le stazioni appaltanti provvedono a emettere i certificati di esecuzione dei lavori relativi alle categorie OG 3, OG 6, OS 21 di cui all'allegato A del decreto del Presidente della Repubblica 25 gennaio 2000, n. 34, ove verificano la presenza di lavorazioni anche ricomprese nella categoria OS 35 di cui all'allegato A del presente regolamento, secondo l'allegato B.1, indicando, nei quadri 6.1-B, 6.2-B e 6.3-B, la quota parte attribuita a ciascuna delle categorie individuate nell'allegato A del presente regolamento, fermo restando quanto previsto all'articolo 83, comma 5.";
 - 5) al comma 16, primo e secondo periodo, le parole: "centottanta" sono sostituite dalle seguenti: "trecentosessantacinque";
 - 6) al comma 17, la parola: "centottantunesimo" è sostituita dalla seguente: "trecentosessantaseiesimo";
 - 7) al comma 22, dopo le parole: "articolo 79, comma 17", sono inserite le seguenti: "e all'articolo 107, comma 2"; le parole: "centottantunesimo" sono sostituite dalle seguenti: "trecentosessantaseiesimo" e è aggiunto, in fine il seguente periodo: "In relazione all'articolo 107, comma 2, nel suddetto periodo transitorio continuano ad applicarsi le disposizioni di cui all' articolo 72, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica n. 554 del 1999.";
 - 8) al comma 24 la parola: "centottantunesimo" è sostituita dalla seguente: "trecentosessantaseiesimo";
 - 9) al comma 25, la parola: "centottanta" è sostituita dalla seguente: "trecentosessantacinque";
- d) all' articolo 358, comma 1, dopo le parole: "del presente regolamento" sono inserite le parole ", fermo restando quanto disposto dall'articolo 357".



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 quindi ricadenti, in via interinale e salvo verifica dell'effettiva sussistenza dell'interesse, nel vincolo storico-artistico, ma soprattutto in quanto modificando il 5° comma dell'art. 146 del predetto Codice essa introduce il principio del "silenzio assenso".

La norma, come riformulata dal DL 70/2011, prevede che: *"Il parere del Soprintendente, all'esito dell'approvazione delle prescrizioni d'uso dei beni paesaggistici tutelati, predispone ai sensi degli articoli 140, comma 2, 141, comma 1, 141-bis e 143, comma 1, lettere b), c) e d), nonché della positiva verifica da parte del Ministero su richiesta della regione interessata dell'avvenuto adeguamento degli strumenti urbanistici, assume natura obbligatoria non vincolante e, ove non sia reso entro il termine di novanta giorni dalla ricezione degli atti, si considera favorevole"*.

2. Costruzioni private

L'art. 5 del DL n. 70/2011 introduce alcune rilevanti novità relative, in particolare, al ruolo del professionista e al procedimento di rilascio del permesso a costruire.

Più in dettaglio, l'art. 5 del D.L. n. 70/2011, introduce le seguenti principali novità:

- a) introduzione del "silenzio assenso" per il rilascio del *permesso di costruire*, ad eccezione dei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici e culturali;
- b) estensione della *Segnalazione certificata di inizio attività* (SCIA) agli interventi edilizi precedentemente compiuti con *Denuncia di inizio attività* (DIA);
- c) tipizzazione di un nuovo schema contrattuale diffuso nella prassi: la "cessione di cubatura";
- d) registrazione dei contratti di compravendita immobiliare che assorbe l'obbligo di comunicazione all'autorità locale di pubblica sicurezza;
- e) sostituzione, per gli edifici adibiti a civile abitazione, della cosiddetta relazione "acustica" con "autocertificazione" asseverata da un tecnico abilitato;
- f) istituzione dell'obbligo per i Comuni di pubblicare sul proprio sito istituzionale gli allegati tecnici agli strumenti urbanistici;
- g) esclusione della procedura di *Valutazione ambientale strategica* (VAS) per gli strumenti attuativi di piani urbanistici già sottoposti a *Valutazione ambientale strategica*;
- h) previsione di una legge nazionale quadro per la riqualificazione incentivata delle aree urbane.

La novità di maggior rilievo risiede nel fatto che il DL n. 70/2011, sfuma ulteriormente le differenze fra il *permesso a costruire* ed i titoli espressione della "liberalizzazione" edilizia (SCIA e DIA) conferendo al

professionista un ruolo assolutamente centrale. Difatti, con le modifiche all'art. 20 del DPR 380/2001, anche il procedimento per il rilascio del *permesso* è impostato sulla presentazione da parte del privato (oltre al progetto) di una dichiarazione sostitutiva del progettista abilitato (ma stranamente, non iscritto all'albo; è, questo, probabilmente un refuso del testo visto che un tecnico non iscritto ad un albo professionale non può ritenersi competente ad esercitare le attività oggetto di quella determinata professione) che asseveri la conformità urbanistica dell'intervento alle altre normative coinvolte dall'attività edilizia (ivi incluse quelle antisismiche e di impatto acustico ex art. 8, 3° comma L. n. 447 del 26/10/1995).

Al pari di quanto avviene per l'attività edilizia liberalizzata, il professionista assevera, sotto la propria responsabilità, la conformità dell'intervento alle norme e prescrizioni urbanistiche mentre il Comune si limita ad un'attività di controllo; inoltre, il provvedimento formale finale (fino ad oggi obbligatorio) potrà essere sostituito dal "*silenzio assenso*" (fino ad oggi era previsto il solo "*silenzio - inadempimento*" con una complessa procedura sostitutiva da attivare davanti alla Regione o ente delegato – generalmente l'Amministrazione provinciale – per la nomina di un Commissario *ad acta* che provvedesse alla conclusione del procedimento), ad eccezione dei casi in cui vi sia un vincolo paesaggistico, culturale e/o ambientale (in quest'ultimo caso il termine di 60 giorni è prorogato fino a 75 giorni)¹⁰.

Tuttavia, ferma restando la semplificazione, è da sottolineare che l'esplicito riferimento al "*silenzio assenso*" esclude che possa parlarsi, anche in questo caso (permesso a costruire) di "liberalizzazione" dell'attività edilizia, la quale ultima presuppone l'intervento della p.a. solo in funzione di controllo senza l'esercizio di alcun potere autorizzatorio. Nel caso del *permesso a costruire*, invece, anche dopo le modifiche introdotte dal D.L. 70/2011, tale potere autorizzatorio della pubblica

¹⁰ In particolare il nuovo comma 8 dell'art. 20 del DPR 380/2001 (che disciplina il procedimento per il rilascio del permesso a costruire) dispone che: "*Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio-assenso, fatti salvi i casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, per i quali si applicano le disposizioni di cui ai commi 9 e 10*".

amministrazione permance, anche se esso può configurarsi con un “*silenzio assenso*”.

2.1. La centralità del professionista tecnico ed il “*silenzio assenso*” nel procedimento per il rilascio del permesso a costruire

Il procedimento delineato dal nuovo art. 20 del DPR 380/2001 prevede che il soggetto legittimato (ex art. 11 del DPR 380/2001) presenti allo Sportello Unico, la domanda per il rilascio del permesso corredata da un'attestazione concernente il titolo di legittimazione, dagli elaborati progettuali richiesti dal regolamento edilizio, e quando ne ricorrano i presupposti, dagli altri documenti all'uopo necessari. La domanda dovrà essere accompagnata da una *dichiarazione del progettista abilitato* che asseveri la conformità del progetto agli strumenti urbanistici approvati ed adottati, ai regolamenti edilizi vigenti, e alle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e, in particolare, alle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie nel caso in cui la verifica in ordine a tale conformità non comporti valutazioni tecnico-discrezionali, alle norme relative all'efficienza energetica.

L'iter procedimentale ordinario dovrebbe avere una durata massima complessiva di 90 giorni eventualmente integrati da altri trenta giorni qualora l'amministrazione decida di interrompere l'iter per chiarimenti e/o richieste istruttorie¹¹.

In particolare, il *Responsabile del procedimento* (che dovrà essere comunicato dallo Sportello Unico, entro dieci giorni dal deposito della domanda), nei *sessanta giorni* decorrenti dal deposito della domanda, dovrà espletare l'attività istruttoria, acquisendo i prescritti pareri e gli atti di assenso eventualmente necessari, sempre che gli stessi non siano già stati allegati alla domanda dal richiedente e, valutata la conformità del progetto alla normativa vigente, formulare una proposta di provvedimento, corredata da una dettagliata relazione, con la

¹¹ Si consideri che ai sensi dell'art. 20, 7° comma del DPR 380/2001: “*I termini di cui ai commi 3 e 5 sono raddoppiati per i comuni con più di 100.000 abitanti, nonché per i progetti particolarmente complessi secondo la motivata risoluzione del responsabile del procedimento*”.

qualificazione tecnico-giuridica dell'intervento richiesto. Il termine in questione può, tuttavia, essere sia *sospeso* che *interrotto*.

La sospensione (che non comporta una decorrenza dall'inizio del termine in questione, ma solo una sospensione dello stesso fino all'esito della fase incidentale) ricorre quando il Responsabile ritenga che ai fini del rilascio del permesso di costruire sia necessario apportare "*modifiche di modesta entità rispetto al progetto originario*"; in questo caso egli potrà nei sessanta giorni di durata dell'istruttoria, richiedere tali modifiche, illustrandone le ragioni. L'interessato è chiamato a pronunciarsi entro il termine fissato dal Responsabile nella comunicazione e, in caso di adesione, è tenuto ad integrare la documentazione nei successivi quindici giorni.

Dalla sospensione di cui sopra, va distinta la *interruzione*¹² che potrà essere attivata (una sola volta)¹³ dal Responsabile del procedimento entro trenta giorni dalla presentazione della domanda "*per la motivata richiesta di documenti che integrino o completino la documentazione presentata e che non siano già nella disponibilità dell'amministrazione o che questa non possa acquisire autonomamente*". Dal momento in cui il Responsabile abbia ricevuto la documentazione integrativa, ricomincia a decorrere il nuovo termine istruttorio di 60 giorni.

Il Responsabile, una volta ultimata l'attività istruttoria, dovrà procedere alla formulazione di una proposta motivata circa il rilascio ovvero il diniego del permesso a costruire. Il provvedimento finale è adottato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio, entro il termine di trenta giorni dalla proposta di cui sopra. Nel caso in cui invece l'amministrazione riscontri elementi per il diniego del rilascio del permesso, sarà cura del dirigente procedere alla comunicazione del cd "*preavviso di rigetto*" ai sensi dell'articolo 10-bis della legge 7 agosto 1990, n. 241; in questo caso il termine di conclusione del procedimento è elevato a quaranta giorni (dai trenta originari). Si sottolinea che la comunicazione dei "*motivi ostativi al rigetto*" di cui all'art. 10 L. n. 241/90

¹² Di cui al 5° comma dell'art. 20 del DPR 380/2001.

¹³ L'unicità della interruzione non è richiamata per la sospensione il che legittima a ritenere che quest'ultima possa essere reiterata più volte.

non ha gli effetti di concludere il procedimento amministrativo, cosicché al fine di evitare la formazione del silenzio assenso (per il decorso dei quaranta giorni di cui sopra) il dirigente dovrà comunque negare espressamente il rilascio¹⁴.

Il superamento dei termini di cui sopra comporta, come detto, la formazione del *silenzio – assenso* da parte della p.a.; essi, pertanto, dovranno ritenersi (oggi più che mai) tassativi. Tuttavia nel caso in cui l'immobile oggetto dell'intervento sia sottoposto ad un vincolo la cui tutela compete, anche in via di delega, alla stessa amministrazione comunale (ad esempio il vincolo paesaggistico), il termine per il perfezionamento del procedimento decorre dal rilascio del relativo atto di assenso. Ove tale atto non sia favorevole, decorso il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il *silenzio-rifiuto*.

Di contro, nel caso in cui (contrariamente all'ipotesi precedente) la tutela del vincolo *non compete all'amministrazione comunale*, ed il soggetto interessato non produca il parere favorevole dell'Amministrazione competente, il Comune sarà tenuto ad acquisire il relativo parere in seno alla Conferenza di servizi all'uopo convocata ed il relativo termine (sempre di 60 o 120 giorni) decorrerà dall'esito positivo di detta conferenza. In caso di esito non favorevole, decorso il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, sulla domanda di permesso di costruire si intende formato il silenzio – diniego.

Volendo, dunque, riassumere i termini per lo svolgimento del procedimento è possibile ritenere che:

- a) il termine ordinario di durata del procedimento per il rilascio o diniego esplicito del permesso a costruire è di *90 giorni* (180 per i Comuni con più di 100.000 abitanti ovvero per i progetti particolarmente complessi, quale che sia il numero degli

¹⁴ Difatti il comma 8 dell'art. 20 del DPR 380/2001 dispone che: "*Decorso inutilmente il termine per l'adozione del provvedimento conclusivo, ove il dirigente o il responsabile dell'ufficio non abbia opposto motivato diniego, sulla domanda di permesso di costruire...*", mentre il precedente comma 6 del medesimo art. 20 si limitava a disporre l'ampliamento del termine (da trenta a quaranta giorni) nel caso in cui vi sia il cd "preavviso di rigetto" di cui all'art. 10 bis L. n. 241/90.

- abitanti¹⁵) di cui 60 giorni (dalla presentazione della domanda) per l'espletamento dell'istruttoria e per la formulazione della proposta e 30 giorni (dalla proposta del responsabile) per l'adozione del provvedimento;
- b) il termine di 60 giorni per la formulazione della proposta subisce una estensione per effetto della sospensione (conseguenziale a modifiche di modesta entità del progetto¹⁶). La sospensione avrà una durata non inferiore ai 15 giorni che rappresentano il termine concesso al privato per l'accettazione (eventuale) delle modifiche proposte;
 - c) nel caso di *interruzione* per carenza progettuale (da effettuarsi non oltre 30 giorni dopo la presentazione dell'istanza di permesso di costruire) il termine per la formulazione del parere è interrotto e comincerà a decorrere *ex novo* una volta che sia stata fornita la documentazione ovvero sia decorso il termine per la integrazione richiesta ad opera del responsabile del procedimento, (comma 5);
 - d) nel caso di *comunicazione di motivi ostativi* (di cui all'art. 10 bis l. 241/90) si ha un prolungamento di 10 giorni (da 30 a 40 giorni decorrenti dalla formulazione della proposta del Responsabile) per l'adozione del provvedimento finale.

Ovviamente, e quasi in contrapposizione alla parallela riforma dei ll.pp. (per i quali, come visto, si tende ad una deflazione punitiva), la centralità del ruolo dei professionisti comportato un irrigidimento delle sanzioni a loro carico qualora si rendano responsabili di falsa dichiarazione. In quest'ultimo caso è, difatti, prevista la pena della reclusione da uno a tre anni oltre la denuncia all'Ordine professionale chiamato, conseguentemente, ad avviare il relativo procedimento disciplinare.

¹⁵ In questo caso (come in quello della individuazione delle modifiche di lieve entità) il legislatore non definisce cosa debba intendersi per progetto particolarmente complesso, la cui individuazione è, pertanto, rimessa, all'apprezzamento discrezionale del responsabile del procedimento.

¹⁶ Resta da chiarire cosa debba intendersi per modifiche di "modesta" entità che sfuggono ad una definizione oggettiva mentre la loro individuazione è rimessa all'apprezzamento discrezionale del Responsabile in relazione al caso in esame.

2.2. La Scia e la materia edilizia

L'art. 5, con una norma di "interpretazione autentica" (e dunque avente efficacia retroattiva), stabilisce espressamente la sostituzione della *Dia edilizia* cd "semplice" (e cioè quella di cui all'art. 22, 1° e 2° comma del DPR 380/2001 e non anche la "super DIA" alternativa al permesso di costruire ai sensi dell'art. 22, 3° comma del DPR 380/2001).

Con riferimento al rapporto fra SCIA e DIA (semplice) l'equiparazione fra i due strumenti rileva anche (anzi, soprattutto) per quanto concerne le aree vincolate. Difatti nella originaria impostazione della norma, la DIA, contrariamente alla SCIA, era applicabile anche in relazione ad aree vincolate sotto il profilo paesaggistico, pur restando subordinata all'avvenuta acquisizione e produzione al Comune dell'autorizzazione paesaggistica. Il DL 70/2011, con l'art. 5, comma 2, lett. c), stabilisce invece che l'art. 19, l. 241/90 deve interpretarsi nel senso che *"nei casi in cui sussistano vincoli ambientali, paesaggistici o culturali, la Scia non sostituisce gli atti di autorizzazione o nulla osta, comunque denominati, delle amministrazioni preposte alla tutela dell'ambiente e del patrimonio culturale"*. Dalla lettura della norma sembra evidente che l'efficacia della SCIA (così come quella della DIA) sia quella di sostituire il "titolo edilizio", ma non anche le altre autorizzazioni connesse alla tutela di interessi legati al governo del territorio che, dunque, dovranno essere comunque acquisite.

Per quanto concerne il rapporto fra la SCIA e la Super – DIA, l'art. 5, comma 2, lett. c) stabilisce che la Scia sostituisce la Dia in edilizia **"con esclusione dei casi in cui le denunce stesse, in base alla normativa statale o regionale, siano alternative o sostitutive del permesso di costruire. Le disposizioni di cui all'articolo 19 della legge 7 agosto 1990, n. 241 si interpretano altresì nel senso che non sostituiscono la disciplina prevista dalle leggi regionali che, in attuazione dell'articolo 22, comma 4, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380, abbiano ampliato l'ambito applicativo delle disposizioni di cui all'articolo 22, comma 3, del medesimo decreto"**.

In estrema sintesi la Scia sostituisce la Dia, ma non anche la super – Dia, alternativa al permesso a costruire, ai sensi dell'art. 22, 3° comma del DPR 380/2001.

Per quanto concerne i profili procedimentale per la SCIA edilizia è prevista la riduzione da 60 (termine ordinario di cui al 3° comma dell'art. 19 L. n. 241/90) a 30 giorni per l'espletamento delle verifiche di competenza delle Amministrazioni comunali¹⁷.

Si presentano come interessanti, infine, alcune delle novità previste in tema di disciplina urbanistico – edilizia. A partire dalla previsione dell'assoggettamento alle forme di pubblicità della “trascrizione” di cui all'art. 2643 c.c., dei contratti aventi ad oggetto il “*trasferimento di diritti edificatori*” (si pensi ai vari contratti che oramai connotano la cd “urbanistica consensuale” ed in particolare alla perequazione).

È esclusa la VAS per i piani attuativi di piani urbanistici che vi siano già stati assoggettati ove i primi non ne varino la destinazione e lo strumento sovraordinato contempli una serie di prescrizioni localizzative delle strutture insediative e delle dotazioni territoriali.

2.3. I Piani di razionalizzazione e riqualificazione del patrimonio edilizio

L'art. 5, commi 9 – 11 del DL 70/2011, demanda alla legge regionale la regolamentazione di interventi edilizi volti alla razionalizzazione del patrimonio edilizio ed alla riqualificazione di aree urbane degradate con presenza di funzioni eterogenee e tessuti edilizi disorganici o incompiuti, nonché di edifici a destinazione non residenziale dismessi o in via di dismissione ovvero da rilocalizzare. Le misure in questione non dovrebbero riguardare gli immobili abusivi o siti nei centri storici o in aree ad inedificabilità assoluta, con esclusione degli edifici per i quali sia stato rilasciato il titolo abilitativo edilizio in sanatoria.

Al fine di incentivare detti ultimi interventi le Regioni dovranno prevedere:

¹⁷ L'art. 19, comma 6 bis, L. n. 241/90, come modificato dal DL 70/2011, prevede espressamente che: *Nei casi di Scia in materia edilizia, il termine di sessanta giorni di cui al primo periodo del comma 3 è ridotto a trenta giorni.*

- a) il riconoscimento di una volumetria aggiuntiva rispetto a quella preesistente come misura premiale;
- b) la delocalizzazione delle relative volumetrie in area o aree diverse;
- c) l'ammissibilità delle modifiche di destinazione d'uso, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari;
- d) le modifiche della sagoma necessarie per l'armonizzazione architettonica con gli organismi edilizi esistenti.

Sono, altresì, previste le "sanzioni" nel caso di mancato intervento regionale entro il predetto termine di 60 giorni, stabilendo che *"agli interventi di cui al citato comma si applica l'articolo 14 del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380 anche per il mutamento delle destinazioni d'uso"*. S

i tratta, sinteticamente, della possibilità di richiedere il cd *"permesso a costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali"* ossia quel titolo che consente di derogare alla normativa urbanistica vigente¹⁸ fermo restando (come prevede il comma 11 dell'art. 5 del DL 70/2011) *"il rispetto degli standard urbanistici, delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia e in particolare delle norme antisismiche, di sicurezza, antincendio, igienico-sanitarie, di quelle relative all'efficienza energetica, di quelle relative alla tutela dell'ambiente e dell'ecosistema, nonché delle disposizioni contenute nel codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42"*.

¹⁸ L'art. 14 del DPR 380/2001 dispone che: *"Il permesso di costruire in deroga agli strumenti urbanistici generali è rilasciato esclusivamente per edifici ed impianti pubblici o di interesse pubblico, previa deliberazione del consiglio comunale, nel rispetto comunque delle disposizioni contenute nel decreto legislativo 29 ottobre 1999, n. 490, e delle altre normative di settore aventi incidenza sulla disciplina dell'attività edilizia. 2. Dell'avvio del procedimento viene data comunicazione agli interessati ai sensi dell'articolo 7 della legge 7 agosto 1990, n. 241. 3. La deroga, nel rispetto delle norme igieniche, sanitarie e di sicurezza, può riguardare esclusivamente i limiti di densità edilizia, di altezza e di distanza tra i fabbricati di cui alle norme di attuazione degli strumenti urbanistici generali ed esecutivi, fermo restando in ogni caso il rispetto delle disposizioni di cui agli articoli 7, 8 e 9 del decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444"*.

Differenza fondamentale fra il regime descritto e quello ordinario per l'operatività del permesso in deroga è quello che per quest'ultimo è richiesta la *rilevanza pubblica* dell'intervento da realizzare.

Per le sole Regioni a *statuto ordinario*, al decorso del termine di cui sopra consegue la possibilità di richiedere il permesso a costruire in deroga *anche per il mutamento delle destinazioni d'uso*, purché si tratti di destinazioni tra loro compatibili o complementari, nonché la possibilità di approvare i piani attuativi, comunque denominati e compatibili con lo strumento urbanistico generale, da parte della Giunta Comunale (e non del Consiglio Comunale).

Il comma 14 dell'art. 5 del DL 70/2011 prevede poi che, una volta che siano decorsi 120 giorni dall'entrata in vigore del decreto sviluppo senza che sia stato approvato il Piano di cui sopra "*le disposizioni contenute nel comma 9 ... sono immediatamente applicabili alle Regioni a statuto ordinario che non hanno provveduto all'approvazione delle specifiche leggi regionali. Fino alla approvazione di tali leggi, la volumetria aggiuntiva da riconoscere quale misura premiale, ai sensi del comma 6 lettera a), è realizzata in misura non superiore complessivamente al venti per cento del volume dell'edificio se destinato ad uso residenziale, o al dieci per cento della superficie coperta per gli edifici adibiti ad uso diverso. Le volumetrie e le superfici di riferimento sono calcolate, rispettivamente, sulle distinte tipologie edificabili e pertinenziali esistenti ed asseverate dal tecnico abilitato in sede di presentazione della documentazione relativa al titolo abilitativo previsto*".

Da una lettura congiunta della previsione del comma e delle sanzioni connesse di cui al comma 14, emerge chiaramente la funzione di sanatoria (condono) operata dal disposto in esame che, appunto, per quanto faccia riferimento ad interventi edilizi da realizzare sembrerebbe aprire la strada alla sanatoria degli interventi già realizzati in spregio delle precedenti norme urbanistiche (si ricordi che la cd "*sanatoria giurisprudenziale*" richiede la conformità alle sole norme vigenti al momento della richiesta della sanatoria; norme che, dunque, sarebbero quelle che prevedono l'incremento della volumetria).