

## APPENDICE A

### ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DELL'AUTORITÀ

Nel periodo di riferimento (anno 2007- mese di aprile 2008) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha emanato atti di determinazioni e atti di segnalazione al Governo e al Parlamento, su questioni di rilevante interesse per l'attività contrattuale pubblica. In particolare, si segnalano:

#### *A.1 Determinazioni - anno 2007*

##### **A.1.1 Determinazione n. 1/2007, del 29 marzo 2007 -"Partecipazione di concorrenti a gare di progettazione"-.**

L'atto in questione prende in considerazione la partecipazione di concorrenti a gare per servizi di progettazione in riferimento ad una problematica di carattere generale attinente ad una eventuale ipotesi di collegamento tra soggetti partecipanti, in diversi raggruppamenti temporanei, alla medesima gara di progettazione. L'Autorità in questa sede ha chiarito l'esatta portata delle previsioni del codice dei contratti anche in relazione alla norma di carattere generale di cui all'art. 2359 c.c., precisando che il Codice dei contratti pubblici, disciplina le situazioni di controllo e di collegamento con riferimento sia al momento della partecipazione alle gare per l'affidamento di contratti pubblici (art. 34, comma 2), sia alla incompatibilità per gli affidatari di incarichi di progettazione di partecipare alle successive gare d'appalto o di concessione dei lavori progettati (art. 90, comma 8). Inoltre, l'art. 2359 c.c., oltre ad individuare le fattispecie di controllo societario, stabilisce, al terzo comma, anche le ipotesi di collegamento presunto, individuando due distinte soglie di partecipazione azionaria che fanno supporre l'esercizio di un'influenza notevole di una società sull'altra, a seconda che la società abbia o meno azioni quotate in borsa; qualora si verifichi il ricorrere di una delle due fattispecie suindicate,

non vi è alcun bisogno di ulteriori indagini e il collegamento, basato su elementi presuntivi inderogabili, si considera come accertato. L'Autorità ha infine sottolineato che l'art. 2359 c.c., terzo comma, non esaurisce tutte le possibili fattispecie di collegamento fra concorrenti, rilevanti ai fini dell'esclusione dalle gare pubbliche: esistono, infatti, altre situazioni che possono dar origine ad ipotesi di collegamento sostanziale, il cui principale fattore sintomatico è la riconducibilità di due o più offerte ad un medesimo centro decisionale o di interessi.

**A.1.2 Determinazione n. 2/2007 del 29 marzo 2007- "Indicazioni circa gli ostacoli tecnici nell'ambito degli appalti pubblici"**

Con detta determinazione l'Autorità fornisce indicazioni in ordine alla legittimità della consuetudine delle stazioni appaltanti di inserire nei capitolati speciali e negli elenchi prezzi la richiesta di prodotti specifici oppure riferimenti a singoli processi produttivi. L'Autorità ha ritenuto, richiamando la *ratio* sottesa alla disciplina concernente le specifiche tecniche (che è quella di consentire la massima apertura alla concorrenza), il contrasto con le norme comunitarie e con le disposizioni codicistiche (art. 68, comma 13, del D.Lgs. 163/2006) dell'inserimento nei documenti di gara e nel progetto di clausole che di fatto impongono l'impiego di materiali o prodotti acquistabili da produttori determinati.

**A.1.3 Determinazione n. 3/2007 del 29 marzo 2007- "Applicazione dell'art. 2, comma 2, dell'O.P.C.M. n. 3274 del 20.03.2003 nel caso di progetti approvati prima dell'entrata in vigore del D.M. 14/09/2005"**

Con la determinazione in questione, l'Autorità ha indicato la normativa applicabile nel periodo transitorio, *per il caso di progetti approvati prima dell'entrata in vigore del D.M. 14/09/2005* e si è pronunciata in ordine alla necessità, o meno, di adeguare tale progetto alle sopravvenute disposizioni normative, nonché alle relative procedure da intraprendere ove l'impresa aggiudicataria sollevi delle contestazioni in merito alla non

conformità degli elaborati progettuali al mutato assetto normativo. Dopo una specifica disamina delle norme nella materia de qua, l'Autorità ha concluso come nel periodo di applicazione transitoria delle nuove norme tecniche di cui al citato D.M. del 14 settembre 2005, nel quale sono applicabili sia le norme del decreto ministeriale sia le previgenti norme e disposizioni attuative, l'amministrazione - previa valutazione, in relazione alle caratteristiche dell'opera, dell'opportunità di un adeguamento del progetto in relazione al superiore interesse della tutela della pubblica incolumità - può optare per il mantenimento del progetto e della procedura di gara esperita o per la revoca dell'aggiudicazione e adeguamento progettuale al mutato assetto normativo. Per contro, dalla fine del periodo transitorio di applicazione delle nuove norme tecniche, l'amministrazione è tenuta all'osservanza, in via esclusiva, di queste ultime e, quindi, alla revisione progettuale, ove sussista non conformità alle disposizioni sopravvenute, determinandosi in tal caso in ordine alla revoca dell'aggiudicazione nel frattempo intervenuta.

A.1.4 Determinazione n. 4/2007 del 29 marzo 2007, "Affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore della legge 248/2006 e del D.Lgs. 163/2006".

Con la determinazione n. 4 del 2007, inerente l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura a seguito dell'entrata in vigore della legge 248/2006 - successivo al codice dei contratti-, recante disposizioni che consentono di ribassare i corrispettivi minimi anche nel caso dell'affidamento di servizi di ingegneria ed architettura, e il decreto legislativo n. 163/2006, (contenente, invece, disposizioni che stabiliscono l'inderogabilità di tali corrispettivi, con nullità di ogni patto contrario) l'Autorità ha inteso comporre il quadro normativo stabilendo che, essendo fonti di pari grado, per il criterio cronologico - di cui all'art. 15 delle Preleggi - è escluso che le disposizioni del Codice possano prevalere su quelle del decreto legislativo in questione. Pertanto, l'Autorità ha espresso l'avviso circa l'avvenuta abrogazione anche in questo settore della inderogabilità dei minimi tariffari. L'Autorità ha altresì fornito indicazioni

sulle procedure utilizzabili sia per appalti soprasoglia sia per appalti sottosoglia comunitaria.

**A.1.5. Determinazione n. 5/2007 del 30 maggio 2007- “Contenzioso in fase di esecuzione: accordo bonario”.**

Con detto atto, l’Autorità ha inteso rimarcare il carattere meramente eccezionale dell’istituto dell’accordo bonario (previsto dell’art. 132 del Codice), quale strumento di componimento del contenzioso, concludendo che non se ne può richiedere l’attivazione tutte le volte in cui risulta utile, poiché improprio, per perseguire celermente da parte delle imprese maggiori compensi per oneri già presenti in sede di formulazione dell’offerta, o per il perseguimento di ulteriori o maggiori lavori, che dovrebbero essere contemplati in una variante in corso d’opera, o tutte le volte in cui emerga il carattere meramente pretestuoso posto a base dell’attivazione. A tal fine, l’Autorità, ha richiamato l’attenzione dei responsabili dei procedimenti affinché lo strumento *de quo* venga attivato propriamente e non quale mera sostituzione di altri istituti previsti da codice (quali la perizia di variante), invitandoli all’uopo ad una attenta valutazione della fondatezza della riserve ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell’importo contrattuale, avvalendosi, ove necessario, anche di supporti professionali specifici.

**A.1.6 Determinazione n. 6/2007 del 11 luglio 2007 - “Garanzie nelle procedure di affidamento degli incarichi di progettazione”.**

Con tale atto, l’Autorità ha escluso l’estensione della disciplina delle garanzie previste per gli esecutori anche ai progettisti, in quanto siffatta estensione, oltre ad esulare dalla *ratio* normativa, sarebbe idonea a generare un evidente onere economico aggiuntivo che sortirebbe il diretto effetto di aggravare gli adempimenti di accesso alla gara, con conseguente pregiudizio della concorrenza in tale settore e di costituire, in ultima analisi, un immotivato contrasto con il principio di non aggravamento del

procedimento. Sul punto l'Autorità ha inoltre rimarcato come il legislatore abbia appunto operato una distinzione per le diverse forme di garanzia a seconda che debbano essere prestate dall'esecutore o dal progettista, (secondo quanto è dato desumere dalle disposizioni del codice di cui agli artt. 111- dedicato esclusivamente alle garanzie dei progettisti-, e agli artt. 75 e 113, riferiti invece agli esecutori).

**A.1.7 Determinazione n. 7/2007 del 11 settembre 2007- "Cauzione definitiva dell'art. 40, comma 7, del D.Lgs. 163/2006 in ordine alla riduzione del 50% per le imprese in possesso della certificazione di qualità"**

Con detta determinazione l'Autorità ha inteso chiarire l'esatta portata della disposizione codicistica di cui all'art. 40, il quale -pur trattando prevalentemente l'aspetto relativo alla qualificazione nel settore dei lavori pubblici- contiene un richiamo espresso a disposizioni applicabili anche a servizi e forniture. L'Autorità ha chiarito al riguardo che la riduzione del deposito cauzionale in misura del cinquanta per cento per le imprese in possesso della certificazione di qualità è applicabile non solo agli appalti di lavori pubblici ma anche a quelli di servizi e forniture. Nello stesso atto è inoltre evidenziato che nel calcolo dell'importo della garanzia fideiussoria definitiva, da prestare per l'esecuzione del contratto, costituita, ai sensi dell'art. 113 del D.Lgs. n. 163/2006, sulla base "del 10 per cento dell'importo contrattuale", non può essere ricompresa anche l'IVA, che non è parte dell'importo contrattuale, ma imposta accessoria di natura variabile.

**A.1.8 Determinazione n. 8/2007 del 11 ottobre 2007- "Diritto di prelazione nelle procedure di project financing e disciplina transitoria applicabile a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. 31 luglio 2007, n. 113."**

L'atto in questione è stato redatto al fine di chiarire la vigenza del diritto di prelazione a favore del promotore, nel periodo transitorio, per le procedure avviate prima dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 113/2007 e s.m,

e contemplanti il diritto di prelazione stesso nell'avviso indicativo. Ciò in quanto la procedura di project financing ha carattere unitario e trova il suo momento iniziale nell'avviso indicativo di cui all'art. 153 del Codice, nel quale sono stabiliti i criteri di valutazione e le regole del confronto concorrenziale. Pertanto, è stato chiarito come debba riconoscersi quale momento di discriminare temporale tra l'applicazione della vecchia e della nuova disciplina, la pubblicazione dell'avviso stesso, quale atto che segna l'avvio della intera procedura. Conseguentemente, per le procedure i cui avvisi *ex art. 153* siano stati pubblicati anteriormente all'entrata in vigore del suindicato decreto legislativo e contenenti espressamente la previsione del diritto di prelazione in favore del promotore, continuerà ad applicarsi il previgente assetto normativo contemplante tale diritto; al contrario, per le procedure i cui avvisi indicativi siano pubblicati successivamente al medesimo decreto, deve trovare applicazione la nuova disciplina, con esclusione del diritto di prelazione in favore del promotore stesso.

#### *A.2 Determinazioni - anno 2008*

##### **A.2.1 Determinazione 1/2008 del 10 gennaio 2008- "Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".**

Con l'atto *de quo*, l'Autorità ha inteso stabilire che il Casellario informatico delle imprese qualificate, istituito presso l'Osservatorio a norma dell'art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, è suddiviso in tre sezioni contenenti i dati relativi agli operatori economici per l'esecuzione di contratti pubblici di lavori, ma anche di servizi e forniture. Inoltre, nello stesso, ha stabilito puntualmente le informazioni che le stazioni appaltanti devono obbligatoriamente comunicare all'Autorità affinché ne venga fatta annotazione nel Casellario e che la mancata o tardiva comunicazione all'Autorità sarà sanzionata nei sensi di cui all'art. 6, comma 11 del Codice. Ha inoltre ribadito che, in sede di verifica della dichiarazioni sostitutive, le risultanze della consultazione del casellario informatico non esimono la stazione appaltante dall'onere di verificare direttamente presso le

amministrazioni certificanti il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38, e che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di consultare il Casellario informatico nel corso delle procedure di affidamento di contratti pubblici per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistano cause di esclusione.

**A.2.2 Determinazione n. 2/2008 del 23 gennaio 2008 - Indicazioni operative sugli appalti riservati - Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.**

Con la determinazione n. 2 l'Autorità ha fornito indicazioni operative sugli appalti riservati, precisando che la *ratio* dell'istituto trova la propria realizzazione attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti). In particolare enuclea i requisiti che devono essere cumulativamente posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 e precisa che anche le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i. possono essere riconosciute come laboratori protetti, a condizione che possiedano i requisiti individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.Lgs. n.163/2006. In merito poi alla riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, è chiarito che questa non si fonda sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

**A.2.3 Determinazione n. 3/2008 del 5 marzo 2008 - "Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture. Predisposizione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e determinazione dei costi della sicurezza - L. n.123/2007 e modifica dell'Art. 3 del D.Lgs. n.626/1994, e Art. 86, commi 3-bis e 3-ter, del D.Lgs n.163/2006".**

Tale determinazione è stata emanata sulla base dell'esigenza di un atto di indirizzo dell'Autorità sull'importante tematica della sicurezza, al fine di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese. In particolare vengono dettate indicazioni in ordine alla redazione del DUVRI, ai costi della sicurezza che devono essere dalla stazione appaltante adeguatamente valutati ed indicati nei bandi; a loro volta le imprese dovranno nelle loro offerte indicare i costi specifici connessi con la loro attività. Viene inoltre sottolineato, che, in sede di verifica dell'anomalia di tali offerte, la stazione appaltante dovrà valutarne la congruità rispetto all'entità e alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura, escludendo data la natura generale del principio esposto all'art. 86, comma 3 ter, del Codice, che il costo della sicurezza sia suscettibile di ribasso.

**A.2.4 Determinazione n. 4/2008 del 2 aprile 2008- "Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni".**

Con l'atto in questione l'Autorità ha chiarito come gli accordi convenzionali che rientrano nel più ampio genus dei "programmi complessi", sono da qualificarsi quali "appalto pubblico di lavori" con conseguente applicazione dell'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica, stante la ricorrenza dei seguenti tre elementi: la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali); la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto; la natura contrattuale ed onerosa del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante. È stato inoltre stabilito che sussiste l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi. Devono ritenersi

applicabili quindi i noti principi comunitari anche nei confronti di altre forme di negoziazione tra la pubblica amministrazione ed il privato quando, ricorrendo tutti i suddetti elementi, il carattere oneroso della prestazione consista in un qualunque corrispettivo non necessariamente oggettivato in una corresponsione in denaro.

### **A.3 Atti di segnalazione - anno 2007**

#### **A.3.1 Normativa in materia di sicurezza nei cantieri e di opere provvisionali.**

Con detto atto, l'Autorità ha inteso formulare alcune osservazioni in merito alle vigenti disposizioni in materia di sicurezza, con particolare riferimento alla disciplina concernente la validazione dei piani di sicurezza dei cantieri e la verifica delle strutture provvisionali di particolare importanza statica. I piani di sicurezza e coordinamento esaminati e riguardanti cantieri in cui si sono verificati incidenti, anche mortali, hanno fatto emergere alcuni limiti connessi alla validazione dei piani di sicurezza e alla verifica delle strutture provvisionali. In particolare è stato rilevato come, allo stato, le opere provvisionali di una certa importanza statica non sono soggette ad alcuna verifica riguardante la corretta esecuzione - da parte di un tecnico diverso dal progettista - prima del loro utilizzo, come invece è richiesto per le opere definitive ai sensi della L. n. 1086/71. Inoltre, il D.P.R. n. 554/99 pone il piano di sicurezza, che è parte integrante del progetto esecutivo, in una posizione di secondaria importanza rispetto ai rimanenti elaborati progettuali per i quali il RUP invece deve prestare particolare attenzione in sede di validazione del progetto (artt. 41 e 47 del D.P.R. n. 554/99). L'Autorità è pervenuta alla conclusione che sarebbe opportuna l'introduzione di una specifica norma sulle opere provvisionali di rilevante importanza statica che stabilisca la verifica strutturale prima del loro utilizzo. Inoltre per quanto riguarda l'esecuzione delle opere pubbliche, sarebbe opportuno integrare l'art. 47 del DPR 554/99 prevedendo in sede di validazione da parte del Responsabile del

Procedimento, la verifica del Piano di Sicurezza e Coordinamento.

### **A.3.2 Possesso dello stabilimento di produzione per la qualificazione nella OS12.**

Con segnalazione in data 23 gennaio 2007, l’Autorità, oltre a ritenere corretta l’eliminazione del possesso dello stabilimento di produzione ai fini della qualificazione nella OS12, ha ritenuto di segnalare, nell’ottica di una modifica delle declaratorie delle categorie di lavoro, di cui al D.P.R. n.34/2000, come la lavorazione riguardante “*reti e paramassi di tipo elastico*” debba poter essere contemplata sia nella categoria OS12, sia nella categoria OS21, distinguendo in ciascuna di esse la finalità principale della lavorazione da eseguirsi, più precisamente inserendo nella prima declaratoria la realizzazione di reti aventi funzione di protezione passiva e nella seconda declaratoria quelle aventi funzione attiva, che, oltre a proteggere dalla caduta di massi, contribuiscano alla stabilizzazione e tenuta del terreno.

### **A.3.3 Opere connesse alle Olimpiadi Torino 2006.**

L’Autorità ha condotto una indagine limitatamente alle “opere connesse” ai Giochi olimpici invernali che si sono svolte nella città di Torino nell’anno 2006 ed ha rilevato che meno della metà di tali opere, alla data delle olimpiadi, erano state realizzate, risultando dunque largamente disatteso il nesso causale del programma d’interventi con l’evento olimpico, che era uno dei criteri alla base delle selezioni delle opere da realizzare. In tale quadro l’Autorità ha suggerito di definanziare le opere ancora non appaltate. È stata inoltre evidenziato un elemento consistente di criticità nella modalità di selezione delle opere dichiarate connesse, ed infine auspicato che in occasione di grandi eventi a carattere nazionale od

internazionale, sarebbe opportuno che gli interventi infrastrutturali fossero strettamente connessi all'evento, da realizzare in tempo utile con lo svolgimento dello stesso evento. Nel Cap. 4 sono riportate le questioni rilevanti affrontate dall'Autorità nel corso dell'attività ispettiva.

#### **A.3.4 Problematiche inerenti la disciplina dell'arbitrato nell'ambito dei contratti pubblici.**

Con tale atto, l'Autorità ha inteso segnalare la problematica relativa alla risoluzione delle controversie nella materia dei contratti pubblici, con particolare riferimento all'istituto dell'arbitrato ed alle competenze della Camera Arbitrale, disciplinate dagli articoli 241, 242 e 243 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (cd. codice dei contratti pubblici), a seguito della norma contenuta nell'art. 86 del disegno di legge finanziaria 2008. L'Autorità ha evidenziato alcune criticità nel sistema di nomina del terzo arbitro e dei compensi da liquidare agli arbitri, concludendo sulla persistente necessità di un intervento normativo che modifichi il sistema previsto dagli articoli 241, 242 e 243 del dlgs 163/2006 nel senso di ripristinare l'arbitrato amministrato come unico modello, attribuendo, quindi, alla Camera Arbitrale un potere generalizzato di nomina del terzo arbitro e di determinazione dei compensi dei collegi arbitrali.

#### **A.3.5 Ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza; deroga alle disposizioni di cui agli art. 6 e 7 del D.Lgs n.163/2006 in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.**

L'Autorità ha condotto una indagine relativamente all'evento "Mondiali di nuoto Roma 2009", per la realizzazione del quale, a seguito della dichiarazione di grande evento, sono state operate deroghe ad un rilevante numero di articoli del codice dei contratti, tra cui quelle relative all'azione di vigilanza dell'Autorità, con ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri. L'Autorità segnala che tale potere di deroga non è assoluto e discrezionale, ma per poter essere legittimamente esercitato,

anche secondo costante indirizzo giurisprudenziale, occorre che rivesta carattere eccezionale ed esige la sussistenza di un nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo. Detto nesso di strumentalità non appare sussistere per quanto attiene alle norme relative all'azione di vigilanza dell'Autorità, la cui attività è principalmente diretta a garantire il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dall'art.2 del D.Lgs.163/06 e non ad non ostacolare le finalità sottese al regime derogatorio, volto allo snellimento delle procedure di appalto.