

Anno 15 – Numero 1

11 gennaio 2017

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

DIRETTA DA ORESTE CAGNASSO E MAURIZIO IRRERA

COORDINATA DA GILBERTO GELOSA

In questo numero:

Il nuovo codice degli appalti

La rottamazione delle cartelle

La legge argentina sul mercato dei capitali

ItaliaOggi

ISSN 2039-6880



DIREZIONE SCIENTIFICA
Oreste Cagnasso – Maurizio Irrera

COORDINAMENTO SCIENTIFICO
Gilberto Gelosa

La *Rivista* è pubblicata con il supporto degli Ordini dei Dottori
commercialisti e degli Esperti contabili di:
Bergamo, Biella, Busto Arsizio, Casale Monferrato, Cremona,
Mantova, Monza e Brianza, Verbania



NDS collabora con:



SEZIONE DI DIRITTO FALLIMENTARE

a cura di Luciano Panzani

SEZIONE DI DIRITTO INDUSTRIALE

a cura di Massimo Travostino e Luca Pecoraro

SEZIONE DI DIRITTO TRIBUTARIO

a cura di Gilberto Gelosa

SEZIONE DI PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

a cura di Marco Casavecchia

SEZIONE DI TRUST E NEGOZI FIDUCIARI

a cura di Riccardo Rossotto e Annapaola Tonelli

COMITATO SCIENTIFICO DEI REFEREE

Carlo Amatucci, Guido Bonfante, Mia Callegari, Oreste Calliano, Maura Campra, Stefano A. Cerrato, Mario Comba, Maurizio Comoli, Paoloefisio Corrias, Emanuele Cusa, Eva Desana, Francesco Fimmanò, Patrizia Grosso, Manlio Lubrano di Scorpaniello, Angelo Miglietta, Gabriele Racugno, Paolo Reviglionio, Emanuele Rimini, Marcella Sarale, Giorgio Schiano di Pepe

REDAZIONE

Maria Di Sarli (coordinatore)

Alessandro Bollettinari, Alessandra Bonfante, Maurizio Bottoni, Mario Carena, Marco Sergio Catalano, Massimiliano Desalvi, Salvatore De Vitis, Elena Fregonara, Giulia Garesio, Sebastiano Garufi, Stefano Graidi, Alessandro Monteverde, Leonardo Nesa, Vittorio Occorsio, Giuseppe Antonio Policaro, Irene Pollastro, Enrico Rossi, Riccardo Russo, Cristina Saracino, Marina Spiotta, Andrea Sacco Ginevri, Maria Venturini

HANNO COLLABORATO A QUESTO NUMERO:

Marco Casavecchia, Andrea Pessina, Carlo Pessina, Giulietta Redi

I saggi pubblicati sotto la rubrica "Studi e Opinioni", quando espressamente indicato, sono sottoposti a blind referees, scelti tra professori universitari appartenenti al Comitato scientifico dei referee, competenti nei vari settori scientifici oggetto della Rivista.

La valutazione degli atti di convegni e degli scritti già pubblicati o di prossima pubblicazione è riservata ai Direttori.

Ogni scritto è accompagnato da un abstract in italiano e in inglese. Vengono pubblicati scritti, oltre che in italiano, in: inglese; francese; spagnolo e portoghese.

INDICE

	<i>Pag.</i>
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA	
<i>Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l'affidamento dei lavori e dei servizi</i> di Marco Casavecchia e Giulietta Redi	7
FISCALITÀ	
<i>La rottamazione dei carichi affidati agli agenti della riscossione</i> di Andrea Pessina e Carlo Pessina	67
MATERIALI	
<i>Legge sul mercato dei capitali argentina (ley 26/831, 28 Dicembre 2012)</i>	86
SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO	139
SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE	148

SOMMARIO

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

Il Nuovo Codice degli appalti pubblici: novità per l'affidamento dei lavori e dei servizi

Il contributo offre una esegesi del nuovo codice degli appalti pubblici, cercando di fornire una possibile risposta ad alcune questioni interpretative
di **Marco Casavecchia e Giulietta Redi**

FISCALITÀ

La rottamazione dei carichi affidati agli agenti della riscossione

Dal 4 novembre scorso è possibile presentare la “Dichiarazione di adesione alla definizione agevolata” per ottenere l’estinzione (comunemente detta “rottamazione”) dei debiti tributari, previdenziali e, come si vedrà, anche di altra natura, affidati agli Agenti della riscossione del Gruppo Equitalia S.p.a. nel periodo compreso dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2016, il tutto ottenendo lo stralcio di sanzioni ed interessi di mora, come stabilito dagli articoli da 6 a 6-ter del Decreto Legge n. 193 del 22 ottobre 2016. L’adesione va comunicata agli Agenti della riscossione entro il 31 marzo 2017 compilando l’apposito modulo disponibile sul sito internet di Gruppo Equitalia S.p.a. e presso tutti gli sportelli dello stesso. Entro il giorno 31 maggio 2017 gli Agenti della riscossione che hanno in carico il debito da rottamare, comunicheranno al debitore l’importo che dovrà versare a seguito della presentazione della dichiarazione.
di **Andrea Pessina e Carlo Pessina**

MATERIALI

Legge sul mercato dei capitali argentina (ley 26/831, 28 Dicembre 2012)

INDEX-ABSTRACT

	<i>Pag.</i>
PUBLIC ADMINISTRATION AND ENTERPRISES	
The new Procurement Code	7
<i>The article analyzes the new Procurement Code, in order to give an answer on some interpretative questions.</i>	
di Marco Casavecchia e Giulietta Redi	
TAX LAW	
Scrapping of the Tributaries Debt Entrusted to the Agents of the Collection	67
<i>"From last November 4th, 2016 it is possible to present the "Declaration of acceptance to the assisted definition (Dichiarazione di adesione alla definizione agevolata)" in order to obtain the settlement (usually said "scrapping" - "rottamazione") of the tributaries debts, of the social security ones and, as it will see, even of other kinds of obligations entrusted to the Agents of collection of the Group Equitalia Spa in the period comprised from January 1st, 2000 to December 31st, 2016, obtaining the removal of penalties and arrears interests as stated by articles from 6 to 6ter of the D.L. n. 193 of October 22nd, 2016. The above mentioned acceptance has to be communicated to the Agents of collection by March 31st, 2017 filling in the related form available on the website of the Group Equitalia Spa and in all the offices of the latter. Within May 31st, 2017 the Agents of collection who have the responsibility of the debts to be "scrapped" will communicate to the debtor the amount which the latter will pay following the presentation of the declaration".</i>	
di Andrea Pessina e Carlo Pessina	
MATERIALS	
<i>Legge sul mercato dei capitali argentina (ley 26/831, 28 Dicembre 2012)</i>	86

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI PUBBLICI: NOVITÀ PER L’AFFIDAMENTO DEI LAVORI E DEI SERVIZI

Il contributo offre una esegesi del nuovo codice degli appalti pubblici, cercando di fornire una possibile risposta ad alcune questioni interpretative.

di **MARCO CASAVECCHIA E GIULIETTA REDI**

1. La materia disciplinata dal d.lg. 18-4-2016, n. 50 (secondo l’avviso di rettifica pubblicato sulla G.U. del 15 luglio 2016, n. 164)

1.1 I contratti di appalto e di concessione relativi a opere, servizi e forniture sono attualmente disciplinati dal d.lg. 18-4-2016, n. 50, intitolato: “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

Sostanzialmente il d.lg. 50/2016 –da alcuni denominato “codice” (e ciò alla luce della definizione di cui all’art. 3/1, lett. uuuu) del citato testo normativo) - “disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture”, nonché le “concessioni di lavori e di servizi” (v.si il già menzionato art. 3/1, lett. dd), ee), ff) uu) e vv)).

1.1.1. Trattasi, quindi, di contratti pubblici di appalti che costituiscono una specificazione di quelli sugli appalti privati disciplinati dal codice civile agli artt. 1655-1677 e 1559-1570¹, nonché, a seconda dei casi, di quelli privati sulla vendita di cose

¹ Per l’art. 1655: “L’appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un’opera o di un servizi verso un corrispettivo in denaro”. Per l’art. 1677: “Se l’appalto ha per oggetto prestazioni continuative o periodiche di servizi, si osservano, in quanto compatibili, le norme di questo capo e quelle relative al contratto di somministrazione”. Per l’art. 1559: “La somministrazione è il contratto con il quale una parte si obbliga, verso corrispettivo di un prezzo, a eseguire, a favore dell’altra, prestazioni periodiche o continuative di cose”.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

mobili (artt. 1510-1519) ovvero sul *lavoro autonomo* (artt. 2222-2228) e sulle *prestazioni intellettuali* (artt. 2229-2238)².

(Non compaiono, nel diritto privato, i contratti di concessione).

1.1.2. Il rapporto tra i due insiemi di regole o norme (quelle contenute nel codice civile e quelle contenute nel d.lg. 50/2016) è tra *genere* e *specie* e cioè il primo insieme, detto anche di *diritto comune*, è di carattere generale, mentre il secondo è di carattere speciale (appartiene al c.d. *diritto speciale*).

Da qui la prima differenza: nel rapporto tra “legge generale e legge speciale” si applica la seconda (“*Lex specialis derogat generali*”), mentre le norme di carattere generale (contenute nel codice civile) intervengono a colmare le *lacune* del settore del diritto speciale. La seconda differenza è data, come già detto, dall’assenza, nel campo privatistico, dei contratti di concessione di lavori e di servizi. La terza differenza è data dal fatto che, nel campo privatistico, la conclusione dei contratti è libera e avviene secondo le norme di cui agli artt. 1326-1333, mentre nel campo pubblicistico, salvo casi eccezionali, la conclusione dei contratti avviene attraverso procedure pubblicistiche di gara (o procedure “ad evidenza pubblica”) e ciò per salvaguardare il principio della *concorrenza per il mercato*: da qui il numero, sempre crescente, di norme che disciplinano il settore pubblico. Non solo: nel campo pubblicistico l’iniziativa viene sempre assunta dalle PP.AA. o da soggetti ad essa, per certi versi, equiparati e il contenuto del contratto, come vedremo, è interamente (o quasi) disciplinato da norme di legge con poca o nessuna libertà in capo alle parti.

1.1.3. Si potrebbe schematizzare quanto detto al paragrafo precedente come segue.

(i) Il *contratto* in genere è costituito da due o più atti giuridici unilaterali che si fondono tra di loro (per l’art. 1321: “*Il contratto è l’accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale*”). Nel contratto di appalto privatistico si hanno due atti unilaterali, di cui uno costituito dalla *proposta di eseguire un lavoro o un servizio ad un certo prezzo* (a) e l’altro costituito dall’*accettazione* (b)³.

² V.nsi, in particolare: RUBINO-IUDICA, Dell’appalto, in Commentario Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 2007; AA.VV., L’appalto privato e pubblico (a cura di DI GREGORIO), UTET, 2013; RUBINO, La compravendita, Giuffrè, 1962; CARANTA, I contratti pubblici, Giappichelli, 2012; CIANFLONE-GIOVANNINI, L’appalto di opere pubbliche, Tomo I e II, Giuffrè, 2012; GIANNINI, Diritto Amministrativo, Vol. I e II, Giuffrè, 1988; RUPERTO, La giurisprudenza sul Codice civile coordinata con la dottrina, Giuffrè 2016, pagg. 1389 e segg.

³ V.nsi: PASSERIN d’ENTREVES, Il negozio giuridico. Saggio di filosofia del diritto, Giappichelli, 2006; BETTI, Teoria generale del negozio giuridico, ESI, 2002. Sul *contratto*, v.si: SACCO e DE NOVA, Il contratto, tomi I e II, UTET, 1998; BELFIOR, Il contratto in generale. Tomo IV, La presupposizione, Giappichelli, 2003; TROIANO, La <<ragionevolezza>> nel diritto dei contratti, Cedam, 2005.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Non ha rilievo, per la conclusione del contratto, se la proposta parte dall'una (appaltatore) o dall'altra parte (committente).

Normalmente "il contratto è concluso nel momento in cui chi ha fatto la proposta ha conoscenza dell'accettazione dell'altra parte" 1326/1): fig. 1.

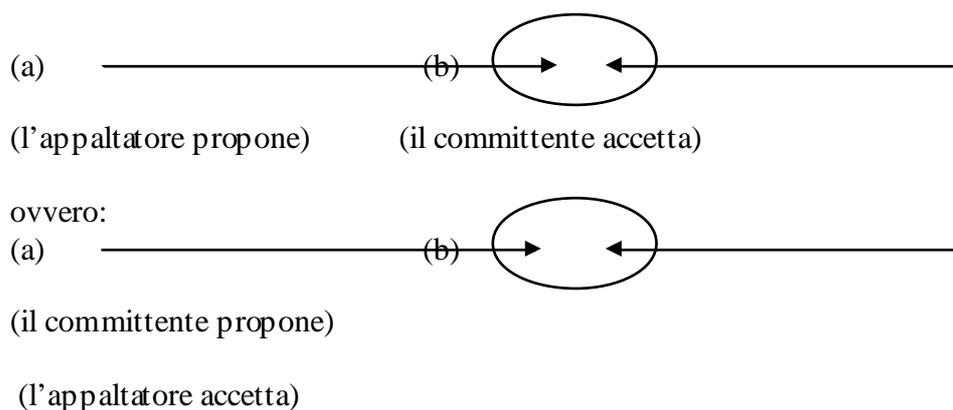


fig. 1

Siccome il contratto di appalto è un contratto oneroso a prestazioni corrispettive, i due atti unilaterali della fig. 1 hanno valore economico e, quindi, normalmente, tra le due prestazioni vi è un certo equilibrio: esecuzione del lavoro o del servizio da parte dell'appaltatore e giusto corrispettivo o prezzo a carico del committente (fig. 2).



fig. 2

Da qui la locuzione per la quale il contratto di appalto è un contratto bilaterale di durata al quale si applicano le norme di cui agli artt. 1458 e 1460. In sostanza, e come già dicevano i giuristi romani, vi sono *obbligazioni* contrapposte a carico delle due parti:

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

facio ut des (faccio l'opera dietro il ricevimento di un compenso), *do ut facias* (do un compenso per ottenere la prestazione di un lavoro o di un servizio). La *bilateralità* riguarda, cioè, le due obbligazioni principali a carico delle due parti: a carico dell'appaltatore, l'obbligazione di *fare* il lavoro o eseguire il servizio, a carico del committente, l'obbligazione di *dare* il compenso o prezzo.

(ii) Per le concessioni di lavori o di servizi –assenti in campo privatistico- si è passati da una concezione pubblicistica ad una “più” privatistica. Prima del d.lg. 163/06 (artt. 3/11 e 12), le concessioni erano concepite come un insieme di un atto amministrativo unilaterale ed autoritativo e un contratto (o capitolato) accessivo all'atto amministrativo: il primo accordava certi diritti (ad es.: di costruire un'opera) ad un soggetto normalmente privato, mentre il secondo (il contratto) disciplinava gli aspetti economici della concessione. L'insieme, specie dalla giurisprudenza, era denominato <<concessione-contratto>>⁴.

Con il d.lg. 163/2006, la <<concessione di lavori pubblici>> era definita come segue:

11. Le <<concessioni di lavori pubblici>> sono contratti a titolo oneroso, conclusi in forma scritta, aventi ad oggetto, in conformità al presente codice, l'esecuzione, ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori pubblici o di pubblica utilità, e di lavori ad essi strutturalmente e direttamente collegati, nonché la loro gestione funzionale ed economica, che presentano le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di lavori, ad eccezione del fatto che il corrispettivo dei lavori consiste unicamente nel diritto di gestire l'opera o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità al presente codice. La gestione funzionale ed economica può anche riguardare, eventualmente in via anticipata, opere o parti di opere direttamente connesse a quelle oggetto della concessione e da ricomprendere nella stessa,

mentre la <<concessione di servizi>> era definita così:

12. La <<concessione dei servizi>> è un contratto che presenta le stesse caratteristiche di un appalto pubblico di servizi, ad eccezione del fatto che il corrispettivo della fornitura di servizi consiste unicamente nel diritto di gestire i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo, in conformità all'articolo 30.

Secondo il d.lg. 50/2016, le concessioni di lavori e di servizi (art. 3/1, lett. uu) e vv)) sono, rispettivamente, definite come segue:

uu) <<concessione di lavori>>, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire

⁴ V.si, sulle concessioni, D'ALBERTI, Le concessioni amministrative, Napoli, 1981.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere

e

vv) <<concessione di servizi>>, un contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori di cui alla lettera l) riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

Volendo schematizzare, si è passati dalla fig. 3:

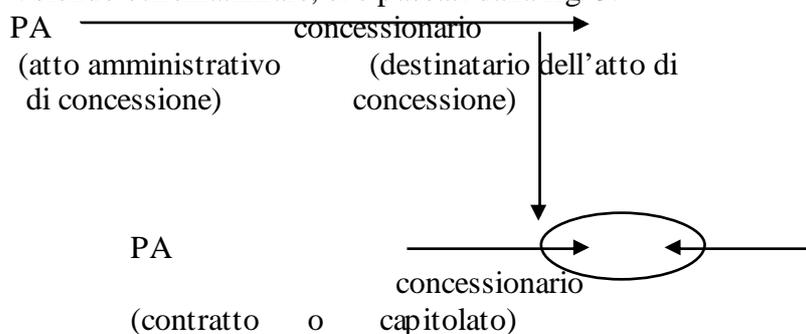


Fig. 3

alla fig. 4 secondo la quale, sostanzialmente, le concessioni pubbliche non si differenziano dai contratti pubblici:

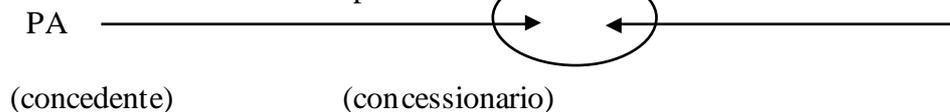


Fig. 4

(iii) La fig. 4 è, comunque, estremamente semplificata perché l'incontro delle volontà tra le parti (PP.AA. e soggetti ad essa parificati, da una parte, e gli appaltatori o concessionari, dall'altra) è minuziosamente disciplinata da procedure di gara e, quindi, da norme pubblicistiche.

Detta figura, però (che vale, ai fini del presente discorso, sia per le *concessioni*, che per i *contratti di appalto pubblici*), rivela che l'incontro delle volontà attraverso procedure di

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

gara non è niente altro, concettualmente parlando, che sviluppo, seppur ipertrofico, del solito incontro di volontà previsto dall'art. 1326⁵.

Dopo varie discussioni sul punto, si è comunque giunti alla seguente costruzione: le PP.AA., in funzione di stazioni appaltanti o concedenti, pubblicano, attraverso un bando di gara, un *invito ad offrire* (invitatio ad offerendum); i candidati (di cui all'art. 3/1, lett. bb) del d.lg. 50/2016 presentano, ciascuno, la loro proposta (*offerta*) e le PP.AA. accettano quella giudicata migliore. Da qui l'atto di *aggiudicazione* a favore del miglior offerente e la successiva stipula del *contratto* con quest'ultimo (se ne parlerà in seguito)⁶.

1.2. Dopo i brevi chiarimenti preliminari di cui al par. 1.1. si può passare, sinteticamente, ad esaminare come la materia dei contratti pubblici e delle concessioni pubbliche è distribuita nel d.lg. 50/2016.

Questo, costituito da 220 articoli e XXV Allegati, è suddiviso in cinque PARTI, ciascuna delle quali, a sua volta, è suddivisa in Titoli, Capi e Sezioni.

(i) La PARTE I (Ambito di applicazione, principi, disposizioni comuni ed esclusioni) è suddivisa in 4 "Titoli":

* Titolo I – *Principi generali di disposizioni comuni* (artt. 1-3);

* Titolo II – *Contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione* (artt. 4-20).

Compaiono nel Titolo II: **(1)** gli appalti e le concessioni aggiudicati ad una *joint venture* (quale definita dall'art. 3/1, lett. h)) o ad un ente aggiudicatore facente parte di una *joint venture*: v.si art. 6)⁷; **(2)** gli appalti e le concessioni aggiudicati ad un'impresa collegata (quale definita dall'art. 3/1: lett. z): v.si art. 7); **(3)** gli appalti stipulati con soggetti che esplicano attività direttamente esposte alla concorrenza (v.si art. 8); **(4)** i contratti di servizi aggiudicati in base ad un diritto esclusivo (quale definito dall'art. 3/1, lett. III): v.si art. 9); **(5)** i contratti nel settore dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali (v.si art. 10 che, però, va letto in relazione agli artt. 114-121 che contengono norme sugli appalti nei *settori speciali* relativi al *gas ed energia termica, all'elettricità, all'acqua, ai servizi di trasporto, ai porti e aeroporti, ai servizi postali, all'estrazione di gas e prospezione o estrazione di carbone o di altri combustibili solidi e in relazione agli artt. 8, 13 e 15*); **(6)** i contratti relativi ad appalti aggiudicati da particolari enti aggiudicatori per l'acquisto di acqua e per la fornitura di energia o di combustibili destinati alla produzione di energia (v.si art. 11); **(7)** i contratti di cui all'art. 12 (*"Esclusioni specifiche per le concessioni nel settore idrico"*); **(8)** i contratti di appalto

⁵ V.si, sul punto, GRECO, I contratti dell'amministrazione tra diritto pubblico e privato. I contratti ad evidenza pubblica, Giuffrè, 1996.

⁶ V.si, per tutti, GIANNINI, Diritto amministrativo, II, pagg. 248 e segg., Giuffrè, 1988.

⁷ V.si, sulla *joint venture*: HARNIGAN, Joint venture, Cedam, 1988; TURATI, Economia e organizzazione delle joint venture, Egea, 1990; FOGLIO, Joint ventures e mercati esteri, Sydaco Ed.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

relativi a settori speciali aggiudicati a scopo di rivendita o di locazione a terzi (v.si art. 13); **(9)** gli appalti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati per fini diversi dal perseguimento di un'attività interessata o per l'esercizio di un'attività di un paese terzo (v.si art. 14); **(10)** i contratti nel settore delle comunicazioni elettroniche (v.si art. 15); **(11)** i contratti e i concorsi di progettazione aggiudicati o organizzati in base a norme internazionali (v.si art. 16); **(12)** i contratti di cui all'art. 17 (*“Esclusioni specifiche per contratti di appalto e concessioni di servizi”*); **(13)** i contratti di concessione di cui all'art. 18 (*“Esclusioni specifiche per contratti di concessioni”*); **(14)** i contratti di sponsorizzazione (v.si art. 19); **(15)** i contratti relativi a opere pubbliche realizzate a spese del privato (v.si art. 20).

*Titolo III – *Pianificazione, programmazione e progettazione* (v.nsi artt. 21-27).

Assumono particolare rilievo: **(1)** le “opere pubbliche incompiute” (quali definite dall'art. 3/1, lett. rr): v.si art. 21/2); **(2)** il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali che *“contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica.”*, nonché il programma biennale di forniture e servizi e relativi aggiornamenti annuali che *“contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati. Le amministrazioni pubbliche comunicano, entro il mese di ottobre, l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1 milione di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al Tavolo tecnico dei soggetti di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti. Per le acquisizioni di beni e servizi informatici e di connettività le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 513, della legge 28 dicembre 2015, n. 208.”* con un rinvio all'art. 216/3 per il periodo transitorio (v.si art. 21/3-6-8-9); **(3)** i tre livelli di progettazione *“per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi”* di cui all'art. 23 (in relazione agli artt. 152-157 disciplinanti i: *“Concorsi di progettazione e di idee”*) e cioè i progetti di: *fattibilità tecnica ed economica, definitivo ed esecutivo* con rinvio all'art. 216/4 per il periodo transitorio; **(4)** la progettazione interna ed esterna (art.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

24) con rinvio gli artt. 46 e all'art. 216/4 per il periodo transitorio: la *progettazione interna* e altre prestazioni connesse sono previste come segue: “1. *Le prestazioni relative alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica, definitiva ed esecutiva di lavori, nonché alla direzione dei lavori e agli incarichi di supporto tecnico-amministrativo alle attività del responsabile del procedimento e del dirigente competente alla programmazione dei lavori pubblici sono espletate: a) dagli uffici tecnici delle stazioni appaltanti; b) dagli uffici consortili di progettazione e di direzione dei lavori che i comuni, i rispettivi consorzi e unioni, le comunità montane, le aziende sanitarie locali, i consorzi, gli enti di industrializzazione e gli enti di bonifica possono costituire; c) dagli organismi di altre pubbliche amministrazioni di cui le singole stazioni appaltanti possono avvalersi per legge; d) dai soggetti di cui all'articolo 46*”; **(5)** la *verifica preventiva dell'interesse archeologico* di cui all'art. 25 e la *verifica preventiva della progettazione* di cui all'art. 26; **(6)** la procedura di approvazione dei progetti relativi ai lavori di cui all'art. 27.

*Titolo IV – *Modalità di affidamento – Principi comuni* (artt. 28-34).

Assumono particolare rilievo: **(1)** l'art. 28 sui “*Contratti misti*” che va posto in relazione all'art. 169 sui “*Contratti misti di concessioni*”; **(2)** l'art. 30/1, secondo periodo, per il quale: “*Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.*”; **(3)** l'art. 31 relativo al: “*Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni*”; **(4)** l'art. 32 (Fasi delle procedure di affidamento) per il quale le fasi per pervenire alla stipulazione del contratto sono le seguenti: (a) invio degli avvisi di preinformazione di cui agli Allegati XIV e XXII; (b) emanazione della *delibera a contrattare* allorquando la <<stazione appaltante>> (quale definita dall'art. 3/1, lett. o)) disponga del *progetto esecutivo* (o di quello *definitivo* ove ammessa tale procedura); (c) pubblicazione dei vari *bandi di gara* previsti o invio degli *inviti* a presentare *offerte*, a seconda dei casi e le norme di cui agli Allegati XIV, XV e XXI⁸; (d) procedura di scelta del contraente o del concessionario (art. 32/3-4 e Allegati, XIV, XV e XXI); (e) aggiudicazione (che non vale –a diversità dell'art. 16 del rd 2440/23- come contratto) a sensi dell'art. 32/5-6; (f) stipulazione del contratto (art. 32/8-9-11): su quest'ultimo punto –e in relazione all'art. 204- è basilare l'art. 32/11 formulato come segue: “*Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti*

⁸ Per i concorsi di progettazione di cui agli artt. 141 e 152, occorre far riferimento agli Allegati XIX e XX.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo di cui all'Allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare. (v.si successivo par. 6).

(ii) La PARTE II (Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture), suddivisa in 6 Titoli, a loro volta, suddivisi in Capi e Sezioni e la PARTE III (Contratti di concessione), suddivisa in un Titolo con 3 Capi, disciplinano, rispettivamente, le procedure di affidamento dei contratti e delle concessioni.

In particolare, la PARTE II disciplina i contratti di appalto di lavori, servizi e forniture nei <<settori ordinari>> (quali definiti dall' art. 3/1, lett. gg) e i <<regimi particolari di appalto>> (appalti nei <<settori speciali>>, nei <<servizi sociali>>, nel settore dei <<beni culturali>>, nonché i <<concorsi di progettazione e di idee>>: artt. 114-163 definiti dall' art. 3/1, lett. hh) per quanto concerne i <<settori speciali>> e ddd) per i <<concorsi di progettazione>>). Sia i primi (artt. 35-113) che i secondi (artt. 114-163) vengono poi suddivisi in due categorie: quelli <<di rilevanza europea>> (artt. 3/1, lett. ee) e 35) e quelli <<sotto soglia>> (artt. 3/1, lett. ff) e 36, nonché art. 114/1).

(ii.1) La PARTE III (artt. 164-178) disciplina i contratti di concessione, dettando norme specifiche per il calcolo del loro *valore* ai fini dell' art. 35 (v.si art. 167).

(ii.2) La PARTE II relativa ai contratti dei <<settori ordinari sopra soglia>> è quella più ricca di norme relativamente: **(1)** alla *qualificazione delle stazioni appaltanti* (Titolo II, artt. 37-43: si trovano in tale titolo le norme sulle: *aggregazioni e sulle centrali di committenza*); **(2)** alle *modalità comuni alle procedure di affidamento*: si trovano, nel Capo I, Sezione I, varie disposizioni comuni a tutti gli appalti dei *settori ordinari* e –per effetto del richiamo da parte dell' art. 114/1 delle disposizioni di cui agli artt. da 1 a 58– dei *settori speciali*; in particolare viene prevista la “*digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici*” (art. 44); vengono disciplinate le materie: delle *clausole sociali* da inserire nei bandi e negli avvisi di gara, della formazione dei *lotti*, delle *comunicazioni*, dell'*accesso agli atti* (artt. 50-53); vengono elencati gli <<operatori economici>> (definiti dall' art. 3/1, lett. p)) per i <<contratti pubblici>> in genere e, quindi, sia per i <<settori ordinari>> e <<speciali>>, che per l'*affidamento dei servizi di architettura e ingegneria* (artt. 45, 46, 47, 48 e 114/1). Nella Sezione II, sempre del

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Capo I, intitolata: “Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati”, vengono previste varie procedure per la conclusione di certi contratti e per certe materie: gli <<accordi quadro>> (che sono dei “contratti normativi” e che sono previsti sia per i <<settori ordinari>>, che per quelli <<speciali>>: art. 54/2 e 54/6); i <<sistemi dinamici di acquisizione>> (per gli acquisti di *uso corrente*: art. 55 e ciò sia per i *settori ordinari*, che *speciali*: art. 55/10 e 11); le <<aste elettroniche>> mediante uso, eventuale, di <<cataloghi elettronici>> di cui all’art. 57 (pezzi di procedure che, espressamente, vengono inserite nelle “*procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione o nelle procedure negoziate precedute da un’indizione di gara*”: art. 56/2, in relazione ai successivi artt. 59, 60, 61, 62 e 63), il tutto attraverso l’uso di “*procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione*” (art. 58): v.nsi, altresì, per le relative *definizioni*, l’art. 3/1, lett. iii), sss), ttt), uuu), vvv), zzz), aaaa), eccetera.

(ii.3) Sempre nella PARTE II, Titolo III, al Capo II, intitolato “Procedure di scelta del contraente per i settori ordinari” (artt. 59-65) vengono disciplinate la procedura aperta (la vecchia “asta pubblica”) e “ristretta” (la vecchia “licitazione privata” e il vecchio “appalto-concorso”): v.nsi artt. 60 e 61, nonché le *procedure competitive con negoziazione* (art. 62) e le *procedure negoziate senza la previa pubblicazione dei bandi gara* (art. 63), il *partenariato per l’innovazione* (art. 65) e il *dialogo competitivo* (art. 64).

(Mentre la procedura *competitiva con negoziazione* può essere adottata per tutti i contratti di appalto [v.si Allegato XIV, parte I, lett. B e C], il *dialogo competitivo* deve essere adottato per gli “*appalti complessi*” e previa “*specifica motivazione*”, tenendo poi conto che le norme di cui agli artt. 59-65 vanno lette assieme a quelle di cui agli artt. 66-99, quelle di cui all’Allegato XIV, PARTE I, lett. A, B, C e D, nonché –per il periodo transitorio- a quelle dell’art. 216).

(ii.4) Il Capo III (sempre della PARTE II, attraverso le Sezioni I e II, il Titolo IV, il già richiamato Allegato XIV e l’art. 216), intitolato: “Svolgimento delle procedure per i settori ordinari” disciplina tutti i tipi di *bandi* e *avvisi* di gara (art. 66-76), nonché la procedura di *selezione delle offerte* (art. 77-93).

Il Titolo IV, infine, disciplina la procedura e l’atto finale di *aggiudicazione*; mentre il *contratto di appalto* verrà stipulato a norma degli artt. 32/8 e 33.

(ii.5) Nella Sezione II del Capo III, Titolo III, sono inseriti gli articoli che disciplinano i requisiti morali (art. 80), quelli *tecnico-professionali ed economico-finanziari* [artt. 81-88] degli operatori economici. Nella stessa Sezione sono inseriti gli artt. 89 e 93 relativi all’istituto dell’*avvalimento* e alle *garanzie per la partecipazione alla procedura*. Relativamente all’art. 97/2 (*Offerte anormalmente basse*), il Presidente dell’ANAC, con

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

atto del 5 ottobre 2016, ha comunicato le “*modalità di calcolo per i singoli criteri per i casi di cui alle lett. a), b), c), d) ed e)*”).

(iii) Nel Titolo V (Esecuzione: art. 100-113) viene precisato che: **(1)** le *stazioni appaltanti*, per l'esecuzione dei contratti, sono rappresentate dal RUP (art. 101/1), a sua volta coadiuvato dall'Ufficio di *Direzione Lavori* (art. 101/2), nonché dal *responsabile per la sicurezza in sede di esecuzione* (a sensi del d.lg. 81/2008); **(2)** gli appaltatori devono prestare, all'atto della stipula del contratto, *garanzie definitive* di cui all'art. 103 e, per l'esecuzione di “*lavori di particolare valore, le garanzie di cui all'art. 104*”; **(3)** durante il rapporto di appalto, e qualora previsti, i subcontratti di appalto sono disciplinati dall'art. 105; **(4)** le *modifiche e la varianti* durante il periodo di efficacia del contratto sono regolate dall'art. 106; **(5)** la *sospensione dei lavori, la risoluzione del contratto* e il *recesso* sono, rispettivamente, disciplinati dagli artt. 107, 108 e 109. (L'insieme degli articoli del Titolo V, unitamente a quelli della PARTE III, Capo III [sulla *esecuzione delle concessioni*: artt. 174-178] costituisce il vero <<*diritto speciale*>> rispetto alle norme contenute nel codice civile, costituenti il c.d. <<*diritto comune*>> o generale: da qui –come già detto- il fatto che in caso di una duplice normativa regolante la stessa materia si applicheranno le norme del diritto speciale, mentre quelle appartenenti al diritto comune si applicheranno in via integrativa e per colmare le relative lacune; ad es.: in caso di *risoluzione del contratto*, si applicheranno le norme dell'art. 108, mentre se tale rimedio è attivato dall'appaltatore, si applicheranno le norme civilistiche [artt. 1453, 1454, 1662 ecc.] perché nel d.lg. 50/2016 non vi sono norme a tutela dell'appaltatore; stessi principi si applicheranno per tutti gli istituti menzionati dalle citate norme del Titolo V).

(iv) Le norme contenute nella PARTE II, Titolo VI, Sezioni I, II e III (Regimi particolari di appalto) disciplinano, rispettivamente:

*al Capo I, gli <<*appalti nei settori speciali*>> (v.nsi art. 3/1, lett. hh), nonché Sezione I: artt. 114-121 [*Disposizioni applicabili e ambito*]; Sezione II: artt. 112-132 [*Procedure di scelta del contraente*]; Sezione III: artt. 133-139 [*Selezione dei partecipanti e delle offerte e relazioni uniche*], nonché art. 216 e Allegato XIV, Parte II);

(iv.1) Le norme di cui:

*al Capo II (artt. 142-144, nonché al Capo I, Sezione IV: *Servizi sociali, concorsi di progettazione e norme su esecuzione*: artt. 140-141), nonché Allegato XIV, parte I, lett. F: v.si art. 142/1), disciplinano gli *appalti nei servizi sociali*;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

*quelle di cui al Capo III (artt. 145-148) disciplinano gli “*appalti nel settore dei beni culturali*” (la normativa rinvia a quella di cui al d.lg. 22-1-2004, n. 4: v.si art. 145/1), nonché all’art. 216/19 per il periodo transitorio: v.si art. 146/4)⁹;

*quelle di cui al Capo IV (artt. 152-157), disciplinano i “*concorsi di progettazione e di idee*” (la normativa rinvia agli artt. 24, 63/4, nonché alle norme di cui alla PARTE II, Titoli I, II, III e IV [v.nsi: artt. 153, 154/1 e 155]. Per *altri incarichi di progettazione e connessi* [art. 157] la normativa dell’ultimo articolo citato, rinvia agli artt. 23, 35 e al d.lg. 81/2008, nonché a quelli di cui alla PARTE II, Titoli I, II, III e IV));

*quelle di cui al Capo V (art. 158) disciplinano: i “*Servizi di ricerca e sviluppo*”;

*quelle di cui al Capo VI (artt. 159-163) disciplinano, rispettivamente, i contratti di “*difesa e sicurezza*” e i “*contratti e i concorsi di progettazione o organizzati in base a norme internazionali*”;

(v) La PARTE III (Contratti di concessione) disciplina, attraverso i Capi I, II e III del Titolo I, i contratti di concessione dei lavori e dei servizi (quali, come già detto, definiti dall’art. 3/1, lett. uu) e vv)).

I tre Capi disciplinano, rispettivamente, i “*Principi generali relativi alle concessioni*” (artt. 164-169), le “*garanzie procedurali*” (artt. 170-173) e la fase dell’“*esecuzione delle concessioni*”. (In ordine alla fase esecutiva, assumono un particolare rilievo le norme del *subappalto* di cui all’art. 174 [da non confondere con quelle di cui all’art. 105]; quelle relative al *rapporto di concessione* [“*Modifica di contratti durante il periodo di efficacia*”: art. 175; “*Cessazione, revoca, risoluzione*”: art. 178], nonché quelle sulle: “*Concessioni autostradali [con il loro] particolare regime transitorio*”)¹⁰.

⁹ V.nsi, AA.VV., IL codice dei beni culturali e del paesaggio (a cura di CAMELLI), Il Mulino, 2004; FAMIGLIETTI-PIGNATELLI, Codice dei beni culturali e del paesaggio, Nel diritto Editore, 2015.

¹⁰ L’art. 178 (*Norme in materia di concessioni autostradali e particolare regime transitorio*) è formulato come segue:

1. Per le concessioni autostradali che, alla data di entrata in vigore del presente codice, siano scadute, il concedente, che non abbia ancora provveduto, procede alla predisposizione del bando di gara per l’affidamento della concessione, secondo le regole di evidenza pubblica previste dal presente codice, nel termine perentorio di sei mesi dalla predetta data, ferma restando la possibilità di affidamento in house ai sensi dell’articolo 5. Fatto salvo quanto previsto per l’affidamento delle concessioni di cui all’articolo 5 del presente codice, è vietata la proroga delle concessioni autostradali.

2. I reciproci obblighi, per il periodo necessario al perfezionamento della procedura di cui al comma 1, sono regolati, sulla base delle condizioni contrattuali vigenti.

3. Per le concessioni autostradali per le quali la scadenza avviene nei ventiquattro mesi successivi alla data di entrata in vigore del presente codice, il concedente avvia la procedura per l’individuazione del concessionario subentrante, mediante gara ad evidenza pubblica, in conformità alle disposizioni del presente codice, ferma restando la possibilità di affidamento in

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

(vi) La PARTE IV (*Partenariato pubblico e privato*), quale definito dall'art. 3/1, lett. eee)), premette un articolo contenente una disciplina comune (art. 179 con richiamo delle "... disposizioni di cui alla PARTE I, III, V e VI in quanto compatibili") e poi disciplina vari istituti: quello del "*partenariato pubblico privato*" (artt. 180-191, con specifica e dettagliata disciplina: **(1)** della "Finanza di progetto" o *project financing* (artt. 182-186); **(2)** della "*Locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità*": art. 187; **(3)** del "*Contratto di disponibilità*" (art. 188); **(4)** dei contratti relativi a "*Interventi di sussidiarietà orizzontale*": art. 189¹¹; **(5)** del "*baratto amministrativo*"

house ai sensi dell'articolo 5. Ove il suddetto termine sia inferiore a ventiquattro mesi alla data di entrata in vigore del presente codice, la procedura di gara viene indetta nel più breve tempo possibile, in modo da evitare soluzioni di continuità tra i due regimi concessori.

4. Il concedente avvia le procedure ad evidenza pubblica per l'affidamento della nuova concessione autostradale entro il termine di ventiquattro mesi antecedente alla scadenza della concessione in essere, ferma restando la possibilità di affidamento in house ai sensi dell'articolo 5.

5. Qualora la procedura di gara non si concluda entro il termine di scadenza della concessione, il concessionario uscente resta obbligato a proseguire nell'ordinaria amministrazione fino al trasferimento della gestione. Per detto periodo si applica quanto previsto al comma 2.

6. Il concedente, almeno un anno prima della data di scadenza della concessione, effettua, in contraddittorio con il concessionario, tutte le verifiche necessarie a valutare lo stato tecnico complessivo dell'infrastruttura ed ordina, se del caso, i necessari ripristini e le occorrenti modificazioni dello stato dei luoghi in conformità degli impegni assunti convenzionalmente.

7. Per le opere assentite che il concessionario ha già eseguito e non ancora ammortizzate alla scadenza della concessione, il concessionario uscente ha diritto ad un indennizzo di tali poste dell'investimento, da parte del subentrante, pari al costo effettivamente sostenuto, al netto degli ammortamenti, dei beni reversibili non ancora ammortizzati come risultante dal bilancio di esercizio alla data dell'anno in cui termina la concessione, e delle variazioni eseguite ai fini regolatori. L'importo del valore di subentro è a carico del concessionario subentrante.

8. Per le concessioni autostradali il rischio di cui all'articolo 3, comma 1, lettera zz), si intende comprensivo del rischio traffico. L'amministrazione può richiedere sullo schema delle convenzioni da sottoscrivere un parere preventivo all'Autorità di regolazione dei trasporti.

¹¹ L'art. 189 (Interventi di sussidiarietà orizzontale) è formulato come segue:

1. Le aree riservate al verde pubblico urbano e gli immobili di origine rurale, riservati alle attività collettive sociali e culturali di quartiere, con esclusione degli immobili ad uso scolastico e sportivo, ceduti al comune nell'ambito delle convenzioni e delle norme previste negli strumenti urbanistici attuativi, comunque denominati, possono essere affidati in gestione, per quanto concerne la manutenzione, con diritto di prelazione ai cittadini residenti nei comprensori oggetto delle suddette convenzioni e su cui insistono i suddetti beni o aree, nel rispetto dei principi di non discriminazione, trasparenza e parità di trattamento. A tal fine i cittadini residenti costituiscono un consorzio del comprensorio che raggiunga almeno il 66 per cento della proprietà della lottizzazione. Le regioni e i comuni possono prevedere incentivi alla gestione

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

(art. 190) e (6) del contratto di “*concessione di immobili in cambio di opere*” (art. 191)¹².

(vi.1) Sempre la PARTE IV, ai Titoli II e III, disciplina, rispettivamente, gli affidamenti *in house* (art. 192 da integrare con il TU sulle società pubbliche di cui al

diretta delle aree e degli immobili di cui al presente comma da parte dei cittadini costituiti in consorzi anche mediante riduzione dei tributi propri.

2. Per la realizzazione di opere di interesse locale, gruppi di cittadini organizzati possono formulare all'ente locale territoriale competente proposte operative di pronta realizzabilità, nel rispetto degli strumenti urbanistici vigenti o delle clausole di salvaguardia degli strumenti urbanistici adottati, indicandone i costi ed i mezzi di finanziamento, senza oneri per l'ente medesimo. L'ente locale provvede sulla proposta, con il coinvolgimento, se necessario, di eventuali soggetti, enti ed uffici interessati fornendo prescrizioni ed assistenza. Gli enti locali possono predisporre apposito regolamento per disciplinare le attività ed i processi di cui al presente comma.

3. Decorsi due mesi dalla presentazione della proposta, la proposta stessa si intende respinta. Entro il medesimo termine l'ente locale può, con motivata delibera, disporre l'approvazione delle proposte formulate ai sensi del comma 2, regolando altresì le fasi essenziali del procedimento di realizzazione e i tempi di esecuzione. La realizzazione degli interventi di cui ai commi da 2 a 5 che riguardino immobili sottoposti a tutela storico-artistica o paesaggistico-ambientale è subordinata al preventivo rilascio del parere o dell'autorizzazione richiesti dalle disposizioni di legge vigenti. Si applicano in particolare le disposizioni del codice dei beni culturali e del paesaggio, di cui al decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42.

4. Le opere realizzate sono acquisite a titolo originario al patrimonio indisponibile dell'ente competente.

5. La realizzazione delle opere di cui al comma 2 non può in ogni caso dare luogo ad oneri fiscali ed amministrativi a carico del gruppo attuatore, fatta eccezione per l'imposta sul valore aggiunto. Le spese per la formulazione delle proposte e la realizzazione delle opere sono, fino alla attuazione del federalismo fiscale, ammesse in detrazione dall'imposta sul reddito dei soggetti che le hanno sostenute, nella misura del 36 per cento, nel rispetto dei limiti di ammontare e delle modalità di cui all'articolo 1 della legge 27 dicembre 1997, n. 449 e relativi provvedimenti di attuazione, e per il periodo di applicazione delle agevolazioni previste dal medesimo articolo 1. Successivamente, ne sarà prevista la detrazione dai tributi propri dell'ente competente.

6. Restano ferme le disposizioni recate dall'articolo 43, commi 1, 2, e 3 della legge 27 dicembre 1997, n. 449, in materia di valorizzazione e incremento del patrimonio delle aree verdi urbane.

¹² V.nsi, sul *project financing*, “Atti. Il project financing e la sua applicazione in Italia, FAST, 12-2-1998, nonché la Bibliografia sub par. 10. e così per gli altri istituti sub (vi); CASA VECCHIA, “Il contratto di project financing (artt. 152-160 del codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture). La locazione finanziaria di opere pubbliche o di pubblica utilità (art. 160 bis). Il contratto di disponibilità (art. 160 ter del citato codice). Cenni”, in NDS, 5/2007.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

d.lg. 175/2016), le *società pubbliche di progetto* (art. 193) e l'istituto del “*Contraente generale*” (artt. 194-199)¹³.

(vii) La PARTE V disciplina: “*Le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese*” agli artt. 200-203.

(vii) La PARTE VI, intitolata: “*Disposizioni finali e transitorie*” (artt. 200-220), disciplina:

*al Titolo I (Contenzioso): (1) i ricorsi giurisdizionali, al Capo I (art. 204, da porre in relazione all'art. 32/11: se ne parlerà in seguito); (2) i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale (Accordo Bonario, Transazione, Collegio consultivo tecnico, Arbitrati, Pareri di precontenzioso dell'ANAC: artt. 205-211);

*al Titolo II (Governance), l'attività dell'ANAC, del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti e della relativa struttura tecnica di missione, del Consiglio superiore dei lavori pubblici (artt. 212-215);

*al Titolo III (Disposizioni transitorie, di coordinamento e abrogazione), la normativa basilare di cui all'art. 216 per il periodo transitorio e ciò in attesa che il d.lg. 50/2016 sia completato dai vari testi normativi di cui si dirà al successivo paragrafo. Tale Titolo contiene poi l'elenco delle disposizioni che vengono abrogate (art. 217) con la prescrizione per la quale: “*1. Ogni intervento incidente nel presente Codice o sulle materie dallo stesso disciplinate è attuato mediante esplicita modifica, integrazione, deroga o sospensione delle specifiche disposizioni in esso contenute*” (art. 218)^{14 15}.

2. I testi normativi presupposti dal d.lg. 50/2016.

2.1. Il d.lg. 50/2016 è un testo normativo e, cioè, un *insieme (relativamente) coordinato di regole o norme* che include ed esclude, al contempo, nel proprio perimetro, certi contratti di appalto e certi contratti di concessione, il tutto come si è visto, sinteticamente, al par. 1. che precede.

Detto questo tale testo è un “fatto” *complesso*: si *intreccia* con le normative abrogate che hanno disciplinato la stessa materia e cioè i contratti di appalto e le concessioni di lavori, servizi e forniture (v.si “Appendice 1”) e con quelle che con esso sono connesse (v.si “Allegato 2”).

Ciò significa che tale testo normativo, ai fini della relativa *interpretazione ed applicazione*, va letto *storicamente* (e cioè in relazione ai testi normativi del passato di

¹³ V.nsi: DE NICTOLIS-CAMERIERO, Le società pubbliche in house e miste, Giuffrè, 2008, nonché “Bibliografia” sub par. 10.

¹⁴ Tale articolo viene a modificare, per il testo normativo in commento, l'art. 15 delle disposizioni preliminari al codice civile.

¹⁵ Per una lettura sintetica del d.lg. 51/2016 si consiglia l'articolo della DE NICTOLIS, Il nuovo Codice dei contratti pubblici, citato al par. 10. (Bibliografia).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

cui all'”Appendice 1”)¹⁶ e, *sistematicamente*, con quelli ad esso connessi (quelli di cui all'”Allegato 2”)¹⁷). Da qui la conclusione per la quale poche *disposizioni normative* di questo *insieme* sono *immediatamente chiare*. Esse abbisognano, ognuna, di un approfondito esame alla luce delle norme del passato per disciplinare il comportamento del futuro.

Da qui la quasi certezza che, come ogni altro testo normativo, il d.lg. 50/2016, essendo chiamato a porre <<ordine nel disordine>>¹⁸, non ha la pretesa di enunciare a priori un insieme sterminato di *regole* chiare ed immutabili. E da qui, ancora, la *filosofia* di fondo di tale testo di cui si parlerà successivamente.

Nel presente sintetico commento al d.lg. 50/2016 si parla, a volte, di articoli, a volte di commi, a volte di norme. Va chiarito, una volta per tutte, che l'*ordinamento giuridico* come insieme strutturato di regole o norme, è costituito, appunto, da *regole*. Queste sono originate dalle c.d. “fonti di produzione del diritto”. Ciò significa che le regole giuridiche o norme sono contenute in certi testi normativi: **(1)** Costituzione, come, fonte primaria degli Stati (normalmente quelli ispirati a principi “liberal-democratici”); **(2)** leggi costituzionali; **(3)** leggi (nazionali e regionali per l'Italia); **(4)** Regolamenti; **(5)** sentenze; **(6)** atti negoziali appartenenti al c.d. “regno dell'autonomia privata”; **(7)** altri atti (circolari, raccolta di usi, Linee guida eccetera)¹⁹. Per alcuni (H.Kelsen) alla base della piramide delle “fonti del diritto” si trova, poi, una *norma fondamentale* o *Grund*

¹⁶ V.nsi, per la materia degli *appalti* e dei contratti pubblici, soprattutto, i testi di GIANNINI, CIANFLONE e GIOVANNINI e D'ALBERTI, citati nella nota 2.

¹⁷ Per la prevalenza del criterio *sistematico di interpretazione*, v.si soprattutto, GIANNINI, L'interpretazione dell'atto amministrativo e la teoria generale dell'interpretazione, in Scritti, Volume I, Giuffrè 2000, pag. 127.

¹⁸ Chi scrive si permette di richiamare uno suo scritto su “Il diritto come fenomeno complesso. Parteterza”, “Nuovo Diritto delle Società” (di seguito “NDS”), 7/2016.

¹⁹ Oggi si usa anche la locuzione *hard law* in contrapposizione a quella *soft law*. <<La globalizzazione economica del mercato da un lato, il diritto comunitario dall'altro hanno fatto acquistare rilevanza positiva al fenomeno della *soft law*, termine coniato in contrapposizione alla *hard law*, che designa le fonti del diritto tradizionalmente intese, il cui valore è affidato a principi di carattere formale, secondo una costruzione geometrica di impronta kelseniana. Viceversa gli atti costitutivi della *soft law* (gli usi non normativi, i codici di condotta, l'interpretazione e le clausole generali, i principi, la *lex mercatoria*, le regolamentazioni delle Associazioni di categoria, etc.), accomunati dal carattere essenzialmente non vincolante delle regole che con essi vengono poste, trovano fondamento nell'effetto pratico che le relative disposizioni producono sui destinatari. E' in particolare nella comunità degli affari –cosmopolita e in perenne movimento, bisognosa di regole transazionali che siano dotate al tempo stesso di flessibilità e effettività, sovente arginate dalle stesse pratiche commerciali che intendono regolare –che la *soft law* ha trovato successo, affermandosi nei contratti internazionali, specie a livello di giudizi arbitrari>> (BELLOMO, Manuale di dir. amm., CEDAM, 2008, Vol. I, pagg. 152).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Norm per la quale, affinché funzioni l'ordinamento giuridico, occorre "ubbidire alle leggi". Si potrebbero denominare le "fonti del diritto" come atti che contengono "disposizioni normative". Queste, in quanto vanno poi *interpretate*, *danno luogo alle "norme"*: in definitiva non si danno norme se non dopo che le disposizioni normative sono state *interpretate*. Quindi il viaggio, dalle *fonti* alle *norme* è caratterizzato da: (1) **D** (=disposizioni normative); **I** (=interpretazione); **N** (=norme). Per "fonti di cognizione" si intendono, invece, semplicemente le raccolte di leggi, Regolamenti, usi (es.: la G.U., la GUCE ecc.).

Nel presente commento, siccome si tratta di un decreto legislativo, quando si parla di "norme; in realtà ci si riferisce a "disposizioni normative di origine legislativa" contenute in *articoli, commi, periodi* eccetera e ciò per adeguarsi all'uso comune del linguaggio di commento di testi normativi di origine legislativa. Si cercherà, d'ora in avanti, di utilizzare una terminologia più corretta e cioè: parlare del d.lg. 50/2016 come di un insieme di "*disposizioni normative*" (di fonte legislativa) e di "norme" allorquando queste siano interpretate.

Da qui la inevitabile conseguenza che mentre le "*disposizioni normative*" sono chiare (sono quelle scritte dal legislatore, dai magistrati, dai privati quando stipulano contratti), le "*norme*" sono incerte perché frutto di interpretazioni soggettive e opinabili²⁰.

2.2. Fatte queste brevi premesse, va subito detto che a rendere complesso il d.lg. 50/2016 non sono solo i testi normativi (leggi, regolamenti eccetera) richiamati nei commi dei vari articoli (v.nsi, ad esempio, l'art. 1/2, lett. e) che richiama l'art. 16/2 del dpr 6-6-2001, n. 380 e l'art. 28/5 della l. 17-8-1942, n. 1150; l'art. 2/2 che richiama l'art. 117 della Costituzione eccetera), ma i testi normativi che, dopo la sua data di entrata in vigore, devono essere emanati per rendere "relativamente" completo il testo normativo sinteticamente commentato nel presente scritto.

2.2.1. Trattasi di 60 testi normativi, dei quali solo alcuni sono stati emanati (v.si "Appendice 2"). Ma non basta: il d.lg. 50/2016 è destinato ad essere arricchito: **(1)** da future "Linee guida", "bandi-tipo", "capitolato-tipo" ed "altri strumenti di regolamentazione flessibile comunque denominati" che saranno emanati dall'Autorità Nazionale Anticorruzione – ANAC (v.si art. 213); **(2)** da "Linee guida interpretative e di indirizzo" che, su proposta dell'ANAC, saranno emanate dal Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti, a sensi dell'art. 1/5 della l. 28-1-2016, n. 11 (v.si art. 214/12); **(3)** da atti emanati dalla "Cabina di regia" istituita presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri (v.si art. 212) e dal Consiglio Superiore dei lavori pubblici (art. 215); **(4)** da atti emanati in ambito UE; **(5)** da *aggiornamenti* (di cui già si parla), così

²⁰ V.si su tali questioni, soprattutto GUASTINI, Lezioni sul linguaggio giuridico, Giappichelli, 1985; Lezioni di teoria analitica, del diritto, Giappichelli, 1982, Dalle fonti alle norme, Giappichelli, 1990.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

come previsto dall'art. 1/8 della legge delega n. 11/2016 (e dallo stesso art. 218 del d.lg. 50/2016); (6) dalla *giurisprudenza* che, come è noto, costituisce, oramai, una "fonte" primaria del diritto²¹.

2.3. Da qui la conclusione che il d.lg. 50/2016 è, forse, oramai leggibile solo più da *specialisti* (leggasi, ANAC, Cabina di regia, "*stazioni appaltanti aggregate*", "*centrali di committenza di cui agli artt. 37-39*), con esclusione di altri professionisti e degli stessi magistrati.

3. Principi, norme, definizioni presenti nel d.lg. 50/2016.

3.1. Va, ancora, precisato che se l'ordinamento giuridico in genere e quello italiano in specie sono degli *insiemi strutturati di regole o norme*²² caratterizzati dai principi di *unità, coerenza* (per evitare *antinomie* tra norme e norme) e *completezza* (per colmare,

²¹ V.nsi, per tutti, sulla giurisprudenza come fonte del diritto: KELSEN, La dottrina pura del diritto, Einaudi, 1966 (V, Le cosiddette <<fonti del diritto>> [263 e segg.] e sub g): la giurisdizione [267 e segg.]; HART, Il concetto di diritto, Einaudi, 1961, 158-159 e 166 e segg. (VII, 3. Definitività e infallibilità della sentenza); ROSS, Diritto e giustizia, Einaudi, 1965, 72 e segg. [III, Le fonti del diritto e par. 17 sub "Il precedente"]; SACCO, Introduzione al diritto comparato, VI ed., Giappichelli, capitolo secondo, par. 4. (27 e segg.) e 5. (36 e segg.); PIZZORUSSO, Delle Fonti del diritto, Artt. 1-9, Zanichelli-Foro it., 1977, Appendice, 379 e segg. e, in particolare, par. VII su "Il precedente giudiziario" (525 e segg.); SACCO, L'interpretazione e MONATERI, I grandi interpreti, in AA.VV., Le fonti non scritte e l'interpretazione (a cura di ALPA e altri), UTET, 1999, rispettivamente, in Titolo secondo, 159 e segg. e Titolo terzo, 423 e segg.; TARELLO, L'interpretazione della legge, Giuffrè, 1980; AA.VV., Sistemi giuridici comparati (a cura di GAMBARO E SACCO), UTET, 1999; MATTEI, Common Law. Il diritto anglo-americano, UTET, 1992, capitolo sesto (Le fonti del diritto, 1. La giurisprudenza); PAGALLO, Alle fonti del diritto, Giappichelli, 2002; PUNZI, Dialogica del diritto. Studi per una filosofia della giurisprudenza, Giappichelli, 2009. V.si, per il *Common Law*, MATTEI, Common Law. Il diritto anglo-americano, UTET, 1992, cap. sesto su "Le fonti del diritto", pagg. 213 e segg.

²² V.nsi: KELSEN, cit.; BOBBIO, Studi per una teoria generale del diritto, Giappichelli, 1970; TARELLO, Cultura giuridica e politica del diritto, Il Mulino, 1988 (Parte seconda, par. 2, <<Ordinamento giuridico>> [173 e segg.] e Parte quarta, par. 4 "Sulla teoria (generale) del diritto [391 e segg.]); LOSANO, Sistema e struttura nel diritto (3 volumi), Giuffrè, 2002; Pagallo, Testi e contesti dell'ordinamento giuridico, Cedam, 2001; BOBBIO, La consuetudine come fatto normativo, Giappichelli, 2010; COCCO, La rilevanza penale dei vizi degli atti amministrativi elementi della fattispecie estintiva penale: in particolare le ipotesi della concessione edilizia in sanatoria e del condono edilizio, in AA.VV., Studi economico-giuridici, Giappichelli, 1998, 73 e segg.; ASSINI, Codice dell'urbanistica e dell'edilizia, Cedam, 2009; DI AMATO, Contratto e reato. Profili civilistici, ESI, 2003, in Trattato di diritto civile . . . (diretto da Perlingieri); LIBERATI, Contratto e reato. Interferenze tra disciplina civile e disciplina penale, Giuffrè, 2004;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

attraverso il criterio dell'*analogia* di cui gli artt. 12-14 delle preleggi al codice civile, le *lacune* dell'ordinamento), altrettanto lo sono quei sottoinsiemi che costituiscono delle parti relativamente autonome dell'ordinamento. In detti casi il sottoinsieme si comporta come una parte di un *frattale*: <<... *successivi ingrandimenti di piccole regioni dell'oggetto "frattale" mostrano sempre la stessa struttura ...*>> (da "La Piccola Enciclopedia Treccani", IV, 914 e segg.)²³ e un codice simula, seppure in maniera imperfetta, un oggetto frattale.

Infatti, come nell'ordinamento giuridico sono presenti *disposizioni normative, principi, definizioni*, così anche nel d.lg. 50/2016, sono presenti "*disposizioni normative*" di organizzazione o costitutive, di condotta o regolative e di relazione, di azione, primarie e secondarie e, tra queste ultime, quelle di "*riconoscimento, di mutamento eccetera*"²⁴, *principi* (v.nsi artt. 4, 5, 29, 30, 37/5, 42, 94, 164-169 [in tema di *contratti di concessione eccetera*]) e *definizioni* (v.si l'art. 3).

Mentre le *disposizioni normative*, specie quelle di condotta o regolative o di relazione disciplinano il comportamento dei *sogetti* e degli *enti* dell'ordinamento giuridico, quelle di *azione* sono importanti nel campo del diritto pubblico: trattasi di direttive che, normalmente, il potere legislativo rivolge al potere esecutivo o ad altri enti (alle Regioni a statuto ordinario ecc.). Il legislatore, in tal caso, usa sempre il verbo all'indicativo²⁵. Il legislatore rivolge cioè al potere esecutivo delle direttive che questo deve porre in pratica per attuare, attraverso provvedimenti e atti amministrativi, la "*legge*"²⁶.

Si è parlato, sin qui, di norme. Accanto a queste si collocano i "*principi*". Questi, il più delle volte, sono norme inespresse le quali giustificano il ricorso all'*analogia legis e/o iuris* (art. 12 delle "preleggi" al c.c.). Come tali non sono che norme o metanorme. Vi sono però dei principi che costituiscono non delle norme o delle metanorme, bensì dei valori. Questi non consistono in regole che costituiscono delle entità o in regole che disciplinano una certa condotta: consistono in entità ideali che "*informano*" l'intero ordinamento giuridico. I valori di *libertà*, di *giustizia* -seppur dal significato *vago*²⁷- aiutano a interpretare le norme: si collocano, accanto alle metanorme, come criteri interpretativi delle norme e fondano *l'equità*, la "*mitezza*" dell'ordinamento giuridico.

L'esistenza dei principi viene evidenziata, il più delle volte, allorquando si ha un caso concreto che deve essere inquadrato in una qualche norma giuridica. In tal caso è

²³ V.si, sui frattali, MANDELBROT, Gli oggetti frattali. Forma, caso e dimensione. Einaudi, 2000.

²⁴ V.nsi, per le norme secondarie di mutamento, soprattutto HART citato nella nota 21.

²⁵ "La PA fa x, y, z" e non "La PA deve fare x, y, z": in tal caso il verbo indicativo ha valore deontico.

²⁶ Pena l'illegittimità di tali atti per "incompetenza", "violazione di legge" o "eccesso di potere" (v.si l. 241/90).

²⁷ V.si sul significato di *vaghezza*: LUZZATI, La vaghezza delle norme. Un'analisi del linguaggio giuridico, Giuffrè, 1990.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

possibile riportare il caso concreto *x* nell'ambito di previsione della disposizione normativa D1 o di quella D2: non solo: normalmente, se si sceglie di riportare *x* nell'ambito di operatività di D1, rimane ancora da compiere un'operazione: quella di attribuire a D1 il significato S1 o S2 (e, quindi, costruire la regola N1 o quella N2).

Nonostante le norme di interpretazione delle norme e/o dei contratti rimane normalmente dubbio se *x* va rapportato a D1 o D2, e se a D1, ancora se quest'ultima disposizione ha il significato S1 o S2. E' ovvio come, in tali casi, la scelta avviene alla luce non di norme o di metanorme, bensì di principi (di libertà, di giustizia, di equità ecc.). Ciò è tanto vero da giustificare teorie generali del diritto che affermano essere il diritto oggettivo un insieme di regole strettamente collegate, da un parte, ai fatti economici e, dall'altra, all'ideologia. E l'ideologia -termine esso pure vago- può, a seconda dei casi, privilegiare i valori di libertà rispetto a quelli di giustizia (liberalismo e liberismo) o i valori di giustizia rispetto a quelli di libertà (socialismo e economia mista) o, ancora, altri valori (quelli religiosi, quelli laici di un certo tipo ecc.).

I principi stanno apparentemente al di fuori dell'ordinamento giuridico in senso stretto, se questo viene inteso come un insieme strutturato di norme: appartengono all'ordinamento etico, religioso, culturale, ideologico: però collegano l'ordinamento giuridico al "resto" dell'attività umana e quindi ne fanno parte rendendo "impuro" l'ordinamento giuridico (sui principi: v.nsi: Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Torino Einaudi, 1992, 147 e segg.; Bobbio, *Contributi ad un dizionario giuridico ... v. "PRINCIPI"* 1994, 257 e segg.; Alpa, *I principi generali*, Milano Giuffrè, 1993). Si può anche dire che i "principi" sono norme "aperte", mentre le norme in senso stretto sono "chiuse".

Dal punto di vista funzionale, le regole giuridiche agiscono nel ragionamento pratico come ragioni perentorie e indipendenti dal contenuto (la caratterizzazione è ripresa da Hart 1982). Le regole sono ragioni perentorie (ragioni protette nella terminologia di Raz., 1979, 1990) nel duplice senso che sono ragioni di primo ordine per compiere l'azione prescritta e ragioni di secondo ordine (ragioni escludenti) per escludere qualsivoglia decisione del destinatario della norma intorno agli argomenti pro e contro il compimento dell'azione in questione. Sono inoltre ragioni indipendenti dal contenuto, poiché il loro carattere perentorio dipende dal fatto che hanno origine o fonte nell'autorità normativa che le ha promulgate.

Per contro, i principi non sono ragioni perentorie, poiché non escludono ogni decisione da parte del destinatario della norma; sono solo ragioni di primo ordine, che indirizzano il corso di azione, ma entrano nella decisione dell'agente insieme con altre ragioni (altri principi), e che possono pertanto essere superate nel bilanciamento delle ragioni.

Forse a questo proposito si potrebbe usare un'analogia (Alchourròn 1993). Nell'ambito della filosofia morale, è stato sostenuto che una difficoltà notevole dell'etica kantiana giace nella sua configurazione dei doveri morali come doveri assoluti. Così, ad esempio, se c'è un dovere morale di dire la verità, allora in qualunque circostanza è moralmente obbligatorio dire la verità. In questo caso, il dovere morale di dire la verità si comporta

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

come una regola, assolutamente opaca (per la distinzione tra opacità e trasparenza delle regole, si veda Regan 1989) di fronte ad altri doveri che possono entrare in conflitto con il dovere di dire la verità. Non importa ora che questo dovere sia configurato come categorico (nel particolare senso kantiano). E' comunque possibile formulare una regola condizionale che dica pressappoco: "Ogniqualsivolta tu faccia un'osservazione, devi dire ciò che credi vero". Dato che questa posizione pare insoddisfacente, alcuni filosofi morali (cfr. Ross, 1930) hanno sostenuto che i doveri morali sono non doveri assoluti, bensì doveri prima facie, che possono cioè entrare in conflitto con -ed essere superati da- altri doveri morali. Per esempio: nel 1940, a Berlino, un tedesco benevolo di classe elevata nasconde in casa un amico ebreo; un giorno, egli prende il tè con un alto dirigente della Gestapo, e questi gli domanda se per caso egli sappia qualcosa proprio di quell'ebreo che nasconde; ebbene, una morale che esigesse dal nostro buon prussiano una risposta sincera ci parrebbe una morale spregevole. Per questa ragione, il dovere morale di dire la verità è non un dovere assoluto, ma un dovere prima facie, che si comporta come un principio, del tipo: "Ogniquavolta tu faccia un'asserzione, e non vi sia un principio concorrente che superi il dovere morale di dire la verità (ad esempio, il principio secondo cui si deve proteggere la vita di un innocente) devi dire ciò che credi vero".

Questa analogia ci consente di approfondire meglio la differenza logica tra regole e principi. Le regole possono essere concepite come enunciati condizionali classici.

I principi, invece, si comportano non come condizionali classici, bensì come condizionali superabili (defeasible conditionals) che offrono solo ragione di prima facie.

Un sistema di regole è dunque, un sistema di doveri condizionali non superabili. Un sistema di principi, per contro, è un sistema di doveri condizionali superabili.

(Moreso, Come far combaciare i pezzi del diritto, in *Analisi e diritto* 1997, Torino Giappichelli 1998, 81).

3.1.1. (a) I principi, nel nostro ordinamento giuridico, sono richiamati nell'articolo 12 delle "preleggi" al codice civile. Esempi di principi sono quelli della "intangibilità della persona", della "tutela della salute", del "valore della famiglia", della "eguaglianza dei coniugi", della "tutela dei minori", della "tutela della proprietà", della "libertà contrattuale", del "rischio di impresa" eccetera. A volte i principi sono espressi con brocardi latini: "fraus omnia corrumpit", "mala fides superveniens non nocet", "servitus in faciendo consistere nequit", "Pacta sunt servanda", eccetera (v. Alpa, op. cit.).

(b) Nell'**ordinamento comunitario**, si possono menzionare i seguenti principi:

(b.1) **I principi generali di diritto relativi a ogni sistema giuridico, in particolare quelli comuni desunti dagli ordinamenti degli Stati membri e recepiti nell'ordinamento comunitario, che rappresentano il comune sostrato giuridico dell'ordinamento integrato:**

* *principio di legalità, rispetto dei diritti della difesa e diritto al contraddittorio;*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

- * *rispetto della riservatezza*;
- * *certezza del diritto* (il quale impone che, tanto le norme comunitarie quanto le norme degli Stati membri, nelle materie disciplinate dal diritto comunitario, devono essere formulate in modo non equivoco al fine di consentire ai soggetti interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro, preciso e prevedibile);
- * *non retroattività degli atti amministrativi*;
- * *rispetto dei diritti quesiti*;
- * *buona fede* (che si impone anche alle istituzioni);
- * *legittimo affidamento* (secondo cui gli amministrati devono poter contare sul mantenimento di una situazione giuridica di fronte a una sua modifica improvvisa che non potevano ragionevolmente aspettarsi, oppure quando il comportamento dell'istituzione ha fatto sorgere nell'interessato un'aspettativa ragionevolmente fondata o rispetto a una prassi nazionale non conforme al diritto comunitario);
- * *arricchimento senza causa*;
- * *forza maggiore*;
- * *proporzionalità* (per cui la sanzione di un obbligo comunitario deve essere appropriata e necessaria per raggiungere il fine perseguito; e in caso di misure alternative sia adottata quella che impone oneri minori).

(b.2) I principi generali propri del diritto comunitario, attinenti in modo specifico a questo ordinamento, ricavati cioè in modo autonomo dal sistema dei testi scritti, in quanto ritenuti espressione di regole più generali, o desunti dalla stessa natura, struttura e finalità dell'Organizzazione:

- * *solidarietà* (che lega gli Stati membri e alla quale essi devono uniformare i loro comportamenti);
- * *leale cooperazione* (che impone agli Stati membri di assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto comunitario e astenersi da qualsiasi misura che possa compromettere la realizzazione degli scopi del Trattato);
- * *responsabilità dello Stato membro* (per danni derivanti agli individui dalla violazione ad esso imputabile di un obbligo comunitario);
- * *preferenza comunitaria* (che, tuttavia, trova applicazione solo nei limiti delle finalità del Trattato);
- * *equilibrio istituzionale*;
- * *mutuo riconoscimento*;
- * *effetto diretto, effetto utile* (che impone un'applicazione dell'atto comunitario funzionale al raggiungimento della finalità perseguita);
- * *libertà di circolazione delle persone e libero esercizio delle attività professionali*;
- * *libertà di concorrenza e di esercizio delle attività economiche* (che può tuttavia trovare limitazioni giustificate dal perseguimento di un interesse generale della Comunità);

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

- * *non discriminazione e parità di trattamento*, (definito “uno dei principi giuridici fondamentali della Comunità”, tanto in ragione della nazionalità, che del sesso);
- * *uguaglianza* (che vieta di trattare in modo diverso situazioni simili o viceversa);
- * *libertà di religione*;
- * *libertà di espressione e di informazione*;
- * *libertà di circolazione e di associazione*;
- * *inviolabilità del domicilio* (che tuttavia non può essere invocato per tutelare l’inviolabilità dei locali commerciali);
- * *diritto di proprietà* (che può tuttavia incontrare dei limiti in funzione dell’interesse generale);
- * *rispetto della vita privata e del segreto professionale*;
- * *diritto alla tutela giurisdizionale*;
- * *diritto a un giusto processo*;
- * *non retroattività delle norme penali e riserva della retroattività della legge penale più favorevole*;
- * *rispetto dei diritti della difesa*;
- * *non discriminazione in ragione del sesso* (da Trattato di diritto amministrativo europeo, diretto da **Chiti e Greco**, Milano 1997, I, 49 e segg.).

Le “definizioni”, infine, tendono a circoscrivere il significato di certe *disposizioni normative* e, quindi, vengono a volte paragonate alle leggi di *interpretazione autentica*; mentre, però, queste ultime intervengono *a posteriori* per chiarire il significato di norme contenute, normalmente, in leggi precedenti, le definizioni, al contrario, si pongono *a priori* per interpretare, chiarire, il significato di norme *successive*, seppure – e normalmente- contenute nello stesso testo normativo.

Queste, comunque, possono atteggiarsi in due maniere: (1) o consistono in norme di condotta che rinviano a regole tecniche (es.: “Per costruire un ponte devi servirti delle regole tecnico-matematiche del tipo x”); (2) o consistono in regole convenzionali del tipo: “L’ente a è un ente pubblico economico”. Nel primo caso si ha una normale regola di condotta che incorpora una regola tecnica (es.: la normativa tecnica relativa alle varie costruzioni in cemento armato, in legno, in ferro eccetera). Nel secondo caso la definizione parrebbe essere una norma costitutiva del tipo: “L’ente pubblico economico è quell’ente pubblico con le proprietà x, y e z e l’ente a è un ente pubblico economico”. Se, allora, le definizioni giuridiche sono norme (ma la questione è molto dubbia: v.si: Tarello, *L’interpretazione della legge*, Milano Giuffrè 1980, 153 e segg.) non hanno una autonomia loro propria²⁸.

3.2. Le disposizioni normative di mutamento (quali quelle, ad esempio, che affidano all’ANAC il compito di emanare “Linee guida”) tendono ad ampliare il numero delle disposizioni presenti in un dato testo normativo e ciò perché il legislatore: (a) emana un

²⁸ V.si, altresì, MODUGNO, *L’interpretazione giuridica*, CEDAM, 2012.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

certo numero di disposizioni (del più vario tipo), enunciando, al contempo, i relativi principi e le relative definizioni; (b) poi affida a certe Autorità (indipendenti, Ministeri, Regioni eccetera), il compito di emanare altri atti che integrano, interpretano il testo primitivo (e primario) emanato dal legislatore²⁹.

4. Novità del d.l.g 50/2016: suoi pregi e difetti.

4.1. Sebbene all'art. 3/1, lett. uuuu) del d.l.g. 50/2016, venga enunciato che:

Ai fini del presente codice si intende per : ... uuuu) <<codice>>, il presente decreto che disciplina i contratti pubblici di lavori, servizi, forniture

la definizione è poco rilevante: costituisce una ripetizione di quanto già si legge all'art. 1/1 (“*Il presente codice disciplina i contratti di appalto e di concessione delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori aventi ad oggetto l'acquisizione di servizi, forniture, lavori e opere, nonché i concorsi pubblici di progettazione*”) ED è monca (perché non menziona i *contratti di concessione* ed è anche poco corretta.

Infatti se è vero che, oggi, per *codice* si intende “... *il corpo organico e sistematico comprensivo di tutte le norme pertinenti a un ramo del diritto, formalmente, nella sua unità complessiva, del potere legislativo: Codice civile, Codice penale eccetera*” (da “Piccola Enc. Treccani”, III, 137), allora il d.l.g. 50/2016 difficilmente può essere definito un codice. Infatti non comprende tutte le norme che regolano la materia degli appalti pubblici. Tale situazione, però, non costituisce un difetto del testo normativo sugli appalti perché, a parere di chi scrive, il fatto che una normativa sia una specie di *cantiere aperto* e non un sistema chiuso si colloca nell'ambito della teoria della *complessità*³⁰.

²⁹ Sulle *norme secondarie di mutamento*, v.nsi: HART, Il concetto di diritto, Einaudi, 1965, 33-60 e 95-117; BOBBIO, Norme primarie e secondarie, Giappichelli, 1967; GAVAZZI, Norme primarie e secondarie, Giappichelli, 1967; AA.VV. (a cura di MAZZARESE), Teoria del diritto e filosofia analitica. Studi in ricordo di G. Gavazzi, Giappichelli, 2012.

³⁰ V.nsi, VON BERTALANFFY, Teoria generale dei sistemi, Mondadori, 1983; GELL-MANN, Il quark e il giaguaro. Avventure nel semplice e nel complesso, Bollati Boringhieri, 1996; CHAITIN, Teoria algoritmica della complessità, Giappichelli, 2006; Alla ricerca di omega, Adelphi, 2007; Darwin alla prova. L'evoluzione vista da un matematico, Le scienze, 2013; BENKIRANE, La teoria della complessità, Bollati Boringhieri, 2007; STEWART. Dio gioca a dadi. La nuova matematica del caos, Bollati Boringhieri, 2010; GANDOLFI, Formicai, imperi, cervelli. Introduzione alla scienza della complessità, Bollati Boringhieri, 2008; DE ANGELIS, La logica della complessità. Introduzione alla teoria dei sistemi, B.Mondadori, 1996. AA.VV., La sfida della complessità (a cura di BOCCHI E CERUTI), Bruno Mondadori, 2007; AA.VV. (a cura di SPAZIANTE), Conoscere la complessità, B. Mondadori, 2009; BERTUGLIA E VAIO, Non linearità, caos, complessità. Le dinamiche dei sistemi naturali e sociali, Bollati e Boringhieri, 2007; BERTUGLIA E VAIO, Complessità e modelli, Bollati Boringhieri, 2011,

nonché (sempre degli stessi Autori), Non linearità, caos, complessità. Le dinamiche dei sistemi naturali e sociali, Bollati Boringhieri, 2003; BOURSIER, Sciences juridiques et complexité. Un nouveau modèle d'analyse, Revue internationale interdisciplinaire, 61/2011; AA.VV., Droit et complexité. Pour une nouvelle intelligence du droit vivant, Presse universitaire de Rennes, 2007; AA.VV. (a cura di LOLLI E PAGALLO), La complessità di Gödel, Giappichelli, 2008; PAGALLO, Introduzione alla filosofia digitale. Da Leibniz a Chaitin, Giappichelli, 2005; CASTIGNONE, Diritto, linguaggio, realtà. Saggi sul realismo giuridico, Giappichelli, 1995; GOMETZ, La certezza giuridica come prevedibilità; AA.VV., La complessità di Gödel e il diritto, 77 e segg.; PAGALLO, La teoria giuridica della complessità, Giappichelli, 2006; PAGALLO, Il diritto nell'età dell'informazione, Giappichelli, 2014.

Per la BOURSIER (op. cit.):

I sistemi complessi, dalla cellula fino agli ecosistemi, sono il risultato di un processo di evoluzione e di adattamento. La complessità caratterizza perciò numerosi oggetti di ricerca ai quali si interessano da parecchie decadi le scienze fisiche, biologiche e sociali. La caratteristica più comune dei sistemi complessi è la loro imprevedibilità: secondo l'ormai celebre effetto farfalla, il battito d'ali di una farfalla in India può scatenare un uragano sull'America latina. Allo stesso modo, una leggera fluttuazione, come ad esempio l'installazione di qualche famiglia in uno stabile, potrà modificare rapidamente la composizione sociale di un quartiere urbano e provocare un fenomeno di segregazione. Oppure l'applicazione di una nuova legislazione in materia di lasciti successori può avere a scadenza più o meno lunga impatti imprevedibili sulla demografia. Nelle discipline del discorso, la complessità di un messaggio ha designato per molto tempo un fallimento della comunicazione. Nel diritto la complessità delle regole è stata considerata come una minaccia alla "sicurezza giuridica". In effetti, come accettare che le disposizioni della legge siano redatte in modo tale da impedire ad un cittadino di analizzare le conseguenze e agli attori politici di prevederne l'impatto?

Il tema della complessità è dunque divenuto soggetto transdisciplinare –alcuni parlano di nuovo paradigma- che si situa a seconda delle discipline coinvolte al bivio di parecchi paradossi. Le scienze del diritto sono coinvolte direttamente e a più titoli da tale tema. Infatti o la complessità è considerata negativa e allora si deve inscrivere in un programma di semplificazione senza fine, dall'efficacia incerta; o la complessità, inevitabile, diviene una risorsa e deve poter essere trattata e analizzata da nuovi modelli. Noi facciamo l'ipotesi che il diritto sia normalmente complesso e che tale complessità debba essere mantenuta, gestita, sfruttata da modelli adeguati. La complessità dei sistemi giuridici ha quattro cause originarie che abbiamo così identificato: l'auto-organizzazione di un sistema testuale fortemente interconnesso; la lettura ingarbugliata dei testi per l'utente (cittadino, decisore, giudice); la varietà normativa necessaria a render conto di un mondo complesso; l'imprevedibilità degli effetti delle norme. Il diritto ha da sempre inventato per l'utente del diritto soluzioni legislative atte a gestire le due prime cause per mezzo delle soluzioni e perfino costituzionali. Ma la complessità legata alla scrittura è legata ad un programma teorico generale dominato dal metodo analitico, cioè dall'ossessione della descrizione lineare del mondo e da una concezione della lingua fondata sulla funzione di un significato chiaro e unico. Di fronte a tali rimedi noi proponiamo di sviluppare un modello di grafo suscettibile di sfruttare questa caratteristica fondamentale dei sistemi complessi. La "varietà richiesta" potrà difficilmente essere padroneggiata a meno di cambiare il livello di

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Dice Murray Gell-Mann (Premio Nobel per la fisica in quanto padre della teoria dei quark, della cromodinamica quantistica) che rientrano nel fenomeno della complessità: *la matematica, l'informatica, la fisica, la chimica, la biologia delle popolazioni, l'ecologia, la biologia evoluzionistica, la biologia dello sviluppo, l'immunologia, l'archeologia, la linguistica, la scienza politica, l'economia e la storia.*

Recentemente la lista si è allungata. Proprio al Santa Fe Institute (diretto da Gell Mann) dal 19 al 21 marzo 2009 si è tenuto il Workshop “Evolution, Complexity, and the Law” (pag. 11, op. cit. in nota).

Ora se anche il *diritto è un fenomeno complesso* (come già diceva N. Bobbio³¹), ogni insieme di disposizioni concepito come *sistema chiuso more geometrico constructo* urta fatalmente con una realtà in continuo mutamento.

Quando, quindi, il legislatore affida:

*alla “Cabina di regia” (di cui all’ art. 212) il compito di:

...omissis...

- a) effettuare una ricognizione sullo stato di attuazione del presente codice e sulle difficoltà riscontrate dalle stazioni appaltanti nella fase di applicazione anche al fine di proporre eventuali soluzioni correttive e di miglioramento;
- b) curare, se del caso con apposito piano di azione, la fase di attuazione del presente codice coordinando l'adozione, da parte dei soggetti competenti, di decreti e linee guida, nonché della loro raccolta in testi unici integrati, organici e omogenei, al fine di assicurarne la tempestività e la coerenza reciproca;
- c) esaminare le proposte di modifiche normative nella materia disciplinata dal presente codice al fine di valutarne l'impatto sulla legislazione vigente, garantire omogeneità e certezza giuridica, supportando la competente struttura della Presidenza del Consiglio dei ministri nel coordinamento dei vari interventi regolatori nel settore;
- d) promuovere la realizzazione, in collaborazione con i soggetti competenti, di un piano nazionale in tema di procedure telematiche di acquisto, al fine della diffusione dell'utilizzo degli strumenti informatici e della digitalizzazione delle fasi del processo di acquisto;
- e) promuovere accordi, protocolli di intesa, convenzioni, anche con associazioni private per agevolare la bancabilità delle opere pubbliche.

dettaglio al quale interviene la legge. Quanto all'imprevedibilità degli impatti, si possono costruire dei modelli previsionali nell'analizzare fenomeni di emergenza o di rete (traduzione dell'autore del presente articolo).

³¹ V.nsi di BOBBIO, Norme primarie e norme secondarie, in “Studi per una teoria generale del diritto”, Giappichelli, 1970 e su: “L'ordinamento giuridico come sistema complesso”, pagg. 193 e segg.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

*all'ANAC (di cui all'art. 213) il compito di emanare “Linee-guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile” e dice che:

2. L'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. Trasmette alle Camere, immediatamente dopo la loro adozione, gli atti di regolazione e gli altri atti di cui al precedente periodo ritenuti maggiormente rilevanti in termini di impatto, per numero di operatori potenzialmente coinvolti, riconducibilità a fattispecie criminose, situazioni anomale o comunque sintomatiche di condotte illecite da parte delle stazioni appaltanti. Resta ferma l'impugnabilità delle decisioni e degli atti assunti dall'ANAC innanzi ai competenti organi di giustizia amministrativa. L'ANAC, per l'emanazione delle linee guida, si dota, nei modi previsti dal proprio ordinamento, di forme e metodi di consultazione, di analisi e di verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogenei per materia, di adeguata pubblicità, anche sulla Gazzetta Ufficiale, in modo che siano rispettati la qualità della regolazione e il divieto di introduzione o di mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge n. 11 del 2016 e dal presente codice³²

*e al Ministero delle Infrastrutture il compito di emanare altre “*linee guida interpretative e di indirizzo*, su proposta dell'ANAC, sentite le commissioni parlamentari, per assicurare l'uniforme applicazione e interpretazione delle norme di cui al presente codice” (art. 214/12) e al contempo afferma che:

1. Nell'ambito delle funzioni di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999 n. 300, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti promuove le attività tecniche e amministrative occorrenti ai fini della adeguata e sollecita progettazione e approvazione delle infrastrutture ed effettua, con la collaborazione delle regioni o province autonome interessate, le attività di supporto necessarie per la vigilanza, da parte dell'autorità competente, sulla realizzazione delle infrastrutture.

2. Nello svolgimento delle funzioni di cui al comma 1, il Ministero impronta la propria attività al principio di leale collaborazione con le regioni e le province autonome e con

³² Secondo CHITI (v.si par. 10: Bibliografia), “linee guida” non hanno la natura di atti amministrativi generali (così come ipotizzato dal Consiglio di Stato nel parere 855/2016), bensì natura di atti normativi secondari.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

gli enti locali interessati e ne acquisisce, nei casi indicati dalla legge, la previa intesa delle regioni o province autonome interessate. Ai fini di cui al comma 1, il Ministero, in particolare:

- a) promuove e riceve le proposte delle regioni o province autonome e degli altri enti aggiudicatori;
- b) promuove e propone intese quadro tra Governo e singole regioni o province autonome, al fine del congiunto coordinamento e realizzazione delle infrastrutture;
- c) promuove la redazione dei progetti di fattibilità delle infrastrutture da parte dei soggetti aggiudicatori, anche attraverso eventuali intese o accordi procedurali tra i soggetti comunque interessati;
- d) provvede, eventualmente in collaborazione con le regioni, le province autonome e gli altri enti interessati con oneri a proprio carico, alle attività di supporto al CIPE per la vigilanza sulle attività di affidamento da parte dei soggetti aggiudicatori e della successiva realizzazione delle infrastrutture;
- e) ove necessario, collabora alle attività dei soggetti aggiudicatori o degli enti interessati alle attività istruttorie con azioni di indirizzo e supporto;
- f) cura l'istruttoria sui progetti di fattibilità e definitivi ai fini della loro sottoposizione alle deliberazioni del CIPE in caso di infrastrutture e di insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese di cui alla parte V, proponendo allo stesso le eventuali prescrizioni per l'approvazione del progetto. Per le opere di competenza dello Stato, il parere del Consiglio superiore dei lavori pubblici, o di altri organi o commissioni consultive, ove richiesto dalle norme vigenti, è acquisito sul progetto definitivo;
- g) assegna ai soggetti aggiudicatori, a carico dei fondi di cui all'articolo 202, comma 1, lettera a), le risorse finanziarie integrative necessarie alle attività progettuali; in caso di infrastrutture e di insediamenti prioritari per lo sviluppo del Paese di cui alla parte V, propone, d'intesa con il Ministero dell'economia e delle finanze, al CIPE l'assegnazione ai soggetti aggiudicatori, a carico dei fondi, delle risorse finanziarie integrative necessarie alla realizzazione delle infrastrutture, contestualmente all'approvazione del progetto definitivo e nei limiti delle risorse disponibili, dando priorità al completamento delle opere incomplete;
- h) verifica l'avanzamento dei lavori anche attraverso sopralluoghi tecnico-amministrativi presso i cantieri interessati, previo accesso agli stessi; a tal fine può avvalersi, ove necessario, del Corpo della Guardia di finanza, mediante la sottoscrizione di appositi protocolli di intesa

rinuncia all'idea di *codice*. Si avvia a considerare quella parte dell'ordinamento giuridico di cui al d.lg. 50/2016 come costituito non solo da *disposizioni normative primarie* (che dicono agli interessati come si devono comportare nell'ambito dei contratti di appalto e di concessioni pubblici), da principi e da definizioni, bensì da un nutrito numero di *norme secondarie di mutamento* che affidano a certi Enti e Autorità il

compito di emanare altre disposizioni per la *trasformazione* e non solo per la *conservazione* del sistema.

Da qui la prima, profonda, novità introdotta dal d.lg. 50/2016. Questo, quasi seguendo idealmente la dicotomia tra *ius civile* e *ius praetorium* di romanistica memoria e ponendosi nell'ambito della attuale teoria della complessità, tende ad assicurare la *dinamicità* del sistema senza ricorrere a continue modifiche legislative; se, poi, queste ultime si renderanno necessarie, proverranno da organismi *specializzati* (Cabina di regia, ANAC, ecc.) oltre che, ovviamente, dalla giurisprudenza³³.

4.2. Le altre novità rilevanti hanno a che vedere con il *contenuto delle disposizioni di cui è costituito il d.lg. 50/2016*.

4.2.1. Il primo blocco di disposizioni che, a parere di scrive, costituisce una grande novità è contenuto negli artt. 37-39; disposizioni che tendono all'eliminazione di un troppo elevato numero di stazioni appaltanti³⁴. Dette disposizioni, seppur non costituiscano una novità in assoluto, prevedono che le stazioni appaltanti, per procedere ad acquisti di beni (forniture), per procurarsi servizi di importo pari o superiore a 40.000

³³ Dice BOBBIO (in "Norme primarie e norme secondarie" pubblicato nel volume: "Studi per una teoria generale di diritto", Giappichelli, 1970, pagg. 191 e segg. e 193): "Con l'introduzione delle norme di secondo grado, e dell'uno e dell'altro tipo, o di uno soltanto, avviene il passaggio da un sistema normativo semplice a un sistema normativo non semplice (e per cominciare, semi-complesso). Usando la nozione di controllo, propria del linguaggio sociologico, si possono definire sistemi normativi non semplici quei sistemi in cui le norme per il controllo dei comportamenti sono integrate da norme che controllano le stesse norme per il controllo. Questo controllo di secondo grado, in quanto tende ad impedire, da un lato l'inefficienza, dall'altro l'irrigidimento delle norme di primo grado, adempie a due funzioni essenziali per la sopravvivenza del sistema. La funzione delle norme sulla sanzione è quella di impedire la dissoluzione delle norme di primo grado attraverso una continua inosservanza: esse provvedono alla conservazione del sistema. La funzione delle norme sulla produzione normativa è quella di predisporre i meccanismi per la modificazione cosciente e tempestiva delle norme di primo grado: esse provvedono alla trasformazione del sistema" e "Un sistema normativo destinato a rendere possibile la convivenza organizzata di un gruppo sociale stabile è generalmente caratterizzato dalla presenza di entrambi i tipi di norme di secondo grado. Poiché siamo soliti identificare l'ordinamento giuridico, il diritto in quanto sistema normativo, con i sistemi normativi che hanno regole di secondo grado sia per la conservazione sia per la trasformazione, l'ordinamento giuridico può essere considerato come un esempio tipico di sistema normativo complesso. Non mi occupo qui della questione se l'ordinamento giuridico sia l'unico ordinamento complesso e se in conseguenza di ciò l'individuazione del carattere specifico del diritto rispetto a tutti gli altri sistemi normativi stia nella sua natura di sistema complesso. Anche se l'ordinamento giuridico non è il solo sistema normativo complesso, è certo che esso è un tipico sistema normativo complesso".

³⁴ Trattasi di oltre 32.000 stazioni appaltanti (DE NICTOLIS, in "Bibliografia", sub par. 10., pagg. 523).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

euro e per affidare lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro, “... *devono essere in possesso della necessaria qualificazione a sensi dell’art. 38*” (art. 37/1), mentre:

3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all’articolo 38 procedono all’acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica (art. 37/3)³⁵.

Il nuovo sistema -per il quale le stazioni appaltanti, devono aggregarsi ovvero essere rappresentate da centrali di committenza- dovrebbe condurre ad una notevole semplificazione (v.si, altresì, art. 41). Basilare è, poi, la normativa di cui all’art. 43 per il quale:

1. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono ricorrere a centrali di committenza ubicate in un altro Stato membro dell’Unione europea che svolgono la propria attività in conformità alle disposizioni nazionali dello Stato membro in cui è ubicata, nei limiti previsti dall’articolo 37, comma 13.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono aggiudicare un appalto pubblico, concludere un accordo quadro o gestire un sistema dinamico di acquisizione congiuntamente con le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori di diversi Stati membri concludendo un accordo che determina:

a) le responsabilità delle parti e le disposizioni nazionali applicabili;
b) la gestione della procedura di aggiudicazione, la distribuzione dei lavori, delle forniture e dei servizi oggetto dell’appalto e i termini di conclusione dei contratti. L’assegnazione delle responsabilità e il diritto nazionale applicabile sono indicati nei documenti di gara degli appalti pubblici aggiudicati congiuntamente.

3. Se una o più amministrazioni aggiudicatrici o uno o più enti aggiudicatori nazionali hanno costituito con amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori di diversi Stati membri un soggetto congiunto con i gruppi europei di cooperazione territoriale di cui al regolamento (CE) n. 1082/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, o con altri soggetti istituiti in base al diritto dell’Unione europea, con apposito accordo stabiliscono le norme nazionali applicabili alle procedure d’appalto di uno dei seguenti Stati membri:

a) Stato membro nel quale il soggetto congiunto ha la sua sede sociale;
b) Stato membro in cui il soggetto congiunto esercita le sue attività.

³⁵ V.si, sul punto, COMBA, Aggregazioni di contratti e centrali di committenza; la disciplina europea ed il modello italiano, Urb. e app., 10/2016, 1053 e segg., nonché FIORENTINO, Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti, in “Il nuovo Codice di contratti pubblici, Giur. dir. Amm., 4/2016, 436 e segg. e 443 e segg.; Mattarella, La centralizzazione delle committenze, giur. dir. amm., 5/2016, 613 e segg.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

4. L'accordo ai sensi del presente articolo è applicabile per un periodo indeterminato, quando è fissato nell'atto costitutivo del soggetto congiunto ovvero può essere limitato a un periodo determinato, ad alcuni tipi di appalti o a singoli appalti.

(Se, infatti, l'Europa funzionasse come uno *Stato federale* dovrebbe essere normale che per creare veramente la *concorrenza per il mercato* dovrebbero sorgere delle centrali di committenza internazionali in modo da costituire, assieme a quelle italiane e alle aggregazioni, un "... sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico..." e ciò per "... migliorare la qualità degli approvvigionamenti e ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare" [art. 41/1]).

4.2.2. Il secondo gruppo di norme riguarda l'informatizzazione massiccia di tutto il sistema (v.nsi artt. 3/1, lett. zzz)) e segg., 14, 15, 41 52, 54-58 eccetera).

4.2.3. Un terzo gruppo di norme riguarda la tutela (maggiore di quanto avviene oggi) delle "microimprese piccole e medie" (artt. 3/1, lett. aa), 41/1, 51/1 eccetera).

Molto importante è l'art. 51/1 che, in tema di "*suddivisione dei lotti*", afferma:

1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

4.2.4. Un quarto gruppo di disposizioni riguarda le c.d. "*clausole sociali*" (definite dall'art. 3/1, lett. qqq)) per le quali il d.lg. 50/2016 prevede che: **(1)** "1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti possono inserire, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto." (art. 50) e **(2)** che gli "*appalti nei servizi sociali*", i [relativi] concorsi di

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

progettazione e le norme su esecuzione siano regolati a parte e cioè dagli artt. 142-144 (il quale ultimo riguarda i “*servizi di ristorazione*”).

4.2.5. Un quinto gruppo di disposizioni riguarda il c.d. *partenariato per l'innovazione*” (artt. 3/1, lett. nnnn), 35/17 e 65). Merita trascrivere quest'ultimo articolo per il quale:

1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori possono ricorrere ai partenariati per l'innovazione nelle ipotesi in cui l'esigenza di sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi e di acquistare successivamente le forniture, i servizi o i lavori che ne risultano non può, in base a una motivata determinazione, essere soddisfatta ricorrendo a soluzioni già disponibili sul mercato, a condizione che le forniture, servizi o lavori che ne risultano, corrispondano ai livelli di prestazioni e ai costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti.

2. Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori fissano i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare, in modo sufficientemente preciso da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e decidere se partecipare alla procedura.

3. Nel partenariato per l'innovazione qualsiasi operatore economico può formulare una domanda di partecipazione in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, presentando le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa.

4. L'amministrazione aggiudicatrice e l'ente aggiudicatore possono decidere di instaurare il partenariato per l'innovazione con uno o più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo separate. Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando di gara. Soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare alla procedura. Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono limitare il numero di candidati idonei da invitare alla procedura in conformità all'articolo 91. Gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo conformemente all'articolo 95.

5. Il partenariato per l'innovazione è strutturato in fasi successive secondo la sequenza delle fasi del processo di ricerca e di innovazione, che può comprendere la fabbricazione dei prodotti o la prestazione dei servizi o la realizzazione dei lavori. Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento della remunerazione mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore può decidere, dopo ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

6. Salvo che non sia diversamente disposto dal presente articolo, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori negoziano le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati, tranne le offerte finali, per migliorarne il contenuto. I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non sono soggetti a negoziazioni.

7. Nel corso delle negoziazioni le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori garantiscono la parità di trattamento fra tutti gli offerenti. A tal fine, non forniscono in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri. Essi informano per iscritto tutti gli offerenti le cui offerte non sono state escluse ai sensi del comma 8, delle modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi. A seguito di tali modifiche, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori concedono agli offerenti un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le offerte modificate. Nel rispetto dell'articolo 53, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori non rivelano agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate da un candidato o da un offerente che partecipa alle negoziazioni senza l'accordo di quest'ultimo. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla comunicazione di informazioni specifiche espressamente indicate.

8. Le negoziazioni nel corso delle procedure di partenariato per l'innovazione possono svolgersi in fasi successive per ridurre il numero di offerte da negoziare applicando i criteri di aggiudicazione specificati nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o nei documenti di gara. Nel bando di gara, nell'invito a confermare interesse o nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore indica se si avvarrà di tale opzione.

9. Nel selezionare i candidati, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori applicano in particolare i criteri relativi alle capacità dei candidati nel settore della ricerca e dello sviluppo e nella messa a punto e attuazione di soluzioni innovative. Soltanto gli operatori economici invitati dalle amministrazioni aggiudicatrici o dagli enti aggiudicatori in seguito alla valutazione delle informazioni richieste potranno presentare progetti di ricerca e di innovazione. Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore definisce il regime applicabile ai diritti di proprietà intellettuale. Nel caso di un partenariato per l'innovazione con più operatori, l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore non rivela agli altri operatori, nel rispetto dell'articolo 53, le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un operatore nel quadro del partenariato, senza l'accordo dello stesso. Tale accordo non assume la forma di una deroga generale ma si considera riferito alla prevista comunicazione di informazioni specifiche.

10. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore assicura che la struttura del partenariato e, in particolare, la durata e il valore delle varie fasi, riflettano il grado di innovazione della soluzione proposta e la sequenza di attività di ricerca e di innovazione

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

necessarie per lo sviluppo di una soluzione innovativa non ancora disponibile sul mercato. Il valore stimato delle forniture, dei servizi o dei lavori non deve essere sproporzionato rispetto all'investimento richiesto per il loro sviluppo.

(Tale procedura apre ai “privati” la possibilità di dialogare con le varie stazioni appaltanti per introdurre nelle PA delle innovazioni che non sono ancora presenti nel settore pubblico).

4.2.6. Un sesto gruppo di disposizioni mette ordine nel settore delle *consulenze* da richiedere a terzi (art. 66/2).

4.2.7. Un settimo gruppo di disposizioni tende a superare il criterio di aggiudicazione del “massimo ribasso” a favore di quello dell’*offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell’elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all’art. 96*” (v.nsi art. 95/2 e 96). Non solo: per l’art. 95/3 e 4:

3. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1;

b) i contratti relativi all’affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro;

e

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall’obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;

c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all’articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

4.2.8. Un altro gruppo di disposizioni, collegato con quello del gruppo precedente, tende a superare il meccanismo automatico connesso al criterio del prezzo più basso. Trattasi dei casi in cui l’aggiudicazione avviene dopo una *negoziazione*, anche se può essere presente un algoritmo che produce la graduatoria automatica. (V.si, ad esempio, l’art. 58/7 per il quale: “*Conclusa la procedura di cui al comma 6 [quella, cioè, svolta*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

attraverso piattaforme telematiche di negoziazione] il sistema telematico produce in automatico la graduatoria”).

E la *negoziazione* è quasi sempre presente nelle varie “*tecniche e strumenti per gli appalti elettronici ed aggregati*” di cui agli artt. 54-58, nonché nelle “*procedure di scelta del contraente*” previste negli artt. 62-65 e in altri articoli relativi a “*regimi particolari di appalto*” (v.si art. 3/1, lett. uuu), vvv), aaaa), bbbb, dddd), eccetera.

4.2.9. Una particolare enfasi viene, poi, posta: **(1)** sul problema delle “*interferenze*” (art. 27); **(2)** sui “*criteri ambientali*” (artt. 30 e 34); **(3)** sul *soccorso istruttorio*” (art. 83/9), mentre vengono dettagliatamente disciplinate: **(4)** le “*infrastrutture e gli insediamenti prioritari*” (artt. 200-203) nelle quali sono incluse le <<opere pubbliche incompiute>> (artt. 3/1, lett. rr), 21/8, lett. c), 201/5 e 214/2, lett. g))³⁶.

³⁶ L’art. 3/1, lett. rr) definisce le <<opere pubbliche incompiute>> come segue: “*opere pubbliche incompiute di cui all’articolo 44-bis del decreto legge 6 dicembre 2011, n. 201, convertito, con modificazioni, dalla legge 22 dicembre 2011, n. 214, nonché di cui al decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 13 marzo 2013, n. 42, pubblicato nella Gazzetta Ufficiale 24 aprile 2013, n. 96*”.

L’art. 44 bis del d.l. 6-12-2011, n. 201, convertito nella legge 22-12-2011, n. 214, è formulato come segue:

1. Ai sensi del presente articolo, per «opera pubblica incompiuta» si intende l’opera che non è stata completata:

- a) per mancanza di fondi;
- b) per cause tecniche;
- c) per sopravvenute nuove norme tecniche o disposizioni di legge;
- d) per il fallimento dell’impresa appaltatrice;
- e) per il mancato interesse al completamento da parte del gestore.

2. Si considera in ogni caso opera pubblica incompiuta un’opera non rispondente a tutti i requisiti previsti dal

capitolato e dal relativo progetto esecutivo e che non risulta fruibile dalla collettività.

3. Presso il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti è istituito l’elenco-anagrafe nazionale delle opere pubbliche incompiute.

4. L’elenco-anagrafe di cui al comma 3 è articolato a livello regionale mediante l’istituzione di elenchi-anagrafe presso gli assessorati regionali competenti per le opere pubbliche.

5. La redazione dell’elenco-anagrafe di cui al comma 3 è eseguita contestualmente alla redazione degli elenchi-anagrafe su base regionale, all’interno dei quali le opere pubbliche incompiute sono inserite sulla base di determinati criteri di adattabilità delle opere stesse ai fini del loro riutilizzo, nonché di criteri che indicano le ulteriori destinazioni a cui può essere adibita ogni singola opera.

6. Entro tre mesi dalla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti stabilisce, con proprio regolamento, le modalità di redazione dell’elenco-anagrafe, nonché le modalità di formazione della graduatoria e dei criteri in base ai quali le opere pubbliche incompiute sono iscritte nell’elenco-anagrafe, tenendo conto dello stato di avanzamento dei lavori ed evidenziando le opere prossime al completamento.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

4.2.10. Vi sono poi istituti nuovi: ad esempio “*il baratto amministrativo*” di cui all’art. 120, mentre viene introdotto, mutuato dal diritto comunitario, il “*documento di gara unico europeo*” (art. 85). L’art. 190 (Baratto amministrativo) è formulato come segue:

1. Gli enti territoriali definiscono con apposita delibera i criteri e le condizioni per la realizzazione di contratti di partenariato sociale, sulla base di progetti presentati da cittadini singoli o associati, purché individuati in relazione ad un preciso ambito territoriale. I contratti possono riguardare la pulizia, la manutenzione, l'abbellimento di aree verdi, piazze o strade, ovvero la loro valorizzazione mediante iniziative culturali di vario genere, interventi di decoro urbano, di recupero e riuso con finalità di interesse generale, di aree e beni immobili inutilizzati. In relazione alla tipologia degli interventi, gli enti territoriali individuano riduzioni o esenzioni di tributi corrispondenti al tipo di attività svolta dal privato o dalla associazione ovvero comunque utili alla comunità di riferimento in un'ottica di recupero del valore sociale della partecipazione dei cittadini alla stessa.

4.2.11. All’art. 22 (*Trasparenza nella partecipazione e di portatori di interessi e dibattito pubblico*) viene introdotto, appunto, l’istituto del *dibattito pubblico*. Detto articolo è formulato come segue:

1. Le amministrazioni aggiudicatrici e gli enti aggiudicatori pubblicano, nel proprio profilo del committente, i progetti di fattibilità relativi alle grandi opere infrastrutturali e di architettura di rilevanza sociale, aventi impatto sull’ambiente, sulla città o sull’assetto del territorio, nonché gli esiti della consultazione pubblica, comprensivi dei resoconti degli incontri e dei dibattiti con i portatori di interesse. I contributi e i resoconti sono pubblicati, con pari evidenza, unitamente ai documenti predisposti dall’amministrazione e relativi agli stessi lavori.

2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, adottato entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, sentito il Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e il Ministro per i beni e le attività culturali, previo parere delle Commissioni parlamentari competenti, in relazione ai nuovi interventi avviati dopo la data di entrata in vigore del presente codice, sono fissati i criteri per l'individuazione delle opere di cui al comma 1, distinte per tipologia e soglie dimensionali, per le quali è obbligatorio il ricorso alla procedura di dibattito pubblico, e sono altresì definite le modalità di svolgimento e il termine di conclusione della medesima procedura.

7. Ai fini della fissazione dei criteri di cui al comma 5, si tiene conto delle diverse competenze in materia attribuite allo Stato e alle regioni.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

3. L'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore proponente l'opera soggetta a dibattito pubblico indice e cura lo svolgimento della procedura esclusivamente sulla base delle modalità individuate dal decreto di cui al comma 2.

4. Gli esiti del dibattito pubblico e le osservazioni raccolte sono valutate in sede di predisposizione del progetto definitivo e sono discusse in sede di conferenze di servizi relative all'opera sottoposta al dibattito pubblico.

4.2.12. Viene poi abrogata la c.d. “Legge obiettivo” (l. 21-12-2001, n. 443: *Delega al Governo in materia di infrastrutture ed insediamenti produttivi strategici ed altri interventi per il rilancio delle attività produttive*” (v.si art. 217/1, lett. d).

4.2.13. Negli artt. 23, 24, 25, 95, 180 e 194 viene disciplinata la qualità della progettazione e la separazione tra progettazione ed esecuzione³⁷. In particolare, all’art. 25, viene prevista la *verifica preventiva dell’interesse archeologico* e ciò al fine dell’applicazione dell’art. 28/4 del Codice dei beni culturali e del paesaggio di cui al d.lg. 22-1-2004, n. 42.

4.2.14. Gli artt. 83/10 e 84 prevedono l’istituto del *rating di impresa*. I due articoli sono così formulati:

83/10:

10. E' istituito presso l'ANAC, che ne cura la gestione, il sistema del rating di impresa e delle relative penalità e premialità, da applicarsi ai soli fini della qualificazione delle imprese, per il quale l'Autorità rilascia apposita certificazione. Il suddetto sistema è connesso a requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi che esprimono la capacità strutturale e di affidabilità dell'impresa. L'ANAC definisce i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione, mediante linee guida adottate entro tre mesi dalla data di entrata in vigore del presente codice. Rientra nell'ambito dell'attività di gestione del suddetto sistema la determinazione da parte di ANAC di misure sanzionatorie amministrative nei casi di omessa o tardiva denuncia obbligatoria delle richieste estorsive e corruttive da parte delle imprese titolari di contratti pubblici, comprese le imprese subappaltatrici e le imprese fornitrici di materiali, opere e servizi. I requisiti reputazionali alla base del rating di impresa di cui al presente comma tengono conto, in particolare, del rating di legalità rilevato dall'ANAC in collaborazione con l'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, ai sensi dell'articolo 213, comma 7, nonché dei precedenti

³⁷ E ciò salve le eccezioni di cui all’art. 59/1, terzo periodo, per il quale: “*E' vietato il ricorso all'affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità*”.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

comportamentali dell'impresa, con riferimento al rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti, all'incidenza del contenzioso sia in sede di partecipazione alle procedure di gara che in fase di esecuzione del contratto. Tengono conto altresì della regolarità contributiva, ivi compresi i versamenti alle Casse edili, valutata con riferimento ai tre anni precedenti.

84/4, lett. d):

4. Gli organismi di cui al comma 1 [e cioè gli appositi organismi di diritto privato autorizzati dall'ANAC] attestano:

...omissis...

d) il possesso di certificazione del rating di impresa, rilasciata dall'ANAC ai sensi dell'articolo 83, comma 10.

4.3.I difetti formali del d.lg. 50/2016, indubbiamente dovuti al poco tempo concesso al Governo per la redazione di tale testo normativo (meno di tre mesi: la legge delega è del 28-1-2016, mentre il decreto legislativo 50 è del 18-4-2016), possono essere così riassunti: a) una eccessiva lunghezza del testo normativo delegato³⁸; b) poca sistematicità complessiva del testo in commento anche se concepito come *work in progress* (v.nsi, in particolare, gli appalti nei <<settori speciali>> ove “... norme di rinvio alla disciplina dei settori ordinari sono contenute negli artt. 114, 122, 127, 133 tutti e quattro articoli nel cui corpo si richiamano in blocco gruppi di articoli della disciplina dei settori ordinari; ulteriori rinvii puntuali alla disciplina dei settori ordinari sono contenuti negli artt. 123, 124, 125, 126, 127, 130, 132 (che rinviano, rispettivamente: alla disciplina ordinaria per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; all'art. 91 sulla forcella; all'art. 80 sui requisiti morali; ad alcune previsioni degli artt. 52 e 53; agli artt. 73 e 74; all'art. 73; agli artt. 76 ss.”³⁹; c) poca chiarezza nella disciplina complessiva delle *procedure di aggiudicazione* (soprattutto nei rapporti tra blocco di disposizioni relative alle “*tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati*” [artt. 54-58] e quello successivo relativo alle “*procedure di scelta del contraente per i settori ordinari*” [art. 59-65]; d) alcune discrasie tra legge delega n. 11/2016 e il decreto 50/2016⁴⁰; e) poca chiarezza della normativa sulla “Governance” (ove sono previsti troppi soggetti e organi addetti al funzionamento del “codice”: ANAC, MIT, e Consiglio superiore dei lavori pubblici); f) una normativa transitoria (quella dell'art. 216) che rischia di prolungare troppo a lungo nel tempo la vera e propria entrata in vigore del d.lg. 50/2016.

³⁸ V.si l'articolo della DE NICTOLIS, pagg. 507-508.

³⁹ V.si l'articolo della DE NICTOLIS alla pag. 531

⁴⁰ Per queste e per eventuali contrasti con le Direttive comunitarie si rinvia al puntuale articolo della DE NICTOLIS, già più volte citato.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

4.3.1. I difetti sostanziali attengono, invece, al merito delle disposizioni normative e, quindi, non sta alla competenza di chi scrive farne un elenco. Si accenna solo a due problemi: (a) quello della compatibilità, nel campo dei lavori, del *progetto esecutivo* (v. art. 59/1) con il criterio della *offerta economicamente più vantaggiosa*: in presenza di un progetto esecutivo, con le caratteristiche di cui all'art. 23/8, come è possibile applicare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa <<... sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96>>? (b) quello della aleatorietà dei contratti destinati a subire le note vicende giudiziarie alle quali sono esposti alla luce dell'art. 204 (se ne parlerà al par. 6).

5. Le parti, le procedure di gara, i casi di trattativa privata.

5.1. Come detto precedentemente, il contratto di appalto e quello di concessione pubblici rientrano nella categoria dei contratti bilaterali, con obbligazioni corrispettive a carico dell'una e dell'altra parte: quella di eseguire un lavoro o di offrire un servizio o, ancora, di fornire una certa quantità di merce (*“facere”* ovvero *“dare”*) e quella, contrapposta, di *“dare”* un corrispettivo.

Le *parti* sono normalmente due: **(1)** la stazione *appaltante* o *committente* o *concedente* e **(2)** l'*appaltatore* o *concessionario*⁴¹.

5.1.1. Nel d.lg. 50/2016, la *parte* che rappresenta la stazione appaltante e/o concedente compare più volte. Ai fini del presente scritto, basta richiamare la normativa di cui all'art. 3/1, lett. a), b), c), d), e), f), g) e, con locuzione di sintesi, quella dell'art. 3/1, lett. o) per la quale sono <<stazioni appaltanti>> *“le amministrazioni aggiudicatrici di cui alla lett. a), gli enti aggiudicatori di cui alla lett. e), i soggetti aggiudicatori di cui alla lett. f) e gli altri soggetti aggiudicatori di cui alla lett. g)”*.

Occorre poi riferirsi alla PARTE III (artt. 164 e segg.) per la parte *concedente*.

5.1.2. Accanto alla *parte stazione appaltante* o *concedente*, si pongono: **(1)** le <<centrali di committenza>> (artt. 3/1, lett. i), n), in relazione agli artt. 37-43); **(2)** il responsabile unico del procedimento – RUP con i compiti di cui agli artt. 31 e 101/1; **(3)** il responsabile della sicurezza in fase di progettazione e quello in fase di esecuzione di cui al d.lg. 9-4-2008, n. 81; **(4)** il *“direttore di esecuzione del contratto o direttore dei lavori”* (art. 101/1); **(5)** i *“i direttori operativi e gli ispettori di cantiere”* (art. 101/2 e successivi commi).

5.1.3. Vi sono, infine, altri soggetti, in qualche modo equiparati alle *stazioni appaltanti* di cui al par. 5.1.: trattasi: **(1)** dei *“soggetti privati, titolari di permesso di costruzione o di altro titolo abilitativo”* (artt. 1/2, lett. e) e 20/1 [trattasi dei casi di *opere pubbliche*

⁴¹ E due sono le parti anche quando vi siano più soggetti appaltanti e più soggetti appaltatori o concessionari.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

realizzate a spese del privato⁴²; (2) delle società in house di cui agli artt. 1/3 e 192; (3) delle <<imprese pubbliche>> di cui all'art. 3/1, lett. t).

5.2. Gli appaltatori e i concessionari sono elencati, essi pure, in numerosi articoli del d.lg. 50/2016.

Ai fini del presente scritto è sufficiente richiamare: (1) gli artt. 3/1, lett. p), q), r) s), u), v), aa) (micro imprese) nonché gli artt. 45, 46-48 nei <<settori ordinari>> e gli artt. 114 e 122 (per gli appalti nei <<settori speciali>>); (2) gli artt. 170 e segg. per le <<concessioni>>; (3) gli artt. 194 e segg. per i <<contraenti generali>> e (4) gli artt. 200 e segg. per i soggetti che possono partecipare alle gare per realizzazione di "... infrastrutture e insediamenti prioritari".

5.2.1. Per i "concorsi di progettazione e di idee" (artt. 3/1, lett. ddd) e 152-157) – allorché tale attività non viene svolta da specifici funzionari della PP.AA. (v.si artt. 23-24)- possono partecipare a tali gare tutti i soggetti di cui all'art. 46. Quest'ultimo è formulato come segue:

1. Sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria:

a) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura: i professionisti singoli, associati, le società tra professionisti di cui alla lettera b), le società di ingegneria di cui alla lettera c), i consorzi, i GEIE, raggruppamenti temporanei fra i predetti soggetti che rendono a committenti pubblici e privati, operando sul mercato, servizi di ingegneria e di architettura, nonché attività tecnico-amministrative e studi di fattibilità economico-finanziaria ad esse connesse, ivi compresi, con riferimento agli interventi inerenti al restauro e alla manutenzione di beni mobili e delle superfici decorate di beni architettonici, i soggetti con qualifica di restauratore di beni culturali ai sensi della vigente normativa; (*l'elenco dei soggetti andrebbe integrato con i diversi tipi societari di cui al d.m. n. 34 del 2013 - n.d.r.*)

b) le società di professionisti: le società costituite esclusivamente tra professionisti iscritti negli appositi albi previsti dai vigenti ordinamenti professionali, nelle forme delle società di persone di cui ai capi II, III e IV del titolo V del libro quinto del codice civile ovvero nella forma di società cooperativa di cui al capo I del titolo VI del libro quinto del codice civile, che svolgono per committenti privati e pubblici servizi di ingegneria e architettura quali studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico economica o studi di impatto ambientale;

c) società di ingegneria: le società di capitali di cui ai capi V, VI e VII del titolo V del libro quinto del codice civile, ovvero nella forma di società cooperative di cui al capo I

⁴² V.nsi: ROBALDO, La realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomuto del nuovo codice, Urb. e app., 7/2016, 749 e segg.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

del titolo VI del libro quinto del codice civile che non abbiano i requisiti delle società tra professionisti, che eseguono studi di fattibilità, ricerche, consulenze, progettazioni o direzioni dei lavori, valutazioni di congruità tecnico-economica o studi di impatto, nonché eventuali attività di produzione di beni connesse allo svolgimento di detti servizi;

d) i prestatori di servizi di ingegneria e architettura identificati con i codici CPV da 74200000-1 a 74276400-8 e da 74310000-5 a 74323100-0 e 74874000-6 stabiliti in altri Stati membri, costituiti conformemente alla legislazione vigente nei rispettivi Paesi; *(i CPV citati si riferiscono al regolamento (CE) n. 2195/2002; i CPV corretti sono: da 71200000-0 a 71541000-2 e da 71610000-7 a 71730000-4 e 79994000-8, in conformità al Regolamento (CE) n. 213/2008 del 28 nov. 2007)*

e) i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui alle lettere da a) a d);
f) i consorzi stabili di società di professionisti e di società di ingegneria, anche in forma mista, formati da non meno di tre consorziati che abbiano operato nei settori dei servizi di ingegneria ed architettura.

2. Ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento di cui al comma 1, le società, per un periodo di cinque anni dalla loro costituzione, possono documentare il possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi richiesti dal bando di gara anche con riferimento ai requisiti dei soci delle società, qualora costituite nella forma di società di persone o di società cooperativa e dei direttori tecnici o dei professionisti dipendenti della società con rapporto a tempo indeterminato, qualora costituite nella forma di società di capitali. *(in applicazione del principio comunitario che vieta la discriminazione degli operatori economici sulla base della loro forma giuridica, la disposizione è applicabile anche ai soci professionisti operativi delle società di capitali e non può essere applicata ai soci non professionisti delle società di persone, ammessi dal d.m. n. 34 del 2013 - n.d.r.)*

5.3.2. Altri soggetti che possono partecipare a gare pubbliche sono: **(1)** quelli menzionati dall'art. 143/1 e 2 relativamente agli "appalti dei servizi sociali"; **(2)** quelli che possono concorrere per i "servizi di ristorazione" (artt. 144 e, per il periodo transitorio, art. 216/18); **(3)** quelli che possono concorrere agli "appalti nei settori dei beni culturali" (artt. 145-148 e 216/19 per il periodo transitorio).

5.3.3. Molto importante sono: **(1)** i *subappaltatori* nel campo dei lavori, sia ordinari (art. 105), che <<speciali>> (art. 114/8), nonché **(2)** quelli nelle *concessioni* (art. 174)⁴³.

Nei contratti di *progettazione* il subappalto o subcontratto è disciplinato dall'art. 31/8 per il quale:

⁴³ Sul subappalto, a parte le opere di carattere generale citate nel par. 10. (Bibliografia), v. si GRASSO, Il subcontratto, ESI, 1987.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo pari o inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta. L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista.

5.3.4. Altri soggetti che possono intervenire nelle gare di appalto e in fase di esecuzione dei contratti sono le <<imprese ausiliarie>> in caso di <<avvalimento>> (art. 89).

5.3.5. Altro soggetto che può comparire nel settore del *partenariato pubblico privato* (artt. 180 e segg.) è la c.d. <<*società di progetto*>> (art. 184). Quest'ultimo articolo asserisce quanto segue:

1. Il bando di gara per l'affidamento di una concessione per la realizzazione e/o gestione di una infrastruttura o di un nuovo servizio di pubblica utilità deve prevedere che l'aggiudicatario ha la facoltà, dopo l'aggiudicazione, di costituire una società di progetto informa di società per azioni o a responsabilità limitata, anche consortile. Il bando di gara indica l'ammontare minimo del capitale sociale della società. In caso di concorrente costituito da più soggetti, nell'offerta è indicata la quota di partecipazione al capitale sociale di ciascun soggetto. Le predette disposizioni si applicano anche alla gara di cui all'articolo 183. La società così costituita diventa la concessionaria subentrando nel rapporto di concessione all'aggiudicatario senza necessità di approvazione o autorizzazione. Tale subentro non costituisce cessione di contratto. Il bando di gara può, altresì, prevedere che la costituzione della società sia un obbligo dell'aggiudicatario.

2. I lavori da eseguire e i servizi da prestare da parte delle società disciplinate dal comma 1 si intendono realizzati e prestati in proprio anche nel caso siano affidati direttamente dalle suddette società ai propri soci, sempre che essi siano in possesso dei requisiti stabiliti dalle vigenti norme legislative e regolamentari. Restano ferme le disposizioni legislative, regolamentari e contrattuali che prevedano obblighi di affidamento dei lavori o dei servizi a soggetti terzi.

3. Per effetto del subentro di cui al comma 1, che non costituisce cessione del contratto, la società di progetto diventa la concessionaria a titolo originario e sostituisce l'aggiudicatario in tutti i rapporti con l'amministrazione concedente. Nel caso di versamento di un prezzo in corso d'opera da parte della pubblica amministrazione, i soci della società restano solidalmente responsabili con la società di progetto nei confronti

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

dell'amministrazione per l'eventuale rimborso del contributo percepito. In alternativa, la società di progetto può fornire alla pubblica amministrazione garanzie bancarie e assicurative per la restituzione delle somme versate a titolo di prezzo in corso d'opera, liberando in tal modo i soci. Le suddette garanzie cessano alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. Il contratto di concessione stabilisce le modalità per l'eventuale cessione delle quote della società di progetto, fermo restando che i soci che hanno concorso a formare i requisiti per la qualificazione sono tenuti a partecipare alla società e a garantire, nei limiti di cui sopra, il buon adempimento degli obblighi del concessionario sino alla data di emissione del certificato di collaudo dell'opera. L'ingresso nel capitale sociale della società di progetto e lo smobilizzo delle partecipazioni da parte di banche e altri investitori istituzionali che non abbiano concorso a formare i requisiti per la qualificazione possono tuttavia avvenire in qualsiasi momento.

5.4. Per quanto concerne le *procedure di affidamento*, occorre distinguere quelle relative: **(1)** ai <<settori ordinari>>; **(2)** ai <<regimi particolari>>; **(3)** ai <<contratti di concessione>>; **(4)** ai settori di appalti disciplinati dagli articoli della PARTE IV del d.lg. 50/2016.

5.4.1. Per quanto concerne il settore degli <<appalti ordinari>> la normativa, poco sistematica, è suddivisa in due blocchi di norme: **(1)** quello relativo a: “*Tecniche e strumenti per gli appalti elettronici e aggregati*” (che contempla tre casi di procedure: (i) l’<<Accordo quadro>>; (ii) i <<systemi dinamici di acquisizione>>; (iii) le <<Aste elettroniche>>: artt. 54-58); **(2)** quello relativo alle <<Procedure di scelta del contraente per i settori ordinari>> (artt. 59-65). Quest’ultimo gruppo –che, a rigore, dovrebbe precedere il primo blocco- contempla, all’art. 59/1, 6 tipi di procedure: (1) le procedure aperte; (2) le procedure ristrette; (3) il partenariato per l’innovazione; (4) la procedura competitiva per l’innovazione; (5) le procedure competitive con negoziazione; (6) le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando di gara. Infatti l’art. 59/1 e 2 è formulato come segue:

1. Nell’aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara. Esse possono altresì utilizzare il partenariato per l’innovazione quando sussistono i presupposti previsti dall’articolo 65, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo quando sussistono i presupposti previsti dal comma 2 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti previsti dall’articolo 63. Gli appalti relativi ai lavori sono affidati, ponendo a base di gara il progetto esecutivo, il cui contenuto, come definito dall’articolo 23, comma 8, garantisce la rispondenza dell’opera ai requisiti di qualità predeterminati e il rispetto dei tempi e dei costi previsti. E’ vietato il ricorso all’affidamento congiunto della progettazione e dell’esecuzione di lavori ad esclusione dei casi di affidamento a

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

contraente generale, finanza di progetto, affidamento in concessione, partenariato pubblico privato, contratto di disponibilità.

2. Le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano la procedura competitiva con negoziazione o il dialogo competitivo nelle seguenti ipotesi:

a) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi in presenza di una o più delle seguenti condizioni:

1) le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;

2) implicano progettazione o soluzioni innovative;

3) l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;

4) le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato XIII;

b) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, forniture o servizi per i quali, in esito a una procedura aperta o ristretta, sono state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili ai sensi rispettivamente dei commi 3 e 4. In tali situazioni, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a pubblicare un bando di gara se includono nella ulteriore procedura tutti, e soltanto, gli offerenti in possesso dei requisiti di cui agli articoli dal 80 al 90 che, nella procedura aperta o ristretta precedente, hanno presentato offerte conformi ai requisiti formali della procedura di appalto.

(Non è chiaro il rapporto tra i due gruppi di norme, anche se pare logico asserire che le procedure di scelta di cui all'art. 59/1, nn. (1) e (2) (come sopra elencate) costituiscano il "*prius*" all'interno del quale possono essere inserite le sub-procedure di cui agli artt. 54-58 e quelle di cui all'art. 59/1, sub (3)-(5) sopra elencate).

5.4.2. Per quanto concerne il *regime particolare di appalti*, va rammentato che: **(1)** per i <<settori speciali>>, occorre riferirsi agli artt. 122-125 nonché quelli di cui al part. 4.3.b); **(2)** per i <<servizi sociali>> occorre avere a mente gli artt. da 140 a 144, con una particolare attenzione all'art. 141 per quanto concerne le <<norme applicabili ai concorsi di progettazione dei settori speciali>> (art. 141)⁴⁴; **(3)** per tutti gli altri contratti menzionati nel citato Titolo VI, occorre un esame dettagliato degli articoli dedicati ai vari tipi di appalti contemplati nel Titolo.

5.4.3. Analogo esame dettagliato va fatto per le "*concessioni*". La normativa applicabile è quella dell'art. 164/2 per il quale:

⁴⁴ Anche qui, e con poca sistematicità, l'art. 141 forse si riferisce a tutti gli appalti della PARTE II, Titolo VI.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

2. Alle procedure di aggiudicazione di contratti di concessione di lavori pubblici o di servizi si applicano, per quanto compatibili, le disposizioni contenute nella parte I e nella parte II, del presente codice, relativamente ai principi generali, alle esclusioni, alle modalità e alle procedure di affidamento, alle modalità di pubblicazione e redazione dei bandi e degli avvisi, ai requisiti generali e speciali e ai motivi di esclusione, ai criteri di aggiudicazione, alle modalità di comunicazione ai candidati e agli offerenti, ai requisiti di qualificazione degli operatori economici, ai termini di ricezione delle domande di partecipazione alla concessione e delle offerte, alle modalità di esecuzione.

5.4.4. Per i *contratti* della PARTE IV vanno tenute presenti le disposizioni: **(1)** di cui all'art. 181, per quanto concerne il *partenariato pubblico privato*"; **(2)** di cui all'art. 195 e 198 per l'*aggiudicazione del contraente generale*.

5.5. Alla fase di *scelta della procedura del contraente privato*, seguono le fasi di *svolgimento delle procedure* per i vari tipi di appalto (v.si artt. 66-93 per i <<settori ordinari>> e gli altri vari articoli per gli altri tipi di contratto).

5.6. I casi, eccezionali, di "*trattativa (più o meno) privata*", sono contenuti in vari articoli: v.si, senza pretese di completezza, gli artt. 31/8, 36/2, lett. a), b), c) e d), 37/1 e 2, 63, 95/3 e 4, lett. b), 97/8, 157/2 eccetera.

5.7. Lo schema dell'intera procedura di scelta del contraente privato (art. 3/1, lett. rrr)) è costituito, sostanzialmente, dalle seguenti fasi:

1) fase di pianificazione, programmazione e progettazione di fattibilità tecnica ed economica (artt. 21-27);

2) fase di preinformazione (art. 70 e Allegato XIV, lett. B.1); fase che, in quanto prevista ogni anno entro il 31 dicembre, segue la programmazione biennale-triennale di cui all'art. 21 e dovrebbe essere contemporanea agli aggiornamenti annuali e alla progettazione di fattibilità tecnica ed economica di cui all'art. 23 per i lavori di importo pari o superiore ad 1.000.000 di euro (v.si, in tal senso, l'art. 21/3 per il quale:

3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 euro e indicano, previa attribuzione del codice unico di progetto di cui all'articolo 11, della legge 16 gennaio 2003, n. 3, i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 euro, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica).

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

3) fase di progettazione definitiva e, ove richiesta, esecutiva (v.nsi art. 23 e, per la progettazione interna ed esterna, artt. 24, 46 e 152-156). Per la progettazione, direzione lavori ed altri incarichi interni alle PP.AA, l'art. 23/1 asserisce:

1. La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare:

- a) il soddisfacimento dei fabbisogni della collettività;
- b) la qualità architettonica e tecnico funzionale e di relazione nel contesto dell'opera;
- c) la conformità alle norme ambientali, urbanistiche e di tutela dei beni culturali e paesaggistici, nonché il rispetto di quanto previsto dalla normativa in materia di tutela della salute e della sicurezza;
- d) un limitato consumo del suolo;
- e) il rispetto dei vincoli idro-geologici, sismici e forestali nonché degli altri vincoli esistenti;
- f) il risparmio e l'efficientamento energetico, nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere;
- g) la compatibilità con le preesistenze archeologiche;
- h) la razionalizzazione delle attività di progettazione e delle connesse verifiche attraverso il progressivo uso di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture;
- i) la compatibilità geologica, geomorfologica, idrogeologica dell'opera;
- l) accessibilità e adattabilità secondo quanto previsto dalle disposizioni vigenti in materia di barriere architettoniche.

4) fase di emanazione della *delibera a contrattare* (art. 32/1 e 2). L'articolo citato, ai commi 1 e 2, asserisce:

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.

2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte;

5) fase di pubblicazione dei *bandi* e degli *avvisi* di gara (artt. 66-76, 114, 140-141, 145, 152-153, 158, 164 e segg., 179-181, 192, 193, 194-195, 200);

6) fase di *svolgimento delle procedure* a seconda dei casi di contratti: per i <<settori ordinari>>, v.nsi gli artt. 77-99, nonché, per i <<settori speciali>>, l'art. 114 eccetera;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

7) fase terminale della procedura con l'emanazione dell'*aggiudicazione* (artt. 32/5, 114/1 eccetera); aggiudicazione che, come già detto, "... *non equivale ad accettazione dell'offerta*" (32/6);

8) fase di stipula del contratto (art. 32/8 e segg.), stipula che non può avvenire prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima delle comunicazioni di aggiudicazione (art. 32/9) e ciò, salve le eccezioni di cui all'art. 32/10 per il quale:

10. Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b).

Sempre l'art. 32, al comma 14, afferma:

14. Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata; in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.

5.8. Volendo schematizzare e seguendo l'indirizzo per il quale chi prende l'iniziativa è sempre la *stazione appaltante*, mentre le varie *offerte* devono intendersi come *proposte contrattuali* e che la *fusione delle volontà delle due parti non* avviene con l'*accettazione da parte delle PA dell'offerta migliore*, bensì solo la *stipula del contratto*, si può ricorrere alla fig. 5 che segue:



6. Il problema dell'inefficacia dei contratti (artt. 32/11 e 204 e direttiva 2007/66/CE). Il contenuto dei contratti pubblici.

6.1. Il problema dell'inefficacia del *contratto* una volta che sia stato stipulato è centrale per il funzionamento di ogni normativa sugli appalti pubblici.

Se, infatti –e come è avvenuto alcune volte (v.nsi i casi di cui a Cons. St., V, 11-5-09, n. 2885; Cons. St., V, 19-11-13, n. 5604)- vi sono pronunce contrastanti tra TAR e Consiglio di Stato e, tra i due organi, in sede cautelare e di merito, è inutile ogni interpretazione più o meno raffinata delle altre norme c.d. “primarie” del d.lg. 50/2016. Il sistema non funzionerà mai correttamente. Occorre, invece, pervenire alla tesi (prevalente nei Paesi europei, specie in Germania ed in Inghilterra)⁴⁵ per la quale una volta stipulato il contratto nel rispetto dell'art. 32/11, questo non può più essere messo in discussione. (Spetterà, semmai, a chi si è visto negare la *sospensiva* l'azione di risarcimento danni).

6.2. La normativa di cui all'art. 204 (che viene a modificare gli artt. 120, 121 e 122 del Codice del processo amministrativo di cui all'Allegato 1 al d.lg. 2-7-2010, n. 104) è, comunque, innovativa in un punto, allorquando al comma 1, lett. f), puntualizza che:

... dopo il comma 8-bis, è inserito il seguente:

<<8-ter. Nella decisione cautelare, il giudice tiene conto di quanto previsto dagli articoli 121, comma 1 e 122, e delle esigenze imperative connesse a un interesse generale all'esecuzione contrattuale del contratto, dandone conto nella motivazione>>.

Da qui il fatto che, oramai, in tema di appalti –e se l'Italia vuole avvicinarsi all'Europa- diventa centrale la tutela cautelare di cui agli artt. 55 del CPA e 32/11 del d.lg. 50/2016⁴⁶.

6.3. Infine, un'avvertenza. Sia nel d.lg. 163/2006, che nel d.lg. 50/2016 si parla di *contratti*. In realtà, a parere di chi scrive, non si tratta di negozi giuridici privati *ad evidenza pubblica* (secondo la terminologia di M.S.Giannini), bensì di atti il cui contenuto è interamente (o quasi) disciplinato da norme pubblicistiche⁴⁷

⁴⁵ V.nsi, per gli appalti in Europa e relativamente alla c.d. Direttiva ricorsi 2007/66/CE: AA.VV. (a cura di GRECO), *Il sistema della giustizia amministrativa in Europa*, Giuffrè, 2010; AA.VV. sempre a cura di GRECO, *La giustizia amministrativa negli appalti pubblici in Europa*, Atti del convegno 20 maggio 2011: Università degli Studi di Milano.

⁴⁶ V.si, per l'applicabilità immediata (per le norme processuali) del d.lg. 50/2016, nel caso in cui “... *il bando di gara sia stato pubblicato sia nella GURI, che nella GUCE in data successiva al 19 aprile 2016...*”, TAR Puglia-Bari, 8-11-2016.

⁴⁷ V.nsi: CARANTA, op. cit., pagg. 7-8; GOTTI, Considerazioni su sorte del contratto di appalto pubblico e discrezionalità del giudice amministrativo, *Annuali della Facoltà giuridica dell'Università di Camerino*, n. 1/2012; CASAVECCHIA, I contratti previsti dal codice degli appalti pubblici (d.lg. 163/2016). Parte generale, NDS n. 6/2012, 47 e segg.; La natura del

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

7. Una possibile strada per rendere maggiormente comprensibile il d.lg. 50/2016

7.1. Al fine di rendere più facilmente leggibile il d.lg. 50/2016 si potrebbe, utilizzando il computer, procedere come segue:

A) (i) formare un *indice analitico* che enunci: (a) tutte le *definizioni* (per ordine alfabetico) dell'art. 3; (b) tutti i *principi* (nell'ordine enunciato dal legislatore) contenuti negli artt. 4, 5, 30, 94-97 166 della PARTE III, Titolo I, Capo I, eccetera; (c) tutti i titoli dei vari articoli, con l'avvertenza che ogni "voce" attinente a quanto esposto sub (a), (b) e (c) faccia rinvio agli articoli e ai commi del codice, nonché a quelli delle direttive UE e della legge delega n. 11/2016;

(ii) trascrivere, in calce ai vari articoli, e sotto il numero 1, i vari testi normativi richiamati dai commi dei vari articoli;

(iii) trascrivere, in calce ai vari articoli, ogni testo normativo che è stato emanato dopo l'entrata in vigore del d.lg. 50 e ciò sotto il numero 2, così aggiornando continuamente il d.lg. 50/2016. Tutta la materia sub A), andrà in calce all'intero elaborato o, indifferentemente, all'inizio del medesimo;

B) (iv) elencare tutti i vari tipi di contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del d.lg. 50/2016: si tratta di riordinare gli articoli 4-20 e quelli, ad esempio, degli artt. 159-162 (appalti nel settore *difesa e sicurezza*);

C) (v) elencare tutti gli articoli relativi alla programmazione, progettazione, pianificazione e preinformazione (artt. 21-27 e 70), eventualmente ripetendo quanto già trascritto al punto A) (i) (c);

D) (vi) elencare tutti i tipi di procedure di gara, facendo precedere l'elenco dagli artt. 1 e 2 e, con ciò, distinguendo le procedure per forniture, lavori e servizi;

(vi.1) scrivere in un unico elenco tutti gli articoli relativi al tipo di contratto ritenuto prevalente, ad esempio quello del <<settore ordinario>> e di importo pari o superiore alla soglia comunitaria (artt. 28-99), con esclusione dei "principi". In tale elenco dovrebbero comparire anche gli articoli relativi all'*esecuzione* (artt. 100-113), l'Allegato XIV e l'articolo 216 per il periodo transitorio) e, anche qui, distinguendo i contratti di forniture, lavori e servizi;

(vi.2) far seguire all'elenco principale tanti altri elenchi quanti sono i tipi di procedura di gara elencati al par. (vi). Per ogni elenco, al fine di non ripetere, si farà rinvio agli articoli dell'elenco sub (vi.1), nonché alle parti dell'Allegato XIV e ai commi dell'art. 216, ritenuti applicabili.

E) (vii) elencare gli attuali articoli sul *contenzioso* (art. 204-211).

F) (viii) elencare gli articoli 216, 218-219 e, quindi, trascrivere, per l'art. 217, tutti gli articoli dei testi normativi abrogati inclusi quelli del dpr 207/2010;

contratto pubblico di appalto: un negozio che appartiene al regno dell'economia privata o un atto totalmente vincolato a norme imperative?. Parte seconda, NDS 18/2016, 47 e segg.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

G) (iv) elencare gli articoli 212-215 sulla *governance*⁴⁸.

H) (v) elaborare una tabella di concordanza che, partendo dagli articoli del d.lg. 50/2016, ponga a lato di questi gli articoli del d.lg. 163/2001, quelli del dpr 207/2010 e, eventualmente, quelli della legge Merloni, del dpr 554/99, del dpr 34/2000 e del dm 145/2000.

8. Appendici 1, 2 e 3.

*Appendice 1.

1. Normativa sugli appalti di lavori pubblici, servizi e forniture antecedente a quella di cui al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, denominato: “Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi pastorali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”.

1.1. Legge 20 marzo 1865, n. 2248, All. F: TU delle leggi sui lavori pubblici: artt. 325-300. (L’artt. 344 è stato abrogato dall’ art. 217/1, lett. a) del d.lg. 50/2016).

1.1.1. R.D. 25-5-1895, n. 350 (“Regolamento per la direzione, contabilità e collaudazione dei lavori dello Stato, che sono nelle attribuzioni del Ministero dei ll.pp.”);

1.1.2. DM 28-5-1895 (“Capitolato generale per gli appalti delle opere dipendenti dal Ministero dei ll.pp.”);

1.1.3. DM 29-5-1895 (“Regolamento per la compilazione dei progetti di opere dello Stato che sono nelle attribuzioni del Ministeri dei lavori pubblici”);

1.1.4. R.D. 18-11-1923, n. 2440 (“Nuove disposizioni sull’amministrazione del patrimonio e della contabilità generale dello stato”). (L’art. 11 è stato abrogato dall’art. 217 del d.lg. 50/2016);

1.1.5. R.D. 23-5-1924, n. 827 (“Regolamento per l’amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”);

1.1.6. l. 24-6-1929, n. 1137 (“Disposizioni sulle concessioni di opere pubbliche”);

1.1.7. D.lgs. C.p.S. 6-12-1947, n. 1501 (“Sulla revisione prezzi”);

1.1.8. Dpr 16-7-1962, n. 1063 (“Capitolato generale di appalto per le opere pubbliche”);

1.1.9. l. 2-2-1973, n. 14 (“Norme sui procedimenti di gara sugli appalti di opere”);

1.1.10. l. 8-8-1977, n. 584 (“Norme di adeguamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici alle Direttive della Comunità europea”);

1.1.11. l. 10-12-1981, n. 741 (“Ulteriori norme per l’accelerazione delle procedure per l’esecuzione di opere pubbliche”);

⁴⁸ Si può anche procedere attraverso “grafi”, così come suggerisce la Boursier nell’articolo citato.

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

1.1.12. Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 dell'11 novembre 2015 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) n. 842/2011;

1.1.13. D.lg. 19-12-1991, n. 406 (*“Attuazione della Direttiva 89/440/CEE in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici”*);

1.1.14. D.lg. 24-7-1992, n. 358 (*“TU sulle disposizioni in materia di appalti pubblici di forniture in attuazione delle direttive 77/62/CEE, 80/67/CEE e 88/295/CEE”*).

2. Legge Merloni (11-2-1994, n. 109). (Legge quadro in materia di lavori pubblici).

2.1. D.lg. 17-3-1995, n. 157 (*“Attuazione della Direttiva 92/90/CEE in materia di appalti pubblici di servizi”*);

2.2. D.lg. 17-3-1995, n. 158 (*“Attuazione delle Direttive 90/531/CEE e 93/38/CEE relative alle procedure di appalti nei settori esclusi”*);

2.3. Dpr 21-12-1999, n. 554 (*“Regolamento di attuazione della l. 11 febbraio 1994, n. 109, legge quadro in materia di lavori pubblici e successive modificazioni”*);

2.4. Dpr 25-1-2000, n. 34 (*“Regolamento recante istituzione del sistema di qualificazione per gli esecutori di lavori pubblici, a sensi dell’art. 8 della l. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni”*);

2.5. DM 19-4-2000, n. 145 (*“Nuovo Capitolato generale di appalto”*);

3. Nuove Direttive comunitarie e Codice degli appalti pubblici.

3.1. Direttiva CE 31-3-2004, n. 17 (direttiva per appalti per gli erogatori di acqua, energia, trasporto e servizi postali);

3.2. Direttiva CE 31-3-2004, n. 18 (direttiva su appalti pubblici, lavori, servizi e forniture);

3.4. D.lg. 12-4-2006, n. 163 (*“Codice dei contratti relativi a lavori, servizi, forniture in attuazione della Direttiva 2004/17/CE e 2004/18/CE”*);

3.5. Testi normativi sub 2.3., 2.4. e 2.5.

3.6. Dpr 5-10-2010, n. 207.

*Appendice 2

4. Normativa collegata al d.lg. 50/2016.

4.1. Direttiva 2014/23/UE del 26-4-2014 (sull’aggiudicazione dei contratti di concessione);

4.2. Direttiva 2014/24/CE del 26-2-2014 (sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/E);

4.3. Direttiva 2014/25/2014 (sulla procedure di appalto degli enti erogatori dei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali e che abroga la direttiva 2014/17/CE);

4.4. Regolamento di esecuzione (UE) 2015/1986 dell’11 novembre 2015 che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento di esecuzione (UE) n. 842/2011:

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

4.5. Disegno di legge delega del 18-6-2015;

4.6. Legge 28-1-2016, n. 11 (legge delega);

4.7. Analisi (sommaria) della bozza del Codice degli Appalti da parte dell' ANCE del 4-3-2016/9-3-2016;

4.8. Parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato del 21-3-2016/1-4-2016 n. 855/2016;

4.9. D.lg. 18 aprile 2016 n. 50 (*“Attuazione della direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture”* – ultimo aggiornamento: avviso di rettifica in G.U. n. 164 del 15 luglio 2016);

4.10. Relazione di accompagnamento al Codice degli appalti;

4.11. Tabella di concordanza tra d.lg. 50/2016 e disciplina previgente a cura del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti;

4.12. Decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81. Attuazione dell’art. 1 della legge 3 agosto 2007, n. 123, in materia di tutela della salute e della sicurezza nei luoghi di lavoro (come modificato dal d.lg. 106/2009).

*Appendice 3

5. Linee guida, altri atti vari, giurisprudenza, nonché elaborato di Massimo Urbani, intitolato: “Tutti i provvedimenti attuativi del d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (situazione all’11 novembre 2016)”.

5.1. Deliberazione ANAC del 14 settembre 2016 n. 973 (in G.U. n. 228 del 29 settembre 2016):

Linee guida n. 1 in merito agli indirizzi generali sull’affidamento dei servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria.

5.2. Deliberazione ANAC del 21 settembre 2016 N. 1005 (in G.U. n. 238 dell’11 novembre 2016):

Linee guida n. 2 di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa»;

5.3. Deliberazione ANAC del 26 Ottobre 2016 n. 1096:

Linee guida n. 3 Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni

5.4. deliberazione ANAC del n. 1097 del 26 ottobre 2016:

Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti “Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici”.

5.5. Deliberazione ANAC del 16-11-2016 n. 1190:

Linee guida n. 5 di attuazione del d.lgs. 18-4-2016, n. 50, recanti “Criteri di scelta dei

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici".

5.6. Deliberazione ANAC del 16-11-2016, n. 1293:

Linee guida n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti <<Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice>>.

6. Regolamenti e altri atti ANAC

*Deliberazione ANAC 4-8-2016 n. 784. Elenco dei soggetti aggregatori aggiornato.

*5 agosto 2016. *Enti locali e Soggetti aggregatori. Dal prossimo 9 agosto anche gli enti locali, nonché i loro consorzi e associazioni, sono tenuti al ricorso ai Soggetti aggregatori per gli affidamenti nelle categorie del DPCM 24 dicembre 2015.*

*5 ottobre 2016. Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 245 del 19 ottobre 2016).

*Comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016 (pubblicato il 14 ottobre 2016). Oggetto: indicazioni operative in merito alle modalità di calcolo della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

*Delibera ANAC del 16-11-2016, n. 1191: Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento – Proposta di modifica dell'art. 77 del Decreto legislativo 2016, n. 50.

*Regolamento ANAC del 16-11-2016: In materia di esercizio del potere sanzionatorio ai sensi dell'art. 47 del d.lg. 14-3-2013, n. 33, come modificato dal d.lg. 25-5-2016, n. 97.

*Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione dei lavori pubblici di importo superiore a 150.000,00 euro (di 426 pagine).

*Indicazioni alle stazioni appaltanti e agli operatori economici sulla definizione dell'ambito soggettivo dell'art. 80 del d.lgs. 50/2016 e sullo svolgimento delle verifiche, sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti ai sensi del d.p.r. 445/2000 mediante utilizzo del modello di DGUE.

*Oggetto: Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d.lgs. 50/2016.

*Comunicato ANAC: ANAC e Autorità energia firmano un protocollo di intesa su contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione (la versione integrale del protocollo sarà consultabile sui siti www.anticorruzione.it e www.autorita.energia.it).

7. Varie

*Deliberazione della Giunta Regionale della Regione Piemonte 30-5-2016 n. 13-3370. Approvazione dello schema di protocollo d'intesa con le organizzazioni sindacali recante "Linee guida in materia di appalti pubblici e concessioni di lavori, forniture e

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

servizi" e direttive volte alla sua attuazione.

*Circolare 2-11-2016 n. 33 Ministero del lavoro e delle politiche sociali Direzione generale per l'Attività Ispettiva avente ad oggetto: "DM di modifica del DM 30 gennaio 2015 – DURC on line"

*Decreto Ministero Infrastrutture e dei Trasporti del 10-11-2016

Il decreto definisce l'elenco delle opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, nonché i requisiti di specializzazione richiesti per la loro esecuzione

*Linee guida del Ministero della Salute per l'adozione dei codici di comportamento negli enti del SSN, 20 settembre 2016

8. Giurisprudenza

*Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza 10 novembre 2016 (causa C-199/15).

L'articolo 45 della direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, deve essere interpretato nel senso che non osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che obbliga l'amministrazione aggiudicatrice a considerare quale motivo di esclusione una violazione in materia di versamento di contributi previdenziali ed assistenziali risultante da un certificato richiesto d'ufficio dall'amministrazione aggiudicatrice e rilasciato dagli istituti previdenziali, qualora tale violazione sussistesse alla data della partecipazione ad una gara d'appalto, anche se non sussisteva più alla data dell'aggiudicazione o della verifica d'ufficio da parte dell'amministrazione aggiudicatrice.

*Corte Costituzionale del 22/23-11-2016, n. 245 (condivide il principio, affermato dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui l'impresa che non partecipa alla gara non possa contestare la relativa procedura e l'aggiudicazione in favore di imprese terze).

*Corte Giust. UE, VI, 10/11/2016, causa C-162/2016, per la quale: *"ostano all'esclusione di un offerente dalla procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico a seguito dell'inosservanza, da parte di detto offerente, dell'obbligo di indicare separatamente nell'offerta i costi aziendali per la sicurezza sul lavoro, obbligo il cui mancato rispetto è sanzionato con l'esclusione dalla procedura e che non risulta espressamente dai documenti di gara o dalla normativa nazionale, bensì emerge da un'interpretazione di tale normativa e dal meccanismo diretto a colmare, con l'intervento del giudice nazionale di ultima istanza, le lacune presenti in tali documenti. I principi della parità di trattamento e di proporzionalità devono inoltre essere interpretati nel senso che non ostano al fatto di concedere a un tale offerente la possibilità di rimediare alla situazione e di adempiere detto obbligo entro un termine fissato dall'amministrazione aggiudicatrice"*.

*Consiglio di Stato, Sez. II, 25-11-2016, per il quale sentenza: *1. Il termine di trenta giorni per la proposizione dell'appello, previsto dall'art. 120, comma 6 bis, c.p.a.,*

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016 (nuovo codice dei contratti pubblici), si riferisce alle sole impugnazioni delle decisioni pronunciate nell'ambito del rito "superspeciale" introdotto dall'art. 204 d.lgs. n. 50 del 2016. Infatti, le regole procedurali dettagliate al comma 6-bis dell'art. 120 c.p.a. descrivono un rito accelerato per le impugnazioni delle ammissioni e delle esclusioni, nei casi meglio definiti al comma 2-bis, ed esauriscono un sistema processuale chiuso e speciale, sicché la previsione del termine breve per la proposizione dell'appello si inserisce (anch'essa) nel predetto regime procedurale, nel senso che deve intendersi operativa solo al suo interno e, quindi, per la sola impugnazione di sentenze di primo grado pronunciate su ricorsi introdotti e definiti ai sensi del combinato disposto dei commi 2-bis e 6-bis dell'art. 120 c.p.a.). 2. Il rito "superspeciale" introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50 del 2016 resta in ogni caso circoscritto al solo gravame dei provvedimenti che determinano l'ammissione alla (e le esclusioni dalla) procedura di gara e non è applicabile nel caso di ricorso avverso l'aggiudicazione di una gara di appalto.3. Quando viene introdotto un nuovo assetto normativo, che modifica un regime esistente, il legislatore deve (dovrebbe) farsi carico delle questioni di diritto intertemporale e dettare una chiara disciplina sulla transizione tra la regolazione previgente e quella nuova. In astratto, le opzioni regolatorie concettualmente disponibili sono tre: a) la normativa anteriore continua ad applicarsi ai rapporti sorti prima dell'entrata in vigore del nuovo atto normativo (principio di ultrattività); b) la nuova normativa si applica anche ai rapporti pendenti (principio di retroattività); c) previsione di una regolazione autonoma provvisoria. In mancanza di un'esplicita regolazione del regime transitorio, ma solo in quel caso, soccorrono all'interprete i noti principi del divieto di retroattività (art. 11 delle preleggi: "la legge non dispone che per l'avvenire"), che impedisce di ascrivere entro l'ambito operativo di una disposizione legislativa nuova una situazione sostanziale sorta prima, e, per quanto riguarda le fattispecie sostanziali che constano di una sequenza di atti (ivi comprese quelle processuali), il principio del tempus regit actum, che impone di giudicare ogni atto della procedura soggetto al regime normativo vigente al momento della sua adozione.

Il codice dei contratti pubblici del 2016 si è fatto carico delle questioni di diritto transitorio e le ha chiaramente risolte scegliendo e utilizzando (tra quelle astrattamente disponibili) l'opzione dell'ultrattività, mediante, cioè, la previsione generale che le disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 50 del 2016 si applicano solo alle procedure bandite dopo la data dell'entrata in vigore del nuovo "codice", e, quindi, dopo il 19 aprile 2016, e il rinvio a disposizioni speciali e testuali di un diverso regime di transizione (art. 216, comma 1). L'anzidetta previsione, chiarissima nella sua portata precettiva, impedisce, innanzitutto, ogni esegesi di questioni ermeneutiche di diritto intertemporale che si fondi sulla regola tempus regit actum (pure prospettato come canone risolutivo, in senso contrario a quello qui affermato nella specie), e che si rivela, evidentemente, recessiva rispetto a una disposizione normativa che regola la successione nel tempo

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

delle leggi, e vincola, al contrario, l'interprete ad attenersi alla stretta applicazione della disciplina transitoria.5. Il giudizio sulla legittimità delle determinazioni dalle commissioni incaricate di valutare le offerte tecniche negli appalti pubblici e di attribuire i relativi punteggi non può estendersi fino a scrutinare il merito dei pertinenti giudizi tecnici, se non nelle limitate ipotesi in cui gli stessi risultino assunti sulla base di una fallace rappresentazione della realtà fattuale o in esito ad una delibazione del tutto illogica o arbitraria della qualità dell'offerta tecnica”.

**Cons. St. III, 25-11-2016 n. 4990 (su procedure di gare telematiche). Per detta sentenza: “1. Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta non mira ad individuare specifiche e singole inesattezze nella sua formulazione, ma piuttosto ad accertare in concreto che l'offerta economica risulti nel suo complesso attendibile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto. 2. Il sindacato giurisdizionale sulle valutazioni compiute in sede di verifica di anomalia delle offerte è circoscritto ai soli casi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza, in considerazione della discrezionalità che connota dette valutazioni, come tali riservate alla stazione appaltante cui compete il più ampio margine di apprezzamento. 3. Nel caso di gara svoltasi tramite una procedura telematica, non è necessaria una seduta pubblica per l'apertura delle offerte tecniche, essendo rimesso alla scelta della stazione appaltante di effettuare in seduta riservata la valutazione delle offerte in conformità al criterio di aggiudicazione prescelto, come consente l'art. 85, comma 7, del D.lgs. n. 163 del 2006”.*

**Corte di Cassazione, Sez. Unite Civili – ordinanza 8 novembre 2016 n. 22649.*

Le controversie in materia di appalto pubblico sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo solo per ciò che concerne la fase della procedura di affidamento; nel caso invece in cui le controversie concernano la successiva fase esecutiva del contratto, esse sono devolute alla giurisdizione ordinaria, concernendo diritti soggettivi ed obbligazioni ordinarie, anche se l'atto decisorio rivesta la forma di una delibera amministrativa, che resta priva di natura provvedimentoale ed è inidonea, pertanto, ad alterare la posizione paritaria delle parti.

**CGA, Sez. Giurisdizionale – sentenza 7 novembre 2016 n. 389*

Ai sensi dell'art. 120, comma 5, del c.p.a. e dell'art. 79 del d.lgs. n. 163/2016 (oggi confluito, con modificazioni, nell'art. 76 del D.lgs. n. 50/2016), la comunicazione dell'aggiudicazione definitiva, da cui decorre il termine di 30 giorni per l'impugnazione, deve rivestire la forma scritta.

**TAR Lombardia Milano, sentenza 14-10-2016 n. 1865.*

La sempre maggiore diffusione delle gare svolte con modalità informatiche pone in capo agli operatori una “peculiare diligenza nella trasmissione degli atti di gara”, con conseguente impossibilità di addossare alla stazione appaltante ogni tipo di anomalia nel meccanismo di invio e ricezione, salva la prova del malfunzionamento del sistema “pubblico” per la trasmissione delle offerte, con la specificazione che spetta al

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

concorrente offrire un principio di prova del suddetto malfunzionamento.

*TAR Toscana, Sez. I – sentenza 24 ottobre 2016 n. 1524

Non può ritenersi illegittima l'aggiudicazione di una gara di appalto esperita con modalità telematiche, per il solo fatto che il file contenente l'offerta tecnica presentata dall'aggiudicatario abbia dimensioni più ampie di quelle prescritte dal bando di gara; infatti, in virtù del principio di tassatività delle cause di esclusione, il superamento delle dimensioni dell'offerta (non rileva se in forma cartacea o digitale) non può costituire, di per sé motivo, per l'estromissione dalla procedura dell'impresa che non vi si sia attenuta

*Tar Campania – Napoli, Sez. V – sentenza 27 ottobre 2016 n. 4975

Il ricorso avente ad oggetto “*il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento ... all'esito della valutazione dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali*” è assoggettato al regime previsto dal comma 6 bis dell'art. 120 c.p.a., introdotto dall'art. 204 del d.lgs. n. 50/2016, (decisione immediata in camera di consiglio in assenza di diversa richiesta delle parti).

*TAR Puglia – Bari, Sez. III – sentenza 8 novembre 2016 n. 1262

Nel caso in cui il bando di gara sia stato pubblicato sia nella G.U.R.I. che nella G.U.C.E. in data successiva al 19 aprile 2016, il procedimento di gara è soggetto alla disciplina prevista dal nuovo codice dei contratti pubblici entrato in vigore, giusta previsione di cui all'art. 220 stesso testo, il giorno stesso della sua pubblicazione nella *Gazzetta Ufficiale*). In particolare tale procedura di gara è soggetta alle previsioni di cui all'art. 120, comma 2 bis (introdotto dall'art. 204, comma 1, lett.b) d.lgs. citato) per cui occorre *procedere all'immediata impugnazione del provvedimento relativo all'ammissione delle concorrenti*, nel termine di trenta giorni, decorrente dalla pubblicazione sul profilo del committente della stazione appaltante, a pena di inammissibilità dell'impugnazione dei successivi atti della procedura di affidamento, anche con ricorso incidentale.

9. PUBBLICAZIONI

*Quaderno Tecnico Ingegneria Sismica Italiana, ISI, n. 3, il Direttore dei Lavori (responsabilità, incarico, sentenze, assicurazione), ottobre 2016 Linee Guida per la Prevenzione della Corruzione con suggerimenti per piccoli comuni e aggregazioni elaborato da ANCI Lombardia, settembre 2016

*Manuale d'uso del sistema di e-procurement per le Amministrazioni. MePA- Procedura di acquisto tramite RdO aggiudicata all'offerta economicamente più vantaggiosa predisposto da Consip ed aggiornato ad ottobre 2016

*Manuale d'uso del sistema di e-procurement per le Pubbliche Amministrazioni – Creazione ed avvio di un appalto specifico del sistema dinamico di acquisizione predisposto da Consip ed aggiornato a settembre 2016

*Manuale d'uso del sistema di e-procurement per le Amministrazioni.

*Guida alla predisposizione della trattativa diretta, predisposto da Consip ed aggiornato al 23 settembre 2016

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

Tutti i provvedimenti attuativi del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 – Codice dei contratti pubblici (situazione all'11 novembre 2016).

*Corso: prima lettura del nuovo codice degli appalti pubblici (d.lg. 18-4-2016, n. 50) – 25 maggio 2016, a cura dello Studio legale Zoppellari;

10. Bibliografia sul d.lg. 50/2016

- 1) **P.Cosmai e R. Iovino**, Il nuovo Codice degli appalti pubblici: guida operativa al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 (Vol. I):
- 2) **V.Giannotti, M.Panato, N.Sperotto**, Il regime dei contratti esclusi e il partenariato;
- 3) **M.Alesio, M.Panato, N.Sperotto**, Le procedure di affidamento;
- 4) **P.Cosmai e R.Iovino**, La gestione del contenzioso giudiziale e stragiudiziale. (Tutti i 4 volumi, a cura di P. Cosmai, sono pubblicati dalla Walters Kluwer, maggio-luglio, 2016).
- 5) **AA.VV.** (diretta da F.Caringella, P.Martini e M.Giustiniani), Il nuovo diritto dei contratti pubblici, Commento organico al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50, Dike, maggio 2016;
- 6) **F.Caringella-M.Protto**, Il nuovo codice dei contratti pubblici. Guida operativa al d.lg. 18 aprile 2016, n. 50 e alle linee guida ANAC, Dike, settembre 2016;
- 7) **R.Garofali-G.Ferrari**, La nuova disciplina degli appalti pubblici (con capitolo dedicato alle linee guida ANAC), Nel Diritto EDITORE, ottobre 2016;
- 8) **U.L.Chimenti**, Nuovo diritto degli appalti e Linee Guida ANAC, con focus sulla disciplina transitoria e con premessa di R.Cantone e R. Garofoli, Nel Diritto Editore, ottobre 2016;
- 9) **V.Neri**, La crisi dell'impresa nei contratti con la pubblica amministrazione alla luce della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, Urb. e app., 3/2016, 253 e segg.;
- 10) **R.De Nictolis**, Il nuovo codice dei contratti pubblici, n. 5/2016, Urb. e app., 5/2016, pagg. 503 e segg.;
- 11) **L.De Pauli**, I "costi del ciclo di vita" nel nuovo codice degli appalti, Urb. e app., 6/2016, pagg. 625 e segg.;
- 12) **M.Ceruti**, Le concessioni tra contratto, accordo e provvedimento amministrativo, Urb. e app., 6/2016, pagg. 637 e segg.;
- 13) **E.Robaldo**, La realizzazione di opere di urbanizzazione a scomputo nel nuovo codice, Urb. e app., 7/2016, pagg. 749 e segg.;
- 14) **E. Follieri**, Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel codice dei contratti pubblici, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 873 e segg.;
- 15) **A.Manzi-P.Caruso**, Il nuovo soccorso istruttorio, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 907 e segg.;
- 16) **C.Contessa**, Le nuove regole dell'affidamento delle concessioni, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 933 e segg.;
- 17) **G.F.Cartei**, Il contratto di concessione di lavori e di servizi: novità e conferma a 10 anni dal Codice De Lise, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 939 e segg.;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

- 18) **F.Manganaro**, Soglie di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 948 e segg.;
- 19) **S.Fantini**, Il partenariato per l'innovazione, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 955 e segg.;
- 20) **M.Baldi**, Locazione finanziaria, contratto di disponibilità e baratto amministrativo nel d.lgs. n. 50/2016, pagg. 959 e segg.;
- 21) **S.Cresta**, Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 981 e segg.;
- 22) **C.Vivani**, Appalti sostenibili, green public procurement e socially responsible public procurement, Urb. e app. 8-9/2016, pagg. 993 e segg.;
- 23) **L.Mazzeo**, Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime –non troppo– “alleggerito” frutto di una “complicata semplificazione”, Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 1001 e segg.;
- 24) **P.Carpentieri**, Appalti nel settore dei beni culturali (e archeologia preventiva), Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 1014 e segg.;
- 25) **H.D'Herin**, I settori speciali sempre meno speciali (e sempre più ordinari), Urb. e app., 8-9/2016, pagg. 1029 e segg.;
- 26) **G.Balocco**, Gli affidamenti a “collegate” da parte delle società concessionarie private, Urb. e app., 10/2016, pagg. 1045 e segg.;
- 27) **M.E.Comba**, Aggregazioni di contratti e centrali di committenza: la disciplina europea ed il modello italiano, Urb. e app., 10/2016, pagg. 1053 e segg.;
- 28) **R.Cantone e C. Bova**, L'ANAC alle prese con la vigilanza sui contratti pubblici: un ponte verso il nuovo codice degli appalti?, Giornale dir. amm., 2/2016, pagg. 166 e segg.;
- 29) **L.Fiorentino**, Il nuovo codice degli appalti: un'occasione per modernizzare il sistema, Giorn. dir. amm., 4/2016, pagg. 425 e segg.;
- 30) **M.P.Chiti**, Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici;
- 31) **L.Fiorentino**, Le centrali di committenza e la qualificazione delle stazioni appaltanti;
- 32) **H.Caroli Casavola**, Le procedure di aggiudicazione;
- 33) **C.Lacava**, I criteri di aggiudicazione;
- 34) **T. Di Nitto**, Gli oneri dichiarativi e il soccorso istruttorio;
- 35) **D.Galli**, I settori speciali;
- 36) **M.Macchia**, I contratti di concessione;
- 37) **F.Di Cristina**, Il partenariato pubblico privato quale archetipo generale;
- 38) **G.Veltri**, L'in house nel nuovo codice dei contratti pubblici;
- 39) **C.Guccione**, I requisiti degli operatori economici;
- 40) **E.D'Alterio**, Regolare, vigilare, punire, giudicare: l'Anac nella nuova disciplina dei contratti pubblici;
- 41) **A.Averardi**, L'incerto ingresso del dibattito pubblico in Italia;

PUBBLICA AMMINISTRAZIONE E IMPRESA

IL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

- 42) **F.G.Albisinni**, I contratti pubblici concernenti i beni culturali;
- 43) **C.Contessa**, Le forme di tutela di tutela nel nuovo codice (articoli, dal numero 30) al n. 43), pubblicata sulla Giorn. Dir. amm., 4/2016, 436-515);
- 44) **L.Torchia**, Il nuovo codice dei contratti pubblici: regole, procedimento, processo;
- 45) **B.G.Mattarella**, La centralizzazione delle committenze; (articoli, dal numero 44) al n. 45) in Giorn. Dir. amm., n. 5/2016, pagg. 605-613);
- 46) **U.Fantigrossi**, PA e mandati difensivi, il “vicolo cieco” del ricorso alla gara, Guida al diritto, Il Sole 24 Ore, n. 48 novembre 2016;
- 47) **L.Oliveri**, Irragionevoli le Linee guida sul RUP (la Gazzetta degli Enti locali, 17-11-2016);
- 48) **S.Usai**, Legge di bilancio 2017: rafforzamento degli acquisti centralizzati (la Gazzetta degli Enti locali, 8-11-2016);
- 49) **S. Usai**, Sulla linea guida definitiva in tema di acquisti nel sotto-soglia comunitario e sulle procedure “semplificate”. Analisi delle modifiche (I Parte) (La Gazzetta degli Enti locali, 14-11-2016);
- 50) **S.Usai**, Linee guida definitiva in tema di acquisti nel sotto soglia comunitario e procedure “semplificate”: l’onere motivazionale degli affidamenti diretti (II Parte) (la Gazzetta degli Enti locali, 21-11-2016);
- 51) **L. Olivieri**, Addio alle procedure in economia (www.appaltiecontratti.it 7-3-2016);
- 52) **L.Olivieri**, Nuovo codice appalti: come cambiano i contratti (Gazzetta degli Enti locali 10-3-2016);
- 53) **M.Ceruti**, L’aggiudicatario si accolla il rischio dell’antieconomicità delle concessioni (www.appaltiecontratti.it 11-3-2016);
- 54) **A.Areddu**, La sospensione dei lavori nel nuovo codice degli appalti, Lexitalia.it Rivista di diritto pubblico, 5-7-2016;
- 55) **E.Gaz**, La nuova disciplina delle concessioni, Lexitalia.it, 26-10-2016;
- 56) **P.Pettinelli**, Articolo 32 del Codice unico dei contratti pubblici: coordinamento ed armonizzazione tra l’ordinamento interno e norme comunitarie, in “I Contratti dello Stato e degli enti pubblici, 3 luglio/settembre 2009 (articolo ancora relativo al d.lg. 163/2006);
- 57) **P.Loro**, Sparite le opere strategiche. Quali conseguenze sugli espropri;
- 58) **S.Usai**, Il principio di rotazione non può riguardare l’indagine di mercato (III parte) (La Gazzetta degli Enti locali, 2-11-2016);
- 59) **T.Cellura**, I criteri minimi ambientali nell’edilizia: una vera rivoluzione negli appalti pubblici delle costruzioni.

LA ROTTAMAZIONE DEI CARICHI AFFIDATI AGLI AGENTI DELLA RISCOSSIONE

Dal 4 novembre scorso è possibile presentare la “Dichiarazione di adesione alla definizione agevolata” per ottenere l’estinzione (comunemente detta “rottamazione”) dei debiti tributari, previdenziali e, come si vedrà, anche di altra natura, affidati agli Agenti della riscossione del Gruppo Equitalia S.p.a. nel periodo compreso dal 1° gennaio 2000 al 31 dicembre 2016, il tutto ottenendo lo stralcio di sanzioni ed interessi di mora, come stabilito dagli articoli da 6 a 6-ter del Decreto Legge n. 193 del 22 ottobre 2016. L’adesione va comunicata agli Agenti della riscossione entro il 31 marzo 2017 compilando l’apposito modulo disponibile sul sito internet di Gruppo Equitalia S.p.a. e presso tutti gli sportelli dello stesso. Entro il giorno 31 maggio 2017 gli Agenti della riscossione che hanno in carico il debito da rottamare, comunicheranno al debitore l’importo che dovrà versare a seguito della presentazione della dichiarazione.

di ANDREA PESSINA e CARLO PESSINA

1. Premessa

Come è noto, l’art. 6 del Decreto Legge 22 ottobre 2016, n. 193, recante “Disposizioni urgenti in materia fiscale e per il finanziamento di esigenze indifferibili”, in vigore dal giorno stesso della sua pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, 24 ottobre 2016, disciplina, tra l’altro, le modalità per accedere alla definizione agevolata, volgarmente e comunemente chiamata “rottamazione”, dei carichi affidati agli Agenti della riscossione negli anni dal 2000 al 2016. In data 24 novembre 2016 il Decreto Legge è stato definitivamente approvato, con modificazioni, dal Senato e convertito nella Legge n. 225 del 1° dicembre 2016.

La rottamazione è senza dubbio una delle novità, insieme alla cancellazione delle società del Gruppo Equitalia S.p.a. e alla rinnovata *voluntary disclosure*, che più di ogni altro interessa buona parte dei contribuenti.

Le disposizioni contenute nel citato art. 6 del DL. 193/2016, così come modificato e convertito in Legge, stabiliscono che i contribuenti con debiti per carichi tributari, previdenziali e, come si vedrà, anche di altra natura, affidati agli Agenti della riscossione in un determinato periodo, possono estinguere tali debiti senza pagare le sanzioni ivi incluse, gli interessi di mora per ritardato pagamento previsti dall’art. 30, Dpr. 602/73, nonché, con riferimento ai debiti previdenziali, le somme aggiuntive di cui all’art. 27, comma 1, del Dlgs. 46/1999, provvedendo esclusivamente al pagamento, entro i limiti temporali infra precisati:

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

- a) del capitale e relativi interessi affidati agli Agenti della riscossione;
- b) degli aggi maturati a favore degli Agenti della riscossione dovuti dal debitore ai sensi dell'art. 17 del Dlgs. 112/1999, ricalcolati sulle somme di cui alla lettera a);
- c) delle somme dovute a titolo di rimborso spese per le procedure esecutive già sostenute dagli Agenti della riscossione;
- d) del rimborso delle spese di notifica.

2. Perimetro di applicazione

Con riferimento al perimetro di applicazione dell'agevolazione *de qua*, il comma 1 dell'art. 6 del Decreto¹ stabilisce che la rottamazione è ammessa per i “*carichi affidati agli agenti della riscossione dal 2000 al 2016*”.

In primo luogo, il disposto normativo fa riferimento ai “*carichi*” in genere, senza limitazione alcuna, pertanto la sanatoria ricomprende sia i tributi (Ires, Irap, Iva, Imposta di registro, Imu, Tasi, ecc.) che i contributi (dovuti all'Inps, all'Inail e alle Casse professionali²).

In secondo luogo, il Decreto stabilisce che la definizione agevolata è riferita ai carichi affidati agli “*agenti della riscossione*”, il cui termine sta ad indicare che si tratta delle sole società di riscossione facenti parte del Gruppo Equitalia S.p.a. [che sono: Equitalia Nord S.p.a., Equitalia Centro S.p.a., Equitalia Sud S.p.a., Riscossione Sicilia S.p.a. (Serit Sicilia S.p.a. sino al 1° settembre 2012), Equitalia Giustizia S.p.a.]. Ciò lo si può desumere dal fatto che con tale locuzione, inclusa nel comma 1 dell'art. 6 del Decreto, il Legislatore intende riferirsi ai vecchi concessionari del servizio della riscossione soppressi dall'art. 3 del Dl. 2013/2005 e sostituiti da Riscossione S.p.a. (ora Gruppo Equitalia S.p.a.); al comma 28 del citato art. 3, nello specifico, viene disposto che Equitalia S.p.a. e le sue partecipate sono “*complessivamente denominate agenti della riscossione*”. Circoscritto il detto ambito di applicazione, è pertanto da escludersi l'ammissione alla procedura agevolata per quei carichi gestiti dai concessionari iscritti all'albo tenuto ai sensi dell'art. 53 del Dlgs. 446/1997³.

Tuttavia, il successivo art. 6-ter del Decreto, aggiunto in fase di conversione in Legge, prevede che nella sanatoria sono compresi anche i debiti riscossi direttamente dagli Enti

¹ Con il termine “Decreto” si intende il testo convertito con modificazioni nella Legge n. 225/2016.

² Sul punto si segnala che alcune Casse di previdenza, in primo luogo la Cassa Forense, hanno osservato che la disposizione dell'art. 6 non sembrerebbe riguardare gli istituti pensionistici privati e privatizzati, in quanto la norma parla di Enti pubblici (si veda “Italia Oggi” del 22 novembre 2016).

³ Albo dei soggetti privati abilitati ad effettuare attività di liquidazione e di accertamento dei tributi e di riscossione dei tributi e di altre entrate delle Province e dei Comuni.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

locali (Regioni, Province, Città metropolitane e Comuni) a seguito di provvedimenti di ingiunzione di pagamento o quelli dagli stessi affidati per la riscossione ai concessionari diversi da Equitalia, iscritti appunto all'Albo tenuto ai sensi dell'art. 53 del Dlgs. 446/1997, a patto però che l'Ente locale, entro 60 giorni dalla data di entrata in vigore della Legge di conversione del Decreto, deliberi di voler far rientrare nell'agevolazione anche detti debiti. L'Ente che avrà deciso di aderire alla rottamazione dovrà pubblicarne notizia sul proprio sito internet istituzionale e, con apposito Provvedimento, dovrà poi stabilire modalità e tempi della procedura agevolata.

Da ultimo, riguardo al periodo di riferimento dell'agevolazione, il Decreto, sempre al comma 1 dell'art. 6, circoscrive l'applicazione ai soli carichi affidati ad Equitalia negli anni "dal 2000 al 2016". Conta, pertanto, la data in cui l'Ente creditore ha comunicato il "carico" all'Agente della riscossione al fine di attivare le procedure di riscossione coattiva, a nulla rilevando, invece, la data di notificazione al contribuente della cartella di pagamento (o dell'atto di accertamento esecutivo o dell'avviso di addebito Inps); tale data deve essere ricompresa tra l'1/01/2000 e il 31/12/2016.⁴

In sede di conversione in Legge, le Camere hanno inserito all'art. 6 i commi 3-bis e 3-ter, i quali prevedono obblighi informativi in capo agli Agenti della riscossione nei confronti dei contribuenti-debitori interessati all'agevolazione. Si tratta, in primo luogo, dell'impegno per gli Agenti di fornire, su richiesta del contribuente interessato, tutte le informazioni e i dati necessari per individuare quali siano i carichi che possono essere oggetto della definizione agevolata, informazioni disponibili presso gli sportelli degli Agenti stessi oppure nell'area riservata del proprio sito internet istituzionale (comma 3-bis). L'altro obbligo imposto agli Agenti è quello di avvisare il debitore, con posta ordinaria, entro il termine del 28 febbraio 2017, in merito ad eventuali carichi affidatigli per la riscossione entro il 31 dicembre 2016 per i quali, a questa data, non risulta ancora notificata al debitore la cartella di pagamento ovvero l'avviso di accertamento esecutivo di cui all'art. 29 del Dl. 78/2010. Con questa informazione il contribuente viene così messo a conoscenza dei carichi a lui riferibili già affidati all'Agente per la riscossione e

⁴ Con riferimento alle cartelle di pagamento, ai sensi dell'art. 25, comma 2-bis, Dpr. 602/1973, si segnala che la stessa "contiene anche l'indicazione della data in cui il ruolo è stato reso esecutivo", che coincide con la data in cui l'Ente ha affidato il ruolo all'Agente della riscossione.

Con riferimento agli atti esecutivi, invece, ai sensi dell'art. 29, comma 1, lett. b) "L'Agente della riscossione, con raccomandata semplice o posta elettronica, informa il debitore di aver preso in carico le somme per la riscossione"; dunque, in tale caso, la data da prendere come riferimento per l'accesso all'agevolazione è quella indicata da Equitalia nella citata comunicazione.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

non ancora a lui notificati entro il 31 dicembre 2016, potendo anche per essi essere presentata la dichiarazione di definizione agevolata.⁵

E ancora con riferimento ai debiti per i quali è possibile richiedere la rottamazione, il comma 13-*bis* dell'art. 6 del Decreto prescrive che il contribuente può richiedere la definizione agevolata per singoli carichi già iscritti a ruolo o affidati agli Agenti della riscossione, tanto nei casi in cui siano presenti in un singolo atto (cartella di pagamento, avviso di accertamento esecutivo, avviso di addebito Inps) quanto lo siano in più atti, lasciando con ciò la facoltà al debitore di scegliere le partite oggetto di agevolazione rispetto alle altre per le quali, invece, decide di intraprendere o continuare il contenzioso. Si pensi, ad esempio, all'atto notificato al contribuente con cui gli viene contestata sia Ires che Irap e che decida di estinguere in via agevolata i soli carichi riferiti all'Ires: la conseguenza che ne deriva è che l'atto (cartella o avviso) non viene di fatto annullato (come invece accadrebbe nel caso di sanatoria riferita a tutti i carichi in esso contenuti) ma “vivrà” per i debiti non rottamati.

Non vi è dubbio, inoltre, che la possibilità di ottenere la rottamazione riguardi anche i carichi affidati ad Equitalia rappresentati dalle sole sanzioni (per esempio per tardivo versamento di tributi e contributi), nel qual caso il contribuente si troverà a dover versare solo le spese di notifica dell'atto.

Individuato il perimetro di applicazione della nuova rottamazione, il comma 10 dell'art. 6 del Decreto fissa, dall'altro lato, delle esclusioni, qui di seguito elencate:

- le risorse proprie tradizionali previste dall'articolo 2, paragrafo 1, lettere a) delle decisioni 2007/436/CE, Euratom del Consiglio, del 7 giugno 2007 e 2014/335/UE, Euratom del Consiglio, del 26 maggio 2014, e l'Imposta sul valore aggiunto riscossa all'importazione;
- le somme dovute a titolo di recupero di aiuti di Stato ai sensi dell'articolo 16 del regolamento (UE) n. 2015/1589 del Consiglio, del 13 luglio 2015;
- i crediti derivanti da pronunce di condanna della Corte dei conti;
- le multe, le ammende e le sanzioni pecuniarie dovute a seguito di provvedimenti e sentenze penali di condanna;

⁵ Si segnala che durante il Seminario organizzato dal CNDCEC il 16.12.2016 Equitalia ha precisato che “*non dovrebbero essere oggetto di definizione agevolata i ruoli con data di consegna 10 gennaio 2017*”. Tale chiarimento è stato fornito a seguito di una domanda posta ad Equitalia in merito al disposto normativo contenuto nell'art. 4 del DM. 321/1999 che stabilisce che per i ruoli trasmessi al concessionario fra il giorno 16 e l'ultimo giorno del mese, la consegna al concessionario stesso si intende effettuata il giorno 10 del mese successivo. Conseguentemente, parrebbe, secondo Equitalia, che i ruoli consegnati agli Agenti della riscossione dal 16 al 31 dicembre 2016 non possano essere oggetto di rottamazione, in quanto, ai sensi del citato art. 4 del DM. 321/1999, si considerano consegnati (e quindi affidati) il 10 gennaio 2017. Sul punto si attendono ulteriori chiarimenti.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

- le altre sanzioni diverse da quelle irrogate per violazioni tributarie o per violazione degli obblighi relativi ai contributi e ai premi dovuti dagli enti previdenziali (ad esempio i ruoli formati dalle Autorità amministrative indipendenti (Antitrust), dalla Consob, i canoni demaniali, le spese di giustizia, ecc.).

In merito alle risorse proprie dell'Unione Europea, escluse dall'agevolazione in argomento, vi rientrano sicuramente i Dazi doganali mentre non sono ricompresi gli altri tributi sempre gestiti dall'Agenzia delle Dogane, tra i quali, per esempio, le Accise, che pertanto possono formare oggetto di definizione agevolata⁶.

Il successivo comma 11 dell'art. 6 del Decreto, precisa, in tema di violazioni del Codice della strada, che lo stralcio si riferisce ai soli interessi, compresi quelli di cui all'art. 27, comma 6 della Legge 689/1981⁷ e non anche alle sanzioni irrogate.

Con riguardo ai carichi che possono formare oggetto di definizione agevolata, dalla semplice lettura del testo normativo sembra potersi evincere che, oltre a quelli scaturenti da cartelle di pagamento notificate da Equitalia (ed iscritti nei ruoli) rientrano anche quelli derivanti da atti di accertamento esecutivi e avvisi di addebito Inps affidati all'Agenzia della riscossione rispettivamente ai sensi degli artt. 29 e 30 del DL 78/2010. Questa interpretazione, era già stata dapprima fornita dal neo Presidente di Equitalia Ernesto Maria Ruffini durante un'audizione tenutasi il giorno 2 novembre 2016 davanti alle Commissioni riunite Bilancio e Finanze della Camera, riferita al testo originario del Decreto, e successivamente confermata anche in un documento pubblicato il 22 novembre 2016 dal Servizio Studi del Dipartimento Finanze e Bilancio (scheda di lettura, pagina 62, disponibile sul sito internet della Camera dei Deputati). Anche, infine, il modulo di "Dichiarazione di adesione alla definizione agevolata" predisposto da Equitalia e disponibile sul sito www.gruppoequitalia.it e presso tutti gli sportelli di Equitalia a decorrere dal 4 novembre 2016⁸ conferma la predetta impostazione, precisando (alla nota 3) che i carichi rientranti nell'ambito applicativo della definizione

⁶ In tal senso A. Cissello "Equitalia conferma il carattere ampio della rottamazione delle cartelle" in Eutekne.info del 3.11.2016.

Si consideri, inoltre, che nel modello di dichiarazione diffuso da Equitalia viene indicato (alla nota 3) che rientrano nell'agevolazione i ruoli contenuti negli avvisi di accertamento dell'Agenzia delle Dogane.

⁷ L'art. 27, comma 6 della Legge 689/1981 stabilisce che "Salvo quanto previsto nell'art. 26, in caso di ritardo nel pagamento la somma dovuta è maggiorata di un decimo per ogni semestre a decorrere da quello in cui la sanzione è divenuta esigibile e fino a quello in cui il ruolo è trasmesso all'esattore. La maggiorazione assorbe gli interessi eventualmente previsti dalle disposizioni vigenti".

⁸ E dal 2 dicembre 2016 in versione aggiornata a seguito delle modifiche apportate in sede di conversione in Legge del Decreto.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

agevolata sono quelli derivanti da: “*cartelle di pagamento, avvisi di accertamento esecutivo dell’Agenzia delle entrate/Dogane e Monopoli, avvisi di addebito dell’INPS*”.

Al riguardo, si ricorda che gli avvisi di accertamento emessi a decorrere dal 1° ottobre 2011 riguardanti imposte sui redditi, Iva e Irap, Inps relativi a periodo di imposta in corso al 31 dicembre 2007 e successivi, costituiscono titolo esecutivo ai fini della riscossione delle maggiori somme per imposte e sanzioni accertate. Il Dl. 78/2010, riformando il sistema vigente sino al 30 settembre 2011, ha soppresso la fase di riscossione mediante ruolo, eliminando in tal modo la funzione delle cartelle di pagamento, la cui preventiva notificazione non è più necessaria per l’esazione dei maggiori importi accertati.

L’ art. 29 del citato Dl. 78/2010 prevede che l’avviso di accertamento, oltre alle indicazioni stabilite dall’art. 42 del Dpr. 600/73 (cioè l’indicazione dell’imponibile o degli imponibili accertati, l’indicazione delle aliquote applicate e delle imposte liquidate, al lordo e al netto delle detrazioni, delle ritenute d’acconto e dei crediti d’imposta, i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che lo hanno determinato) deve contenere, al fine di attribuirgli funzione di esecutorietà, anche:

- l’intimazione ad adempiere all’obbligo di versamento delle somme entro il termine di presentazione del ricorso;
- l’indicazione degli importi da pagare a titolo provvisorio in caso di proposizione del ricorso, sulla base di quanto previsto dall’art. 15 del Dpr 602/73⁹;
- l’avvertimento che, decorsi trenta giorni dal termine ultimo di pagamento, la riscossione delle somme accertate sarà affidata ad Equitalia, la quale procederà per l’esecuzione forzata ai sensi del Dpr. 602/73, che, in ogni caso, dovrà essere avviata, a pena di decadenza, entro il 31 dicembre del secondo anno successivo a quello in cui l’accertamento è divenuto definitivo.

Ciò premesso, rispetto alla situazione in cui si è in presenza di cartella di pagamento, il contribuente con avviso di accertamento esecutivo non saldato e non impugnato entro i 60 giorni dalla notifica, potrà decidere di presentare ad Equitalia il modello di adesione alla definizione agevolata dei carichi, non prima però che gli sia stata notificata da Equitalia la comunicazione di presa in carico dei relativi debiti, ai sensi dell’art. 29, comma 1, lett. b) del Dl. 78/2010. Solo da quel momento, se anteriore al 31 marzo 2017, il contribuente potrà accedere alla rottamazione.

⁹ L’art. 15, comma 1 del Dpr. 602/1973 prevede che “*Le imposte, i contributi ed i premi corrispondenti agli imponibili accertati dall’ufficio ma non ancora definitivi, nonché i relativi interessi, sono iscritti a titolo provvisorio nei ruoli, dopo la notifica dell’atto di accertamento, per un terzo degli ammontari corrispondenti agli imponibili o ai maggiori imponibili accertati*”.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

3. Effetti della rottamazione

In merito ai vantaggi derivanti dall'adesione alla procedura, i debitori che vi fanno ricorso hanno la facoltà di estinguere i carichi affidati agli Agenti senza pagare alcunché a titolo di sanzioni, interessi di mora di cui all'art. 30, comma 1 del Dpr. 602/1973, questi ultimi calcolati sulle somme iscritte affidate (escluse sanzioni ed interessi) per ogni giorno di ritardo dalla notifica dell'atto sino a quello del suo pagamento, nonché, con riferimento ai debiti previdenziali, le sanzioni e le somme aggiuntive ex art. 27, comma 1 del Dlgs. 46/1999¹⁰

Il pagamento agevolato riguarda, quindi, le seguenti voci:

- la quota capitale del complessivo debito affidato agli Agenti della riscossione;
- gli interessi per ritardata iscrizione a ruolo di cui all'art. 20 Dpr. 602/73, (calcolati sulle maggiori imposte dovute dal giorno successivo a quello di scadenza del pagamento fino (i) alla data di consegna del ruolo al concessionario della riscossione, in caso di cartella di pagamento, e (ii) fino alla data di presumibile notifica dell'atto, in caso di avviso di accertamento esecutivo, per entrambi attualmente pari al 4,00% annui ai sensi di quanto disposto dall'art. 2 del Dm. 21 maggio 2009);
- l'aggio dovuto all'Agente della riscossione che, tuttavia, dovrà essere ricalcolato solo sulla quota capitale e sugli interessi da ritardata iscrizione a ruolo (mentre, l'aggio compreso nei carichi è calcolato anche sulle sull'importo delle sanzioni e degli interessi di mora);
- le spese, comprese nei carichi, sostenuti dall'Agente della riscossione per le procedure esecutive eventualmente attivate per il recupero del credito complessivo;
- le spese per la notifica dell'atto (espressamente indicate nella cartella di pagamento, atto di accertamento esecutivo o avviso di addebito Inps).

Tuttavia, limitatamente ai debiti che il contribuente vanta nei confronti di Enti locali, derivanti da provvedimenti di ingiunzione di pagamento o relativi a carichi che l'Ente ha affidato agli Agenti della riscossione, anche diversi da Equitalia, l'art. 6-ter del Decreto circoscrive lo stralcio da rottamazione alle sole sanzioni comprese nei predetti debiti, escludendo dalla definizione agevolata ogni altra somma diversa dalle sanzioni (restano quindi dovuti gli interessi di mora).

¹⁰ Il citato art. 27, comma 1 del Dlgs. 46/1999 prevede che *“In deroga all'articolo 30 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'articolo 14 del presente decreto, sui contributi o premi dovuti agli enti pubblici previdenziali, decorso il termine previsto dall'articolo 25 del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602, come sostituito dall'articolo 11 del presente decreto, le sanzioni e le somme aggiuntive dovute sono calcolate, secondo le disposizioni che le regolano, dalla data della notifica e fino alla data del pagamento”*.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

Alcuni esempi pratici chiariranno meglio quando sino ad ora argomentato circa la portata dell'agevolazione.

Esempio 1

Il contribuente ha ricevuto da Equitalia una cartella di pagamento relativamente all'omesso versamento di Irpef per Euro 5.200 riferita all'anno 2011, con ruolo affidato per la riscossione nell'anno 2015. La cartella non è stata né impugnata né saldata entro i 60 giorni dalla sua notifica.¹¹

descrizione	importi dovuti	importi dovuti con rottamazione
Imposta	5.200,00	5.200,00
Sanzione (30%)	1.560,00	-
Interessi ritardata iscrizione a ruolo	832,00	832,00
Interessi di mora	1.040,00	-
Aggi di riscossione (8%) *	690,56	482,56
Spese di notifica	5,88	5,88
Totale da versare	9.328,44	6.520,44

* Gli aggi di riscossione sono calcolati sulla sommatoria degli importi dei righe precedenti.

Esempio 2

La norma, nel prevedere lo "sconto" delle sanzioni incluse nei carichi affidati ad Equitalia, non pone alcun limite con riferimento alla definizione agevolata dei ruoli composti da sole sanzioni; in tale evenienza nulla dovrà essere pagato dal contribuente tranne le spese di notifica della cartella.

Si pensi al contribuente che ha ricevuto da Equitalia una cartella di pagamento relativamente a sanzioni iscritte a ruolo a seguito di tardivo versamento di Iva per Euro 2.400 riferita all'anno 2011, con ruolo affidato per la riscossione nell'anno 2015. La cartella non è stata né impugnata né saldata entro i 60 giorni dalla sua notifica.

descrizione	importi dovuti	importi dovuti con rottamazione
Sanzione (30%)	720,00	-
Aggi di riscossione (8%)	57,60	-
Spese di notifica	5,88	5,88
Totale da versare	783,48	5,88

In questo caso il contribuente si troverà a dover versare le sole spese di notifica dell'atto.

Esempio 3

Il contribuente ha ricevuto una cartella di pagamento relativamente ad una contravvenzione del Codice della strada di Euro 530, commessa nel 2012 e affidata ad

¹¹ Si fa presente che ben può rientrare nell'agevolazione in commento la cartella di pagamento per cui non è ancora trascorso il termine di 60 giorni.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

Equitalia nel 2015. Il contribuente decide di avvalersi della definizione agevolata dei ruoli.

descrizione	importi dovuti	importi dovuti con rottamazione
Contravvenzione	530,00	530,00
Interessi ritardata iscrizione a ruolo	63,60	-
Interessi Legge 689/81	265,00	-
Aggi di riscossione (8%)	68,69	42,40
Spese di notifica	5,88	5,88
Totale da versare	933,17	578,28

In questo caso, con la rottamazione il risparmio è riferito agli interessi e agli aggi di riscossione rideterminati.

E' poi possibile, ai sensi del comma 8 dell'art. 6 del Decreto, richiedere la rottamazione dei carichi affidati ad Equitalia per cui il contribuente ha già iniziato una dilazione di pagamento ai sensi dell'art. 19 del Dpr. 602/1973, sia essa ancora in corso oppure revocata per mancato pagamento da parte del contribuente medesimo.¹² In questo caso la rottamazione riguarda solamente gli importi residui ed ancora in carico all'Agente della riscossione e le somme già versate a titolo di sanzioni, interessi di mora e di dilazione restano definitivamente acquisite da Equitalia, senza possibilità di ottenere alcun rimborso, mentre gli importi già versati a titolo di quota capitale, di interessi diversi da quelli di mora e di aggio, possono essere scalati dagli importi complessivamente dovuti, quali risultanti dalla liquidazione fatta dall'Agente a seguito della dichiarazione di agevolazione. Nel caso specifico in cui il contribuente non sia decaduto dal piano di dilazione (e quindi è in regola con il pagamento delle rate oppure ha rate arretrate e non pagate inferiori a cinque), il Decreto prevede che l'agevolazione possa essere comunque richiesta purché il contribuente onori le rate in scadenza dal 1° ottobre al 31 dicembre 2016 (anche qualora in pagamento delle stesse avvenga tardivamente e comunque entro il 31 marzo 2017). Dal che si desume che saranno

¹² L'art. 19 del Dpr. 602/1973 consente al contribuente che si trovi in situazione di obiettiva difficoltà, di richiedere ad Equitalia la ripartizione del pagamento delle somme iscritte a ruolo in un numero di rate mensili sino ad un massimo di settantadue (centoventi in caso di difficoltà legata alla congiuntura economica). Il comma 3 del citato articolo stabilisce, poi, che in caso di mancato pagamento, nel corso del periodo di rateazione, di cinque rate, anche non consecutive: (i) il debitore decade automaticamente dal beneficio della rateazione; (ii) l'intero importo iscritto a ruolo ancora dovuto è immediatamente e automaticamente riscuotibile in unica soluzione; (iii) il carico può essere nuovamente rateizzato se, all'atto della presentazione della richiesta, le rate scadute alla stessa data sono integralmente saldate. In tal caso, il nuovo piano di dilazione può essere ripartito nel numero massimo di rate non ancora scadute alla medesima data.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

oggetto di agevolazione le rate non pagate scadenti anteriormente al 1° ottobre 2016 e successive al 1° gennaio 2017¹³.

Esempio 4

Il contribuente ha ricevuto da Equitalia una cartella di pagamento relativamente all'omesso versamento di Irpef per Euro 3.300 riferita all'anno 2011, con ruolo affidato per la riscossione nell'anno 2015. Il contribuente ha richiesto (entro i 60 giorni dalla notifica) ed ottenuto da Equitalia il provvedimento di dilazione e alla data del 24 ottobre 2016 (entrata in vigore del Decreto) la dilazione è automaticamente decaduta causa mancato pagamento di cinque rate (anche non consecutive).

¹³ Nel caso in cui il contribuente abbia, alla data dell'entrata in vigore del Decreto, in corso un piano di rateazione (dal quale non è decaduto) per il quale non ha versato rate scadute ante 1° ottobre 2016, parrebbe che i versamenti richiesti dalla norma (art. 6, comma 8 del Decreto), da onorare per poter accedere alla rottamazione, si riferiscano alle sole rate scadenti nel periodo dal 1° ottobre al 31 dicembre 2016 e non anche alle rate scadute e non pagate entro il 1° ottobre 2016. In tal senso si veda *“Scatta la sospensione delle procedure esecutive”* in *“Il Sole 24 ore”* del 9 novembre 2016 e *“Rottamazione da chiarire: dalla revoca dell'istanza ai ruoli in contenzioso”* in *“Il Sole 24”* ore del 22 novembre 2016.

Si segnala, tuttavia, che durante il Seminario del 16.12.2016 organizzato dal CNDCEC, Equitalia ha fornito un'interpretazione più ampia (e sfavorevole al contribuente) del disposto normativo, sostenendo che qualora il contribuente abbia, alla data del 24.11.2016, rate impagate anteriori al 1° ottobre 2016, i pagamenti dallo stesso effettuati (al fine di avere i requisiti per poter accedere alla rottamazione) verranno imputati alle rate scadute più remote e non a quelle riferite all'ultimo trimestre 2016, con la conseguenza che il contribuente-debitore per poter accedere alla rottamazione deve procedere al pagamento di tutte le rate scadute.

A nostro avviso, l'impostazione data da Equitalia è da ritenersi non condivisibile in quanto la norma è chiara nel prescrivere unicamente il versamento delle rate in scadenza nell'ultimo trimestre 2016.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

descrizione	importi dovuti
Imposta	3.300,00
Sanzione (30%)	990,00
Interessi ritardata iscrizione a ruolo	528,00
Interessi di mora	660,00
Aggi di riscossione (4,65%) *	438,24
Spese di notifica	5,88
Totale cartella	5.922,12

descrizione	importi versati con dilazione
Imposta	1.100,00
Sanzione (30%)	330,00
Interessi ritardata iscrizione a ruolo	176,00
Interessi di mora	220,00
Interessi di dilazione	50,00
Aggi di riscossione (4,65%)	116,00
Spese notifica	5,88
Totale versato con dilazione	1.997,88

descrizione	importi da versare con rottamazione
Imposta	2.200,00
Sanzione (30%)	-
Interessi ritardata iscrizione a ruolo	352,00
Interessi di mora	-
Aggi di riscossione (4,65%) **	2,67
Spese di notifica	-
Totale da versare con rottamazione	2.554,67

* Percentuale aggio considerando dilazione intervenuta entro i 60 giorni dalla notifica della cartella.

** Gli aggi sono stati ricalcolati sulla sola (residua) quota capitale e interessi da ritardata iscrizione a ruolo (2.200+352).

Accedendo alla rottamazione, quindi, a fronte di un debito originario di Euro 5.992,12 il contribuente si troverebbe a dover versare l'importo agevolato di Euro 4.552,55 (1.997,88+2.554,67).

Il Decreto, poi, al successivo comma 9 dell'art. 6, prevede la possibilità di optare per l'agevolazione anche nel caso in cui il contribuente, mediante il pagamento delle rate previste dal piano di dilazione, abbia già saldato debiti per un ammontare pari (o superiore) a quanto dovrebbe versare in caso di rottamazione; in questo caso è comunque tenuto a presentare ad Equitalia il modello di adesione alla procedura e l'eventuale differenza a favore del contribuente (in caso di versamento dilazionato superiore a quello effettivamente dovuto a seguito della rottamazione) non verrà rimborsata al contribuente.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

4. Tempi di pagamento e valutazioni di convenienza

Il contribuente che accede alla definizione agevolata potrà optare per il pagamento di quanto “rottamato” in un’unica soluzione, nel mese di luglio 2017, oppure, come previsto dall’art. 6, comma 1, in rate di uguale importo nel numero massimo di tre nel corso del 2017 e di due nel 2018 (quindi cinque in totale), per cui almeno il 70% delle somme complessivamente dovute con la rottamazione versato nell’anno 2017 ed il restante 30% nel 2018. Il successivo comma 3 stabilisce, inoltre, che la scadenza delle rate è fissata nei mesi di luglio, settembre e novembre per l’anno 2017 e nei mesi di aprile e settembre per l’anno 2018, con la precisazione che sulle rate scadenti successivamente al 1° agosto 2017 sono dovuti, a decorrere da tale data, gli interessi calcolati al tasso annuo del 4,5%, previsti dall’art. 21 del Dpr. 602/73. La scelta del metodo di pagamento deve essere proposta dal contribuente in sede di presentazione del modello di adesione alla definizione agevolata messo a disposizione da Equitalia e quest’ultima comunicherà, entro il 31 maggio 2017, l’ammontare complessivo delle somme dovute, il giorno e il mese di scadenza di ciascuna rata.

Una volta in corso la procedura di definizione agevolata, il Decreto (ai commi 4 e 8 dell’art. 6) prescrive che nel caso di mancato pagamento (anche parziale) delle somme da rottamare il contribuente decade automaticamente dall’agevolazione e Equitalia, conseguentemente, può proseguire l’ordinaria attività di recupero dei carichi residui ad essa affidati, senza l’ulteriore possibilità da parte del contribuente di riassumere l’eventuale dilazione ex art. 19 del Dpr. 602/1973 allo stesso precedentemente concessa. Se ne desume, dunque, che la valutazione del contribuente circa l’adesione alla rottamazione deve necessariamente tenere in considerazione non solo, da un lato, l’eventuale beneficio economico che ne deriverebbe (stralcio di sanzioni ed interessi di mora) ma anche, dall’altro, l’eventuale “sacrificio” finanziario che l’agevolazione comporterebbe nel caso in cui il contribuente, al momento della presentazione del modulo di adesione, avesse, in ipotesi, già in essere con Equitalia un piano di dilazione con un numero di rate superiore a cinque. A valle di tali valutazioni, dunque, il contribuente-debitore che ha aderito all’agevolazione dovrà rigorosamente rispettare le scadenze di versamento della rottamazione per non incorrere nella perdita dei benefici ivi derivanti (economici) e di quelli eventualmente già maturati prima dell’accesso alla procedura (finanziari dovuti alla rateazione in essere).

Vi sono anche altre valutazioni di convenienza che investono il contribuente che ha presentato ad Equitalia la richiesta di adesione. Ben può accadere che Equitalia, con la comunicazione da fornire al contribuente entro il prossimo 31 maggio 2017, ai sensi del comma 3 dell’art. 6 del Decreto, neghi, per vari motivi, al contribuente l’accesso alla rottamazione o lo ammetta quantificando, però, importi dovuti superiori rispetto a quelli preventivati dal contribuente stesso. In queste situazioni, il disposto normativo, comma 4 dell’art. 6, sembrerebbe, a nostro avviso, concedere al contribuente la facoltà di

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

revocare la dichiarazione di adesione presentata¹⁴ entro il termine ultimo previsto per il versamento dell'unica o della prima rata delle somme dovute a seguito della rottamazione. Dunque, se entro il detto termine il contribuente-debitore valuta per lui sconveniente aderire alla definizione agevolata per cui ha fatto richiesta di ammissione, l'aver semplicemente presentato ad Equitalia la dichiarazione di adesione non dovrebbe produrre effetti negativi di alcun tipo (nemmeno sull'eventuale piano di dilazione già in essere ai sensi dell'art. 19 del Dpr. 602/1973).¹⁵

Si aggiunga, inoltre, che in sede di conversione in Legge del Decreto, le Camere hanno inserito al comma 5 dell'art. 6 la previsione che *“sono altresì sospesi, per i carichi oggetto della domanda di definizione agevolata, fino alla scadenza della prima o unica rata della somma dovute, gli obblighi di pagamento derivanti da precedenti dilazioni in essere relativamente alle rate di tali dilazioni in scadenza in data successiva al 31 dicembre 2016”*. Ciò significa che il contribuente che ha in essere un piano di dilazione e decide di presentare domanda di adesione alla definizione agevolata, beneficerà della sospensione del pagamento delle rate in scadenza dal 1° gennaio 2017 sino alla scadenza dell'unica o della prima rata prevista per il pagamento delle somme agevolate. Nel caso in cui, però, entro il termine di versamento dell'unica o prima rata delle somme dovute a seguito della definizione agevolata il contribuente intenda revocare, per i motivi già detti, la dichiarazione di adesione e quindi abbia ancora la facoltà di proseguire nel piano di dilazione precedentemente concesso, può accadere, tuttavia, che nonostante la sospensione prevista dal citato comma 5 dell'art. 6 del Decreto il contribuente incorra nell'eventualità di aver omesso un numero di rate tali da causare la decadenza dal piano di dilazione a lui originaria (dato dalla sommatoria delle rate impagate sino al 1° ottobre 2016 oltre a quelle tra il 1° gennaio 2017 e la data di scadenza del primo versamento da rottamazione). Questo comporterebbe per il debitore l'impossibilità di riprendere la dilazione originaria ai sensi dell'art. 19 del Dpr. 602/1973 (in quanto decaduto per aver omesso il pagamento di cinque rate anche non consecutive).

¹⁴ Il comma 4 recita: *“In caso di mancato ovvero di insufficiente o tardivo versamento dell'unica rata ovvero di una rata di quelle in cui è stato dilazionato il pagamento delle somme di cui al comma 1, lettere a) e b), la definizione non produce effetti e riprendono a decorrere i termini di prescrizione e decadenza per il recupero dei carichi oggetto della dichiarazione di cui al comma 2”*.

¹⁵ Il comma 8, lett. c) dell'art. 6 recita: *“c) il pagamento della prima o unica rata delle somme dovute ai fini della definizione agevolata determina, limitatamente ai carichi definibili, la revoca automatica dell'eventuale dilazione ancora in essere precedentemente accordata dall'agente della riscossione.”*

Dunque, sembrerebbe che sino alla scadenza prevista per il versamento dell'unica o della prima rata il contribuente che intende revocare la dichiarazione di rottamazione non subirà penalizzazioni di alcun tipo in merito ai provvedimenti di dilazione già in corso.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

E' importante, dunque, valutare con attenzione anche gli effetti dell'eventuale revoca della dichiarazione di rottamazione presentata ad Equitalia.

5. Contenziosi in corso

Altra condizione posta dal Decreto per l'accesso alla procedura agevolativa è quella stabilita dall'ultimo periodo del comma 2 dell'art. 6, che impone al contribuente di indicare nella dichiarazione di adesione ogni giudizio pendente avanti qualunque organo giurisdizionale riguardanti i debiti per cui si chiede la rottamazione, assumendosi altresì l'impegno di rinunciare agli stessi giudizi. A questo proposito, oltre a prendere atto che è possibile ottenere la sepoltura dei carichi anche in una situazione di contenzioso per il quale è pendente il giudizio, si possono ipotizzare le situazioni che seguono (senza pretesa di esaustività essendo ben consapevoli della varietà delle situazioni possibili).

Esempio 5

Il contribuente ha ricevuto dall'Agenzia delle Entrate un avviso di accertamento per omesso versamento di Ires per Euro 900.000 riferita all'anno 2011, con irrogazione di sanzioni per Euro 270.000 (30% dell'imposta) ed interessi di ritardata iscrizione a ruolo per Euro 30.000.

1° ipotesi

Il contribuente non versa le somme intimate e non presenta ricorso in Commissione tributaria entro i 60 giorni dalla notifica. Decorsi 30 giorni il contribuente riceve da Equitalia la comunicazione di presa in carico dei debiti per imposta (Euro 900.000), sanzioni (Euro 270.000), interessi per ritardata iscrizione a ruolo (Euro 30.000), interessi di mora (ipotizzati Euro 47.000), aggi di riscossione (ipotizzati Euro 99.800) e spese di notifica (Euro 5,88), per un totale di Euro 1.346.805,88.

Il contribuente può avvalersi della rottamazione con il pagamento dell'imposta (Euro 900.000), degli interessi per ritardata iscrizione a ruolo (Euro 30.000), degli aggi di riscossione ridotti (ipotizzati Euro 74.400) e delle spese di notifica (Euro 5,88), quindi con un esborso complessivo di Euro 1.004.405,88.

In tale situazione, nel modulo di adesione alla definizione agevolata il contribuente indicherà che nessun giudizio è pendente.

2° ipotesi

Il contribuente, entro 60 giorni dalla notifica dell'avviso di accertamento, presenta ricorso in Commissione tributaria e non richiede (o gli viene respinta) la sospensione giudiziale degli effetti dell'atto (articolo 47 del Dlgs. 546/1992) o la sospensione amministrativa. Gli importi affidati ad Equitalia per la riscossione si riferiscono alle sole imposte ed interessi per ritardata iscrizione a ruolo nella misura di 1/3, ai sensi dell'art. 15 del Dpr. 602/1973, per complessivi Euro 324.420,88 [imposte (Euro 300.000) + interessi per ritardata iscrizione a ruolo (Euro 10.000) + aggi di riscossione (ipotizzati Euro 14.415) + spese di notifica atto (Euro 5,88)].

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

Il tale situazione, non essendoci carichi affidati ad Equitalia costituiti da sanzioni, la richiesta di definizione agevolata non porterebbe beneficio alcuno, se non nel caso in cui il contribuente- debitore valuti conveniente abbandonare il giudizio in corso e decida di presentare domanda di rottamazione (con rinuncia al giudizio) per ottenere lo stralcio degli eventuali interessi di mora maturati¹⁶.

3° ipotesi

Il contribuente ha presentato ricorso in Commissione tributaria provinciale che gli è stato respinto in toto.

La conseguenza è l'iscrizione provvisoria pari a 2/3 dell'imposta, delle sanzioni e degli interessi, come previsto dall'art. 68 del Dlgs. 546/1992 e dall'art. 19, primo comma, del Dlgs. 472/1997 e precisamente per Euro 837.205,88 [2/3 capitale (Euro 600.000) + 2/3 sanzioni (Euro 180.000) + 2/3 interessi (Euro 20.000) + aggio ipotizzato in Euro 37.200 + spese di notifica (Euro 5,88)].

In questa situazione, la portata della rinuncia al contenzioso in corso non sembrerebbe chiara dalla semplice lettura della norma.

Nell'ipotesi sopra illustrata il debitore può estinguere i carichi affidati ad Equitalia avvalendosi della definizione agevolata con il pagamento di un importo pari complessivamente ad Euro 648.905,88, così composto: tributo-capitale Euro 600.000 + interessi di ritardata iscrizione a ruolo Euro 20.000 (2/3 di Euro 30.000) + aggio ricalcolato sulle somme dovute (ipotizzato in Euro 28.900) + spese di notifica della cartella Euro 5,88.

Circa, però, la condizione della rinuncia al giudizio, resta il dubbio sulla sorte delle residue somme oggetto di accertamento e non ancora affidate ad Equitalia per la riscossione. Una soluzione percorribile, e auspicabile, potrebbe essere quella di consentire comunque al contribuente di proseguire nel contenzioso per le somme non oggetto di rottamazione e di limitare quindi la portata della rinuncia ai giudizi in corso alle sole somme già affidate all'Agente della riscossione¹⁷.

4° ipotesi

Il contribuente ha presentato ricorso che è stato accolto in toto dalla Commissione tributaria provinciale.

In questo caso la somma di 1/3 affidata ad Equitalia ai sensi dell'art. 15 del Dpr 602/73 dovrebbe essere oggetto di sgravio da parte dell'Ente creditore e, pertanto, non essendoci ulteriori importi iscritti a ruolo o affidati al concessionario, per il contribuente non vi è alcuna possibilità (e nessun beneficio) di presentare una richiesta di

¹⁶ Si precisa che la stessa decisione può essere presa anche qualora il contribuente, che abbia comunque ottenuto la sospensione della riscossione, valuti conveniente abbandonare il giudizio in corso prima della decisione di primo grado.

¹⁷ Si veda in proposito "Rottamazione da chiarire: dalla revoca dell'istanza ai ruoli in contenzioso" in "Il Sole 24 ore" del 22.11.2016.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

rottamazione. Nella prassi, tuttavia, spesso accade che l'Ente creditore non provveda a scaricare le somme affidate ad Equitalia ma solo a sospenderne l'esecutività, con il che rendendo, in tale evenienza, possibile per il contribuente richiedere la rottamazione presentando la dichiarazione di adesione agevolata e pagando un importo pari ad Euro 324.420,88 [imposte (Euro 300.000) + interessi per ritardata iscrizione a ruolo (Euro 10.000) + aggi di riscossione (ipotizzati Euro 14.415) + spese di notifica atto (Euro 5,88)], sempre a condizione di esprimere la rinuncia al giudizio e quindi alla prosecuzione del contenzioso (a seguito di valutazioni operate dal contribuente sul rischio di soccombenza nell'eventuale giudizio di appello). Anche qui, tuttavia, come nell'ipotesi precedente (3°) non è chiaro come si debba estendere l'ambito di applicazione della rinuncia al contenzioso, non esistendo altri carichi presi in carico da Equitalia e non essendo nella facoltà del contribuente-debitore appellarsi alla sentenza della Commissione tributaria provinciale (essendo a lui favorevole).

5° ipotesi

Nel caso in cui, invece, il contribuente, vincitore in primo grado, avesse pagato nei termini la somma iscrittagli a ruolo ai sensi del richiamato art. 15 Dpr. 602/73, egli non potrà presentare la dichiarazione di adesione non avendo carichi affidati ad Equitalia e quindi dovrà sperare in un esito positivo finale del contenzioso, che potrebbe protrarsi sino in Cassazione.

Tra gli operatori ci si augurava che, in sede di conversione in Legge del Decreto, il Parlamento, resosi conto delle sperequazioni sopra evidenziate, vi ponesse rimedio prevedendo che nelle suddette ipotesi fosse possibile per il contribuente medesimo chiedere l'estinzione del giudizio semplicemente a seguito del già intervenuto pagamento di quanto iscrittogli a ruolo in via provvisoria, ma, purtroppo, così non è avvenuto.

6. Conseguenze del mancato pagamento degli importi rottamati

Il comma 4 dell'art. 6 del Decreto disciplina poi le conseguenze che gravano sul debitore nel caso di mancato, insufficiente o tardivo versamento dell'unica rata ovvero di una delle rate per le quali è stato dilazionato il pagamento delle somme complessivamente dovute a seguito della dichiarazione di definizione agevolata. Innanzitutto viene precisato che le conseguenze previste nel citato comma 4 scattano tanto nell'ipotesi di mancato totale pagamento del dovuto, quanto in quelle di pagamento insufficiente, cioè non completo, o tardivo, oltre i termini stabiliti e comunicati al debitore dall'Agente della riscossione.

Al verificarsi, dunque, di una delle circostanze suddette, la definizione agevolata non produce alcun effetto e, inoltre, riprende la decorrenza dei termini di prescrizione e di decadenza per il recupero dei carichi oggetto della dichiarazione presentata dal debitore, termini che, come si dirà oltre, erano stati provvisoriamente sospesi.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

La conseguenza del mancato, insufficiente o tardivo pagamento di quanto dovuto comporta che i versamenti (eventualmente) effettuati dal debitore si computano a titolo di acconto delle somme il cui recupero era stato affidato al concessionario della riscossione [in sostanza a titolo di acconto dell'importo totale risultante dall'atto (cartella di pagamento, accertamento esecutivo o notifica di addebito Inps) per il quale il debitore aveva presentato dichiarazione per la rottamazione]. I detti pagamenti, quindi, non determinano l'estinzione del debito residuo, in quanto la stessa si otterrebbe solo ottemperando fedelmente a quanto dovuto a seguito della dichiarazione di adesione, sia in termini di versamenti che nel rispetto delle tempistiche di scadenza delle singole rate. L'Agente della riscossione, dunque, può intraprendere le necessarie nuove azioni esecutive (o proseguire quelle già esistenti e nel frattempo sospese a seguito della presentazione della domanda di definizione agevolata) per il recupero coattivo della differenza ancora affidata all'Agente della riscossione e non pagata in pendenza di rottamazione. Differenza che, inoltre, non può essere oggetto di rateazione ex art. 19 del Dpr. 602/73, ma deve essere pagata in unica soluzione a semplice richiesta dell'Agente medesimo, essendo espressamente esclusa dal Decreto la possibilità di una nuova rateazione, fatta eccezione per l'ipotesi prevista dal comma 4-*bis* dell'art. 6 del Decreto medesimo. Questa disposizione stabilisce che, in caso di decadenza dell'agevolazione per omesso o ritardato pagamento delle somme dovute dal contribuente-debitore, questi mantiene il diritto a dilazionare il debito residuo¹⁸, a condizione però che, alla data di presentazione della domanda di rottamazione, non fossero ancora decorsi 60 giorni dalla notifica della cartella di pagamento, o dell'avviso di accertamento esecutivo o dell'avviso di addebito Inps. A nostro parere, poi, la differenza suddetta dovrà essere iscritta in ruoli maggiorati degli interessi di mora di cui all'art. 30 del D.P.R. 602 decorrenti dalla data di scadenza del pagamento di cui il contribuente si era assunto l'onere con la presentazione della dichiarazione di definizione agevolata e quella di riemissione della nuova cartella di pagamento.

Il rigore voluto dal legislatore riguardo alla decadenza dei benefici connessi alla rottamazione comporta che non è pertanto neppure ammesso, per il contribuente-debitore in breve ritardo nel pagamento delle somme dovute a seguito della definizione agevolata, fruire dei benefici offerti dall'art. 3, comma 3 del Dlgs. 159/2015¹⁹, il quale

¹⁸ Costituito, ovviamente, non da quanto sarebbe dovuto a seguito della presentazione della dichiarazione di adesione agevolata, bensì da quanto risultante dall'atto per il quale il contribuente aveva chiesto la rottamazione dedotti i versamenti eventualmente effettuati in pendenza di rottamazione.

¹⁹ L'art. 3, comma 3 del Dlgs. 159/2015 prevede che “*E' esclusa la decadenza in caso di lieve inadempimento dovuto a:*

a) insufficiente versamento della rata, per una frazione non superiore al 3 per cento e, in ogni caso, a diecimila Euro;

b) tardivo versamento della prima rata, non superiore a sette giorni”.

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

esclude la decadenza della rateazione anche in caso di ritardo sino 7 giorni nel pagamento di importi che non superino il 3% del valore della rata.

Viene poi espressamente chiarito che sui pagamenti dilazionati delle somme oggetto della definizione agevolata non sono applicabili le disposizioni contenute nell'art. 19 del Dpr. 602/1973 le quali, come è noto, consentono al contribuente che dichiara di trovarsi in temporanea situazione di obiettività difficoltà al pagamento delle somme iscritte al ruolo la possibilità di ripartire il pagamento stesso fino ad un massimo di 72 rate mensili. In sostanza, per le somme dovute a seguito della rottamazione non è possibile accedere al detto beneficio, per cui se il debitore viene a trovarsi in difficoltà finanziaria, seppure temporanea, per il pagamento di una delle rate oggetto della definizione agevolata, non può richiederne la dilazione prevista dall'art. 19 del Dpr. 602/1973 suddetto con la conseguenza che, se non pagherà alla scadenza della rata, scatteranno a suo carico le disposizioni sopra illustrate relative al mancato pagamento.

Un ulteriore effetto derivante dalla presentazione della dichiarazione di adesione alla definizione agevolata è quello previsto dal comma 5 dell'art. 6 del Decreto, che prevede la sospensione dei termini di prescrizione e decadenza per il recupero dei carichi oggetto della rottamazione. In pratica, aderendo all'agevolazione, al contribuente viene concessa la sospensione (non l'abbandono) dei termini prescrizionali e di decadenza, che torneranno dunque a rivivere per la loro residuale durata al verificarsi delle situazioni di insolvibilità del debitore (e per gli importi dovuti originariamente al netto di quelli già eventualmente versati in pendenza di rottamazione).

Riguardo all'importo dei carichi definibili, l'Agente della riscossione non può, quindi, attivare nuove azioni esecutive in danno del contribuente, né iscrivere nuovi fermi amministrativi e ipoteche, per quanto consentitogli rispettivamente dagli artt. 76, 77 e 86 del Dpr 602/73. Il Decreto dispone però, a questo riguardo, che restano *“salvi i fermi amministrativi e le ipoteche già iscritti alla data di presentazione della dichiarazione, e non può altresì proseguire le procedure di recupero coattivo precedentemente avviate, a condizione che non si sia ancora tenuto il primo incanto con esito positivo ovvero non sia stata presentata istanza di assegnazione ovvero non sia stato già emesso provvedimento di assegnazione dei crediti pignorati”*.

7. Situazioni particolari

La Legge di conversione del Decreto ha inserito dopo il comma 9 dell'art. 6, i comma 9-bis e 9-ter con i quali è prevista la possibilità di adire la definizione agevolata in oggetto ai carichi affidati agli Agenti della riscossione, ovviamente negli anni dal 2000 al 2016, rientranti nei procedimenti instaurati dai debitori per far fronte alla cosiddetta composizione della crisi da sovra-indebitamento e di liquidazione del patrimonio

FISCALITÀ

ROTTAMAZIONE DELLE CARTELLE

prevista dal capo II, Sezione prima, della Legge 3/2012 (comma 9-*bis* del Decreto).

Con il successivo comma 9-*ter* viene altresì concessa una ulteriore agevolazione ai debitori i quali, nell'ambito della disciplina del sovra-indebitamento possono prevedere, nella proposta di accordo e del piano del consumatore presentati ai sensi dell'art. 6, comma 1, della citata Legge 3/2012, l'estinzione del debito risultante dai carichi di cui al comma 9-*bis* con il solo pagamento delle somme previste al comma 1 dell'art. 6 del Decreto, quindi con esclusione delle sanzioni, degli interessi di mora nonché delle somme aggiuntive, provvedendo al pagamento del debito così ridotto nelle modalità e nei tempi previsti nel decreto di omologazione dell'accordo o del piano del consumatore, anziché nei tempi stabiliti dal comma 2 dell'art. 6 del Decreto e senza il vincolo del pagamento mediante le modalità previste dal comma 7 del medesimo art. 6.

Il Decreto disciplina anche, all'art. 6, comma 13, la posizione delle somme utilizzate per aderire alla definizione agevolata nel caso di fallimento o altra procedura concorsuale del contribuente-debitore intervenute successivamente alla presentazione dell'apposita dichiarazione, precisando che le stesse devono esse qualificate come crediti prededucibili ai sensi degli artt. 111 e 111-bis della Legge fallimentare. Con l'integrazione al detto comma 13 introdotta dalla Legge di conversione viene poi chiarito che la stessa sorte è riservata alle suddette somme in caso di accesso del contribuente anche a tutte le altre procedure di composizione negoziale della crisi di impresa previste dalla Legge fallimentare stessa (ad esempio: accordo di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis L.F. e concordato preventivo ex art. 160 L.F.).

Ciò significa che, se il fallimento (o altra procedura) si è aperto dopo l'estinzione totale delle rate oggetto della definizione agevolata, l'importo pagato dal debitore sarà praticamente immune da azione revocatoria, se esperibile temporalmente; se invece il fallimento si è aperto in pendenza dell'impegno rateale assunto dal contribuente il curatore dovrà, con i fondi realizzati dalla procedura fallimentare, soddisfare in prededuzione le somme ancora dovute a seguito della richiesta di rottamazione. Se però il curatore non rispettasse, per mancanza di fondi disponibili le scadenze stabilite per fruire dell'agevolazione, ne conseguirebbe che i benefici della medesima cesserebbero con tutte le conseguenze già illustrate e, in tale ipotesi, a nostro parere i pagamenti effettuati sarebbero soggetti alle azioni revocatorie di legge, ove perseguibili.

MATERIALI

MERCADO DE CAPITALES LEY 26.831 LEY DE MERCADO DE CAPITALES

Sancionada: Noviembre 29 de 2012

Promulgada: Diciembre 27 de 2012

Publicada en el Boletín Oficial: Diciembre 28 de 2012

El Senado y Cámara de Diputados de la Nación Argentina reunidos en Congreso, etc. sancionan con fuerza de Ley:

LEY DE MERCADO DE CAPITALES

TITULO PRELIMINAR

Principios y definiciones

ARTICULO 1° — Objeto. Principios. La presente ley tiene por objeto la regulación de los sujetos y valores negociables comprendidos dentro del mercado de capitales, sujetos a la reglamentación y control de la Comisión Nacional de Valores.

Son objetivos y principios fundamentales que informan y deberán guiar la interpretación de este ordenamiento, sus disposiciones complementarias y reglamentarias:

- a) Promover la participación en el mercado de capitales de los pequeños inversores, asociaciones sindicales, asociaciones y cámaras empresariales, organizaciones profesionales y de todas las instituciones de ahorro público, favoreciendo especialmente los mecanismos que fomenten el ahorro nacional y su canalización hacia el desarrollo productivo;
- b) Fortalecer los mecanismos de protección y prevención de abusos contra los pequeños inversores, en el marco de la función tuitiva del derecho del consumidor;
- c) Promover el acceso al mercado de capitales de las pequeñas y medianas empresas;
- d) Propender a la creación de un mercado de capitales federalmente integrado, a través de mecanismos para la interconexión de los sistemas informáticos de los distintos ámbitos de negociación, con los más altos estándares de tecnología;
- e) Fomentar la simplificación de la negociación para los usuarios y así lograr una mayor liquidez y competitividad a fin de obtener las condiciones más favorables al momento de concretar las operaciones.

ARTICULO 2° — Definiciones. En esta ley y sus disposiciones reglamentarias, se entenderá por:

Valores negociables: Títulos valores emitidos tanto en forma cartular así como a todos aquellos valores incorporados a un registro de anotaciones en cuenta incluyendo, en particular, los valores de crédito o representativos de derechos creditorios, las acciones,

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

las cuotapartes de fondos comunes de inversión, los títulos de deuda o certificados de participación de fideicomisos financieros o de otros vehículos de inversión colectiva y, en general, cualquier valor o contrato de inversión o derechos de crédito homogéneos y fungibles, emitidos o agrupados en serie y negociables en igual forma y con efectos similares a los títulos valores; que por su configuración y régimen de transmisión sean susceptibles de tráfico generalizado e impersonal en los mercados financieros. Asimismo, quedan comprendidos dentro de este concepto, los contratos de futuros, los contratos de opciones y los contratos de derivados en general que se registren en mercados autorizados, y los cheques de pago diferido, certificados de depósitos de plazo fijo admisibles, facturas de crédito, certificados de depósito y warrants, pagarés, letras de cambio y todos aquellos títulos susceptibles de negociación secundaria en mercados.

Productos de inversión colectiva: Fondos comunes de inversión de la ley 24.083, a los fideicomisos financieros de la ley 24.441 y sus modificaciones y a todos los otros vehículos del mercado de capitales que soliciten autorización para emisiones de oferta pública a la Comisión Nacional de Valores.

Mercados: Sociedades anónimas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores con el objeto principal de organizar las operaciones con valores negociables que cuenten con oferta pública, quedando bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores las actividades afines y complementarias compatibles con el desarrollo de ese fin.

Mercado de capitales: Es el ámbito donde se ofrecen públicamente valores negociables u otros instrumentos previamente autorizados para que, a través de la negociación por agentes habilitados, el público realice actos jurídicos, todo ello bajo la supervisión de la Comisión Nacional de Valores.

Agentes registrados: Personas físicas y/o jurídicas autorizadas por la Comisión Nacional de Valores para su inscripción dentro de los registros correspondientes creados por la citada comisión, para abarcar las actividades de negociación, de colocación, distribución, corretaje, liquidación y compensación, custodia y depósito colectivo de valores negociables, las de administración y custodia de productos de inversión colectiva, las de calificación de riesgos, y todas aquellas que, a criterio de la Comisión Nacional de Valores, corresponda registrar para el desarrollo del mercado de capitales.

Agente de negociación: Sociedades autorizadas a actuar como intermediarios de mercados incluyendo bajo competencia del organismo cualquier actividad vinculada y complementaria que éstos realicen.

Agentes productores de agentes de negociación: Personas físicas y/o jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para desarrollar actividades de difusión y promoción de valores negociables bajo responsabilidad de un agente de negociación registrado.

Agentes de colocación y distribución: Personas físicas y/o jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para desarrollar canales de colocación y distribución de

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

valores negociables, con arreglo a la reglamentación que a estos efectos establezca la Comisión Nacional de Valores.

Agentes de corretaje: Personas jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para poner en relación a dos (2) o más partes para la conclusión de negocios sobre valores negociables, sin estar ligadas a ninguna de ellas por relaciones de colaboración, subordinación o representación (primera parte del inciso a) del artículo 34 del anexo I a la ley 25.028).

Agentes de liquidación y compensación: Personas jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para intervenir en la liquidación y compensación de operaciones con valores negociables registradas en el marco de mercados, incluyendo bajo su jurisdicción cualquier actividad que éstas realicen.

Agentes de administración de productos de inversión colectiva: Sociedades gerentes de la ley 24.083, a los fiduciarios financieros de la ley 24.441 y sus modificaciones y a las demás entidades que desarrollen similares funciones y que, a criterio de la Comisión Nacional de Valores, corresponda registrar en este carácter para su actuación en el marco del funcionamiento de los productos de inversión colectiva.

Agentes de custodia de productos de inversión colectiva: Personas jurídicas registradas ante la Comisión Nacional de Valores para actuar en dicho carácter en los productos de inversión colectiva, desarrollando las funciones asignadas por las leyes aplicables y las que dicho organismo determine complementariamente.

Agentes de depósito colectivo: Entidades registradas ante la Comisión Nacional de Valores para recibir depósitos colectivos de valores negociables, para actuar en la custodia de instrumentos y de operaciones en los términos de la ley 20.643 y sus modificaciones, incluyendo bajo su jurisdicción cualquier actividad que éstas realicen.

Agentes de calificación de riesgos: Entidades registradas ante la Comisión Nacional de Valores para prestar servicios de calificación de valores negociables, y de otro tipo de riesgos, quedando bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores las actividades afines y complementarias compatibles con el desarrollo de ese fin.

Controlante, grupo controlante o grupos de control: Personas físicas o jurídicas que posean en forma directa o indirecta, individual o conjuntamente, según el caso, una participación por cualquier título en el capital social o valores con derecho a voto que, de derecho o de hecho, en este último caso si es en forma estable, les otorgue los votos necesarios para formar la voluntad social en asambleas ordinarias o para elegir o revocar la mayoría de los directores o consejeros de vigilancia.

Oferta pública: Invitación que se hace a personas en general o a sectores o a grupos determinados para realizar cualquier acto jurídico con valores negociables, efectuada por los emisores o por organizaciones unipersonales o sociedades dedicadas en forma exclusiva o parcial al comercio de aquéllos, por medio de ofrecimientos personales, publicaciones periodísticas, transmisiones radiotelefónicas, telefónicas o de televisión, proyecciones cinematográficas, colocación de afiches, letreros o carteles, programas,

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

medios electrónicos, circulares y comunicaciones impresas o cualquier otro procedimiento de difusión.

Actuación concertada: Actuación coordinada de dos (2) o más personas, según un acuerdo o entendimiento formal o informal, para cooperar activamente en la adquisición, tenencia o disposición de acciones u otros valores o derechos convertibles en acciones de una entidad cuyos valores negociables están admitidos a la oferta pública, sea actuando por intermedio de cualquiera de dichas personas, a través de cualquier sociedad u otra forma asociativa en general, o por intermedio de otras personas a ellas relacionadas, vinculadas o bajo su control, o por personas que sean titulares de derechos de voto por cuenta de aquéllas.

Información reservada o privilegiada: Toda información concreta que se refiera a uno o varios valores negociables, o a uno o varios emisores de valores negociables, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiese influido de manera sustancial sobre las condiciones o el precio de colocación o el curso de negociación de tales valores negociables.

ARTICULO 3° — Creación de valores negociables. Cualquier persona jurídica puede crear y emitir valores negociables para su negociación en mercados de los tipos y en las condiciones que elija, incluyendo los derechos conferidos a sus titulares y demás condiciones que se establezcan en el acto de emisión, siempre que no exista confusión con el tipo, denominación y condiciones de los valores negociables previstos especialmente en la legislación vigente. A los efectos de determinar el alcance de los derechos emergentes del valor negociable así creado, debe estarse al instrumento de creación, acto de emisión e inscripciones registrales ante las autoridades de contralor competentes.

ARTICULO 4° — Conflictos de interés. Las personas que participen en el proceso de colocación de una emisión de valores negociables únicamente podrán adquirir u ofrecer comprar por vía directa o indirecta dichos valores negociables, así como otros de igual clase o serie, o derecho a comprarlos, en los supuestos y condiciones que fije la Comisión Nacional de Valores hasta tanto finalice su participación en dicho proceso de colocación.

La reglamentación establecerá las condiciones para que los sujetos mencionados en el párrafo anterior puedan vender, directa o indirectamente, valores negociables, o los derechos a venderlos, correspondientes a la emisora a la que se encuentra vinculado el proceso de colocación en que intervienen, mientras dure su participación en el mismo, con el objeto de evitar la formación artificial de los precios u otras de las prácticas sancionadas por esta ley.

ARTICULO 5° — Documentos digitales. Los documentos firmados digitalmente que se remitan por vía electrónica a la Comisión Nacional de Valores de acuerdo a las reglamentaciones dictadas por dicha comisión para su identificación a todos los efectos

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

legales y reglamentarios gozarán de idéntica validez y eficacia que los firmados en soporte papel.

TITULO I

Comisión Nacional de Valores

CAPITULO I

Organización y funcionamiento

ARTICULO 6° — Autarquía. La Comisión Nacional de Valores es una entidad autárquica del Estado nacional regida por las disposiciones de la presente ley y las demás normas legales concordantes. Sus relaciones con el Poder Ejecutivo nacional se mantienen por intermedio del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, que entenderá en los recursos de alzada que se interpongan contra sus decisiones, sin perjuicio de las acciones y recursos judiciales regulados en esta ley.

ARTICULO 7° — Sede y delegaciones. La Comisión Nacional de Valores tendrá su domicilio en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires pero podrá sesionar y establecer delegaciones regionales en cualquier lugar del país.

ARTICULO 8° — Integración. La Comisión Nacional de Valores estará a cargo de un directorio integrado por cinco (5) vocales designados por el Poder Ejecutivo nacional, entre personas de reconocida idoneidad y experiencia profesional en la materia.

El Poder Ejecutivo nacional designa al presidente y vicepresidente del directorio.

ARTICULO 9° — Impedimentos. No pueden ser miembros del directorio de la Comisión Nacional de Valores:

- a) Los accionistas o quienes hubieren formado parte de los órganos de dirección, administración o fiscalización o de cualquier modo prestaren servicios a entidades sometidas a la regulación y fiscalización de la Comisión Nacional de Valores al momento de su designación y durante los dos (2) años anteriores;
- b) Los que se encuentren alcanzados por las inhabilidades previstas en los incisos 1°, 2° y 3° del artículo 264 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones.

ARTICULO 10. — Duración del mandato. Remoción. Los directores de la Comisión Nacional de Valores duran cinco (5) años en sus funciones y sus mandatos pueden ser renovados por períodos sucesivos.

Podrán ser removidos antes del término de sus mandatos por el Poder Ejecutivo nacional únicamente por las siguientes causas:

- a) Comisión de delitos dolosos de cualquier naturaleza en el ejercicio o en ocasión de sus funciones;
- b) Mala conducta o negligencia en el cumplimiento de sus funciones o incumplimientos de las disposiciones contenidas en la presente ley o de otras que alcanzaren al funcionario o cuya aplicación le incumbiere por razón de su cargo;
- c) Inhabilidad sobreviniente para ejercer el cargo.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

La decisión de remover al funcionario no será revisable judicialmente, pero el afectado podrá reclamar ante la justicia nacional en lo contencioso administrativo federal la reparación de los daños y perjuicios sufridos cuando aquélla se hubiere fundado en el inciso b) y acreditare que hubiera sido manifiestamente irrazonable. La indemnización en ningún caso podrá superar el importe de los salarios brutos que le hubiere correspondido percibir al funcionario hasta la terminación de su mandato.

En el caso del inciso a), la revocación de la condena pronunciada en ningún caso dará lugar a la reinstalación del funcionario removido.

ARTICULO 11. — Quórum y mayorías. El directorio de la Comisión Nacional de Valores sesionará con la mayoría de los miembros, sin que sea necesario que se encuentren en el mismo recinto si estuvieren comunicados por medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras, según la reglamentación que al efecto dictará el organismo.

ARTICULO 12. — Situaciones excepcionales. Cuando circunstancias excepcionales impidieren al directorio de la Comisión Nacional de Valores sesionar válidamente por falta de quórum o fuere necesario adoptar resoluciones urgentes, el presidente o el director que se encontrare en la sede del organismo podrá adoptarlas por sí y bajo su responsabilidad “ad referéndum” del directorio, que tratará su ratificación en su primera sesión.

ARTICULO 13. — Reemplazos. Cuando alguno de los directores de la Comisión Nacional de Valores debiere hacer uso de licencia por un período prolongado, el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas podrá nombrar a un reemplazante interino de entre los gerentes del organismo, hasta que cesen las causas que hubieren determinado su designación.

CAPITULO II

Recursos

ARTICULO 14. — Fuentes. Para su funcionamiento, la Comisión Nacional de Valores contará con los siguientes recursos:

- a) Los recursos que le asigne la ley de Presupuesto General de la Administración Nacional para el ejercicio vigente;
- b) Los recursos por las multas que imponga, y los percibidos en concepto de tasas de fiscalización y control, aranceles de autorización y otros servicios cuyos montos serán fijados por el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, a propuesta de la Comisión Nacional de Valores;
- c) Las donaciones o legados que se le confieran y las rentas de sus bienes. El citado organismo tendrá amplias facultades para asignar y redistribuir los fondos que le correspondan conforme el presente artículo.

ARTICULO 15. — Intereses. Las tasas de fiscalización y control y aranceles de autorización impagos devengarán intereses resarcitorios a la tasa que determine el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la cual no podrá exceder en una vez y

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

media el interés que aplica el Banco de la Nación Argentina, entidad autárquica actuante en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, en sus operaciones de descuento para documentos comerciales.

ARTICULO 16. — Exención. Facúltase a la Comisión Nacional de Valores a disponer la reducción o exención de las tasas de fiscalización y control y aranceles de autorización a las emisiones efectuadas por pequeñas y medianas empresas incluyendo a las cooperativas y mutuales, en los términos del decreto 1.087 de fecha 24 de mayo de 1993.

CAPITULO III

Régimen de empleo e incompatibilidades

ARTICULO 17. — Directores. Los miembros del directorio de la Comisión Nacional de Valores estarán equiparados en cuanto a régimen salarial, rango e incompatibilidades a los subsecretarios del Poder Ejecutivo nacional.

No podrán desempeñar otra actividad remunerada, salvo la docencia y comisiones de estudio. Concluido su mandato, no podrán prestar servicios ni ocupar cargos directivos en entidades que hayan estado sujetas al contralor de la Comisión Nacional de Valores, sus controladas, controlantes, vinculadas o bajo control común de un mismo grupo económico, durante el plazo de dos (2) años.

ARTICULO 18. — Personal. La designación, suspensión y remoción del personal corresponde al directorio de la Comisión Nacional de Valores.

CAPITULO IV

Competencia y facultades

ARTICULO 19. — Atribuciones. La Comisión Nacional de Valores será la autoridad de aplicación y contralor de la presente ley y, a tal fin, tendrá las siguientes funciones:

- a) En forma directa e inmediata, supervisar, regular, inspeccionar, fiscalizar y sancionar a todas las personas físicas y/o jurídicas que, por cualquier causa, motivo o circunstancia, desarrollen actividades relacionadas con la oferta pública de valores negociables, otros instrumentos, operaciones y actividades contempladas en la presente ley y en otras normas aplicables, que por su actuación queden bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores;
- b) Llevar el registro, otorgar, suspender y revocar la autorización de oferta pública de valores negociables y otros instrumentos y operaciones;
- c) Llevar el registro de todos los sujetos autorizados para ofertar y negociar públicamente valores negociables, y establecer las normas a las que deban ajustarse los mismos y quienes actúen por cuenta de ellos;
- d) Llevar el registro, otorgar, suspender y revocar la autorización para funcionar de los mercados, los agentes registrados y las demás personas físicas y/o jurídicas que por sus actividades vinculadas al mercado de capitales, y a criterio de la Comisión Nacional de Valores queden comprendidas bajo su competencia;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- e) Aprobar los estatutos, reglamentos y toda otra normativa de carácter general dictada por los mercados y revisar sus decisiones, de oficio o a petición de parte, en cuanto se tratare de medidas vinculadas a la actividad regulada que prestan o que pudieren afectar su prestación;
- f) Cumplir las funciones delegadas por la ley 22.169 y sus modificaciones respecto de las entidades registradas en los términos del inciso d), desde su inscripción y hasta la baja en el registro respectivo, cuenten o no con autorización de oferta pública de sus acciones otorgada por la Comisión Nacional de Valores;
- g) Dictar las reglamentaciones que deberán cumplir las personas físicas y/o jurídicas y las entidades autorizadas en los términos del inciso d), desde su inscripción y hasta la baja del registro respectivo;
- h) Dictar las reglamentaciones que se deberán cumplir para la autorización de los valores negociables, instrumentos y operaciones del mercado de capitales, y hasta su baja del registro, contando con facultades para establecer las disposiciones que fueren necesarias para complementar las que surgen de las diferentes leyes y decretos aplicables a éstos, así como resolver casos no previstos e interpretar las normas allí incluidas dentro del contexto económico imperante, para el desarrollo del mercado de capitales;
- i) Declarar irregulares e ineficaces a los efectos administrativos los actos sometidos a su fiscalización, sin sumario previo, cuando sean contrarios a esta ley, a las demás leyes aplicables, a las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores, a los estatutos, a las disposiciones dictadas por entidades y aprobadas por el organismo;
- j) Promover la defensa de los intereses de los pequeños inversores, sin perjuicio de las atribuciones concurrentes de las autoridades de aplicación nacional y locales de la ley 25.156 de defensa de la competencia;
- k) Establecer normas mínimas de capacitación, acreditación y registro para el personal de los agentes registrados o para personas físicas y/o jurídicas que desempeñen tareas vinculadas con el asesoramiento al público inversor;
- l) Determinar los requisitos mínimos a los que deberán ajustarse quienes presten servicios de auditoría a las personas sujetas a su supervisión;
- m) Propender al desarrollo y fortalecimiento del mercado de capitales creando o, en su caso, propiciando la creación de productos que se consideren necesarios a ese fin;
- n) Organizar y administrar archivos y antecedentes relativos a la actividad de la propia Comisión Nacional de Valores o datos obtenidos en el ejercicio de sus funciones para la recuperación de la información relativa a su misión, pudiendo celebrar acuerdos y contratos con organismos nacionales, internacionales y extranjeros a fin de integrarse en redes informativas de tal carácter, para lo que deberá tenerse en cuenta como condición necesaria y efectiva la reciprocidad conforme las previsiones establecidas en los artículos 25 y 26 de la presente ley;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- o) Fijar los requerimientos patrimoniales que deberán acreditar las personas físicas y jurídicas sometidas a su fiscalización;
- p) Dictar normas complementarias en materia de prevención del lavado de dinero y de la financiación del terrorismo, siguiendo la normativa dictada por la Unidad de Información Financiera, organismo autárquico actuante en el ámbito del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, aplicable al mercado de capitales y fiscalizar su cumplimiento; ello, sin perjuicio del deber de dar a la citada unidad la debida intervención que le compete en materia sancionatoria y de proporcionar a ésta la colaboración exigida por la ley 25.246 y sus modificatorias;
- q) Regular la forma en que se efectivizará la información y fiscalización exigidas en la presente ley, pudiendo requerir a los entes sujetos a su jurisdicción la implementación de aquellos mecanismos que estime convenientes para un control más efectivo de las conductas descriptas en la presente ley;
- r) Establecer regímenes de información y requisitos para la oferta pública diferenciados;
- s) Determinar las condiciones bajo las cuales los agentes registrados, que revisten el carácter de personas jurídicas, podrán estar habilitados para llevar a cabo más de una actividad bajo competencia de la Comisión Nacional de Valores, previa inclusión de las mismas dentro de su objeto social, a los fines de su inscripción en los registros respectivos a cargo del organismo;
- t) Fiscalizar el cumplimiento objetivo y subjetivo de las normas legales, estatutarias y reglamentarias en lo referente al ámbito de aplicación de la presente ley;
- u) Ejercer todas las demás funciones que le otorguen las leyes, decretos y los reglamentos aplicables.

ARTICULO 20. — Facultades correlativas. En el marco de la competencia establecida en el artículo anterior, la Comisión Nacional de Valores puede:

a) Solicitar informes y documentos, realizar investigaciones e inspecciones en las personas físicas y jurídicas sometidas a su fiscalización, citar a declarar, tomar declaración informativa y testimonial. Cuando, como resultado de los relevamientos efectuados, fueren vulnerados los intereses de los accionistas minoritarios y/o tenedores de títulos valores sujetos a oferta pública, la Comisión Nacional de Valores, según la gravedad del perjuicio que determine, podrá:

I) Designar veedores con facultad de veto de las resoluciones adoptadas por los órganos de administración de la entidad, cuyas disposiciones serán recurribles en única instancia ante el presidente de la comisión;

II) Separar a los órganos de administración de la entidad por un plazo máximo de ciento ochenta (180) días hasta regularizar las deficiencias encontradas. Esta última medida será recurrible en única instancia ante el Ministro de Economía y Finanzas Públicas;

b) Recabar directamente el auxilio de la fuerza pública;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

c) Requerir al juez competente el allanamiento de lugares privados con el fin de obtener los antecedentes e informaciones necesarios para el cumplimiento de sus labores de fiscalización e investigación;

d) Iniciar acciones judiciales y reclamar judicialmente el cumplimiento de sus decisiones;

e) Denunciar delitos o constituirse en parte querellante;

f) Solicitar todo tipo de información a organismos públicos y a cualquier persona física o jurídica que considere necesaria para el cumplimiento de sus funciones, quienes estarán obligados a proporcionarlos dentro del término que se les fije bajo apercibimiento de ley. Esta disposición no regirá respecto de la Unidad de Información Financiera.

ARTICULO 21. — Atribuciones del presidente. Corresponde al presidente de la Comisión Nacional de Valores:

a) Representar al organismo y presidir sus acuerdos;

b) Ejercer la administración general del organismo;

c) Proveer el despacho de trámite de la comisión;

d) Las demás que le sean delegadas por el reglamento interno del organismo.

ARTICULO 22. — Atribuciones del vicepresidente. Corresponde al vicepresidente sustituir al presidente en caso de ausencia circunstancial o permanente y realizar aquellas funciones que le asigne el reglamento interno de la Comisión Nacional de Valores y las que le delegare el presidente.

ARTICULO 23. — Delegación de facultades. El directorio de la Comisión Nacional de Valores podrá delegar en los titulares de sus sedes regionales las atribuciones conferidas en el artículo 19, salvo las referidas a la revocación de las autorizaciones, en cuanto se vincule a sus respectivas áreas de incumbencia geográfica.

En el caso de las sanciones, las sedes regionales podrán tramitar toda clase de sumarios, pero la aplicación de las sanciones de multa solamente podrá ser decidida por el directorio de la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 24. — Revisión de las decisiones de las sedes permanentes o móviles. La resolución que delegue facultades en las sedes regionales deberá aclarar expresamente si la Comisión Nacional de Valores se reserva el derecho de revisar administrativamente las decisiones previo a que los interesados puedan ocurrir a la vía judicial, entendiéndose en caso contrario que las decisiones de las autoridades delegadas serán impugnables judicialmente con arreglo al régimen previsto para las resoluciones de la comisión.

CAPITULO V

Secreto

ARTICULO 25. — Secreto. Las informaciones recogidas por la Comisión Nacional de Valores en ejercicio de sus facultades de inspección e investigación, tienen carácter

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

segreto con excepción de los supuestos contemplados en los artículos 26 y 27 de la presente ley.

Los jueces deben rechazar de oficio todo pedido de requerimiento de dichas informaciones a la Comisión Nacional de Valores, salvo en los procesos penales por delitos comunes directamente vinculados con los hechos que se investiguen y en los demás casos previstos en esta ley u otras especiales.

El directorio y el personal de la Comisión Nacional de Valores deben guardar secreto de las informaciones obtenidas en el ejercicio de sus funciones. En caso de violarlo se harán pasibles de las sanciones administrativas y penales que correspondan. Las obligaciones y restricciones establecidas en este artículo no serán aplicables a la comunicación de dichas informaciones y de toda aquella que se vincule con la prevención del lavado de dinero y del financiamiento del terrorismo. No regirán las restricciones cuando se trate de información solicitada o a ser remitida a la Unidad de Información Financiera.

El deber de guardar secreto se extiende a todos los agentes registrados en cualquiera de sus categorías y a los integrantes de los órganos de administración y fiscalización de los mercados.

Quedan exceptuadas las resoluciones de la Comisión Nacional de Valores que dispongan la instrucción de sumarios, las resoluciones finales que recaigan en ellos y las que ordenen formular denuncia penal o querrela, las que serán dadas a publicidad según se establezca reglamentariamente.

ARTICULO 26. — Convenios de cooperación. Las limitaciones establecidas en el artículo anterior no serán aplicables a la comunicación de dichas informaciones a autoridades similares del extranjero con las cuales la Comisión Nacional de Valores hubiere celebrado acuerdos de reciprocidad. La Comisión Nacional de Valores deberá mantener la confidencialidad de los pedidos y/o del suministro de información efectuados por las autoridades similares del extranjero.

ARTICULO 27. — Levantamiento de secreto. Las restricciones y limitaciones contenidas en la presente ley; los artículos 39 y 40 de la ley 21.526, modificada por la ley 24.144; 53 de la Carta Orgánica del Banco Central de la República Argentina; 74 de la ley 20.091, relativas a la difusión de información obtenida en el ejercicio de sus funciones por la Comisión Nacional de Valores, el Banco Central de la República Argentina y la Superintendencia de Seguros de la Nación, entidad autárquica actuante en la órbita de la Subsecretaría de Servicios Financieros de la Secretaría de Finanzas del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, respectivamente, y los funcionarios y empleados de dichos organismos, no regirán ante los requerimientos formales que se efectúen entre sí con respecto a tales informaciones, siempre que sean efectuados por la máxima autoridad de cada una de las entidades. Tampoco regirán las restricciones y limitaciones mencionadas ante los requerimientos efectuados por la Unidad de Información Financiera en el marco de la ley 25.246 y sus modificatorias.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

TITULO II

Sujetos

CAPITULO I

Mercados. Garantías. Agentes de liquidación y compensación.

Tribunales arbitrales.

ARTICULO 28. — Denominaciones exclusivas. Las denominaciones “bolsa de valores”, “mercado de valores”, “bolsa de futuros”, “bolsa de opciones”, “mercado de futuros”, “mercado de opciones” u otras similares sólo podrán ser autorizadas por la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 29. — Requisitos. La Comisión Nacional de Valores reglamentará los requisitos que los mercados deben acreditar a los efectos de su autorización para funcionar y de su inscripción en el registro correspondiente.

ARTICULO 30. — Registro. Los mercados autorizados por la Comisión Nacional de Valores para su inscripción en el registro, deberán observar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos que establezca la Comisión Nacional de Valores durante el término de vigencia de su inscripción. Los mercados deberán abstenerse de funcionar como tales, cuando incurran en cualquier incumplimiento de los requisitos, condiciones y obligaciones dispuestas por el organismo, sin necesidad de intimación previa.

El incumplimiento de cualesquiera de los requisitos, condiciones y obligaciones reglamentados por el organismo dará lugar a la suspensión preventiva del mercado, hasta que hechos sobrevinientes hagan aconsejable la revisión de la medida, sin perjuicio de la eventual aplicación a los infractores de las sanciones previstas en el artículo 132 de la presente ley.

ARTICULO 31. — Forma jurídica. Los mercados se constituirán como sociedades anónimas comprendidas en el régimen de oferta pública de acciones. La reglamentación de la Comisión Nacional de Valores impondrá las limitaciones necesarias a los estatutos sociales de los mercados para evitar la existencia de accionistas controlantes o la formación de grupos de control.

ARTICULO 32. — Funciones. Los mercados deben contemplar las siguientes funciones principales, de acuerdo a las características propias de su actividad específica:

- a) Dictar las reglamentaciones a los efectos de habilitar la actuación en su ámbito de agentes autorizados por la Comisión Nacional de Valores, no pudiendo exigir a estos fines la acreditación de la calidad de accionista del mercado;
- b) Autorizar, suspender y cancelar el listado y/o negociación de valores negociables en la forma que dispongan sus reglamentos;
- c) Dictar normas reglamentarias que aseguren la veracidad en el registro de los precios así como de las negociaciones;
- d) Dictar las normas y medidas necesarias para asegurar la realidad de las operaciones que efectúen sus agentes;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- e) Fijar los márgenes de garantía que exijan a sus agentes para cada tipo de operación que garantizaren;
- f) Constituir tribunales arbitrales, conforme lo dispuesto en el artículo 46 de la presente ley; y
- g) Emitir boletines informativos.

Las atribuciones previstas en los incisos antes indicados podrán ser ejercidas por el mercado o delegadas parcial o totalmente en otra entidad calificada en cuanto a su conocimiento a los fines de realizar dichas actividades.

ARTICULO 33. — Facultades concurrentes. Las atribuciones conferidas a los mercados no impiden el ejercicio de facultades concurrentes de la Comisión Nacional de Valores, al efecto de establecer recaudos mínimos aplicables de manera uniforme en todo el país.

ARTICULO 34. — Precio corriente. El resultado de las operaciones realizadas habitualmente en un mercado determina el precio corriente de los valores negociables.

ARTICULO 35. — Cámaras compensadoras. Los mercados pueden organizar agentes de liquidación y compensación para liquidar las operaciones. Asimismo, pueden realizar transacciones financieras tendientes a facilitar la concertación de operaciones bursátiles de acuerdo con sus estatutos y reglamentos.

ARTICULO 36. — Aranceles. Serán libres los derechos y aranceles que perciban por sus servicios los mercados, sujetos a los máximos que establecerá la Comisión Nacional de Valores, los que podrán ser diferenciados según la clase de instrumentos, el carácter de pequeñas y medianas empresas de las emisoras o la calidad de pequeño inversor.

ARTICULO 37. — Recursos. Las decisiones de los mercados que denieguen, suspendan o cancelen el listado y/o negociación de valores negociables son recurribles ante la Comisión Nacional de Valores, sin efecto suspensivo, por violación de sus reglamentos dentro del plazo de quince (15) días hábiles.

El escrito de interposición y fundamento del recurso se presenta ante el mercado, el cual debe elevarlo a la Comisión Nacional de Valores dentro del tercer día hábil, al que podrá agregar un informe. El organismo resuelve sin otra sustanciación, salvo las medidas que dicte para mejor proveer.

ARTICULO 38. — Autorización para listar o negociar. Los mercados sólo pueden permitir el listado y/o negociación de valores negociables y otros instrumentos financieros cuya oferta pública hubiese sido autorizada por la Comisión Nacional de Valores y las que deban realizarse por orden judicial. Las operaciones sobre valores negociables dispuestas en causas judiciales deben ser efectuadas por un agente en el respectivo ámbito de negociación de un mercado.

ARTICULO 39. — Sistemas de negociación. Los sistemas de negociación de valores negociables bajo el régimen de oferta pública que se realicen en los mercados deben garantizar la plena vigencia de los principios de protección del inversor, equidad, eficiencia, transparencia, no fragmentación y reducción del riesgo sistémico. Los

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

mercados establecerán las respectivas reglamentaciones, las que deberán ser aprobadas por la Comisión Nacional de Valores.

La Comisión Nacional de Valores podrá requerir que los mercados en los que se listen y/o negocien valores negociables, establezcan un sistema de interconexión entre ellos para permitir la existencia de un libro de órdenes común. También podrá requerir el establecimiento de sistemas de negociación tendientes a que, en la negociación de valores negociables, se dé prevalencia a la negociación con interferencia de ofertas con prioridad de precio-tiempo.

ARTICULO 40. — Garantía de operaciones. Los mercados deberán establecer con absoluta claridad, en sus estatutos y reglamentos, en qué casos y bajo qué condiciones esas entidades garantizan el cumplimiento de las operaciones que en ellas se realizan o registran.

Cuando un mercado garantice el cumplimiento de las operaciones o tenga a su cargo la liquidación de las concertadas en su seno, por sí o a través de un agente de liquidación y compensación, debe liquidar las que tuviese pendientes el agente que se encuentre en concurso preventivo o declarado en quiebra. Si de la liquidación resultase un saldo a favor del concursado o fallido lo depositará en el juicio respectivo.

ARTICULO 41. — Título ejecutivo. En los casos en que los mercados no garanticen el cumplimiento de las operaciones, deben expedir a favor del agente que hubiese sufrido una pérdida como consecuencia del incumplimiento del otro contratante, un certificado en el que conste la suma a que asciende dicho incumplimiento. Este certificado constituye título ejecutivo contra el agente deudor.

ARTICULO 42. — Márgenes de garantía. El Banco Central de la República Argentina, en cumplimiento de sus funciones de regulador de la moneda y el crédito, puede con carácter excepcional disponer la modificación de los márgenes de garantía fijados por los mercados o por la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 43. — Supuesto en casos de incumplimiento. El cliente debe entregar al agente la garantía y la reposición por diferencias dentro de los plazos que establezcan los reglamentos de los mercados. En caso contrario, el agente queda autorizado para liquidar la operación.

ARTICULO 44. — Reglamentaciones de los mercados. Todas las reglamentaciones que dicten los mercados deben ser presentadas a la Comisión Nacional de Valores para su previa aprobación.

ARTICULO 45. — Fondo de garantía. Los mercados deben constituir un fondo de garantía que podrá organizarse bajo la figura fiduciaria o cualquier otra modalidad que resulte aprobada por la Comisión Nacional de Valores, destinado a hacer frente a los compromisos no cumplidos por sus agentes, originados en operaciones garantizadas, con el cincuenta por ciento (50%) como mínimo de las utilidades anuales líquidas y realizadas.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

Las sumas acumuladas en este fondo, deberán ser invertidas en la forma y condiciones que establezca la Comisión Nacional de Valores, quien determinará los criterios de seguridad, rentabilidad y liquidez adecuados. Las sumas destinadas al fondo de garantía y este último están exentas de impuestos, tasas y cualquier otro gravamen fiscal.

ARTICULO 46. — Tribunal arbitral. Todos los mercados deberán contar en su ámbito con un tribunal arbitral permanente, al cual quedarán sometidas en forma obligatoria las entidades cuyos valores negociables se negocien dentro de su ámbito, en sus relaciones con los accionistas e inversores. Quedan comprendidas en la jurisdicción arbitral todas las acciones derivadas de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, incluso las demandas de impugnación de resoluciones de los órganos sociales y las acciones de responsabilidad contra sus integrantes o contra otros accionistas, así como las acciones de nulidad de cláusulas de los estatutos o reglamentos. En todos los casos, los reglamentos deberán dejar a salvo el derecho de los accionistas e inversores para optar por acudir a los tribunales judiciales competentes. En los casos en que la ley establezca la acumulación de acciones entabladas con idéntica finalidad ante un solo tribunal, la acumulación se efectuará ante el tribunal judicial. También quedan sometidas a la jurisdicción arbitral establecida en este artículo las personas que efectúen una oferta pública de adquisición respecto de los destinatarios de tal adquisición. Las reglamentaciones que los mercados dicten, aplicables a la creación y funcionamiento de los tribunales arbitrales, deberán ser sometidas a la previa aprobación de la Comisión Nacional de Valores.

CAPITULO II

Agentes registrados

ARTICULO 47. — Registro. Para actuar como agentes los sujetos deberán contar con la autorización y registro de la Comisión Nacional de Valores, y deberán cumplir con las formalidades y requisitos que para cada categoría establezca la misma.

ARTICULO 48. — Prohibiciones e incompatibilidades. No pueden ser autorizados para su inscripción como agentes:

- a) Los condenados por los delitos previstos en los artículos 176 a 180 del Código Penal o cometidos con ánimo de lucro o contra la fe pública o que tengan pena principal, conjunta o alternativa de inhabilitación para ejercer cargos públicos, hasta diez (10) años después de cumplida la condena;
- b) Los fallidos y los concursados, hasta cinco (5) años después de su rehabilitación;
- c) Las personas en relación de dependencia con las sociedades que listen y/o negocien sus valores negociables, conforme sus categorías;
- d) Los funcionarios y empleados rentados de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los municipios, con exclusión de los que desempeñen actividades docentes o integren comisiones de estudio;
- e) Aquellos a quienes se les hubiere cancelado o revocado una inscripción anterior como agentes, hasta cinco (5) años después de quedar firme la cancelación;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- f) Las sociedades entre cuyos accionistas controlantes, administradores o síndicos hubiere una o más personas a quienes se les hubiere cancelado una inscripción anterior como agentes, hasta cinco (5) años después de quedar firme la cancelación;
- g) Las personas que ejercen tareas que las reglamentaciones dictadas por la Comisión Nacional de Valores declaren incompatibles con esa función;
- h) Los miembros de los órganos de administración o fiscalización de agentes de depósito de valores negociables.

Cuando la incompatibilidad sobrevenga a la inscripción, el agente quedará suspendido en sus funciones hasta tanto aquella desaparezca.

ARTICULO 49. — Autorización. La petición de autorización se presentará ante la Comisión Nacional de Valores, quien se expedirá en el término de veinte (20) días hábiles de recibida. La decisión será notificada al presentante, quien en caso de respuesta desfavorable podrá impugnarla dentro del término de diez (10) días hábiles. Cumplido este plazo o en forma inmediata cuando el organismo se hubiere expedido favorablemente, se registrará al agente en la categoría en la cual hubiese solicitado su inscripción.

ARTICULO 50. — Denegatoria. En caso que la Comisión Nacional de Valores deniegue la autorización para la inscripción en el registro, el solicitante puede interponer los recursos previstos en las leyes aplicables. La solicitud denegada sólo puede reiterarse luego de transcurridos dos (2) años después de haber quedado firme la pertinente resolución.

ARTICULO 51. — Incumplimiento. Una vez autorizados y registrados los agentes deberán observar el cumplimiento de la totalidad de los requisitos que establezca la Comisión Nacional de Valores durante el término de su inscripción, debiendo abstenerse de funcionar como tales, cuando incurran en cualquier incumplimiento de los requisitos, condiciones y obligaciones dispuestas por el organismo, sin necesidad de intimación previa.

El incumplimiento de cualquiera de los requisitos, condiciones y obligaciones reglamentados por la Comisión Nacional de Valores, dará lugar a la suspensión preventiva, hasta que hechos sobrevinientes hagan aconsejable la revisión de la medida sin perjuicio de la eventual aplicación a los infractores de las sanciones previstas en el artículo 132 de la presente ley.

ARTICULO 52. — Publicidad de registros. La Comisión Nacional de Valores deberá publicar los registros, detallando las distintas categorías donde los agentes se encuentren registrados.

ARTICULO 53. — Secreto. Los agentes registrados deben guardar secreto de las operaciones que realicen por cuenta de terceros así como de sus nombres. Quedarán relevados de esta obligación por decisión judicial dictada en cuestiones de familia y en procesos criminales vinculados a esas operaciones o a terceros relacionados con ellas, así como también cuando les sean requeridas por la Comisión Nacional de Valores, el

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

Banco Central de la República Argentina, la Unidad de Información Financiera y la Superintendencia de Seguros de la Nación en el marco de investigaciones propias de sus funciones. Estas tres (3) últimas entidades darán noticia del requerimiento a la Comisión Nacional de Valores simultáneamente al ejercicio de la facultad que se les concede.

El secreto tampoco regirá para las informaciones que, en cumplimiento de sus funciones, solicite la Administración Federal de Ingresos Públicos, entidad autárquica actuante en la órbita del Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, ya sean de carácter particular o general y referidas a uno o varios sujetos determinados o no, aun cuando éstos no se encontraren bajo fiscalización. Sin embargo, en materia bursátil, las informaciones requeridas no podrán referirse a operaciones en curso de realización o pendientes de liquidación.

ARTICULO 54. — Fuerza probatoria. La firma de un agente registrado da autenticidad a todos los documentos en que haya intervenido.

La Comisión Nacional de Valores reglamentará las formalidades que deberán guardar los documentos para gozar de la presunción legal anterior.

ARTICULO 55. — Responsabilidad. El agente de negociación es responsable ante el mercado por cualquier suma que dicha entidad hubiese abonado por su cuenta.

Mientras no regularice su situación y pruebe que han mediado contingencias fortuitas o de fuerza mayor, queda inhabilitado para operar.

ARTICULO 56. — Competencia disciplinaria. Los agentes registrados quedan sometidos a la competencia disciplinaria exclusiva de la Comisión Nacional de Valores, a la cual los mercados deberán denunciar toda falta en que incurrieren. La omisión deliberada o la falta de la debida diligencia en el control de los agentes habilitados por parte de mercado serán sancionadas por la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 57. — Agentes de calificación de riesgo. La Comisión Nacional de Valores establecerá las formalidades y requisitos que deberán cumplir las entidades que soliciten su registro como agentes de calificación de riesgo, incluyendo la reglamentación de lo dispuesto en la presente ley y determinando la clase de organizaciones que podrán llevar a cabo esta actividad.

La Comisión Nacional de Valores podrá incluir dentro de este registro a las universidades públicas autorizadas a funcionar como tales, a los efectos de su actuación, fijando los requisitos que deberán acreditar considerando su naturaleza.

ARTICULO 58. — Objeto de calificación. Los agentes de calificación de riesgo, a solicitud de las emisoras y otras entidades, podrán calificar cualquier valor negociable, sujeto o no al régimen de oferta pública.

CAPITULO III

Emisoras

ARTICULO 59. — Normas aplicables. Son aplicables a las entidades emisoras comprendidas en el régimen de la oferta pública, las disposiciones contenidas en el

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

presente capítulo en forma complementaria a las normas aplicables según la forma jurídica adoptada por dichas sociedades.

ARTICULO 60. — Normas contables. Son aplicables a las entidades emisoras comprendidas en el régimen de la oferta pública las siguientes disposiciones referidas a la información contable:

a) Al solo efecto informativo, sin perjuicio de las obligaciones aplicables a cada sociedad, la Comisión Nacional de Valores en cada caso particular podrá autorizar a la sociedad controlante la difusión exclusiva de los estados contables consolidados cuando éstos describan en forma clara, veraz y con mayor fidelidad la situación e información de la sociedad con oferta pública autorizada;

b) Sin perjuicio de la información requerida por las disposiciones legales aplicables, las emisoras deberán incluir adicionalmente en las notas complementarias a sus estados contables la siguiente información:

I. En el caso de las sociedades anónimas, las acciones que hayan sido emitidas o con emisión autorizada por la asamblea y las efectivamente emitidas; así como, conforme al régimen legal y reglamentario aplicable, las opciones otorgadas y los valores convertibles en acciones y los demás que otorguen derechos a participar en los resultados de la sociedad;

II. Los acuerdos que impidan gravar y/o disponer de todos o parte de sus bienes con información adecuada sobre dichos compromisos;

III. Información suficiente sobre la política de asunción y cobertura de riesgo en los mercados, mencionando especialmente los contratos de futuros, opciones y/o cualquier otro contrato derivado;

c) Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 66 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones y de la reglamentación adicional que establecerá la Comisión Nacional de Valores se incluirá en la memoria como información adicional por lo menos la siguiente:

I. La política comercial proyectada y otros aspectos relevantes de la planificación empresarial, financiera y de inversiones;

II. Los aspectos vinculados a la organización de la toma de decisiones y al sistema de control interno de la sociedad;

III. La política de dividendos propuesta o recomendada por el directorio con una explicación fundada y detallada de la misma;

IV. Las modalidades de remuneración del directorio y la política de remuneración de los cuadros gerenciales de la sociedad, planes de opciones y cualquier otro sistema remuneratorio de los directores y gerentes por parte de la sociedad. La obligación de información se extenderá a la que corresponde a sociedades controladas en las que se aplicaren sistemas o políticas sustancialmente diferenciadas.

La Comisión Nacional de Valores podrá autorizar el envío de toda la documentación contable y demás información financiera por medios electrónicos u otras vías de

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

comunicación, siempre que cumplan con las normas de seguridad que a tal efecto disponga.

ARTICULO 61. — Administración. El órgano de administración de las entidades emisoras podrá funcionar con los miembros presentes o comunicados entre sí por otros medios de transmisión simultánea de sonido, imágenes y palabras cuando así lo prevea el estatuto social. El órgano de fiscalización dejará constancia de la regularidad de las decisiones adoptadas.

Se entenderá que sólo se computarán a los efectos del quórum a los miembros presentes salvo que el estatuto establezca lo contrario. Asimismo, el estatuto deberá establecer la forma en que se hará constar en las actas la participación de miembros a distancia.

En el caso de reuniones a distancia del órgano de administración, las actas serán confeccionadas y firmadas dentro de los cinco (5) días hábiles de celebrada la reunión por los miembros presentes y el representante del órgano de fiscalización.

El estatuto podrá prever que las asambleas se puedan también celebrar a distancia a cuyo efecto la Comisión Nacional de Valores reglamentará los medios y condiciones necesarios para otorgar seguridad y transparencia al acto.

ARTICULO 62. — Aumentos de capital. Al adoptar la resolución de aumento de capital, la asamblea podrá autorizar al directorio a aumentar el número de acciones autorizado previendo que en una emisión los pedidos de suscripción excedan la cantidad de acciones ofrecidas por la sociedad. En tal caso, la asamblea deberá fijar el límite de tal emisión en exceso. No podrá superarse el límite que fije la Comisión Nacional de Valores, la que deberá establecer los recaudos a ser cumplidos en estos casos.

ARTICULO 63. — Opciones. En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, cuando así lo prevea su estatuto, la asamblea podrá aprobar la emisión de opciones sobre acciones a emitir o valores convertibles en acciones y delegar en el directorio la fijación de los términos y condiciones de su emisión y de los derechos que otorguen. Puede delegarse en el órgano de administración la fijación del precio de las opciones y el de las acciones a las que éstas den derecho. Las respectivas decisiones de las asambleas y del directorio deberán publicarse y registrarse. Adicionalmente, será de aplicación lo dispuesto en los artículos 11, 12 y 17 a 27 de la ley 23.576 y sus modificatorias.

ARTICULO 64. — Adquisición de acciones propias. Una sociedad anónima podrá adquirir las acciones que hubiera emitido, en tanto estén admitidas a la oferta pública y listadas por parte de un mercado, bajo las condiciones previstas en este artículo y aquellas que determine la Comisión Nacional de Valores. La reglamentación deberá respetar el principio de trato igualitario entre todos los accionistas y el derecho a la información plena de los inversores.

Son condiciones necesarias para toda adquisición de sus acciones por la sociedad emisora las siguientes:

a) Que las acciones a adquirirse se hallen totalmente integradas;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

b) Que medie resolución fundada del directorio con informe del comité de auditoría y de la comisión fiscalizadora. La resolución del directorio deberá establecer la finalidad de la adquisición, el monto máximo a invertir, la cantidad máxima de acciones o el porcentaje máximo sobre el capital social que será objeto de adquisición y el precio máximo a pagar por las acciones, debiendo el directorio brindar a accionistas e inversores información amplia y detallada;

c) Que la adquisición se efectúe con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres o facultativas, debiendo la sociedad acreditar ante la Comisión Nacional de Valores que cuenta con la liquidez necesaria y que dicha adquisición no afecta la solvencia de la sociedad;

d) Que el total de las acciones que adquiera la sociedad, incluidas las que hubiera adquirido con anterioridad y permanecieran en su poder, en ningún caso excedan del límite del diez por ciento (10%) del capital social o del límite porcentual menor que determine la Comisión Nacional de Valores teniendo en cuenta el volumen de negociación de las acciones en cuestión.

ARTICULO 65. — Enajenación. Las acciones adquiridas por la sociedad en exceso de tales límites deberán ser enajenadas en el término de noventa (90) días hábiles contados a partir de la fecha de la adquisición que hubiere dado origen al exceso en la forma dispuesta en el inciso d) del artículo anterior; ello sin perjuicio de la responsabilidad que corresponda imputar a los directores de la sociedad.

ARTICULO 66. — Formas de adquisición. Las operaciones celebradas con motivo de la adquisición de acciones de propia emisión podrán llevarse a cabo mediante operaciones en el mercado o a través de una oferta pública de adquisición. En el caso de adquisiciones en el mercado, el monto de éstas realizadas en un mismo día no podrá ser superior al veinticinco por ciento (25%) del volumen promedio de transacción diario que hayan experimentado las acciones de la sociedad durante los noventa (90) días hábiles anteriores. En cualquier caso, la Comisión Nacional de Valores podrá requerir que tal compra se ejecute mediante una oferta pública de adquisición cuando las acciones a ser adquiridas representen un porcentaje importante con relación al volumen promedio de negociación.

ARTICULO 67. — Consecuencias de la adquisición. Las acciones adquiridas en virtud de lo dispuesto en los artículos anteriores deberán ser enajenadas por la sociedad dentro del plazo máximo de tres (3) años a contar de su adquisición. Transcurrido el plazo indicado y no mediando resolución asamblearia, el capital quedará disminuido de pleno derecho en un monto igual al valor nominal de las acciones que permanezcan en cartera, las cuales quedarán canceladas. Al tiempo de enajenarlas la sociedad deberá realizar una oferta preferente de las acciones a los accionistas en los términos establecidos en el artículo 221 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones. No será obligatoria esa oferta cuando se trate de cumplir un programa o plan de compensación a favor de personal dependiente de la sociedad o las acciones se

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

distribuyan entre todos los accionistas en proporción a sus tenencias o respecto de la venta de una cantidad de acciones que dentro de cualquier período de doce (12) meses no supere el uno por ciento (1%) del capital accionario de la sociedad, siempre que en tales casos se cuente con la previa aprobación de la asamblea de accionistas.

Si los accionistas no ejercieren, en todo o en parte, el derecho preferente establecido en el párrafo anterior o se tratare de acciones que se encuentran dentro del cupo mencionado, la enajenación deberá efectuarse en un mercado.

ARTICULO 68. — Accionariado obrero. En oportunidad de votarse un aumento de capital la asamblea podrá resolver destinar una parte de las nuevas acciones a emitir, para ser entregadas al personal en relación de dependencia de la sociedad o de alguna o algunas de sus sociedades controladas. El total acumulativo de las acciones emitidas con esta finalidad no podrá superar el diez por ciento (10%) del capital social. La asamblea podrá resolver la entrega de acciones como bonificación, en cuyo caso deberán afectarse utilidades líquidas y realizadas o reservas libres, o sujetas a integración por parte de los beneficiarios debiendo, en tal caso, fijar las modalidades de la integración.

ARTICULO 69. — Pautas reglamentarias. La Comisión Nacional de Valores deberá establecer pautas referentes a:

- a) Las ofertas de canje de acciones o cualquier otro procedimiento similar;
- b) El voto ejercido por las entidades que sean titulares de acciones por cuenta o interés de terceros, bajo fideicomiso, depósito u otras relaciones jurídicas afines, cuando los respectivos contratos así lo autoricen;
- c) La solicitud pública de poderes a fin de asegurar el derecho de información plena del inversor.

Los accionistas que deseen solicitar en forma pública el otorgamiento de poderes a su favor, deberán hacerlo conforme la reglamentación que a tal efecto establezca la Comisión Nacional de Valores. Las personas que promuevan dicha solicitud tendrán que poseer como mínimo el dos por ciento (2%) del capital social representado por acciones con derecho a voto y una antigüedad como accionista de por lo menos un (1) año y deberán cumplir con los requisitos formales que establezca la Comisión Nacional de Valores. El mandato será siempre revocable y deberá ser otorgado para una asamblea determinada.

Los accionistas que promuevan dicha solicitud serán responsables por las informaciones del formulario de poder que sea registrado ante la Comisión Nacional de Valores y por aquella información que se divulgue durante el período de solicitud, debiendo dicha información permitir a los accionistas tomar una decisión con pleno conocimiento de causa. Los intermediarios que participen en dicha solicitud deberán verificar en forma diligente la corrección de dicha información.

Sin perjuicio de la responsabilidad de derecho común que les pudiera corresponder, los infractores a los deberes establecidos en este párrafo y sus normas reglamentarias serán sancionados por la Comisión Nacional de Valores.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 70. — Convocatorias asamblearias. En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, la primera convocatoria a asamblea deberá publicarse con una anticipación no menor a los veinte (20) días corridos y no mayor a los cuarenta y cinco (45) días corridos de la fecha fijada para su celebración. Los plazos indicados se computarán a partir de la última publicación.

Veinte (20) días corridos antes de la fecha fijada para la celebración de la asamblea, el directorio deberá poner a disposición de los accionistas en su sede social o por medios electrónicos, toda la información relevante concerniente a la celebración de la asamblea, la documentación a ser considerada en la misma y las propuestas del directorio.

Hasta cinco (5) días corridos antes de la fecha para la celebración de la asamblea ordinaria que deba considerar la documentación del ejercicio, los accionistas que representen por lo menos el dos por ciento (2%) del capital social podrán entregar en la sede social comentarios o propuestas relativas a la marcha de los negocios sociales correspondientes al ejercicio. El directorio deberá informar a los accionistas que dichos comentarios o propuestas se encuentran disponibles en la sede social o que podrán consultarse a través de cualquier medio electrónico.

ARTICULO 71. — Asambleas ordinarias. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones corresponde a la asamblea ordinaria resolver, además de los asuntos mencionados en el artículo 234 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, los siguientes:

- a) La disposición o gravamen de todo o parte sustancial de los activos de la sociedad cuando ello no se realice en el curso ordinario de los negocios de la sociedad;
- b) La celebración de contratos de administración o gerenciamiento de la sociedad. Lo mismo se aplica a la aprobación de cualquier otro pacto por el cual los bienes o servicios que reciba la sociedad sean remunerados total o parcialmente con un porcentaje de los ingresos, resultados o ganancias de la sociedad, si el monto resultante es sustancial habida cuenta del giro de los negocios y del patrimonio social.

ARTICULO 72. — Contratos con partes relacionadas. En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones, los actos o contratos que la sociedad celebre con una parte relacionada y que involucre un monto relevante, deberán cumplir con el procedimiento que se prevé a continuación.

A los efectos del presente artículo:

- a) Se entenderá por “parte relacionada” a las siguientes personas en relación con la sociedad emisora:

- I. A los directores, integrantes del órgano de fiscalización o miembros del consejo de vigilancia de la sociedad emisora, así como a los gerentes generales o especiales designados de acuerdo con el artículo 270 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

II. A las personas físicas o jurídicas que tengan el control o posean una participación significativa, según lo determine la Comisión Nacional de Valores, en el capital social de la sociedad emisora o en el capital de su sociedad controlante;

III. A otra sociedad que se halle bajo el control común del mismo controlante;

IV. A los ascendientes, descendientes, cónyuges o hermanos de cualquiera de las personas físicas mencionadas en los apartados I y II precedentes;

V. A las sociedades en las que cualquiera de las personas referidas en los apartados I a IV precedentes posean directa o indirectamente participaciones significativas. Siempre que no se configure alguno de los casos mencionados, no será considerada “parte relacionada” a los efectos de este artículo una sociedad controlada por la sociedad emisora;

b) Se entenderá que un acto o contrato es por un “monto relevante” cuando el importe del mismo supere el uno por ciento (1%) del patrimonio social medido conforme al último balance aprobado.

El directorio o cualquiera de sus miembros requerirá al comité de auditoría un pronunciamiento acerca de si las condiciones de la operación pueden razonablemente considerarse adecuadas a las condiciones normales y habituales del mercado. El comité de auditoría debe pronunciarse en un plazo de cinco (5) días hábiles.

Sin perjuicio de la consulta al comité de auditoría la sociedad podrá resolver con el informe de dos (2) firmas evaluadoras independientes, las cuales deberán haberse expedido sobre el mismo punto y sobre las demás condiciones de la operación.

ARTICULO 73. — Procedimiento. Los actos o contratos a que se refiere el artículo anterior, inmediatamente después de haber sido aprobados por el directorio, deberán ser informados conforme el inciso a) del artículo 99 de la presente ley con indicación de la existencia de los pronunciamientos del comité de auditoría o, en su caso, de las firmas evaluadoras independientes.

El directorio deberá poner a disposición de los accionistas el informe del comité de auditoría o los informes de las firmas evaluadoras independientes, según corresponda, en la sede social de la sociedad al día siguiente hábil de haberse adoptado la pertinente resolución del directorio debiendo comunicarse a los accionistas tal hecho en el respectivo boletín del mercado.

En caso de corresponder, el controlante o la persona relacionada que sea contraparte de la operación, deberá poner a disposición del directorio antes de que éste apruebe la operación, todos los antecedentes, informes, documentos y comunicaciones referidos a la operación presentados a entidades supervisoras o reguladoras extranjeras competentes o a bolsas de valores extranjeras.

En el acta de directorio que apruebe la operación deberá hacerse constar el sentido del voto de cada director.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

La operación deberá ser sometida a aprobación previa de la asamblea cuando las condiciones previstas no hayan sido calificadas como razonablemente adecuadas al mercado por el comité de auditoría o por ambas firmas evaluadoras.

ARTICULO 74. — Carga probatoria en litigios. En caso de que un accionista demande resarcimiento de los perjuicios ocasionados por una infracción al artículo anterior corresponderá a la parte demandada probar que el acto o contrato se ajustó a condiciones de mercado o que las condiciones de la operación no causaron perjuicio a la sociedad. Tal inversión de la carga probatoria no será aplicable cuando la operación fuese aprobada por el directorio contando con la opinión favorable del comité de auditoría o de las dos (2) firmas evaluadoras o hubiere sido aprobada por la asamblea ordinaria sin el voto decisivo del accionista respecto del cual se configure la condición de parte relacionada o tenga interés en el acto o contrato en cuestión.

ARTICULO 75. — Remuneraciones de directores. Las sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus acciones podrán remunerar a sus directores con funciones ejecutivas o técnico-administrativas, así como a los gerentes, con opciones de compra de acciones de la propia sociedad, cumpliendo con los procedimientos y requisitos que a tales efectos establezca la Comisión Nacional de Valores. En estos casos, la asamblea deberá fijar el precio de las opciones y de las acciones a las que éstas den derecho y el valor a computar a los fines de la remuneración a los efectos de los límites del artículo 261 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones. Salvo disposición contraria del estatuto, la sociedad podrá contratar un seguro de responsabilidad civil para sus directores para la cobertura de riesgos inherentes al ejercicio de sus funciones.

ARTICULO 76. — Acciones de responsabilidad. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la acción de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, cuando correspondiere ser ejercida por los accionistas en forma individual, podrá ser ejercida para reclamar en beneficio de la sociedad el resarcimiento del daño total sufrido por ésta o para reclamar el resarcimiento del daño parcial sufrido indirectamente por el accionista en proporción a su tenencia, en cuyo caso la indemnización ingresará a su patrimonio.

Cuando el demandado por responsabilidad lo haya sido por el total del perjuicio que se alega sufrido por la sociedad podrá optar por allanarse al pago a los accionistas demandantes del resarcimiento del perjuicio indirecto que se determine como sufrido por aquéllos en proporción a su tenencia accionaria.

ARTICULO 77. — Asignación de funciones. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones, la asignación de funciones específicas prevista en el segundo párrafo del artículo 274 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones, además de inscribirse en el Registro Público de Comercio, deberá comunicarse al mercado en el cual listen las acciones.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 78. — Lealtad de los directores. En las sociedades que hacen oferta pública de sus acciones se entenderán especialmente comprendidas en el deber de lealtad con que deben actuar los directores:

- a) La prohibición de hacer uso de los activos sociales y la de hacer uso de cualquier información confidencial, con fines privados;
- b) La prohibición de aprovechar o de permitir que otro aproveche, ya sea por acción o por omisión, las oportunidades de negocio de la sociedad;
- c) La obligación de ejercer sus facultades únicamente para los fines para los que la ley, el estatuto, la asamblea o el directorio se las hayan concedido;
- d) La obligación de velar escrupulosamente para que su actuación nunca incurra en conflicto de intereses, directo o indirecto, con los de la sociedad.

En caso de duda acerca del cumplimiento del deber de lealtad, la carga de la prueba corresponde al director.

ARTICULO 79. — Comisión fiscalizadora. En las sociedades comprendidas en el régimen de oferta pública por acciones o valores negociables de deuda, la totalidad de los miembros de la Comisión Fiscalizadora deberá revestir la calidad de independiente.

Las sociedades que hagan oferta pública de acciones y tengan constituido un comité de auditoría podrán prescindir de la Comisión Fiscalizadora. En este caso, los integrantes de ese comité tendrán las atribuciones y deberes que otorga el artículo 294 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones.

La decisión de eliminar la Comisión Fiscalizadora corresponde a la Asamblea Extraordinaria de Accionistas que, en primera o segunda convocatoria, deberá contar con la presencia, como mínimo, de accionistas que representen el setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones con derecho a voto. Las resoluciones en todos los casos serán tomadas por el voto favorable del setenta y cinco por ciento (75%) de las acciones con derecho a voto, sin aplicarse la pluralidad de voto.

TITULO III

Oferta pública

CAPITULO I

Oferta pública de valores negociables y otros instrumentos financieros

ARTICULO 80. — Facultades. La Comisión Nacional de Valores será la autoridad de aplicación y autorización de la oferta pública de valores negociables en todo el ámbito de la República Argentina.

El citado organismo podrá disponer, cuando así lo considere, la precalificación de autorización de oferta pública de los valores negociables al inicio del trámite, por las bolsas y mercados, la que se sujetará a las formalidades y requisitos que a estos efectos reglamente el organismo.

ARTICULO 81. — Facultades regulatorias. La Comisión Nacional de Valores podrá establecer regímenes diferenciados de autorización de oferta pública de acuerdo con las características objetivas o subjetivas de los emisores y/o de los destinatarios de los

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ofrecimientos, el número limitado de éstos, el domicilio de constitución del emisor, los montos mínimos de las emisiones y/o de las colocaciones, la naturaleza, origen y/o especie de los valores negociables, o cualquier otra particularidad que lo justifique razonablemente.

Toda negociación de instrumentos que, a criterio de la Comisión Nacional de Valores, comprenda características semejantes a la oferta pública definida en la presente ley se considerará como tal y se someterá a las normas de la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 82. — Objeto y sujetos de la oferta pública. Pueden ser objeto de oferta pública los valores negociables emitidos o agrupados en serie que por tener las mismas características y otorgar los mismos derechos dentro de su clase se ofrecen en forma genérica y se individualizan en el momento de cumplirse el contrato respectivo y todos aquellos instrumentos financieros que autorice la Comisión Nacional de Valores.

Pueden realizar oferta pública de valores negociables u otros instrumentos financieros las entidades que los emitan y los agentes registrados autorizados a estos efectos por la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 83. — Valores emitidos por entes públicos. La oferta pública de valores negociables emitidos por la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, los municipios, los entes autárquicos, así como por los organismos multilaterales de crédito de los que la República Argentina fuere miembro no está comprendida en esta ley, sin perjuicio de las facultades del Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones de regulación de la moneda y del crédito y de ejecución de la política cambiaria. Se considera oferta pública sujeta a las disposiciones de esta ley, la negociación de los valores negociables citados cuando la misma se lleve a cabo por una persona física o jurídica privada, en las condiciones que se establecen en el artículo 2° de la presente ley.

La oferta pública de valores negociables emitidos por Estados extranjeros, sus divisiones políticas y otras entidades de naturaleza estatal del extranjero en el territorio de la República Argentina deberá ser autorizada por el Poder Ejecutivo nacional, con excepción de las emisiones de los Estados nacionales de los países miembros del Mercado Común del Sur (Mercosur), las que tendrán oferta pública automática bajo condición de reciprocidad.

ARTICULO 84. — Procedimiento de autorización. La Comisión Nacional de Valores debe resolver la solicitud de autorización para realizar oferta pública dentro del plazo de treinta (30) días hábiles contados a partir del momento en que queda reunida toda la documentación a satisfacción de la Comisión Nacional de Valores y no se formularen nuevos pedidos u observaciones.

Cuando vencido dicho plazo no se hubiera expedido el interesado puede requerir pronto despacho. A los quince (15) días hábiles de presentado este pedido si la Comisión Nacional de Valores no se hubiera pronunciado se considera concedida la autorización, salvo que aquélla prorrogue el plazo mediante resolución fundada. Dicha prórroga no

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

puede exceder de quince (15) días hábiles a partir de la fecha en que se disponga. Vencido este nuevo plazo la autorización se considera otorgada.

La autorización para efectuar oferta pública de determinada cantidad de valores negociables, contratos, a término, futuros u opciones de cualquier naturaleza u otros instrumentos financieros no importa autorización para el ofrecimiento de otros emitidos por el mismo emisor, aún cuando tengan las mismas características.

ARTICULO 85. — Intervención del Banco Central de la República Argentina. El Banco Central de la República Argentina en ejercicio de sus funciones de regulación de la moneda, el crédito y de la ejecución de la política cambiaria puede limitar, con carácter general y por el tiempo que estime necesario, la oferta pública de nuevas emisiones de valores negociables. Esta facultad podrá ejercerla indistintamente respecto de los valores negociables públicos o privados. La resolución debe ser comunicada a la Comisión Nacional de Valores para que suspenda la autorización de nuevas ofertas públicas y a los mercados para que suspendan la autorización de nuevas autorizaciones o negociaciones.

CAPITULO II

Oferta pública de adquisición

ARTICULO 86. — Principios generales. Toda oferta pública de adquisición de acciones con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren admitidas al régimen de la oferta pública, sea de carácter voluntaria u obligatoria conforme lo dispuesto en los artículos siguientes, deberá dirigirse a todos los titulares de esas acciones. Tratándose de ofertas de adquisición obligatoria también deberá incluir a los titulares de derechos de suscripción u opciones sobre acciones, de títulos de deuda convertibles u otros valores negociables similares que, directa o indirectamente, puedan dar derecho a la suscripción, adquisición o conversión en acciones con derecho a voto, en proporción a sus tenencias y al monto de la participación que se desee adquirir; y deberá realizarse cumpliendo los procedimientos que establezca la Comisión Nacional de Valores, ajustándose en todo lo aplicable a las normas de transparencia que regulan las colocaciones primarias y negociación secundaria de valores negociables.

El procedimiento que establezca la Comisión Nacional de Valores deberá asegurar y prever:

- a) La igualdad de tratamiento entre los accionistas tanto en las condiciones económicas y financieras como en cualquier otra condición de la adquisición para todas las acciones, títulos o derechos de una misma categoría o clase;
- b) El precio equitativo;
- c) Plazos razonables y suficientes para que los destinatarios de la oferta dispongan del tiempo adecuado para adoptar una decisión respecto de la misma, así como el modo de cómputo de esos plazos;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- d) La obligación de brindar al inversor la información detallada que le permita adoptar su decisión contando con los datos y elementos necesarios y con pleno conocimiento de causa;
- e) Los términos en que la oferta será irrevocable o en que podrá someterse a condición —en cuyo caso deberán ser causales objetivas y figurar en forma clara y destacada en los prospectos de la oferta— y cuando así lo determine la autoridad de aplicación, las garantías exigibles según que la contraprestación ofrecida consista en dinero, valores negociables ya emitidos o valores negociables cuya emisión aún no haya sido acordada por el oferente;
- f) La reglamentación de los deberes del órgano de administración para brindar, en interés de la sociedad y de todos los tenedores de valores negociables objeto de la oferta, su opinión sobre la oferta y sobre los precios o las contraprestaciones ofrecidas;
- g) El régimen de las posibles ofertas competidoras;
- h) Las reglas sobre retiro o revisión de la oferta, prorrateo, revocación de aceptaciones, reglas de mejor precio ofrecido y mínimo período de oferta, entre otras;
- i) La información a incluirse en el prospecto de la oferta y en el formulario de registración de la misma, la cual deberá contemplar las intenciones del oferente con respecto a las actividades futuras de la sociedad;
- j) Las reglas sobre publicidad de la oferta y de los documentos conexos emitidos por el oferente y los administradores de la sociedad;
- k) Para los casos de ofertas de canje de valores negociables, la reglamentación de la información financiera y contable del emisor de los valores negociables ofrecidos en canje que deberá incluirse en el prospecto de la oferta;
- l) La vigencia del principio de que al órgano de administración de la sociedad le está vedado obstaculizar el normal desarrollo de la oferta, a menos que se trate de la búsqueda de ofertas alternativas o haya recibido una autorización previa a tal efecto de la asamblea de accionistas durante el plazo de vigencia de la oferta;
- m) Que la sociedad no vea obstaculizadas sus actividades por el hecho de que sus valores negociables sean objeto de una oferta durante más tiempo del razonable;
- n) Las excepciones que sean aplicables a tal procedimiento.

ARTICULO 87. — Toma de control. Supuestos comprendidos. Quien con el fin de alcanzar el control, en forma directa o indirecta, de una sociedad cuyas acciones se encuentren admitidas al régimen de la oferta pública pretenda adquirir a título oneroso, actuando en forma individual o concertada con otras personas en un sólo acto o en actos sucesivos, una cantidad de acciones con derecho a voto, de derechos de suscripción u opciones sobre acciones, de títulos de deuda convertibles u otros valores negociables similares que directa o indirectamente puedan dar derecho a la suscripción, adquisición o conversión de o en acciones con derecho a voto, cualquiera sea su forma de instrumentación, que den derecho o que ejercidas den derecho, a una participación significativa en los términos que defina la reglamentación que deberá dictar la Comisión

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

Nacional de Valores, en el capital social y/o en los votos de una sociedad cuyas acciones se encuentren admitidas al régimen de la oferta pública, deberá promover previamente dentro del plazo que establezca la reglamentación una oferta pública obligatoria de adquisición o canje de valores negociables de acuerdo con el procedimiento establecido por la Comisión Nacional de Valores.

Esta oferta estará dirigida a todos los titulares de valores negociables, a un precio equitativo determinado según las pautas establecidas en el artículo 98 de la presente ley, y se referirá como mínimo a las participaciones que establezca la reglamentación que deberá determinar la obligación de promover ofertas obligatorias totales o parciales y diferenciadas según el porcentaje del capital social y de los votos que se pretenda alcanzar.

Tal obligación comprende asimismo los supuestos en que se produzca un cambio de control como consecuencia de una reorganización societaria, una fusión o una escisión de acuerdo a los términos y casos definidos por la reglamentación dictada por la Comisión Nacional de Valores, pero no regirá en los supuestos en que la adquisición de la participación significativa no conlleve la adquisición del control de la sociedad.

ARTICULO 88. — Destinatarios. Toda oferta pública de adquisición de acciones con derecho a voto de una sociedad cuyas acciones se encuentren admitidas al régimen de la oferta pública deberá dirigirse a todos los titulares de esas acciones, incluyendo a los titulares de derechos de suscripción u opciones sobre acciones, de títulos de deuda convertibles u otros valores negociables similares que, directa o indirectamente, puedan dar derecho a la suscripción, adquisición o conversión en acciones con derecho a voto, en proporción a sus tenencias y al monto de la participación que se desee adquirir.

La oferta se efectuará a un precio equitativo determinado según las pautas establecidas en el capítulo siguiente, y se referirá como mínimo a las participaciones que establezca la reglamentación que deberá determinar la obligación de promover ofertas obligatorias totales o parciales y diferenciadas según el porcentaje del capital social y de los votos que se pretenda alcanzar.

ARTICULO 89. — Incumplimiento. En los casos en que la participación señalada en el artículo 87 de la presente ley se haya alcanzado sin el debido y previo cumplimiento de las condiciones fijadas para ello, la Comisión Nacional de Valores la declarará irregular e ineficaz a los efectos administrativos y dispondrá la subasta de las participaciones adquiridas en infracción, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder.

ARTICULO 90. — Alcance universal. El régimen de oferta pública de adquisición regulado en este capítulo y el régimen de participaciones residuales regulado en el siguiente comprende a todas las sociedades listadas, incluso aquellas que bajo el régimen anterior hubieren optado por excluirse de su aplicación.

CAPITULO III

Régimen de participaciones residuales

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 91. — Supuestos. Lo dispuesto en el presente capítulo es aplicable a todas las sociedades anónimas cuyas acciones cuenten con autorización de oferta pública otorgada por la Comisión Nacional de Valores.

Cuando una sociedad anónima quede sometida a control casi total:

a) Cualquier accionista minoritario podrá, en cualquier tiempo, intimar a la persona controlante para que ésta haga una oferta de compra a la totalidad de los accionistas minoritarios;

b) Dentro del plazo de seis (6) meses desde la fecha en que haya quedado bajo el control casi total de otra persona, esta última podrá emitir una declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros.

ARTICULO 92. — Control casi total. A los efectos de lo dispuesto en el presente capítulo:

a) Se entiende que se halla bajo control casi total toda sociedad anónima respecto de la cual otra persona física o jurídica, ya sea en forma directa o a través de otra u otras sociedades a su vez controladas por ella, sea titular del noventa y cinco por ciento (95%) o más del capital suscrito;

b) Se tomará como fecha en la que una sociedad anónima ha quedado bajo control casi total de otra persona la del día en que se perfeccionó el acto de transmisión de la titularidad de las acciones con las que se alcanza el porcentual establecido en el inciso precedente;

c) Se define como accionistas minoritarios a los titulares de acciones de cualquier tipo o clase, así como a los titulares de todos los otros títulos convertibles en acciones que no sean de la persona o personas controlantes;

d) La legitimación para ejercer el derecho atribuido a los accionistas minoritarios sólo corresponde a quienes acrediten la titularidad de sus acciones o de sus otros títulos a la fecha en que la sociedad quedó sometida a control casi total; la legitimación sólo se transmite a los sucesores a título universal;

e) La sociedad o persona controlante y la sociedad controlada deberán comunicar a la Comisión Nacional de Valores y al mercado en que la sociedad controlada lista sus acciones el hecho de hallarse en situación de control casi total, en el plazo y condiciones que se fijen reglamentariamente. Sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder, no se podrá hacer uso del derecho establecido en el artículo 94 de la presente ley hasta el cumplimiento de las comunicaciones precedentes. La existencia de control casi total podrá ser constatada por la Comisión Nacional de Valores a requerimiento de los accionistas minoritarios. En caso de constatarse dicha situación, el organismo la notificará a los accionistas minoritarios por el medio que estime adecuado, y éstos quedarán a partir de entonces, habilitados para ejercer el derecho que les concede el artículo siguiente.

Las disposiciones del presente capítulo también son aplicables al supuesto de ejercicio de control casi total compartido o concertado entre dos (2) o más entidades, o entre una

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

entidad y otras personas físicas o jurídicas, aunque no formen parte de un mismo grupo ni estén vinculadas entre sí, siempre que el ejercicio de ese control común tenga características de estabilidad y así se lo declare, asumiendo responsabilidad solidaria entre todos ellos.

ARTICULO 93. — Derecho de los accionistas minoritarios. Intimada la persona controlante para que haga a la totalidad de los accionistas minoritarios una oferta de compra, si la persona controlante acepta hacer la oferta, podrá optar por hacer una oferta pública de adquisición o por utilizar el método de la declaración de adquisición reglamentado en este capítulo.

En caso de que la persona controlante sea una sociedad anónima con negociación de sus acciones y estas acciones cuenten con oferta pública en mercados del país o del exterior autorizados por la Comisión Nacional de Valores, la sociedad controlante, adicionalmente a la oferta en efectivo, podrá ofrecer a la totalidad de los accionistas minoritarios de la sociedad bajo control casi total que éstos opten por el canje de sus acciones por acciones de la sociedad controlante. La sociedad controlante deberá proponer la relación de canje sobre la base de balances confeccionados de acuerdo a las reglas establecidas para los balances de fusión. La relación de canje deberá contar, además, con el respaldo de la opinión de uno (1) o más evaluadores independientes especializados en la materia. La Comisión Nacional de Valores reglamentará los requisitos para que los accionistas minoritarios ejerzan la opción.

Transcurridos sesenta (60) días hábiles contados desde la intimación a la persona controlante sin que ésta efectúe una oferta pública de adquisición de acciones ni la declaración de adquisición, el accionista puede demandar que se declare que sus acciones han sido adquiridas por la persona controlante y que el tribunal judicial o arbitral competente fije el precio equitativo en dinero de sus acciones, conforme las pautas del inciso d), artículo 98 de la presente ley y que la persona controlante sea condenada a pagarlo.

En cualquiera de los casos previstos en el presente artículo, incluso para todos los fines dispuestos en el párrafo precedente, o para impugnar el precio o la relación de canje, regirán las normas procesales establecidas en el artículo 96 de esta ley, sea que el litigio tramite en sede judicial o arbitral.

ARTICULO 94. — Declaración de voluntad de adquisición de la totalidad del capital remanente. La declaración unilateral de voluntad de adquisición de la totalidad del capital social remanente en poder de terceros a que hace referencia el inciso b) del artículo 91 de esta ley, denominada declaración de adquisición, deberá ser resuelta por el órgano de administración de la persona jurídica controlante o efectuada en un instrumento público en caso de tratarse de personas físicas. Es condición de validez de la declaración, que la adquisición comprenda a la totalidad de las acciones en circulación, así como de todos los otros títulos convertibles en acciones que se hallen en poder de terceros.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

La declaración de adquisición deberá contener la fijación del precio equitativo que la persona controlante pagará por cada acción remanente en poder de terceros. En su caso, también contendrá la fijación del precio equitativo que se pagará por cada título convertible en acciones. Para la determinación del precio equitativo se estará a lo establecido en el inciso d) del artículo 98 de esta ley. De ser la persona controlante una sociedad anónima con negociación de sus acciones y demás condiciones establecidas en el segundo párrafo del artículo 93 de la presente ley, podrá ofrecer a los accionistas minoritarios la opción de canje de acciones allí prevista, en las mismas condiciones allí establecidas.

Dentro del plazo de cinco (5) días hábiles contados a partir de la emisión de la declaración, la persona controlante deberá notificar a la sociedad bajo control casi total la declaración de adquisición y presentar la solicitud de retiro de la oferta pública a la Comisión Nacional de Valores y a los mercados en los que estén listadas sus acciones.

La declaración de adquisición, el valor fijado y las demás condiciones, incluido el nombre y domicilio de la entidad financiera a la que se refiere el párrafo siguiente, deberán publicarse por tres (3) días en el Boletín Oficial del mercado donde se listen las acciones, en el Boletín Oficial de la República Argentina y en uno (1) de los diarios de mayor circulación de la República Argentina. Las publicaciones deben ser inmediatas de acuerdo con la frecuencia de cada uno de los medios.

Dentro de los cinco (5) días hábiles contados desde la conformidad por parte de la Comisión Nacional de Valores, la persona controlante está obligada a depositar el monto correspondiente al valor total de las acciones y demás títulos convertibles comprendidos en la declaración de adquisición, en una cuenta especialmente abierta al efecto en una entidad financiera en la cual se admita que el Fondo de Garantía de Sustentabilidad del Sistema Integrado Previsional Argentino pueda realizar inversiones bajo la forma de depósitos de plazo fijo. En el caso de ofertas de canje, los títulos representativos de las acciones aceptadas en canje por los accionistas minoritarios que hubiesen manifestado su voluntad en tal sentido deberán ser depositados en las cuentas de las entidades autorizadas por la Comisión Nacional de Valores. El depósito deberá ir acompañado de un listado de los accionistas minoritarios y, en su caso, de los titulares de los demás títulos convertibles, con indicación de sus datos personales y de la cantidad de acciones e importes y, en su caso, de acciones de canje que corresponden a cada uno. La Comisión Nacional de Valores deberá arbitrar los medios para tener actualizado y a disposición del público, el listado de entidades financieras admitidas a los efectos del depósito referido.

ARTICULO 95. — Efectos de la declaración de adquisición y de la disposición de los fondos. Luego de la última publicación y de inscripta en el Registro Público de Comercio la autorización de la Comisión Nacional de Valores, y una vez efectuado el depósito, la declaración de adquisición será elevada por la persona controlante a escritura pública, en la cual se hará constar:

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- a) La declaración de la persona controlante de que, por ese acto, adquiere la totalidad de las acciones pertenecientes a los accionistas minoritarios y, en su caso, la totalidad de los demás títulos convertibles pertenecientes a terceros, así como la referencia de la resolución del órgano de administración que decidió emitir la declaración de adquisición, de corresponder;
- b) El precio por acción y el precio por cada otro título convertible;
- c) Los datos del depósito, incluyendo fecha, entidad financiera y cuenta;
- d) Los datos de las publicaciones efectuadas;
- e) Los datos de inscripción de la sociedad controlada;
- f) Los datos de la conformidad de la Comisión Nacional de Valores y la constancia de que la sociedad se retira de la oferta pública de sus acciones.

La escritura pública conteniendo esta declaración deberá ser inscripta en el Registro Público de Comercio y presentada a la Comisión Nacional de Valores y al mercado en que la sociedad listaba sus acciones.

La escritura pública convierte de pleno derecho a la persona controlante en titular de las acciones y títulos convertibles. La sociedad controlada cancelará los títulos anteriores y emitirá títulos nuevos a la orden de la controlante, registrando el cambio de titularidad en el registro de accionistas o en el registro de acciones escriturales, según corresponda. La declaración de adquisición importará, por sí misma, y de pleno derecho, el retiro de oferta pública de las acciones a partir de la fecha de la escritura pública.

Respecto de las sociedades bajo control casi total que hayan sido objeto de la declaración de adquisición reglada en el presente artículo, no regirá lo dispuesto en el inciso 8 del artículo 94 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones.

Desde la fecha de acreditación del depósito a que se refiere el último párrafo del artículo 94 de la presente ley, los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de los demás títulos convertibles, tendrán derecho a retirar de la cuenta bancaria los fondos que les correspondiesen, con más los intereses que hayan acrecido los respectivos importes. El retiro voluntario de los fondos importará la aceptación del precio equitativo asignado por la persona controlante a las acciones y demás títulos convertibles.

ARTICULO 96. — Impugnación del precio equitativo. Dentro del plazo de tres (3) meses desde la fecha de la última publicación a que se refiere el anteúltimo párrafo del artículo 94 de la presente ley, todo accionista minoritario y, en su caso, todo titular de cualquier otro título convertible, puede impugnar el valor asignado a las acciones o títulos convertibles o, en su caso, la relación de canje propuesta, alegando que el asignado por la persona controlante no es un precio equitativo. Transcurrido este plazo de caducidad, se tendrá por firme la valuación publicada respecto del accionista minoritario que no hubiere impugnado. Idéntica caducidad rige respecto del titular de títulos convertibles que no hubiere impugnado.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

El trámite de la impugnación no altera la transmisión de pleno derecho de las acciones y de los títulos convertibles a favor de la persona controlante. Durante el trámite de la impugnación, todos los derechos correspondientes a las acciones y a los títulos convertibles, patrimoniales o no patrimoniales, corresponden a la persona controlante.

La impugnación podrá efectuarse ante el tribunal arbitral del mercado en que hubiere negociado la sociedad o ante los tribunales ordinarios con competencia en materia comercial del domicilio de la sociedad. La totalidad de las impugnaciones que presenten los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de otros títulos convertibles, serán acumuladas para su trámite ante el mismo tribunal. Se suspenderá el trámite de la impugnación hasta tanto haya vencido el plazo de caducidad a que se refiere el primer párrafo del presente artículo o hasta que la totalidad de los legitimados hayan iniciado la acción de impugnación.

A tal fin se entenderá como legitimados a todos aquellos accionistas o titulares de otros títulos convertibles que no hubieran retirado voluntariamente los fondos de la cuenta a que hace mención el último párrafo del artículo 95 de esta ley.

De la impugnación, que solamente podrá referirse a la valuación dada a las acciones y, en su caso, a los demás títulos convertibles, así como a la relación de canje, si fuera el caso, se dará traslado a la persona controlante por el plazo de diez (10) días hábiles. Las pruebas deberán ofrecerse con el escrito de inicio y con la contestación del mismo. El tribunal arbitral o juez, según corresponda, nombrará los peritos tasadores en el número que estime corresponder al caso y, luego de un nuevo traslado por cinco (5) días hábiles, deberá dictar sentencia fijando el precio equitativo definitivo en el plazo de quince (15) días hábiles. La sentencia es apelable y la apelación deberá presentarse debidamente fundada, dentro del plazo de diez (10) días hábiles. El traslado se correrá por igual plazo, y el tribunal de apelación deberá resolver dentro de los veinte (20) días hábiles.

Los honorarios de abogados y peritos serán fijados por el tribunal arbitral o judicial, según corresponda, conforme a la escala aplicable a los incidentes. Cada parte soportará los honorarios de sus abogados y peritos de parte o consultores técnicos. Los honorarios de los peritos designados por el tribunal judicial o arbitral estarán siempre a cargo de la persona controlante excepto que la diferencia entre el precio equitativo pretendido por el impugnante supere en un treinta por ciento (30%) el ofrecido por el controlante, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 154 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1984) y sus modificaciones.

En caso de corresponder, en el plazo de cinco (5) días hábiles luego de que la sentencia definitiva haya pasado en autoridad de cosa juzgada, la persona controlante deberá depositar en la cuenta indicada en el último párrafo del artículo 95 el monto de las diferencias de precio que se hubieren determinado. La mora en el cumplimiento del depósito hará devengar a cargo de la persona controlante un interés punitivo igual a una vez y media la tasa que rija en los tribunales comerciales de la jurisdicción correspondiente al domicilio de la sociedad. Si la mora excediere de los treinta (30) días

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

corridos, cualquier accionista estará legitimado para declarar la caducidad de la venta de sus títulos. En tal caso la persona controlante deberá restituir la titularidad de las acciones y demás derechos del accionista a su anterior estado, además de su responsabilidad por los daños y perjuicios causados.

Los accionistas minoritarios y, en su caso, los titulares de otros títulos convertibles, podrán retirar los fondos correspondientes a sus acciones o títulos convertibles a partir de la fecha de la acreditación de este último depósito, con más los intereses que hubieren acrecido los importes respectivos.

CAPITULO IV

Retiro de la oferta pública

ARTICULO 97. — Retiro voluntario del régimen de oferta pública. Cuando una sociedad, cuyas acciones se encuentren admitidas a los regímenes de oferta pública acuerde su retiro voluntario, deberá seguir el procedimiento que establezca la Comisión Nacional de Valores y, asimismo, deberá promover obligatoriamente una oferta pública de adquisición de sus acciones, de derechos de suscripción, obligaciones convertibles en acciones u opciones sobre acciones en los términos previstos en el artículo siguiente.

La adquisición de las propias acciones deberá efectuarse con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres, cuando estuvieran completamente integradas, y para su amortización o su enajenación en el plazo del artículo 221 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales (t.o. 1.984) y sus modificaciones, debiendo la sociedad acreditar ante la Comisión Nacional de Valores que cuenta con la liquidez necesaria y que el pago de las acciones no afecta su solvencia. De no acreditarse dichos extremos, y en los casos de control societario, la obligación aquí prevista quedará a cargo de la sociedad controlante, la cual deberá acreditar idénticos extremos.

ARTICULO 98. — Condiciones. La oferta pública de adquisición prevista en el artículo anterior deberá sujetarse a las siguientes condiciones:

- a) Deberá extenderse a todas las obligaciones convertibles en acciones y demás valores que den derecho a su suscripción o adquisición;
- b) No será preciso extender la oferta a aquellos que hubieran votado a favor del retiro en la asamblea, quienes deberán inmovilizar sus valores hasta que transcurra el plazo de aceptación que determine la reglamentación;
- c) En el prospecto explicativo de la oferta pública de adquisición se expresará con claridad tal circunstancia y se identificarán los valores que hayan quedado inmovilizados, así como la identidad de sus titulares;
- d) El precio ofrecido deberá ser un precio equitativo, pudiéndose ponderar para tal determinación, entre otros criterios aceptables, los que se indican a continuación:
 - I. Valor patrimonial de las acciones, considerándose a ese fin un balance especial de retiro de cotización;
 - II. Valor de la compañía valuada según criterios de flujos de fondos descontados y/o indicadores aplicables a compañías o negocios comparables;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

III. Valor de liquidación de la sociedad;

IV. Precio promedio de los valores durante el semestre inmediatamente anterior al del acuerdo de solicitud de retiro, cualquiera que sea el número de sesiones en que se hubieran negociado;

V. Precio de la contraprestación ofrecida con anterioridad o de colocación de nuevas acciones, en el supuesto que se hubiese formulado alguna oferta pública de adquisición respecto de las mismas acciones o emitido nuevas acciones según corresponda, en el último año, a contar de la fecha del acuerdo de solicitud de retiro.

Estos criterios se tomarán en cuenta en forma conjunta o separada y con justificación de su respectiva relevancia al momento en que se formule la oferta y en forma debidamente fundada en el prospecto de la oferta, debiendo en todos los casos contarse con la opinión de los órganos de administración y de fiscalización y del comité de auditoría de la entidad. En todos los casos, el precio a ser ofrecido no podrá ser inferior al que resulte del criterio indicado en el apartado IV precedente.

La Comisión Nacional de Valores podrá objetar el precio que se ofrezca por considerar que el mismo no resulta equitativo. La falta de objeción al precio no perjudica el derecho de los accionistas a impugnar en sede judicial o arbitral el precio ofrecido. Para la impugnación del precio se estará a lo establecido en el artículo 96 de esta ley. La Comisión Nacional de Valores deberá tomar especialmente en cuenta el proceso de decisión que fije el precio de la oferta, en particular la información previa y fundamentos de esa decisión, así como el hecho de que para tal decisión se haya pedido la opinión de una evaluadora especializada independiente y se cuente con la opinión favorable del comité de auditoría y del órgano de fiscalización. En caso de objeción del precio por la Comisión Nacional de Valores la sociedad o el controlante podrán recurrir al procedimiento establecido en el artículo 96 de la presente ley.

CAPITULO V

Régimen de transparencia

SECCION I

Regímenes informativos

ARTICULO 99. — Régimen informativo general. Las personas mencionadas en el presente artículo deberán informar a la Comisión Nacional de Valores en forma directa, veraz, suficiente y oportuna, con las formalidades y periodicidad que ella disponga los siguientes hechos y circunstancias, sin perjuicio de los demás que se establezcan reglamentariamente:

a) Los administradores de entidades registradas que realizan oferta pública de valores negociables y los integrantes de su órgano de fiscalización, estos últimos en materia de su competencia, acerca de todo hecho o situación que por su importancia sea apto para afectar en forma sustancial la colocación de valores negociables o el curso de su negociación. Esta obligación rige desde el momento de presentación de la solicitud para realizar oferta pública de valores negociables y deberá ser puesta en conocimiento de la

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

Comisión Nacional de Valores en forma inmediata. El órgano de administración, con la intervención del órgano de fiscalización, deberá designar a una persona para desempeñarse como responsable de relaciones con el mercado a fin de realizar la comunicación y divulgación de las informaciones mencionadas en el presente inciso, dando cuenta de la designación a la Comisión Nacional de Valores y al respectivo mercado y sin que el nombramiento libere de responsabilidad a las personas mencionadas precedentemente respecto de las obligaciones que se establecen;

b) Los agentes de negociación autorizados para actuar en el ámbito de la oferta pública, acerca de todo hecho o situación no habitual que por su importancia sea apto para afectar el desenvolvimiento de sus negocios, su responsabilidad o sus decisiones sobre inversiones;

c) Los directores, administradores, síndicos, gerentes designados de acuerdo con el artículo 270 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1.984) y sus modificaciones, y miembros del consejo de vigilancia, titulares y suplentes, así como los accionistas controlantes de entidades emisoras que realizan oferta pública de sus valores negociables, acerca de la cantidad y clases de acciones, títulos representativos de deuda convertibles en acciones y opciones de compra o venta de ambas especies de valores negociables que posean de la entidad a la que se encuentren vinculados;

d) Los integrantes del consejo de calificación, directores, administradores, gerentes, síndicos o integrantes del consejo de vigilancia, titulares y suplentes, de agentes de calificación de riesgos, sobre la cantidad y clases de acciones, títulos representativos de deuda u opciones de compra o venta de acciones que posean de sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus valores negociables;

e) Los directores y funcionarios de la Comisión Nacional de Valores, de los mercados y de los demás agentes registrados, sobre la cantidad y clases de acciones, títulos representativos de deuda y opciones de compra o venta de acciones que posean de sociedades autorizadas a hacer oferta pública de sus valores negociables;

f) Toda persona física o jurídica que, en forma directa o por intermedio de otras personas físicas o jurídicas, o todas las personas integrantes de cualquier grupo que actuando en forma concertada, adquiera o enajene acciones de una sociedad que realice oferta pública de valores negociables en cantidad tal que implique un cambio en las tenencias que configuran el o los grupos de control afectando su conformación, respecto a dicha operación o conjunto de operaciones realizadas en forma concertada sin perjuicio, en su caso, del cumplimiento del procedimiento previsto en el capítulo II de este título;

g) Toda persona física o jurídica no comprendida en la operación del inciso precedente que, en forma directa o por intermedio de otras personas físicas o jurídicas, o todas las personas integrantes de cualquier grupo que actuando en forma concertada, adquiera o enajene por cualquier medio acciones de una emisora cuyo capital se hallare comprendido en el régimen de la oferta pública y que otorgare el cinco por ciento (5%)

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

o más de los votos que pudieren emitirse a los fines de la formación de la voluntad social en las asambleas ordinarias de accionistas, respecto a tales operaciones, una vez efectuada aquella mediante la cual se superó el límite anteriormente mencionado;

h) Toda persona física o jurídica que celebre pactos o convenios de accionistas cuyo objeto sea ejercer el derecho a voto en una sociedad cuyas acciones están admitidas a la oferta pública o en la sociedad que la controle, cualquiera sea su forma, incluyendo, a título meramente enunciativo, pactos que creen la obligación de consulta previa para ejercer el voto, limiten la transferencia de las correspondientes acciones o de valores negociables, atribuyan derechos de compra o de suscripción de las mismas, o prevean la compra de esos valores y, en general, tengan por objeto o por efecto, el ejercicio conjunto de una influencia dominante en dichas sociedades o cambios significativos en la estructura o en las relaciones de poder en el gobierno de la sociedad, respecto de tales pactos, convenios o cambios. Igual obligación de informar tendrán, cuando sean parte de dichos pactos o tengan conocimiento de ellos, los directores, administradores, síndicos y miembros del consejo de vigilancia, así como los accionistas controlantes de dichas sociedades acerca de la celebración o ejecución de dichos acuerdos. Dichos pactos o convenios deberán presentarse ante la Comisión Nacional de Valores. El cumplimiento de la notificación y presentación de estos pactos o convenios a la Comisión Nacional de Valores no implica el reconocimiento sobre la validez de los mismos. En caso de incumplimiento a la obligación de informar, los pactos o convenios carecerán de valor alguno.

En los supuestos contemplados en los incisos c), d) y e) del presente artículo, el alcance de la obligación de informar alcanzará tanto lo referido a las tenencias de su propiedad como a las que administren directa o indirectamente de tales sociedades y de sociedades controlantes, controladas o vinculadas con ellas.

El deber de informar se mantendrá durante el término del ejercicio para el que fueren designados y en el caso de las personas comprendidas en los incisos c), d) y e) del presente artículo durante los seis (6) meses posteriores al cese efectivo de sus funciones. Las manifestaciones efectuadas por las personas enunciadas precedentemente ante la Comisión Nacional de Valores tendrán, a los fines de la presente ley, el efecto de declaración jurada.

ARTICULO 100. — Régimen informativo para mercados. Los sujetos mencionados en los incisos a), b), c), f), g) y h) del artículo anterior deberán dirigir comunicaciones similares en forma simultánea, a excepción del supuesto previsto en el párrafo siguiente, a aquellos mercados en los cuales se encuentren habilitados los agentes autorizados o tales valores negociables. Los mercados deberán publicar de inmediato las comunicaciones recibidas en sus boletines de información o en cualquier otro medio que garantice su amplia difusión.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

En el caso de que se trate de valores negociables que no se negocien en los mercados, la comunicación se entenderá cumplida por la publicidad efectuada en un (1) diario de amplia circulación nacional.

SECCION II

Reserva

ARTICULO 101. — Excepciones al régimen informativo general. La Comisión Nacional de Valores establecerá las condiciones en que, a pedido de parte, por resolución fundada y por un período determinado, se podrá suspender la obligación de informar al público sobre ciertos hechos y antecedentes incluidos en los incisos a), b) y h) del artículo 99 que no sean de conocimiento público y cuya divulgación pudiera afectar el interés social. La dispensa referida al inciso h) del artículo citado podrá ser por tiempo indeterminado cuando se trate de aspectos que a juicio de la Comisión Nacional de Valores se refieran a acuerdos que sólo afecten los intereses privados de las partes.

ARTICULO 102. — Deber de reserva. Los directores, administradores, gerentes, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, accionistas controlantes y profesionales intervinientes de cualquier entidad autorizada a la oferta pública de valores negociables o persona que haga una oferta pública de adquisición o canje de valores respecto de una entidad autorizada a la oferta pública y los agentes, según la categoría que corresponda y, en general, cualquier persona que en razón de su cargo o actividad tenga información acerca de un hecho aún no divulgado públicamente y que por su importancia sea apto para afectar la colocación o el curso de la negociación que se realice con valores negociables con oferta pública autorizada deberán guardar estricta reserva y abstenerse de negociar hasta tanto dicha información tenga carácter público.

Igual reserva deberán guardar los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, mercados y agentes de depósito colectivo y cualquier otra persona que en razón de sus tareas tenga acceso a similar información.

El deber de reserva se extiende a todas aquellas personas que por relación temporaria o accidental con la sociedad o con los sujetos precedentemente mencionados pudieran haber accedido a la información allí descripta y, asimismo, a los subordinados y terceros que por la naturaleza de sus funciones hubieren tenido acceso a la información.

ARTICULO 103. — Deber de colaboración. Toda persona sujeta a un procedimiento de investigación debe proveer a la Comisión Nacional de Valores la información que ésta le requiera. La conducta renuente y reiterada en contrario observada durante el procedimiento podrá constituir uno de los elementos de convicción corroborante de los demás existentes para decidir la apertura del sumario y su posterior resolución final. La persona objeto de investigación debe haber sido previamente notificada de modo personal o por otro medio de notificación fehaciente, cursado a su domicilio real o

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

constituido, informándole acerca del efecto que puede atribuirse a la falta o reticencia en el deber de información impuesto por este artículo.

SECCION III

Audidores externos

ARTICULO 104. — Audidores externos. Los estados contables de sociedades que hacen oferta pública de sus valores negociables, que cierren a partir de la fecha que la Comisión Nacional de Valores determine, sólo podrán ser auditados por contadores que hayan presentado previamente una declaración jurada informando las sanciones de las que hubieran sido pasibles sean de índole penal, administrativa o profesional, excepto aquéllas de orden profesional que hayan sido calificadas como privadas por el consejo profesional actuante. Esta información deberá mantenerse permanentemente actualizada por los interesados y será accesible al público a través de los procedimientos que la Comisión Nacional de Valores determine por vía reglamentaria. La falsedad u omisión de esta información o de sus actualizaciones será considerada falta grave.

ARTICULO 105. — Designación del auditor externo. La asamblea ordinaria de accionistas, en ocasión de la aprobación de los estados contables, designará para desempeñar las funciones de auditoría externa correspondiente al nuevo ejercicio a contadores públicos matriculados independientes según los criterios que establezca la Comisión Nacional de Valores por vía reglamentaria. La asamblea revocará el encargo cuando se produzca una causal justificada. Cuando la designación o su revocación sean decididas a propuesta del órgano de administración, deberá contarse con la previa opinión del comité de auditoría.

ARTICULO 106. — Control sobre los auditores externos. La Comisión Nacional de Valores vigilará la actividad e independencia de los contadores dictaminantes y firmas de auditoría externa de sociedades que hacen oferta pública de sus valores negociables en forma adicional, y sin perjuicio de la competencia de los consejos profesionales en lo relativo a la vigilancia sobre el desempeño profesional de sus miembros.

ARTICULO 107. — Régimen informativo de sanciones. Los consejos profesionales deberán informar a la Comisión Nacional de Valores en forma inmediata sobre toda infracción a sus normas profesionales así como sobre las sanciones aplicadas a, o cometidas por contadores públicos de su matrícula respecto de los que el consejo respectivo tenga conocimiento que hayan certificado estados contables de sociedades que hacen oferta pública de sus valores negociables en los cinco (5) años anteriores a la comisión de la infracción o a la aplicación de la sanción profesional.

ARTICULO 108. — Facultades para el contralor de los auditores externos. A los fines del cumplimiento de sus funciones la Comisión Nacional de Valores tendrá las siguientes facultades:

a) Solicitar a los contadores dictaminantes o a sociedades, asociaciones o estudios de los que formen parte, o a los consejos profesionales que le comuniquen periódica u ocasionalmente, según se determine, datos e informaciones relativas a actos o hechos

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

vinculados a su actividad en relación con sociedades que hagan oferta pública de sus valores negociables;

- b) Realizar inspecciones y solicitar aclaraciones;
- c) Recomendar principios y criterios que se han de adoptar para la auditoría contable;
- d) Determinar criterios de independencia;
- e) En casos en que los derechos de los accionistas minoritarios puedan resultar afectados y a pedido fundado de accionistas que representen un porcentaje no inferior al cinco por ciento (5%) del capital social de la sociedad que haga oferta pública de sus acciones, la Comisión Nacional de Valores podrá, previa opinión del órgano de fiscalización y del comité de auditoría de la sociedad y siempre que advierta verosimilitud del daño invocado a los accionistas, solicitar a la sociedad la designación de un auditor externo propuesto por éstos para la realización de una o varias tareas particulares o limitadas en el tiempo, a costa de los requirentes.

Si la auditoría contratada determinare la existencia de irregularidades, los accionistas que la solicitaron podrán repetir el costo del servicio contra la sociedad y los miembros de sus órganos de administración y/o fiscalización responsables por acción u omisión de las operaciones ilícitas.

SECCION IV

Comité de auditoría

ARTICULO 109. — Integración. En las sociedades que hagan oferta pública de sus acciones deberá constituirse un comité de auditoría que funcionará en forma colegiada con tres (3) o más miembros del directorio y cuya mayoría deberá necesariamente investir la condición de independiente, conforme a los criterios que determine la Comisión Nacional de Valores. Estos criterios determinarán que para ser calificado de independiente el director deberá serlo tanto respecto de la sociedad como de los accionistas de control y no deberá desempeñar funciones ejecutivas en la sociedad.

ARTICULO 110. — Funciones. Corresponde al comité de auditoría:

- a) Opinar respecto de la propuesta del directorio para la designación de los auditores externos a contratar por la sociedad y velar por su independencia;
- b) Supervisar el funcionamiento de los sistemas de control interno y del sistema administrativo-contable, así como la fiabilidad de este último y de toda la información financiera o de otros hechos significativos que sea presentada a la Comisión Nacional de Valores y a los mercados en cumplimiento del régimen informativo aplicable;
- c) Supervisar la aplicación de las políticas en materia de información sobre la gestión de riesgos de la sociedad;
- d) Proporcionar al mercado información completa respecto de las operaciones en las cuales exista conflicto de intereses con integrantes de los órganos sociales o accionistas controlantes;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- e) Opinar sobre la razonabilidad de las propuestas de honorarios y de planes de opciones sobre acciones de los directores y administradores de la sociedad que formule el órgano de administración;
- f) Opinar sobre el cumplimiento de las exigencias legales y sobre la razonabilidad de las condiciones de emisión de acciones o valores convertibles en acciones, en caso de aumento de capital con exclusión o limitación del derecho de preferencia;
- g) Verificar el cumplimiento de las normas de conducta que resulten aplicables;
- h) Emitir opinión fundada respecto de operaciones con partes relacionadas en los casos establecidos por la presente ley. Emitir opinión fundada y comunicarla a los mercados conforme lo determine la Comisión Nacional de Valores toda vez que en la sociedad exista o pueda existir un supuesto de conflicto de intereses.

Aualmente, el comité de auditoría deberá elaborar un plan de actuación para el ejercicio del que dará cuenta al directorio y al órgano de fiscalización. Los directores, miembros del órgano de fiscalización, gerentes y auditores externos estarán obligados, a requerimiento del comité de auditoría, a asistir a sus sesiones y a prestarle su colaboración y acceso a la información de que dispongan. Para un mejor cumplimiento de las facultades y deberes aquí previstos el comité podrá recabar el asesoramiento de letrados y otros profesionales independientes y contratar sus servicios por cuenta de la sociedad dentro del presupuesto que a tal efecto le apruebe la asamblea de accionistas. El comité de auditoría tendrá acceso a toda la información y documentación que estime necesaria para el cumplimiento de sus obligaciones.

La Comisión Nacional de Valores podrá exceptuar con carácter general a las pequeñas y medianas empresas de constituir el comité de auditoría previsto en este artículo.

SECCION V

Publicidad

ARTICULO 111. — Operaciones. La identidad del valor negociable, la cuantía, el precio y el momento de perfeccionamiento de cada una de las operaciones realizadas en un mercado, así como la identidad de los agentes habilitados por el correspondiente mercado que hubieran intervenido en ellas y el carácter de su intervención deberán encontrarse desde el momento en que se produzcan a disposición del público.

ARTICULO 112. — Publicidad engañosa. La publicidad, propaganda y difusión que por cualquier medio hagan las sociedades emisoras, mercados, agentes y cualquier otra persona o entidad que participe en una emisión, colocación y negociación de valores negociables, no podrá contener declaraciones, alusiones, nombres, expresiones o descripciones que puedan inducir a error, equívoco o confusión al público sobre la naturaleza, precio, rentabilidad, rescate, liquidez, garantía o cualquier otra característica de los valores negociables, de sus sociedades emisoras o de los servicios que se ofrezcan.

ARTICULO 113. — Denominaciones que se prestan a confusión. Las denominaciones que se utilizan en la presente ley para caracterizar a las entidades y sus operaciones sólo

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

podrán ser empleadas por las entidades autorizadas. No podrán utilizarse denominaciones similares, derivadas o que ofrezcan dudas acerca de su naturaleza o individualidad.

ARTICULO 114. — Facultades de la Comisión Nacional de Valores. La Comisión Nacional de Valores podrá ordenar a las personas mencionadas en el artículo 112 de la presente ley el cese preventivo de la publicidad o de la utilización de nombres o expresiones u otras referencias que pudieran inducir a error, equívocos o confusión al público sin perjuicio de las demás sanciones que pudieren corresponder.

ARTICULO 115. — Alcance. Las previsiones contenidas en esta sección resultan de aplicación a toda publicidad encargada por la sociedad emisora, los agentes registrados o cualquier otra persona física o jurídica con independencia del medio elegido para la publicación.

No serán aplicables, por el contrario, a editoriales, notas, artículos o cualquier otra colaboración periodística.

ARTICULO 116. — Conductas sancionables. Serán pasibles de sanción las personas que en el ámbito de la oferta pública, difundieren noticias falsas por alguno de los medios previstos en la definición de oferta pública establecida en el artículo 2° de la presente ley, aún cuando no persiguieren con ello obtener ventajas o beneficios para sí o para terceros, o perjuicios para terceros, incluida la sociedad emisora, siempre que hubieren obrado con dolo o culpa grave.

CAPITULO VI

Acciones y sanciones por conductas contrarias a la transparencia

SECCION I

Conductas contrarias a la transparencia

ARTICULO 117.

a) Abuso de información privilegiada. Los directores, miembros del órgano de fiscalización, accionistas, representantes de accionistas y todo el que por su trabajo, profesión o función dentro de una sociedad emisora o entidad registrada, por sí o por persona interpuesta, así como los funcionarios públicos y aquellos directivos, funcionarios y empleados de los agentes de calificación de riesgo y de los organismos de control públicos o privados, incluidos la Comisión Nacional de Valores, mercados y agentes de depósito y cualquier otra persona que, en razón de sus tareas tenga acceso a similar información, no podrán valerse de la información reservada o privilegiada a fin de obtener, para sí o para otros, ventajas de cualquier tipo, deriven ellas de la compra o venta de valores negociables o de cualquier otra operación relacionada con el régimen de la oferta pública. Lo aquí dispuesto se aplica también a las personas mencionadas en el artículo 35 de la ley 24.083 y sus modificaciones. En estos casos, el diferencial de precio positivo obtenido por quienes hubieren hecho uso indebido de información privilegiada proveniente de cualquier operación efectuada dentro de un período de seis (6) meses, respecto de cualquier valor negociable de los emisores a que se hallaren

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

vinculados, corresponderá al emisor y será recuperable por él, sin perjuicio de las sanciones que pudieren corresponder al infractor. Si el emisor omitiera incoar la acción correspondiente o no lo hiciera dentro de los sesenta (60) días de ser intimado a ello, o no lo impulsara diligentemente después de la intimación, dichos actos podrán ser realizados por cualquier accionista;

b) Manipulación y engaño. Los emisores, agentes registrados, inversores o cualquier otro interviniente o participante en los mercados autorizados, deberán abstenerse de realizar, por sí o por interpósita persona, en ofertas iniciales o mercados secundarios, prácticas o conductas que pretendan o permitan la manipulación de precios o volúmenes de los valores negociables, alterando el normal desenvolvimiento de la oferta y la demanda. Asimismo, dichas personas deberán abstenerse de incurrir en prácticas o conductas engañosas que puedan inducir a error a cualquier participante en dichos mercados, en relación con la compra o venta de cualquier valor negociable en la oferta pública, ya sea mediante la utilización de artificios, declaraciones falsas o inexactas o en las que se omitan hechos esenciales o bien a través de cualquier acto, práctica o curso de acción que pueda tener efectos engañosos y perjudiciales sobre cualquier persona en el mercado.

A los efectos de la determinación de la sanción de aquellas conductas descriptas, la Comisión Nacional de Valores considerará como agravante si la conducta sancionada fuere realizada por el accionista de control, los administradores, gerentes, síndicos de todas las personas sujetas a la fiscalización de la Comisión Nacional de Valores o funcionarios de los órganos de control;

c) Prohibición de intervenir u ofrecer en la oferta pública en forma no autorizada. Toda persona física o jurídica que intervenga, se ofrezca u ofrezca servicios en la oferta pública de valores negociables sin contar con la autorización pertinente de la Comisión Nacional de Valores, será pasible de sanciones administrativas sin perjuicio de las sanciones penales que correspondan.

ARTICULO 118. — Acción de recupero. La acción de recupero prescribirá a los tres (3) años, podrá promoverla cualquier accionista con sujeción a las normas que regulan la acción subrogatoria y será acumulable a la de responsabilidad prevista en el artículo 276 de la ley 19.550 de sociedades comerciales (t.o. 1.984) y sus modificaciones, sin que sea necesario previa resolución asamblearia.

SECCION II

Prospectos

ARTICULO 119. — Responsables directos. Los emisores de valores negociables, juntamente con los integrantes de los órganos de administración y fiscalización, estos últimos en materia de su competencia, y en su caso los oferentes de los valores negociables con relación a la información vinculada a los mismos, y las personas que firmen el prospecto de una emisión de valores negociables, serán responsables de toda

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

la información incluida en los prospectos por ellos registrados ante la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 120. — Responsables indirectos. Las entidades y agentes intermediarios en el mercado que participen como organizadores o colocadores en una oferta pública de venta o compra de valores negociables deberán revisar diligentemente la información contenida en los prospectos de la oferta. Los expertos o terceros que opinen sobre ciertas partes del prospecto sólo serán responsables por la parte de dicha información sobre la que han emitido opinión.

ARTICULO 121. — Legitimación y carga probatoria. Tendrán legitimación para demandar los compradores o adquirentes a cualquier título de los valores negociables con oferta pública ofrecidos mediante el respectivo prospecto, debiendo probar la existencia de un error u omisión de un aspecto esencial en la información relativa a la oferta. A tal fin, se considerará esencial aquella información que un inversor común hubiere apreciado como relevante para decidir la compra o venta de los valores negociables ofrecidos. Probado que sea el error u omisión esencial, salvo prueba en contrario aportada por el emisor u oferente, se presume la relación de causalidad entre el error o la omisión y el daño generado, excepto que el demandado demuestre que el inversor conocía el carácter defectuoso de la información.

ARTICULO 122. — Indemnización. El monto de la indemnización no podrá superar la pérdida ocasionada al inversor referida a la diferencia entre el precio de compra o venta fijado en el prospecto y efectivamente pagado o percibido por el inversor, y el precio del título respectivo al momento de la presentación de la demanda o, en su caso, el precio de su enajenación por parte del inversor de ser anterior a tal fecha.

La limitación establecida en el párrafo precedente no excluye la aplicación de las sanciones previstas en el artículo 46 de la ley 25.156.

ARTICULO 123. — Solidaridad. La responsabilidad entre los infractores tendrá carácter solidario. El régimen de contribuciones o participaciones entre los infractores, siempre que no hubiere mediado dolo, se determinará teniendo en cuenta la actuación individual de cada uno de ellos y el grado de acceso a la información errónea u omitida.

ARTICULO 124. — Prescripción. La acción por daños regulada en esta sección prescribe a los tres (3) años de haberse advertido el error u omisión del referido prospecto por parte del actor.

SECCION III

Operación en infracción

ARTICULO 125. — Responsabilidad. Sin perjuicio de lo dispuesto en los artículos anteriores, toda persona que opere en un mercado autorizado, en violación a los deberes impuestos en este título, será responsable por el daño causado a todas aquellas personas que contemporáneamente con la compra o venta de los valores negociables objeto de dicha violación, hayan comprado o vendido siempre que la violación esté basada, según corresponda, en la venta o compra de aquellos instrumentos o que vieran afectado un

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

derecho, renta o interés, como consecuencia o en ocasión de la violación de deberes aludida.

ARTICULO 126. — Indemnización. La indemnización no excederá el diferencial de precio positivo obtenido o la pérdida evitada en la transacción o transacciones objeto de la violación, siempre que no se diere alguna de las conductas tipificadas en los artículos 307 a 310 del Código Penal.

ARTICULO 127. — Prescripción. La acción prescribirá a los tres (3) años.

ARTICULO 128. — No anulabilidad. No serán anulables las operaciones que motiven las acciones de resarcimiento dispuestas en el presente capítulo.

CAPITULO VII

Régimen legal de los valores anotados en cuenta o escriturales

ARTICULO 129. — Régimen legal. Sin perjuicio de las disposiciones especiales aplicables a cada valor negociable o previstas en los documentos de emisión, a los valores negociables anotados en cuenta o escriturales se les aplicará el siguiente régimen legal:

- a) La creación, emisión, transmisión o constitución de derechos reales, los gravámenes, medidas precautorias y cualquier otra afectación de los derechos conferidos por el valor negociable se llevará a cabo mediante asientos en registros especiales que debe llevar el emisor o, en nombre de éste, un agente de depósito colectivo autorizado o bancos comerciales o bancos de inversión o agentes de registro designados y producirá efectos legales siendo oponible a terceros desde la fecha de tal registración;
- b) La entidad autorizada que lleve el registro de los valores negociables deberá otorgar al titular comprobante de la apertura de su cuenta y de todo movimiento que inscriban en ella. Todo titular tiene derecho a que se le entregue, en todo tiempo, constancia del saldo de su cuenta a su costa. Los comprobantes deberán indicar fecha, hora de expedición y número de comprobante; la especie, cantidad y emisor de los valores negociables y todo otro dato identificatorio de la emisión; identificación completa del titular; derechos reales y medidas cautelares que graven los valores negociables y la constancia de expedición de comprobantes de saldos de cuenta y sus modalidades, indicando la fecha de expedición y la fecha de vencimiento;
- c) La expedición de un comprobante de saldo de cuenta a efectos de la transmisión de los valores negociables o constitución sobre ellos de derechos reales importará el bloqueo de la cuenta respectiva por un plazo de diez (10) días hábiles;
- d) La expedición de comprobantes del saldo de cuenta para la asistencia a asambleas o el ejercicio de derechos de voto importará el bloqueo de la cuenta respectiva hasta el día siguiente al fijado para la celebración de la asamblea correspondiente. Si la asamblea pasara a cuarto intermedio o se reuniera en otra oportunidad, se requerirá la expedición de nuevos comprobantes, pero éstos sólo podrán expedirse a nombre de las mismas personas que fueron legitimadas mediante la expedición de los comprobantes originales;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

e) Se podrán expedir comprobantes del saldo de cuenta a efectos de legitimar al titular para reclamar judicialmente o ante jurisdicción arbitral en su caso, incluso mediante acción ejecutiva si correspondiere, presentar solicitudes de verificación de crédito o participar en procesos universales para lo que será suficiente título dicho comprobante, sin necesidad de autenticación u otro requisito. Su expedición importará el bloqueo de la cuenta respectiva, sólo para inscribir actos de disposición por su titular, por un plazo de treinta (30) días hábiles salvo que el titular devuelva el comprobante o dentro de dicho plazo se reciba una orden de prórroga del bloqueo del juez o Tribunal Arbitral ante el cual el comprobante se hubiera hecho valer. Los comprobantes deberán mencionar estas circunstancias.

ARTICULO 130. — Efectos frente a terceros. El tercero que adquiriera a título oneroso valores negociables anotados en cuenta o escriturales de una persona que, según los asientos del registro correspondiente, aparezca legitimada para transmitirlos no estará sujeto a reivindicación a no ser que en el momento de la adquisición haya obrado de mala fe o con dolo.

ARTICULO 131. — Certificados globales. Se podrán expedir comprobantes de los valores negociables representados en certificados globales a favor de las personas que tengan una participación en los mismos, a los efectos y con el alcance indicados en el inciso e) del artículo 129. El bloqueo de la cuenta sólo afectará a los valores negociables a los que refiera el comprobante. Los comprobantes serán emitidos por la entidad del país o del exterior que administre el sistema de depósito colectivo en el cual se encuentren inscriptos los certificados globales. Cuando entidades administradoras de sistemas de depósito colectivo tengan participaciones en certificados globales inscriptos en sistemas de depósito colectivo administrados por otra entidad, los comprobantes podrán ser emitidos directamente por las primeras. En caso de certificados globales de deuda el fiduciario, si lo hubiere, tendrá la legitimación del referido inciso e) con la mera acreditación de su designación.

TITULO IV

Sanciones y procedimientos administrativos

CAPITULO I

Sanciones

ARTICULO 132. — Sanciones aplicables. Las personas físicas y jurídicas de cualquier naturaleza que infringieren las disposiciones de la presente ley y sus reglamentaciones, sin perjuicio de la responsabilidad penal o civil en que incurrieren, serán pasibles de las siguientes sanciones:

a) Apercibimiento, que podrá ser acompañado de la obligación de publicar la parte dispositiva de la resolución en el Boletín Oficial de la República Argentina y hasta en dos (2) diarios de circulación nacional a costa del sujeto punido;

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

- b) Multa de pesos cinco mil (\$ 5.000) a pesos veinte millones (\$ 20.000.000), que podrá ser elevada hasta el quíntuplo del beneficio obtenido o del perjuicio ocasionado como consecuencia del accionar ilícito, si alguno de ellos resultare mayor;
- c) Inhabilitación de hasta cinco (5) años para ejercer funciones como directores, administradores, síndicos, miembros del consejo de vigilancia, contadores dictaminantes o auditores externos o gerentes de mercados autorizados y de agentes registrados o de cualquier otra entidad bajo fiscalización de la Comisión Nacional de Valores;
- d) Suspensión de hasta dos (2) años para efectuar oferta pública o, en su caso, de la autorización para actuar en el ámbito de la oferta pública. En el caso de fondos comunes de inversión, se podrán únicamente realizar actos comunes de administración y atender solicitudes de rescate de cuotas partes, pudiendo vender con ese fin los bienes de la cartera con control de la Comisión Nacional de Valores;
- e) Prohibición para efectuar ofertas públicas de valores negociables o, en su caso, de la autorización para actuar en el ámbito de la oferta pública de valores negociables.

ARTICULO 133. — Pautas para graduación. A los fines de la fijación de las sanciones antes referidas la Comisión Nacional de Valores deberá tener especialmente en cuenta: la magnitud de la infracción; los beneficios generados o los perjuicios ocasionados por el infractor; el volumen operativo del infractor; la actuación individual de los miembros de los órganos de administración y fiscalización y su vinculación con el grupo de control, en particular, el carácter de miembro independiente o externo de dichos órganos. En el caso de las personas jurídicas responderán solidariamente los directores, administradores, síndicos o miembros del consejo de vigilancia y, en su caso, gerentes e integrantes del consejo de calificación, respecto de quienes se haya determinado responsabilidad individual en la comisión de las conductas sancionadas.

ARTICULO 134. — Intereses de multas. Las multas impagas devengarán intereses a la tasa que determine el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la cual no podrá exceder en una vez y media el interés que aplica el Banco de la Nación Argentina, entidad autárquica actuante en el ámbito del citado ministerio, en sus operaciones de descuento para documentos comerciales.

ARTICULO 135. — Prescripción. La prescripción de las acciones que nacieran de las infracciones al régimen de la presente y de la ley 24.083 operará a los seis (6) años de la comisión del hecho que la configure. Ese plazo quedará interrumpido por la comisión de otra infracción de cualquier naturaleza y por los actos y diligencias de procedimiento inherentes a la sustanciación del sumario una vez abierto por resolución del directorio de la Comisión Nacional de Valores. La prescripción de la multa operará a los tres (3) años contados a partir de la fecha de notificación de dicha sanción o desde que quede firme, si hubiere sido recurrida.

CAPITULO II

Procedimiento sumarial

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 136. — Garantías mínimas. Las sanciones establecidas en el presente título serán aplicadas por el directorio de la Comisión Nacional de Valores, mediante resolución fundada, previo sumario sustanciado a través del procedimiento que establezca el organismo. Serán de aplicación supletoria los principios y normas del procedimiento administrativo y deberá resguardarse a través de la transcripción en actas de las audiencias orales, la totalidad de lo actuado para la eventual revisión en segunda instancia.

ARTICULO 137. — No prejudicialidad. La existencia de causas ante la justicia con competencia en lo criminal con respecto a conductas descriptas en la presente ley y que pudieren también dar lugar a condenas en esa sede, no obstará a la prosecución y conclusión del trámite de los sumarios respectivos en la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 138. — Tramitación. La sustanciación del sumario será función de otra dependencia de la Comisión Nacional de Valores separada e independiente de la que formule la propuesta de cargos. La dependencia sumariante, una vez sustanciado el sumario, elevará las actuaciones al directorio con sus recomendaciones para la consideración y decisión del mismo. Las decisiones que dicte la Comisión Nacional de Valores instruyendo sumario y durante su sustanciación serán irrecurribles pero podrán ser cuestionadas al interponerse el recurso respectivo, si se apelara la resolución definitiva.

Deberá contemplarse, en forma previa a la apertura a prueba del procedimiento sumarial, la celebración de una audiencia preliminar donde además de requerirse explicaciones se procurará reducir las discrepancias sobre cuestiones de hecho, concentrando distintos pasos del procedimiento para dar virtualidad a los principios de concentración, economía procesal e intermediación.

ARTICULO 139. — Denunciante. Cuando las actuaciones se inicien por denuncia ante la Comisión Nacional de Valores, el denunciante no será considerado parte del procedimiento y no podrá acceder a las actuaciones.

ARTICULO 140. — Procedimiento abreviado. La Comisión Nacional de Valores podrá disponer en cualquier momento, previo a la instrucción del sumario, la comparecencia personal de las partes involucradas en la investigación para requerir las explicaciones que estime necesarias y aún para discutir las discrepancias que pudieren existir sobre cuestiones de hecho labrándose acta de lo actuado en dicha audiencia preliminar. En la citación se hará constar concretamente el objeto de la comparecencia. De resultar admitidos los hechos y mediando el reconocimiento expreso por parte de los investigados de las conductas infractoras y de su responsabilidad, la Comisión Nacional de Valores podrá disponer la conclusión de la investigación resolviendo sin más trámite la aplicación de las sanciones que correspondan.

CAPITULO III

Situaciones de riesgo sistémico

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 141. — Riesgo sistémico. Cuando fundadamente se advierta la existencia de situaciones de riesgo sistémico, u otras de muy grave peligro, la Comisión Nacional de Valores podrá suspender preventivamente la oferta pública o la negociación de valores negociables, otros instrumentos financieros y la ejecución de cualquier acto sometido a su fiscalización hasta que hechos sobrevinientes hagan aconsejable la revisión de la medida. Dicha medida también podrá adoptarse al iniciarse la investigación o en cualquier etapa del sumario.

ARTICULO 142. — Interrupción. La Comisión Nacional de Valores podrá interrumpir transitoriamente la oferta pública de valores negociables u otros instrumentos financieros u operaciones, cuando se encuentre pendiente la difusión de información relevante o se presenten circunstancias extraordinarias que lo tornen aconsejable y hasta que desaparezcan las causas que determinaron su adopción.

TITULO V

Procesos judiciales

CAPITULO I

Competencia

ARTICULO 143. — Recursos directos. Corresponde a las Cámaras Federales de Apelaciones:

- a) Entender en la revisión de las sanciones que imponga la Comisión Nacional de Valores, incluso las declaraciones de irregularidad e ineficacia a los efectos administrativos y la suspensión o revocación de inscripciones o autorizaciones;
- b) Entender en la revisión de las denegaciones de inscripción y autorizaciones.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, será competente para entender en estos litigios la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal; pudiendo los litigantes del resto del país optar por que sus causas sean remitidas y resueltas por ésta.

ARTICULO 144. — Juzgados. Corresponde a los juzgados federales de primera instancia entender en:

- a) La ejecución de tasas de fiscalización, aranceles de autorización y multas impuestas por la Comisión Nacional de Valores;
- b) Las peticiones de órdenes de allanamiento que solicite la Comisión Nacional de Valores para el cumplimiento de sus funciones de fiscalización;
- c) Las demás peticiones de auxilio judicial para la ejecución de sus decisiones;
- d) Los pedidos de designación de interventores coadministradores o administradores que efectúe la Comisión Nacional de Valores.

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, serán competentes para entender en estos litigios los juzgados nacionales de primera instancia en lo contencioso administrativo federal.

CAPITULO II

Impugnación de actos de la Comisión Nacional de Valores

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 145. — Apelación de sanciones. Los recursos directos previstos en el inciso a) del artículo 143 se interpondrán y fundarán ante la Comisión Nacional de Valores dentro de los cinco (5) días hábiles de la notificación del acto recurrido.

La Comisión Nacional de Valores concederá el recurso con efecto devolutivo dentro de los cinco (5) días hábiles de su interposición y remitirá las actuaciones a la Cámara Federal que corresponda, la cual le imprimirá el trámite previsto en el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para las apelaciones libremente concedidas.

La Comisión Nacional de Valores será parte contraria en el recurso y el Ministerio Público actuará como fiscal de la ley.

ARTICULO 146. — Denegación de inscripciones. Los recursos directos previstos en el inciso b) del artículo 143 se interpondrán fundados por ante la Comisión Nacional de Valores dentro de los treinta (30) días hábiles de notificada la denegación de la inscripción peticionada.

La Comisión Nacional de Valores concederá el recurso y remitirá las actuaciones a la Cámara que corresponda dentro de los veinte (20) días hábiles de recibido el recurso, junto con su contestación, y el tribunal resolverá previa vista al Ministerio Público.

CAPITULO III

Ejecución de tasas de fiscalización, aranceles de autorización y multas

ARTICULO 147. — Procedimiento aplicable. La ejecución de tasas de fiscalización, multas y aranceles de autorización tramitará por el procedimiento de ejecución fiscal establecido en los artículos 604 y 605 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

ARTICULO 148. — Título ejecutivo. Constituirá título ejecutivo la constancia de deuda del arancel, tasa o multa de que se tratare, suscripta por un director de la Comisión Nacional de Valores o el funcionario en quien se delegare esta facultad, en la que deberá constar el nombre del deudor, monto y conceptos adeudados y fecha de vencimiento de la obligación.

ARTICULO 149. — Intereses. Desde la interposición de la demanda, el crédito reclamado devengará intereses a la tasa que determine el Ministerio de Economía y Finanzas Públicas, la cual no podrá exceder en dos veces y media el interés que aplica el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento para documentos comerciales.

CAPITULO IV

Allanamientos y otras medidas coercitivas

ARTICULO 150. — Presupuestos. En las peticiones de órdenes de allanamiento, la Comisión Nacional de Valores indicará la documentación o información que pretende secuestrar y acreditará sumariamente su vinculación con funciones que le son propias así como también que aquella se encontraría o debería encontrarse en el lugar que se pretende allanar.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

ARTICULO 151. — Carácter no contencioso. La orden de allanamiento se librará sin previa audiencia del afectado y no será recurrible por éste ni su cumplimiento será suspendido por ningún incidente o cuestión que introdujere, las que serán rechazadas sin más trámite; pero quedará a salvo su derecho de promover la reparación de los daños que la ilegitimidad de la medida o el exceso en que se hubiere incurrido en su ejecución le hubieren causado.

ARTICULO 152. — Otras medidas de coerción. Las demás medidas de coerción que pudiera requerir la Comisión Nacional de Valores serán despachadas bajo su responsabilidad y previa acreditación sumaria de su necesidad y legalidad y el procedimiento estará sometido al régimen no contencioso establecido en el artículo anterior.

TITULO COMPLEMENTARIO

Disposiciones finales

ARTICULO 153. — Adelantos por defensa legal. En los procesos civiles o penales incoados contra los funcionarios de la Comisión Nacional de Valores por actos u omisiones en el ejercicio de sus funciones, el organismo o el Estado nacional adelantarán los costos razonables que por asistencia legal requiera la defensa del funcionario a resultas de la decisión final de las acciones legales. Cuando por sentencia firme se le atribuya responsabilidad, el funcionario estará obligado a la devolución de los adelantos que hubiera recibido con más los intereses correspondientes.

El término “funcionario” comprenderá a los miembros del directorio y al resto del personal de la Comisión Nacional de Valores.

ARTICULO 154. — Derogaciones. Deróganse la ley 17.811, el artículo 80 de la ley 11.672, complementaria permanente de presupuesto (t.o. 2005), los decretos 656 de fecha 23 de abril de 1992, 749 de fecha 29 de agosto de 2000, 677 de fecha 22 de mayo de 2001 y 476 de fecha 20 de abril de 2004, los artículos 80 a 84 del decreto 2.284 de fecha 31 de octubre de 1991 y toda otra norma que se oponga a la presente ley.

ARTICULO 155. — Vigencia. La presente ley entrará en vigencia a los treinta (30) días corridos de su publicación en el Boletín Oficial, excepto aquellas disposiciones sujetas a reglamentación por parte de la Comisión Nacional de Valores.

La Comisión Nacional de Valores deberá dictar las reglamentaciones dentro de los ciento ochenta (180) días corridos contados a partir de la fecha de la entrada en vigencia de la presente ley.

Dicha reglamentación fijará las normas y cronogramas de adecuación para las distintas entidades, bolsas y agentes intermediarios.

ARTICULO 156. — En ningún caso se podrán disponer despidos por causa de las disposiciones de la presente ley.

ARTICULO 157. — Comuníquese al Poder Ejecutivo nacional.

MATERIALI

ARGENTINA: LEGGE SUL MERCATO DEI CAPITALI

DADA EN LA SALA DE SESIONES DEL CONGRESO ARGENTINO, EN BUENOS AIRES, A LOS VEINTINUEVE DIAS DEL MES DE NOVIEMBRE DEL AÑO DOS MIL DOCE.

— REGISTRADA BAJO EL N° 26.831 —

BEATRIZ ROJKES DE ALPEROVICH. — JULIAN A. DOMINGUEZ. — Gervasio Bozzano. — Juan H. Estrada.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI GIULIA GRESIO)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO COMMERCIALE

NORMATIVA

Principi contabili internazionali – La Commissione europea ha adottato il Regolamento (UE) 2016/2067 del 22 novembre 2016, pubblicato sulla *Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea* del 29 novembre 2016, con il quale è stato introdotto l'*IFRS 9* (“*Strumenti finanziari*”). Il novello principio contabile, come precisato al secondo considerando del Regolamento, “*mira a migliorare l’informativa finanziaria sugli strumenti finanziari affrontando problemi sorti in materia nel corso della crisi finanziaria*”, orientandosi “*verso un modello più lungimirante di rilevazione delle perdite attese sulle attività finanziarie*”.

L’applicazione dell’*IFRS 9* decorre dagli esercizi finanziari che iniziano il 1° gennaio 2018 o successivamente.

Modifiche delle *start-up* innovative – È stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 26 novembre 2016, n. 277, il D.M. 28 ottobre 2016 recante l’*Approvazione del modello per le modifiche delle start-up innovative, ai fini dell’iscrizione nel Registro delle imprese, a norma dell’art. 4, comma 10 bis, del D.L. 24 gennaio 2015, n. 3, convertito, con modificazioni, dalla L. 24 marzo 2015, n. 33*.

Liquidazione coatta amministrativa – Il D.M. 3 novembre 2016 – con il quale sono stati disciplinati i *Criteri per la determinazione e liquidazione dei compensi spettanti ai commissari liquidatori e ai membri dei comitati di sorveglianza delle procedure di liquidazione coatta amministrativa ai sensi dell’art. 2545 terdecies c.c. e di scioglimento per atto dell’autorità ai sensi dell’art. 2545 septiesdecies c.c.* – è stato pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 5 dicembre 2016, n. 284.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Tasso di interesse legale – Il D.M. 7 dicembre 2016, pubblicato in *Gazzetta Ufficiale* del 14 dicembre 2016, n. 291, ha modificato il saggio di interesse legale, di cui all' art. 1284 c.c., fissandolo allo 0,1% annuo a decorrere dal 1° gennaio 2017.

Legge di stabilità – La L. 11 dicembre 2016, n. 232, contenente *Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2017 e bilancio pluriennale per il triennio 2017-2019*, è stata pubblicata in *Gazzetta Ufficiale*, 21 dicembre 2016, n. 297, con entrata in vigore il 1° gennaio 2017.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

MINISTERO DELLO SVILUPPO ECONOMICO

Atti costitutivi e modificativi di *start-up* innovative – Il Ministero dello Sviluppo Economico ha chiarito che, allo stato, “*sono possibili due differenti modalità di costituzione per le società start-up, costituite in forma di s.r.l.: quella ordinaria, rimessa al rogito notarile e quella alternativa, redatta secondo le modalità previste*” dai D.M. 17 febbraio 2016, D.D. 1° luglio 2016 e D.M. 28 ottobre 2016 (v. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 6 e 14 del 2016 di questa *Rivista*).

Conseguentemente, “*i notai possono ben continuare a rogare per atto pubblico gli atti costitutivi e modificativi di s.r.l., aventi natura di start-up, secondo le modalità indicate dal Codice civile e dalla Legge notarile. Solo ove il notaio sia richiesto di autenticare la scrittura privata elettronica di costituzione di start-up a norma dell'art. 5, 1° co., del D.M. 17 febbraio 2016, allora sarà chiamato ad autenticare un originale informatico redatto sulla base dello standard approvato*” dal Ministero.

Il *Parere n. 411501* del 22 dicembre 2016 è consultabile sul sito www.sviluppoeconomico.gov.it.

ASSIREVI

Principi di redazione del bilancio – L'Assirevi ha pubblicato la prima *Checklist* per “*coloro che svolgono attività di revisione contabile, ma anche per coloro che sono direttamente coinvolti nel processo di redazione del bilancio*”. Si tratta della “*Lista di controllo delle informazioni integrative (disclosures) da fornire nelle note ai bilanci redatti secondo i principi contabili internazionali (IAS/IFRS), così come omologati (“endorsed”) dall'Unione europea*”, vigenti al 31 ottobre 2016.

La *Checklist*, diffusa il 21 dicembre 2016 in formato *word*, è reperibile nell'apposita sezione presente sul sito www.assirevi.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

ASSONIME

Indagine sui sistemi di corporate governance – L'Assonime ed Emittente Titoli s.p.a. hanno reso noto il documento *Note e Studi n. 18/2016*, nel quale sono presentati i risultati dell'indagine condotta sui sistemi di *corporate governance* delle società quotate italiane al 31 dicembre 2015 sul mercato MTA, esaminando le informazioni da queste fornite nelle relazioni sul governo societario.

Lo studio, articolato in tre parti, si sofferma in particolare su “*Applicazione del Codice e qualità dell'informazione*”, “*Remunerazione di amministratori e sindaci: politiche e prassi*” e su “*L'applicazione del principio comply-or-explain*”.

Il testo di *Note e Studi n. 18/2016*, divulgato nel mese di dicembre 2016, è interamente disponibile sul sito dell'Assonime: www.assonime.it.

Recupero giudiziale dei crediti – L'Assonime ha diffuso la *Circolare n. 26* in tema di “*Misure per l'efficienza e l'accelerazione delle procedure di recupero del credito*”, nella quale sono analizzate le disposizioni normative introdotte dal D.L. 3 maggio 2016, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla L. 30 giugno 2016, n. 119 (v. segnalazioni di diritto commerciale sui nn. 10 e 14 del 2016 di questa *Rivista*).

La *Circolare n. 26*, pubblicata il 5 dicembre 2016, è consultabile sul sito www.assonime.it.

Società a partecipazione pubblica – L'Assonime ha predisposto tre approfondimenti concernenti le società a partecipazione pubblica e la loro disciplina, recentemente oggetto di modifica (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 17/2016 di questa *Rivista*):

- *Note e Studi n. 19/2016*, recante “*Osservazioni sull'applicazione dell'accesso civico e della disciplina sulla trasparenza alle società a partecipazione pubblica*”;
- *Note e Studi n. 20/2016*, avente ad oggetto “*Il Testo unico delle società a partecipazione pubblica: questioni applicative e interpretative*”;
- *Note e Studi n. 21/2016*, nel quale è esaminata la “*Disciplina delle società a partecipazione pubblica: impatto della sentenza C. Cost. n. 251/2016, adeguamento degli statuti, attuazione della disciplina sulla trasparenza*”.

I documenti, resi noti nel mese di dicembre 2016, sono reperibili sul sito www.assonime.it.

Revisione legale dei conti – L'Assonime ha analizzato, nella *Circolare n. 28*, le innovazioni apportate alla disciplina della revisione legale dei conti dal Regolamento (UE) n. 537/2014 e dal D.Lgs. 17 luglio 2016, n. 135, con il quale è stata recepita la Direttiva 2014/56/UE del Parlamento e del Consiglio del 16 aprile 2014 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 16/2016 di questa *Rivista*).

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N.1/2017

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

La Circolare n. 28, diffusa il 22 dicembre 2016, è disponibile sul sito www.assonime.it.

BANCA D'ITALIA

Antiriciclaggio – L'Unità di informazione finanziaria ha divulgato il settimo contributo della collana *Analisi e studi* nella serie dei *Quaderni dell'antiriciclaggio*, dedicato alla seconda edizione delle “*Casistiche di riciclaggio e di finanziamento del terrorismo*” (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 10/2015 di questa *Rivista* per la prima pubblicazione).

Lo studio propone “*una rassegna quanto più attuale dei comportamenti finanziari potenzialmente illeciti*”, prendendo le mosse dalle segnalazioni di operazioni sospette pervenute all'UIF e precisando, per ogni caso, il “*collegamento tra operatività analizzata e indicatori di anomalia, schemi di comportamenti anomali e comunicazioni della UIF (cd. red flags)*”.

Il testo, pubblicato nel mese di dicembre 2016, è consultabile sul sito www.uif.bancaditalia.it.

CNDCEC

Crisi da sovraindebitamento – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha diffuso due documenti in materia di crisi da sovraindebitamento, l'uno contenente la “*Modulistica Organismi di composizione della crisi*”, e l'altro focalizzato sugli “*Aspetti controversi delle procedure di sovraindebitamento (Legge n. 3/2012)*”, tra cui figura la nomina del professionista facente funzioni di organismo di composizione della crisi (OCC).

Entrambi gli approfondimenti, resi noti nel mese di novembre 2016, sono reperibili sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

Revisione degli enti locali – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha approvato l'aggiornamento dei primi tre *Principi di vigilanza e controllo dell'organo di revisione degli enti locali*, risalenti al 2011 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 1/2012 di questa *Rivista*). Si tratta, in particolare, di:

- *Documento n. 1*, dedicato a “*L'organo di revisione: composizione, estrazione a sorte, accettazione, compenso, nomina, durata, incompatibilità ed ineleggibilità, insediamento, comportamento, funzionamento, funzioni*”;
- *Documento n. 2*, concernente “*L'organo di revisione: funzione di vigilanza e di controllo contabile*”;
- *Documento n. 3*, relativo a “*L'organo di revisione: funzione di collaborazione e pareri obbligatori*”.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

I *Principi*, pubblicati nel mese di novembre 2016, sono integralmente disponibili sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

Accordi di ristrutturazione e convenzioni di moratoria – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha redatto un documento avente ad oggetto “*Accordo di ristrutturazione con intermediari finanziari e convenzione di moratoria*”, istituti disciplinati dall’ art. 182 *septies* L.F., i quali, come illustrato nella premessa dell’approfondimento, “*trovano la loro giustificazione nella necessità di evitare che gli intermediari meno coinvolti possano incidere sulla portata dell’accordo complessivo pretendendo concessioni che creino una non gradita e talvolta inaccettabile disomogeneità di trattamento tra i creditori finanziari che versano in situazioni omogenee*”.

Lo studio, ultimato nel mese di novembre 2016, è consultabile sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

Processo esecutivo – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili ha reso note le “*Linee guida sul nuovo processo esecutivo*”, le quali vertono principalmente sull’espropriazione forzata immobiliare così come modificata dal D.L. n. 59/2016, convertito con modificazioni dalla L. n. 119/2016 e, nella seconda parte, “*sulle altre norme di interesse incise dalle riforme*”, al fine di fornire “*uno strumento pratico a favore dei professionisti coinvolti nell’ambito di tali procedure*”.

Le *Linee guida*, predisposte nel mese di novembre 2016, sono disponibili sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

CNDCEC-SIDREA

Valutazione aziende in crisi – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili, unitamente alla Società Italiana dei Docenti di Ragioneria e di Economia Aziendale (Sidrea), ha elaborato le “*Linee guida per la valutazione di aziende in crisi*”, nelle quali sono analizzate “*le fasi del processo valutativo nelle situazioni di crisi*”, con precipuo riferimento a “*la ricognizione delle cause della crisi, la definizione del contesto di riferimento e del quadro evolutivo, la costruzione della base documentale, la scelta del metodo di valutazione e il suo svolgimento, la declinazione delle ipotesi nello sviluppo della perizia*”, avendo riguardo alla “*realità delle piccole e medie imprese e definendo, laddove opportuno, le responsabilità del professionista*”.

Il documento, diffuso il 27 dicembre 2016, è reperibile sul sito ufficiale del Cndcec, www.commercialisti.it.

CNDCEC-UIF

Segnalazioni di operazioni sospette – Il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e degli esperti contabili e l’Unità di Informazione Finanziaria hanno sottoscritto un pro-

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N.1/2017

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

tocollo d'intesa che – come si legge nel comunicato stampa del 23 dicembre 2016, pubblicato sul sito www.bancaditalia.it – “consentirà ai commercialisti e agli esperti contabili di adempiere all'obbligo di segnalazione di operazioni sospette, previsto dalla normativa antiriciclaggio, anche attraverso il Consiglio Nazionale”.

CONSOB

Abusi di mercato – La Consob ha divulgato, in data 14 dicembre 2016, alcune *Comunicazioni* sul recepimento degli *Orientamenti* dell'Autorità europea degli strumenti finanziari e dei mercati (ESMA), in materia di abusi di mercato (Regolamento UE n. 596/2014). Trattasi:

- delle “*Guidelines for persons receiving market soundings*” (Documento ESMA/2016/1477), la cui applicazione è prevista dal 10 gennaio 2017 (Comunicazione n. 0110351 della Consob);
- delle “*Guidelines on legitimate interests to delay disclosure of inside information and situations in which the delay of disclosure is likely to mislead the public*” (Documento ESMA/2016/1478), la cui adozione decorre dal 20 dicembre 2016 (Comunicazione n. 0110353 della Consob).

Le *Comunicazioni* della Consob e gli *Orientamenti* dell'ESMA tradotti in italiano sono consultabili sul sito www.consob.it.

Arbitro per le Controversie Finanziarie – Con il comunicato del 19 dicembre 2016, la Consob ha reso noto che l'Arbitro per le Controversie Finanziarie, istituito con delibera del 4 maggio 2016, n. 19602 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 11/2016 di questa *Rivista*), è operativo dal 9 gennaio 2017, “per la risoluzione stragiudiziale dei contenziosi fra risparmiatori e intermediari”.

FONDAZIONE NAZIONALE DEI COMMERCIALISTI

Responsabilità amministratori non esecutivi e sindaci – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha effettuato un'analisi su “*L'attuale regime di responsabilità degli amministratori non esecutivi e dei sindaci nel modello tradizionale tra potere e dovere di informazione*”, tratteggiando “*gli elementi essenziali riguardanti il regime di responsabilità connesso alle funzioni di controllo svolte da tali organi nei confronti dell'attività gestoria posta in essere dagli amministratori delegati*”, prendendo le mosse dalle statuizioni della Cassazione penale (Cass. pen., n. 21702/2016).

Il testo, datato 30 novembre 2016, è disponibile sul sito www.fondazionenazionalecommercialisti.it.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Piano industriale e crisi d'impresa – La Fondazione nazionale dei commercialisti ha redatto un documento sul tema “*La predisposizione del piano industriale nell’ambito della crisi d’impresa: brevi note sui profili metodologici e sui prospetti informativi*”, soffermandosi “*in modo specifico sulla formazione del piano industriale, studiandone le varie fasi tecniche e giuridiche*”, a partire dalla struttura e dai contenuti sino agli eventuali scostamenti risultanti dall’effettiva prosecuzione dell’attività aziendale.

L’approfondimento, reso in data 15 dicembre 2016, è reperibile sul sito www.fondazione nazionale commercialisti.it.

INTERNATIONAL ACCOUNTING STANDARDS BOARD

Modifiche agli IFRS ed interpretazione IFRIC 22 – L’International Accounting Standards Board (IASB) ha pubblicato gli *Annual Improvements to IFRS Standards 2014-2016 Cycle*, con cui sono stati modificati i principi IFRS 1 (“*Prima adozione degli International Financial Reporting Standards*”), IFRS 12 (“*Informativa sulle partecipazioni in altre entità*”) e IAS 28 (“*Partecipazioni in imprese collegate e joint ventures*”).

Inoltre, è stato apportato un *narrow-scope amendment* al principio contabile internazionale IAS 40 (“*Investimenti immobiliari*”), relativo, in particolare, ai requisiti per i trasferimenti di *investment property*, in vigore dal 1° gennaio 2018.

Infine, è stata adottata, con decorrenza dal 1° gennaio 2018, l’interpretazione IFRIC 22, avente ad oggetto “*Foreign Currency Transactions and Advance Consideration*”.

I documenti sono accessibili al link <http://www.ifrs.org/Alerts/PressRelease/Pages/iasb-issues-minor-changes-to-ifrs-standards.aspx>.

OIC

Principi contabili nazionali aggiornati – L’Organismo Italiano di Contabilità – in conformità con quanto previsto dall’art. 12 del D.Lgs. n. 139/2015 ed all’esito delle pubbliche consultazioni avviate nel mese di marzo 2016 (v. segnalazioni di diritto commerciale sul n. 6/2016 di questa *Rivista*) – ha emanato le versioni aggiornate dei principi contabili nazionali interessati dalle modifiche normative derivanti dal recepimento della Direttiva 2013/34/UE. Si tratta, in particolare, di:

- OIC 9 (“*Svalutazioni per perdite durevoli di valore delle immobilizzazioni materiali e immateriali*”);
- OIC 10 (“*Rendiconto finanziario*”);
- OIC 12 (“*Composizione e schemi del bilancio d’esercizio*”);
- OIC 13 (“*Rimanenze*”);
- OIC 14 (“*Disponibilità liquide*”);
- OIC 15 (“*Crediti*”);
- OIC 16 (“*Immobilizzazioni materiali*”);
- OIC 17 (“*Bilancio consolidato e metodo del patrimonio netto*”);

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

- OIC 18 (“Ratei e risconti”);
- OIC 19 (“Debiti”);
- OIC 20 (“Titoli di debito”);
- OIC 21 (“Partecipazioni”);
- OIC 23 (“Lavori in corso su ordinazione”);
- OIC 24 (“Immobilizzazioni immateriali”);
- OIC 25 (“Imposte sul reddito”);
- OIC 26 (“Operazioni, attività e passività in valuta estera”);
- OIC 28 (“Patrimonio netto”);
- OIC 29 (“Cambiamenti di principi contabili, cambiamenti di stime contabili, correzione di errori, fatti intervenuti dopo la chiusura dell’esercizio”);
- OIC 31 (“Fondi per rischi e oneri e Trattamento di Fine Rapporto”);
- OIC 32 (“Strumenti finanziari derivati”).

Sono stati abrogati, correlatamente, i principi contabili nazionali OIC 22 (“Conti d’ordine”) e OIC 3 (“Le informazioni sugli strumenti finanziari da includere nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione”).

I principi contabili nazionali aggiornati – diffusi il 22 dicembre 2016 e da applicare nella redazione dei bilanci riferiti agli esercizi aventi inizio il 1° gennaio 2016 – sono integralmente disponibili sul sito www.fondazioneoic.eu.

GIURISPRUDENZA

Ricorso per la dichiarazione di fallimento e creditori legittimati – La Corte di Cassazione ha precisato che, “con la legge fallimentare riformata non è più sostenibile l’equivalenza del ricorso del creditore alla semplice denuncia-segnalazione” e neppure può ritenersi di essere al cospetto di un’azione esecutiva proposta nel proprio interesse, “anche se con ricadute di tutela per gli altri creditori, e nell’interesse latamente pubblicistico”. La domanda di fallimento, per la Cassazione, si configura come una “azione a contenuto meramente processuale, rispetto a cui l’accertamento del credito si pone come incidentale ai fini della legittimazione al ricorso”.

Ragion per cui, il creditore legittimato a proporre ricorso ai sensi dell’art. 6 L.F. è “colui che vanta un credito nei confronti dell’imprenditore, non necessariamente certo, liquido, esigibile, ma anche non ancora scaduto o condizionale, non ancora munito di titolo esecutivo, sia pure idoneo in prospettiva a giustificare un’azione esecutiva [...] e che deve essere oggetto dell’imprescindibile deliberazione incidentale del giudice fallimentare [...] proprio in quanto non esiste più l’iniziativa d’ufficio, e la carenza della legittimazione del creditore istante, a valere non solo alla data di proposizione del ricorso, ma per tutta la durata del procedimento, determina l’arresto del procedimento stesso con pronuncia di inammissibilità”.

SEGNALAZIONI

DIRITTO COMMERCIALE

Corte di Cassazione, 17 novembre 2016, n. 23420.

SEGNALAZIONI

(A CURA DI LEONARDO NESA)

SEGNALAZIONI DI DIRITTO TRIBUTARIO

NORMATIVA

Nuovo modello per le dichiarazioni d'intento approvato dall'Agazia

Il provvedimento del Direttore dell'Agazia approva un nuovo modello di dichiarazione d'intento con le relative istruzioni e le specifiche tecniche per la trasmissione telematica dei dati. Questo modello sostituisce quello approvato con il provvedimento del 12 dicembre 2014 e modificato con provvedimento dell'11 febbraio 2015.

Il modello approvato oggi può essere utilizzato per le dichiarazioni d'intento relative alle operazioni di acquisto da effettuare a partire dal 1° marzo 2017.

(Agenzia delle Entrate, provvedimento n. 213221 del 2 dicembre 2016)

Macchinari, impianti e attrezzature riaperto l'accesso ai contributi

Con la Pubblicazione sulla Gazzetta Ufficiale n. 1 del 2 gennaio 2017 del decreto 22 dicembre 2016 del Ministero dello Sviluppo Economico, a partire dal giorno 2 gennaio 2017, è riaperto lo sportello per la presentazione delle domande di accesso ai contributi in relazione a finanziamenti bancari per l'acquisto di nuovi macchinari, impianti e attrezzature da parte di piccole e medie imprese (*c.d. nuova Sabatini*) istituiti dall'art. 2 decreto-legge n. 69/2013.

(Ministero dello Sviluppo Economico, decreto 22 dicembre 2016)

Dal 2017 regime di cassa per gli imprenditori in contabilità semplificata

La legge di bilancio ha modificato le regole che devono utilizzare le imprese minori (imprese individuali, Snc, Sas) in regime di contabilità semplificata per la quantificazione del reddito imponibile.

Le nuove disposizioni, che decorrono dal periodo di imposta 2017, hanno modificato l'articolo 66 del Tuir, stabilendo che il reddito si determina come differenza tra l'ammontare dei ricavi **percepiti** nel periodo d'imposta e quello delle spese **sostenute** nel periodo stesso nell'esercizio dell'attività d'impresa.

Con riferimento specifico alle voci delle rimanenze finali viene stabilito che *“il reddito del periodo d'imposta in cui si applicano le disposizioni dell'articolo 66 del testo unico delle imposte sui redditi, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 22 dicembre 1986, n.917, come modificato dal comma 17 del presente articolo, è ridotto dell'importo*

SEGNALAZIONI

DI DIRITTOTRIBUTARIO

delle rimanenze finali che hanno concorso a formare il reddito dell'esercizio precedente secondo il principio della competenza".

In altri termini, con tale specifica disposizione normativa viene stabilito che:

- non assumono rilevanza ai fini della determinazione del reddito né le rimanenze finali né tantomeno quelle iniziali;
- per il primo periodo d'imposta di applicazione del regime di cassa il reddito è determinato mediante una decurtazione dello stesso per un importo pari alle rimanenze finali che hanno concorso a formare il reddito dell'esercizio precedente in base al principio di competenza.

(Articolo 1, comma 17 e seguenti, legge di Bilancio 2017)

INDICAZIONI INTERPRETATIVE E APPLICATIVE

Le regole del nuovo e del vecchio modello delle dichiarazioni d'intento

L'Agenzia delle Entrate, con risoluzione risponde ai dubbi sulla transizione dal vecchio al nuovo modello, sollevati dalle associazioni di categoria.

Il nuovo modello approvato con il provvedimento n. 213221 del 2 dicembre 2016 si applica per le dichiarazioni d'intento relative alle operazioni di acquisto da effettuare a partire dal 1° marzo 2017, mentre fino al 28 febbraio 2017 occorre usare quello attualmente vigente. Il vecchio modello di dichiarazione resta tuttavia valido anche per le operazioni di acquisto che saranno effettuate dopo il 1° marzo, a patto che siano stati compilati il campo 1 o il campo 2 e non i campi 3 e 4 ("operazioni comprese nel periodo da"). Se invece questi ultimi sono stati valorizzati con l'indicazione del periodo, la dichiarazione vale solo per le operazioni fino al 28 febbraio e bisognerà presentarne una nuova per gli acquisti successivi a questa data. Attenzione all'importo complessivamente fatturato senza Iva dal soggetto che riceve la dichiarazione, poiché, qualora l'esportatore voglia acquistare senza imposta per un importo superiore, sarà necessario presentare un nuovo modello ad integrazione.

(Agenzia delle entrate, Risoluzione n. 120/E del 22 dicembre 2016)

OIC: pubblicati i principi contabili definitivi

L'Organismo Italiano Contabilità ha approvato in via definitiva e pubblicato sul sito istituzionale della Fondazione OIC i nuovi principi contabili aggiornati a seguito delle novità introdotte dal decreto di riforma dei bilanci (D.Lgs. n. 139/2015) attuativo delle direttive UE in materia.

I nuovi principi sono immediatamente applicabili ai documenti contabili degli esercizi aventi inizio a partire dal 1° gennaio 2016.

Di seguito l'elenco dei 20 i principi contabili pubblicati:

- OIC 9 Svalutazioni per perdite durevoli di valore delle immobilizzazioni materiali e immateriali
- OIC 10 Rendiconto finanziario

SEGNALAZIONI

DI DIRITTOTRIBUTARIO

- OIC 12 Composizione e schemi del bilancio d'esercizio
- OIC 13 Rimanenze
- OIC 14 Disponibilità liquide
- OIC 15 Crediti
- OIC 16 Immobilizzazioni materiali
- OIC 17 Bilancio consolidato e metodo del patrimonio netto
- OIC 18 Ratei e risconti
- OIC 19 Debiti
- OIC 20 Titoli di debito
- OIC 21 Partecipazioni
- OIC 23 Lavori in corso su ordinazione
- OIC 24 Immobilizzazioni immateriali
- OIC 25 Imposte sul reddito
- OIC 26 Operazioni, attività e passività in valuta estera
- OIC 28 Patrimonio netto
- OIC 29 Cambiamenti di principi contabili, cambiamenti di stime contabili, correzione di errori, fatti intervenuti dopo la chiusura dell'esercizio
- OIC 31 Fondi per rischi e oneri e Trattamento di Fine Rapporto
- OIC 32 Strumenti finanziari derivati.

A seguito dell'aggiornamento dei principi contabili sono stati abrogati l'OIC 22 Conti d'ordine e l'OIC 3 Le informazioni sugli strumenti finanziari da includere nella nota integrativa e nella relazione sulla gestione.

GIURISPRUDENZA

E' valido l'accertamento induttivo basato sul consumo di acqua minerale

La Corte di cassazione con propria sentenza ha statuito che è legittimo l'avviso d'accertamento a carico di un esercizio di ristorazione basato sul consumo di acqua minerale.

La Cassazione ha ribadito che, nella prova per presunzioni, la relazione tra il fatto noto e quello ignoto non deve avere carattere di necessità, essendo sufficiente che l'esistenza del fatto da dimostrare derivi come conseguenza del fatto noto alla stregua di canoni di ragionevole probabilità (in senso conforme, cfr Cassazione, 17408/2010 e 5870/2012). Inoltre, ha rilevato che, in ipotesi simili a quella in esame, in tema di accertamento presuntivo del reddito d'impresa, ai sensi del Dpr 600/1973, articolo 39, comma 1, lettera d), è stato ritenuto legittimo l'accertamento che abbia ricostruito i ricavi di un'impresa di ristorazione sulla base del consumo unitario dei tovaglioli utilizzati (cfr, tra le altre, Cassazione 51/1999, in tema di materia prima per produrre prodotti di ristorazione, 6465 e 9884/2002, 15808/2006, in tema di consumo di tovaglioli, e, in altro settore, consumo guanti monouso in odontoiatria).

(Corte di cassazione, sentenza n. 25129 del 7 dicembre 2016)

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ – N. 1/2017

SEGNALAZIONI

DI DIRITTOTRIBUTARIO

Se l'ammortamento è annotato in ritardo il relativo costo è indeducibile

La Corte di cassazione con propria sentenza esprime il principio tale per cui i contribuenti tenuti ad allegare alla dichiarazione il conto economico, per scorporare gli oneri, devono rispettare l'osservanza dell'obbligo di contabilizzazione nelle scritture

Se l'Agenzia delle Entrate accerta la tardiva iscrizione delle quote di ammortamento sul libro cespiti, il relativo costo è indeducibile ai fini della determinazione del reddito imponibile della società. Tale violazione, infatti, rientra tra quelle a carattere sostanziale perché contravviene a uno specifico regime rafforzato previsto dalla legge per evitare fenomeni di abuso ed elusione.

(Corte di cassazione con la sentenza n. 24385 del 30 novembre 2016)

VARIE

Assistenza fiscale, ipotecaria e catastale: patto di qualità con i contribuenti

E' online la nuova Carta dei servizi, approvata con provvedimento del Direttore dell'Agenzia, fissa gli impegni che l'Amministrazione si assume nei confronti dei contribuenti e contiene una dettagliata descrizione dei servizi fiscali, ipotecari e catastali, i canali di accesso e, per alcuni servizi, i rispettivi tempi di erogazione e di attesa. Dal 1° gennaio 2017 sarà questo documento a sancire, per tutto il territorio nazionale, un rinnovato patto con i cittadini basato sulla qualità dei servizi, sul rispetto e sulla trasparenza. Gli utenti potranno confrontare la prestazione ricevuta con gli standard dichiarati nella Carta. Nel quadro del nuovo rapporto Fisco-Contribuenti si aggiunge dunque un ulteriore strumento finalizzato a favorire la fiducia reciproca e a promuovere la compliance attraverso servizi ancora più accessibili, tempestivi e, in definitiva, all'altezza delle aspettative dei destinatari.

La Carta dei servizi è strutturata in due parti: una "parte generale" in cui sono enunciati gli obiettivi e i valori di riferimento, sono descritti i principali servizi offerti e indicate le informazioni utili per richiedere assistenza; e una seconda parte, le "schede servizio", in cui sono illustrati in modo dettagliato i servizi forniti ai cittadini. Nelle schede servizio è presente una sezione contenente gli indicatori e gli impegni assunti. La nuova edizione della Carta è anche frutto dell'analisi dei risultati delle indagini di customer satisfaction condotte negli ultimi anni sui servizi web e di assistenza telefonica. Anche per questa edizione della Carta è stato acquisito il parere del Consiglio Nazionale dei Consumatori e degli Utenti, che opera presso il Ministero dello Sviluppo Economico.

La Carta dei servizi è pubblicata sul sito internet dell'Agenzia,

(Agenzia delle Entrate, comunicato stampa del 30 dicembre 2016)

MODALITÀ DI ABBONAMENTO

La rivista *Il Nuovo Diritto delle Società* viene distribuita previa sottoscrizione di un abbonamento annuale, che comprende 24 numeri al costo di 120,00 euro.

In seguito alla sottoscrizione, all'abbonato vengono assegnati una *username* ed una *password*, che consentono di accedere all'archivio storico della *Rivista* nonché alla banca dati Documenti NDS, presenti sul sito di *Italia Oggi* (www.italiaoggi.it).

L'abbonamento può essere richiesto:

- telefonando al numero verde 800-822195
- inviando un *fax* al numero verde 800-822196.

In entrambi i casi, è necessario allegare alla richiesta di abbonamento i dati anagrafici e un indirizzo di posta elettronica al quale inviare i numeri della *Rivista* più:

- la fotocopia dell'assegno non trasferibile intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano;
- oppure fotocopia del bonifico bancario intestato a Banca Popolare di Milano, agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano – IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori Erinne srl – via Marco Burigozzo 5 – 20122 Milano, numero verde 800-822195.

Per informazioni e/o segnalazioni contattare il Servizio Clienti al numero verde 800-822195 oppure inviare un fax al numero verde 800-822196.

NORMATIVA, GIURISPRUDENZA, DOTTRINA E PRASSI

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

ItaliaOggi

ItaliaOggi Editori - Erinne srl - Via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano
Telefono 02/58219.1 - Telefax 02/58317598 - email: mlongoni@class.it
Direttore responsabile ed editore Paolo Panerai (02/58219209)

Tariffe abbonamenti: euro 120,00
(abbonamento annuale 24 numeri)
Per la sottoscrizione di nuovi abbonamenti
telefonare al numero verde 800-822195
oppure inviare un fax al numero verde 800-
822196 allegando, oltre alla richiesta di
abbonamento con i propri dati anagrafici,
fotocopia dell'assegno non trasferibile
intestato a: ItaliaOggi Editori - Erinne srl -
via Marco Burigozzo 5 - 20122 Milano,
oppure fotocopia del bonifico bancario
intestato a Banca Popolare di Milano,
agenzia 500, via Mazzini 9/11 Milano -
IBAN IT58N0558401700000000047380

Distribuzione: ItaliaOggi Editori - Erinne
srl - via Marco Burigozzo 5 - 20122
Milano, numero verde 800-822195.
Vendita esclusiva per abbonamento.
Servizio Abbonamenti: per informazioni
e/o segnalazioni comporre il numero verde
800-822195 oppure inviare un fax al
numero verde 800-822196.
**Concessionaria esclusiva per la
pubblicità:** Class Pubblicità S.p.A, via
Marco Burigozzo 8 - 20122 Milano Tel.
02/58219500-23 - Fax: 02/58219560 -
Presidente: Angelo Sajevo

IL NUOVO DIRITTO DELLE SOCIETÀ

Registrazione al Tribunale di Milano n. 618 del 8-11-2002 - Direttore Responsabile: Paolo Panerai

© Tutti i diritti sui dati, le informazioni, i materiali contenuti nella rivista sono riservati a ItaliaOggi Editori - Erinne srl; è vietato pertanto, in via meramente esemplificativa e comunque non esaustiva, copiare, vendere, rivendere e comunque sfruttare a fini commerciali il contenuto della rivista, o di una sua qualunque parte, senza il consenso scritto di ItaliaOggi Editori - Erinne srl.