

organo terzo ed imparziale. Sono state pertanto stabilite le regole del procedimento in contraddittorio con la SOA e con l'impresa interessata per il nulla osta al rilascio di nuova attestazione da parte delle SOA. In tale ambito, importanti chiarimenti hanno riguardato la nozione di imputabilità del falso e la responsabilità del cessionario di ramo d'azienda per false dichiarazioni rese dalla cedente o per la produzione di falsa documentazione riferibile alla cedente, dovendosi escludere la non imputabilità non solo nei casi di collegamento societario, peraltro da valutarsi secondo i criteri di collegamento strutturale e funzionale, ma in tutte le ipotesi in cui la falsità sia agevolmente rilevabile da parte del cessionario.

2.4 Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e alle SOA in materia di controllo sui certificati di esecuzione dei lavori e sull'applicazione dell'art. 135, comma 1-bis, del D.Lgs. 163/2006.

L'Autorità, con riguardo sempre alla materia della qualificazione, ha affrontato anche la delicata questione relativa all'accertamento dell'autenticità dei certificati di esecuzione dei lavori (CEL) mediante i quali le imprese che intendono ottenere l'attestato di qualificazione comprovano il possesso dei requisiti speciali inerenti la capacità tecnico-organizzativa. Il legislatore, nell'intento di superare il grave e preoccupante fenomeno delle attestazioni SOA rilasciate sulla base di documenti non veritieri, ha introdotto l'adempimento posto a carico delle stazioni appaltanti relativo alla trasmissione di copia dei certificati di esecuzione dei lavori all'Osservatorio dei contratti pubblici contestualmente l'obbligo per le SOA, nell'ambito della istruttoria concernente la verifica dei requisiti delle imprese, di acquisire i CEL unicamente dall'Osservatorio (articolo 40, comma 3 lettera b) del Codice). L'Autorità, con la determinazione n. 6/2010, ha richiamato l'attenzione sulla necessità che le stazioni appaltanti diano conferma alle SOA, in modo tempestivo, dei CEL rilasciati prima dell'entrata in vigore del Codice. E' stata inoltre sottolineata la rilevanza che assume, durante l'esecuzione del contratto d'appalto, il controllo da parte delle stazioni appaltanti sul casellario informatico in merito

**Accertamento
dell'autenticità
dei certificati di
esecuzione dei
lavori**

all'eventuale decadenza dell'attestato per falsa dichiarazione, che costituisce causa di risoluzione del contratto ai sensi dell'art. 135, comma 1-bis, del Codice. Solo mediante tale controllo, infatti, è possibile dare piena tutela all'interesse dell'amministrazione di interrompere i rapporti contrattuali con operatori economici che non forniscono garanzie di affidabilità morale e che di fatto hanno perso la capacità esecutiva.

2.5 Linee guida per l'affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura

L'Autorità ha ritenuto opportuno intervenire nuovamente sulla questione relativa agli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria - più volte esaminata in passato anche a seguito dell'entrata in vigore del decreto legge 4 luglio 2006, n. 223, cd. "decreto Bersani", convertito con legge 4 agosto 2006, n.248, con cui, all'art.2, è stata disposta l'abrogazione dell'obbligatorietà dei minimi tariffari per le attività professionali - al fine di superare incertezze applicative e disomogeneità nelle procedure delle stazioni appaltanti sia in fase di predisposizione degli atti di gara sia in fase di valutazione delle offerte e scelta dell'affidatario. La peculiarità dei servizi in argomento ed il perdurante grave fenomeno, segnalato soprattutto dalle categorie e dagli ordini professionali interessati, in ordine ai ribassi sproporzionati che caratterizzano le offerte dei candidati hanno indotto l'Autorità, con la determinazione n.5 del 27 luglio 2010, ad elaborare linee guida allo scopo di fornire un supporto alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici per il corretto svolgimento della procedura di affidamento ed evitare distorsioni della concorrenza nel settore *de quo*. E' stato in primo luogo ricostruito il quadro normativo vigente in materia, con riferimento all'articolo 91 del Codice, ove è fissata la soglia rilevante di centomila euro (inferiore quindi alla soglia comunitaria di cui all'articolo 28 del Codice per gli appalti pubblici di servizi): qualora l'importo presunto della prestazione sia pari o superiore a centomila euro la scelta dell'affidatario deve avvenire mediante procedura aperta, ristretta

o negoziata nei casi tassativamente previsti dal Codice. Nelle more dell’entrata in vigore del regolamento di attuazione del Codice *ex articolo 5*, continua a trovare applicazione la disciplina contenuta nel D.P.R. n. 554/1999 concernente in particolare i requisiti speciali per la partecipazione alle procedure di gara. Nel caso in cui l’importo dell’incarico sia inferiore a centomila euro, la stazione appaltante ha la facoltà di ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, selezionando almeno cinque soggetti idonei, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza. È stato precisato che per la progettazione e la redazione dei piani di sicurezza non è richiesta la cauzione provvisoria o definitiva, ma è necessaria la sola copertura assicurativa per responsabilità civile (in conformità a quanto dispone l’articolo 267 del D.P.R. n.207/2010). L’Autorità ha sottolineato l’importanza dell’adempimento preliminare della stazione appaltante in merito alla determinazione dell’importo da porre a base di gara: a tal fine, è necessario individuare correttamente le classi e categorie delle lavorazioni che compongono l’intervento cui si riferiscono i servizi tecnici da affidare, come definite all’articolo 14 della legge 2 marzo 1949, n.143, ed applicare la corrispondente aliquota percentuale in base alla tabella A del d.m. 4 aprile 2001, recante i corrispettivi delle attività di progettazione (il rilievo di tale adempimento è desumibile dal nuovo regolamento, essendo espressamente prevista, all’articolo 264, tra i contenuti del bando di gara, l’indicazione delle modalità di calcolo in base alle quali è stato definito l’ammontare del corrispettivo). Ciò in quanto l’abolizione della inderogabilità dei minimi tariffari consente comunque alle stazioni appaltanti di fare riferimento ai suddetti corrispettivi, secondo quanto previsto dalla c.d. “legge Bersani” e dal Codice (articolo 92, comma 2). Al fine di semplificare le attività delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, sono state predisposte delle tavole, allegate alla determinazione, recanti la corrispondenza tra determinati interventi e le classi e categorie cui appartengono le relative opere. In tal modo risulta, tra l’altro, agevolata la selezione da parte dei concorrenti dei progetti redatti per la dimostrazione del requisito relativo all’esperienza maturata ed ai servizi svolti. Per quanto riguarda gli

affidamenti degli incarichi di importo inferiore a centomila euro, sono state richiamate le indicazioni dettate dall'Autorità con la determinazione n.1/2006, dal Ministero delle infrastrutture con la circolare n. 2473 del 16 novembre 2007 e dalla Commissione europea con la comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile ai contratti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici, 2006/C 179/02, sottolineando la necessità del rispetto dei principi del Trattato sopra enunciati. A tale scopo, le stazioni appaltanti sono chiamate ad invitare soggetti con cui avviare la procedura negoziata utilizzando elenchi o mediante indagini di mercato. L'Autorità ha rammentato il divieto di fissare condizioni di partecipazione alle gare che favoriscano, ad esempio, soggetti che abbiano svolto la propria attività in un determinato ambito territoriale; devono essere altresì fornite le medesime informazioni ai candidati consentendo loro di presentare l'offerta in relazione alla prestazione richiesta. Il rispetto del principio di proporzionalità impone poi di stabilire requisiti minimi di partecipazione adeguati all'incarico da affidare, per evitare indebite restrizioni della concorrenza; non è possibile pertanto utilizzare i requisiti economico-finanziari stabiliti per i servizi in argomento di importo superiore a centomila euro. Particolare rilievo riveste il principio della trasparenza, il pieno rispetto del quale comporta principalmente l'obbligo di garantire un adeguato livello di pubblicità, con riferimento sia ai mezzi utilizzati sia ai tempi di pubblicazione, spesso troppo brevi, sia infine ai contenuti che devono essere riportati negli avvisi. L'Autorità ha inoltre indicato i criteri e le modalità per la formazione degli elenchi degli operatori economici dai quali le stazioni appaltanti scelgono i soggetti da invitare, alla luce anche delle disposizioni contenute all'articolo 267 del regolamento di attuazione del Codice. In particolare, è necessario pubblicare un avviso recante le condizioni ed i requisiti per l'iscrizione nell'elenco dei professionisti interessati, senza limiti temporali, articolando lo stesso elenco in classi, categorie e fasce di importo dei lavori da progettare; l'elenco deve essere periodicamente aggiornato e deve essere assicurato il rispetto del principio della rotazione nella scelta degli operatori economici per l'affidamento di un incarico. Ulteriore criterio da

I criteri e le modalità per la formazione degli elenchi degli operatori economici da invitare

adottare è il divieto di duplice iscrizione nell'elenco di un soggetto in qualità di singolo professionista e come componente di un raggruppamento, in analogia con il generale divieto fissato per la partecipazione alle gare d'appalto all'articolo 37 del Codice. Un importante chiarimento è stato fornito con riguardo all'ammissibilità (peraltro già affermata nella determinazione n.4/2007) dell'affidamento diretto dell'incarico di importo inferiore a ventimila, purché la stazione appaltante abbia compreso i servizi tecnici nel regolamento interno che disciplina gli affidamenti dei servizi in economia. L'Autorità ha anche sottolineato gli elementi distintivi del concorso di progettazione e del concorso di idee, volti alla scelta del miglior progetto, dalla procedura di affidamento dei servizi attinenti all'ingegneria ed all'architettura, in esito alla quale viene scelto il miglior progettista. E' stato poi rammentato l'obbligo stabilito all'articolo 91, comma 5 del Codice, di valutare in via prioritaria il concorso di progettazione o di idee – ancora scarsamente diffusi nel nostro Paese - qualora i lavori abbiano particolare rilievo architettonico, ambientale-storico e conservativo. E' stato evidenziato l'adempimento a carico del responsabile del procedimento in ordine alla redazione degli atti di gara con particolare riguardo allo studio di fattibilità e al documento preliminare alla progettazione, che deve essere opportunamente integrato affinché i progetti elaborati dai partecipanti corrispondano ai bisogni e alle esigenze dell'amministrazione, individuati in fase di programmazione ai sensi dell'articolo 128 del Codice. I concorsi di progettazione o di idee di importo superiore alla soglia comunitaria si svolgono mediante procedure aperte o ristrette; per quanto riguarda i concorsi di progettazione o di idee di importo inferiore alla soglia comunitaria, l'Autorità ha richiamato le considerazioni svolte con riferimento agli appalti di servizi tecnici di importo inferiore a centomila euro. Il rispetto del principio della trasparenza impone di indicare nel bando l'eventuale facoltà dell'amministrazione di affidare al vincitore del concorso i successivi livelli di progettazione; in tal caso è necessario che siano riportati nel bando i requisiti richiesti per lo svolgimento di tale prestazione. Chiarimenti sono stati dettati in merito ai requisiti per la partecipazione agli affidamenti di

**Concorso di
progettazione e
concorso di idee**

importo superiore a centomila euro, per i quali continuano ad applicarsi le disposizioni del D.P.R. n. 554/1999 sino all'entrata in vigore del D.P.R. n.207/2010, avendo anche riguardo alle misure più favorevoli previste in via transitoria all'articolo 253, comma 15-bis del Codice. E' stato ribadito che l'esperienza pregressa ed i c.d. "servizi di punta" devono essere valutati nel senso di consentire la più ampia partecipazione, non essendo necessario avere svolto servizi identici a quelli da affidare.

Si è ritenuto utile poi affrontare la questione relativa alla partecipazione dei raggruppamenti di tipo orizzontale, verticale e misto, con riguardo, fra l'altro, al problema interpretativo connesso alla ammissibilità dei raggruppamenti orizzontali qualora sia tecnicamente impossibile stabilire le parti da progettare per ogni singolo concorrente e all'ammissibilità dell'avvalimento dei requisiti speciali all'interno dei raggruppamenti.

Ulteriore profilo esaminato nella determinazione n. 5/2010 è stato quello concernente i criteri di aggiudicazione, attesa la incompatibilità con il diritto comunitario di una prescrizione normativa che imponga l'adozione di un solo criterio, essendo rimessa in via generale al potere discrezionale della stazione appaltante la scelta fra il criterio del prezzo più basso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione all'oggetto del contratto. Tuttavia l'Autorità ha ritenuto opportuno far presente, come già segnalato nella determinazione n.4/2007, che il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa appare più idoneo a valutare gli elementi di natura tecnica e professionale dell'offerta presentata dai candidati, tenuto conto della specialità e della complessità dei servizi in argomento. E' stato inoltre richiamato un recente orientamento giurisprudenziale che ha posto un limite al principio di netta separazione tra requisiti di natura soggettiva richiesti per la partecipazione alla gara e criteri oggettivi di valutazione dell'offerta, al fine di evitare una rigida interpretazione letterale dei principi comunitari: tale orientamento sembra adattarsi agli appalti in questione, ove il valore qualitativo del concorrente e l'esperienza pregressa possono incidere sull'affidabilità complessiva dell'offerta. Per quanto concerne il calcolo dell'offerta economicamente più

**Criteri di
aggiudicazione**

vantaggiosa, è stata rammentata la possibilità di fissare nel bando di gara una soglia minima che i concorrenti devono conseguire con riguardo ad alcuni elementi. È stato posto in rilievo inoltre che la formula da applicare per attribuire il punteggio all'elemento quantitativo del prezzo, riportata nell'allegato M al regolamento - pur ancorando la valutazione alla proporzionalità nel senso che ad un prezzo più basso deve corrispondere un punteggio maggiore - consente di contenere gli effetti di ribassi eccessivi, prevedendo un andamento bilineare fondato su un valore soglia pari alla media delle offerte. È stata richiamata l'attenzione sul rilievo che assume la documentazione di gara anche ai fini della valutazione della congruità delle offerte; il responsabile del procedimento deve pertanto predisporre il documento preliminare all'avvio della progettazione che sia puntuale ed esaustivo, riportando ogni elemento necessario per il raggiungimento degli obiettivi ivi stabiliti.

2.6 Ammissibilità dell'affidamento dei contratti pubblici a soggetti non contemplati all'articolo 34 del D.Lgs. 163/2006

L'Autorità, nell'esercizio dell'attività di regolazione, ha trattato la questione già esaminata in occasione di pareri di precontenzioso e delibere, ancora attuale a seguito della recente giurisprudenza comunitaria in materia (*sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08*), concernente la possibilità di ammettere alle gare per l'aggiudicazione dei contratti pubblici soggetti giuridici diversi da quelli ricompresi nell'elenco di cui all'articolo 34 del D.Lgs. n. 163/2006, quali ad esempio le fondazioni, gli Istituti di formazione o di ricerca, le Università. Con la determinazione n. 7 del 21 ottobre 2010 l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire in merito indicazioni applicative di carattere generale, estendendo l'analisi al tema contiguo degli accordi convenzionali tra pubbliche amministrazioni. In primo luogo è stato evidenziato che le definizioni di operatore economico contenute nella disciplina comunitaria e nel nostro ordinamento in materia di appalti non si discostano in modo sostanziale: le disposizioni di cui all'articolo 3, commi 19 e 22, del Codice non risultano in contrasto con la nozione assai ampia di operatore economico in ambito comunitario ai sensi dell'articolo

**La nozione di
operatore
economico**

1, comma 8, della direttiva 2004/18, ove con tale termine si intende qualsiasi persona fisica o giuridica, o ente pubblico, o raggruppamenti di essi che sia in grado di offrire sul mercato le prestazioni attinenti appalti di lavori, servizi o forniture, prescindendo da una precisa formula organizzativa e dal perseguitamento del fine di lucro. Le difficoltà interpretative sono scaturite invece dalla disposizione di cui al citato articolo 34 del Codice (*soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici*) con riguardo preliminarmente alla tassatività o meno dell'elenco e, successivamente, al significato da attribuire al termine imprenditore, ivi riportato. Occorre tener conto, da un lato, che la definizione contenuta all'articolo 2082 del Codice civile porterebbe a limitare l'ambito degli operatori economici solo ai soggetti che esercitano professionalmente un'attività economica organizzata, dall'altro, che la Commissione europea ha più volte affermato che le direttive in materia di appalti non ammettono restrizioni della possibilità di partecipare alle gare ad alcune categorie di soggetti. Nella determinazione è stata svolta una disamina dell'evoluzione delle posizioni espresse dall'Autorità e dalla giurisprudenza, nonché dell'orientamento della Corte di giustizia, in merito alla possibilità di partecipazione alle gare soprattutto con riguardo agli enti pubblici non economici, atteso anche il regime di agevolazioni finanziarie di cui essi godono ed il conseguente vantaggio concorrenziale che si configurerebbe rispetto ad altri operatori economici. Decisivo è stato ritenuto l'intervento del giudice comunitario del 23 dicembre 2009, che si è pronunciato su una questione rimessa in via pregiudiziale dal Consiglio di Stato: la Corte di giustizia ha chiarito ancora una volta che la nozione di operatore economico deve essere interpretata nel senso di consentire la partecipazione alle gare d'appalto di soggetti che non perseguono un preminente fine di lucro, non dispongono della struttura organizzativa d'impresa e non sono presenti in modo costante nel mercato, quali le università e gli Istituti di ricerca, autorizzati dal diritto nazionale ad offrire beni sul mercato. L'assenza di tali preclusioni nell'ordinamento interno che disciplina gli atenei porta a sostenere l'ammissibilità delle università alle procedure di gara per l'affidamento di contratti pubblici, ferma restando la

necessità della verifica delle attività consentite in base allo statuto di detti enti. La determinazione pertanto afferma la non esaustività dell'elenco di cui al predetto articolo 34 del Codice. La pronuncia sopra accennata contiene tuttavia un importante riferimento agli accordi che le università possono concludere con altre amministrazioni: l'esclusione dalle gare delle università porterebbe a non considerare contratti d'appalto tali accordi, con elusione delle direttive comunitarie in materia. La rilevanza del profilo messo in luce dal giudice comunitario ha portato l'Autorità ad approfondire anche tale aspetto, tenendo conto che l'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241 legittima le amministrazioni pubbliche a stipulare tra loro accordi per svolgere in collaborazione attività di interesse comune. L'orientamento del giudice comunitario ha sgomberato il campo da dubbi interpretativi individuando le condizioni alle quali il ricorso allo strumento dell'accordo convenzionale, adottato anche in altri paesi UE, non è in contrasto con il diritto comunitario: la cooperazione deve essere finalizzata al perseguimento di obiettivi comuni di interesse pubblico, con reale suddivisione dei compiti e delle responsabilità, l'unica movimentazione finanziaria ammessa è il rimborso delle spese sostenute, l'accordo non deve essere diretto ad eludere le direttive in materia di appalti. Il citato articolo 15 deve essere dunque interpretato, attesa la formulazione generica adoperata dal legislatore, alla luce anche delle indicazioni fornite dal giudice nazionale, nel senso di ammettere, per le pubbliche amministrazioni, la possibilità di stipulare accordi per coordinare lo svolgimento di attività in vista del perseguimento di un risultato comune, quale forma di reciproca collaborazione e nell'obiettivo comune di fornire servizi alla collettività e gratuitamente.

**Accordi
convenzionali tra
Pubbliche
Amministrazioni**

2.7 Tracciabilità dei flussi finanziari

L'Autorità ha intrapreso, dall'entrata in vigore del piano straordinario contro le mafie che ha introdotto obblighi di tracciabilità finanziaria negli appalti pubblici (di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificata dal decreto legge 12 novembre 2010, n.187 e dalla legge di conversione 17 dicembre 2010 n. 217), una capillare attività di ascolto delle diverse istanze

**CIG e CUP
obblighi di
tracciabilità**

di chiarimento, al fine di contemperare l'interesse di ordine pubblico, con particolare riguardo agli obiettivi di prevenzione della criminalità - cui la normativa è tesa - con la definizione di un quadro di regole certo, tanto più auspicabili in un campo, come quello dei pagamenti pubblici alle imprese, che presenta già aspetti di particolare complessità.

Il dettato della legge impone di rendere tracciabili tutti i flussi finanziari relativi a contratti pubblici di lavori, forniture e servizi mediante l'univoca individuazione garantita dall'attribuzione, da parte dell'Autorità, del cd. Codice identificativo di gara (CIG) e, ove obbligatorio ai sensi della legge 16 gennaio 2003, n.3, del cd. Codice unico di progetto (CUP), attribuito dal CIPE; i pagamenti devono, quindi, transitare su conti correnti dedicati e devono essere effettuati con bonifico bancario o postale ovvero con altri strumenti idonei a consentire comunque la piena tracciabilità.

Questo sistema, aldilà delle difficoltà operative sino ad oggi riscontrate, presenta indubbi aspetti positivi che meritano di essere sottolineati. Dai dati in possesso dell'Autorità emerge con estrema chiarezza che la normativa in commento sta generando una maggiore trasparenza del mercato degli appalti sia dal lato pubblico che dal lato privato: l'obbligatorietà della richiesta del CIG sta, infatti, portando alla luce un numero rilevante di contratti e di stazioni appaltanti, rientranti nel novero degli organismi di diritto pubblico, in precedenza del tutto sconosciuti all'Autorità e, conseguentemente, esclusi dal monitoraggio e dalla rendicontazione al Parlamento.

Peraltro, le nuove norme hanno posto numerose difficoltà applicative e dubbi interpretativi, che hanno indotto l'Autorità a fornire alcune prime indicazioni con l'emanazione della determinazione n. 8 del 18 novembre 2010. Sono state, in particolare, esaminate le questioni ritenute più urgenti, allo scopo di consentire la piena attuazione della normativa, agevolando i soggetti coinvolti nella corretta individuazione degli obblighi stabiliti dall'articolo 3 della legge n.136/2010, limitando al contempo eventuali ripercussioni negative nell'attività imprenditoriale, ricollegabili agli oneri ed adempimenti dalla stessa imposti.

Alla determinazione n. 8 ha fatto seguito la determinazione 10 del 22 dicembre 2010, che, a seguito della conversione in legge del decreto legge di modifica della legge n. 136/2010, ha fornito ulteriori indicazioni interpretative ed operative sulla concreta attuazione degli obblighi di tracciabilità, con la finalità di definire un quadro applicativo il quanto più possibile completo ed esaustivo.

Le determinazioni recano, in primo luogo, una disamina delle criticità relative all'impatto dell'articolo 3 della legge n. 136/2010 sui contratti in essere alla data di entrata in vigore della norma (7 settembre 2010), dapprima sprovvista di un'espressa disciplina transitoria. All'esito della definizione del quadro normativo, l'Autorità ha osservato che - ferma restando la sottoposizione agli obblighi di tracciabilità dei contratti sottoscritti dopo l'entrata in vigore della legge n. 136 - le disposizioni transitorie dettate dall'articolo 6 del d.l. n. 187/2010 comportano l'integrazione automatica, ai sensi dell'articolo 1374 del Codice civile, di tutti i contratti in essere alla data del 7 settembre 2010 i cui effetti non siano esauriti alla scadenza del periodo transitorio (centottanta giorni dall'entrata in vigore della legge di conversione del citato d.l. n. 187/2010).

Come posto in rilievo nella determinazione n. 10/2010, il meccanismo di integrazione automatica, valido sia per i contratti principali che per i contratti a valle, è idoneo ad evitare la grave conseguenza della nullità assoluta dei contratti sprovvisti delle clausole della tracciabilità alla scadenza del periodo transitorio, sancita dal comma 8 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, consentendo altresì di abbattere gli elevati costi connessi. In un'ottica di supporto operativo alle stazioni appaltanti, alla determinazione n. 8/2010 sono stati, inoltre, allegati esempi di clausole di tracciabilità, da inserire nei contratti soggetti agli obblighi in commento.

Le determinazioni hanno affrontato anche la complessa definizione dell'ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione della norma sulla tracciabilità dei flussi finanziari. Particolarmente delicata è la delimitazione della nozione di filiera delle imprese, di cui all'articolo 3, comma 1, della legge n. 136/2010: da tale nozione dipende, infatti, l'effettiva attuazione della tracciabilità, poiché, sulla base delle pregresse esperienze

**Ambito
soggettivo ed
oggettivo di
applicazione
della norma sulla
tracciabilità dei
flussi finanziari**

investigative, è spesso proprio nei rapporti a valle dell'appalto principale che si annidano irregolarità o vere e proprie illegalità.

Partendo, quindi, dall'assunto che l'estensione della filiera deve essere tale da garantire un controllo capillare dei flussi finanziari pubblici, l'Autorità, alla luce delle disposizioni chiarificatorie dettate dal d.l. n. 187/2010, ha rammentato che rientrano nella filiera sia i subappalti di cui all'art.118, comma 11 del Codice dei contratti sia l'insieme più ampio dei contratti derivati dall'appalto, stipulati per l'esecuzione, anche non esclusiva, del contratto principale.

A titolo esemplificativo, nella determinazione n. 8/2010, sono indicate alcune fattispecie contrattuali, configurabili quali subappalti/subcontratti, relative agli appalti di lavori pubblici, cui devono essere applicate le norme sulla tracciabilità. Con la determinazione n. 10/2010 è stato poi fornito un importante chiarimento riguardante i pagamenti nell'ambito dei raggruppamenti temporanei di imprese che, attesa l'autonomia gestionale conservata dalle imprese raggruppate, devono ritenersi soggetti agli obblighi di tracciabilità, al pari dei pagamenti nell'ambito dei consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 34, comma 1, lett. e) del Codice dei contratti.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione, nella determinazione n. 8/2010 viene chiarito che, oltre ai contratti di appalto, devono intendersi comprese le fattispecie contrattuali ad essi assimilabili, secondo il diritto comunitario e nazionale, quali le concessioni di lavori pubblici e le concessioni di servizi di cui all'articolo 30 del Codice, nonché i contratti di partenariato pubblico-privato (definiti all'art. 3, comma 15-ter del decreto legislativo n.163/2006). Inoltre, la tracciabilità dei flussi finanziari, rispondendo ad una finalità di ordine pubblico che si configura quale esigenza superiore rispetto a quella della concorrenza, riguarda anche i contratti non assoggettati, in tutto o in parte, al Codice (in virtù del titolo II, parte I, dello stesso). Le implicazioni di questa interpretazione sono state più ampiamente sviluppate nella determinazione n. 10/2010, con la quale l'Autorità – aldilà di una elencazione esaustiva delle fattispecie contrattuali soggette o non soggette agli obblighi di tracciabilità – ha delineato un

criterio ermeneutico che valesse da guida nell'esame dei singoli casi specifici, ancorato alla nozione di contratto di appalto di derivazione comunitaria accolta dall'articolo 3, comma 6, del Codice; tenendo a mente questa nozione, si è osservato che la tracciabilità prescinde dalle procedure di aggiudicazione in concreto seguite e dall'importo del contratto.

Sulla base di questo criterio interpretativo, nella determinazione n. 10/2010, vengono fornite alcune esemplificazioni sia per quanto concerne i contratti d'appalto nei settori ordinari sia per quelli nei settori speciali, con particolare riguardo ai contratti di servizi esclusi di cui al titolo II, parte I, ed agli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B del Codice. Coerentemente, sono state ritenute escluse dal perimetro della tracciabilità tutte le fattispecie che non sono riconducibili al contratto di appalto. Al riguardo, alcune puntualizzazioni si sono rese necessarie per l'articolo 19, comma 1 del Codice: quest'ultimo contempla una molteplicità di figure contrattuali eterogenee, non tutte qualificabili come contratti d'appalto. A titolo esemplificativo, secondo quanto osservato nella determinazione n. 10/2010, gli obblighi di tracciabilità non si estendono ai contratti di lavoro conclusi dalle stazioni appaltanti con i propri dipendenti (articolo 19, comma 1, lett. e) ed alle figure agli stessi assimilabili (ad esempio, la somministrazione di lavoro con le pubbliche amministrazioni, disciplinata dagli articoli 20 e ss. del decreto legislativo 10 settembre 2003 n. 276, così come il lavoro temporaneo ai sensi della legge 24 giugno 1997 n. 196). Parimenti esclusi dal perimetro di applicazione della tracciabilità sono i contratti aventi ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili o riguardanti diritti su tali beni (articolo 19, comma 1, lett. a), nonché concernenti i servizi di arbitrato e conciliazione (articolo 19, comma 1, lett. c).

Sempre seguendo il criterio interpretativo illustrato, la determinazione n. 10/2010 ha posto in rilievo che gli obblighi di tracciabilità non trovano applicazione agli incarichi di collaborazione *ex articolo 7, comma 6, del decreto legislativo 30 marzo 2001 n. 165 ("Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche")*, allo svolgimento di prestazioni di lavori, servizi e forniture in economia tramite

amministrazione diretta ex articolo 125, comma 3, del Codice (a differenza di quanto avviene in caso di ottimo fiduciario) ed alle prestazioni eseguite in favore di pubbliche amministrazioni dalle società *in house*, essendo detto rapporto non assimilabile ad un contratto d'appalto.

Ulteriori importanti delucidazioni sono state offerte nella determinazione n. 8/2010 con riguardo alle spese effettuate dai cassieri, utilizzando il fondo economale, per le quali deve ritenersi consentito l'utilizzo di contanti, nel rispetto della normativa vigente, a patto che tali spese siano tipizzate dall'amministrazione mediante l'introduzione di un elenco dettagliato all'interno di un proprio regolamento di contabilità ed amministrazione e che non si tratti di spese effettuate a fronte di contratti d'appalto.

Da un punto di vista strettamente operativo, entrambe le determinazioni illustrano le modalità attuative degli obblighi di tracciabilità con particolare riguardo all'utilizzo del conto dedicato e di strumenti di pagamento tracciabili, nonché con riferimento ai relativi obblighi di comunicazione a carico degli operatori economici.

I menzionati atti contengono, altresì, un'ampia disamina delle procedure connesse all'indicazione, negli strumenti di pagamento, del codice identificativo di gara (CIG) - atto ad identificare il singolo affidamento nell'ambito del progetto, a fronte del quale si esegue il pagamento - che deve essere richiesto dal responsabile unico del procedimento.

In particolare, vengono prese in considerazione alcune ipotesi peculiari di funzionamento del CIG (acquisti di beni e servizi effettuati per mezzo del Mercato Elettronico della p.a., contratti stipulati nell'ambito del sistema delle convenzioni CONSIP ed accordi quadro, gare divise in più lotti), per le quali si è ritenuta opportuna una semplificazione degli adempimenti a carico di stazioni appaltanti ed operatori economici.

Un ulteriore aspetto affrontato nelle determinazioni è quello della attenuazione degli obblighi di tracciabilità nel caso di flussi finanziari di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010 (pagamenti di dipendenti, consulenti, fornitori di beni e servizi rientranti tra le spese

generali e provvista di immobilizzazioni tecniche, nonché pagamenti in favore di enti previdenziali assicurativi, istituzionali, in favore dello Stato o di gestori o fornitori di pubblici servizi), chiarendo che, per tali pagamenti, non è necessaria l'indicazione del CIG.

Da ultimo, si ritiene opportuno porre in luce che l'Autorità ha allo studio una serie di iniziative finalizzate allo snellimento ed ottimizzazione dei processi autorizzativi di accesso ai sistemi ed alla semplificazione delle procedure di rilascio del CIG con l'obiettivo di ridurre l'impatto sugli utenti in termini di tempi di attesa e di lavorazione delle pratiche.

2.8 Procedura negoziata nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria

L'Autorità ha ritenuto opportuno svolgere un approfondimento in merito agli affidamenti dei contratti di valore economico inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, tenuto conto del crescente ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando soprattutto a seguito dell'innalzamento dell'importo da 100.000 a 500.000 euro al di sotto del quale l'amministrazione aggiudicatrice ha la facoltà di adottare tale procedura per gli appalti di lavori, ai sensi dell'articolo 122, comma 7-bis, del Codice. Con la determinazione n. 2/2011 è stato preliminarmente evidenziato che sotto il profilo procedimentale, mentre le direttive precedenti si limitavano a stabilire i casi in cui era ammessa la procedura negoziata senza nulla dire sulle relative modalità di svolgimento, la direttiva 2004/18/CE introduce talune regole sui criteri di selezione delle offerte al fine di garantire la *"par condicio"* dei concorrenti, dando luogo ad una *"procedimentalizzazione comunitaria"* della procedura negoziata, non più limitata alla sola pubblicazione del bando di gara. Il legislatore nazionale ha esteso la disciplina concernente le procedure, aperta, ristretta e negoziata, contemplate nella direttiva, agli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con alcune eccezioni fra le quali vi è la fattispecie prevista all'articolo 122, comma 7-bis del Codice. Richiamata brevemente la normativa codicistica e regolamentare riguardante gli affidamenti in economia mediante cottimi fiduciari (consentiti per i servizi e le forniture di

L'indagine di mercato

importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria e per i lavori di importo inferiore a 200.000 euro) e la procedura negoziata nei settori speciali, l'Autorità si è soffermata sulla disposizione contemplata al citato articolo 122, comma 7-bis, delineando il corretto *modus operandi* che l'amministrazione deve seguire per la scelta del contraente, alla luce dei principi generali di matrice comunitaria comunque applicabili e del necessario coordinamento con quanto disposto all'articolo 57, comma 6 del Codice. È stato inoltre approfondito il tema del ricorso alla "indagine di mercato", per il quale non esiste una definizione normativa, precisando che l'utilizzo di tale strumento non può comportare l'individuazione degli operatori economici da invitare con modalità "chiuse" rispetto al mercato.

L'avviso di post-informazione e gli elenchi aperti degli operatori economici

In ogni caso, si è specificato che la stazione appaltante deve esplicitare nella determina a contrarre i criteri che utilizzerà per la scelta delle imprese da invitare, riportando detti criteri, in caso di avviso preventivo, nel documento. Ulteriori osservazioni hanno riguardato la necessità della pubblicazione dell'avviso di *post-information*, al fine di rendere noti i soggetti aggiudicatari in esito alla procedura. Si è inoltre suggerito alle amministrazioni di predisporre "elenchi aperti di operatori economici", indicando le caratteristiche che gli elenchi devono presentare affinché siano compatibili con la normativa nazionale e comunitaria, stante il generale divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare cosiddetti "albi speciali o elenchi di fiducia" stabilito all'articolo 40, comma 5 del Codice). Considerazioni conclusive hanno riguardato la disciplina del cattivo fiduciario, assimilato dal Codice alla procedura negoziata, attesa la frequenza del ricorso a tale strumento soprattutto nei servizi e nelle forniture.

2.9 Sanzioni alle SOA ai sensi del regolamento di attuazione del decreto legislativo n. 163/2006

Con la determinazione n.1/2011 l'Autorità ha inteso fornire indicazioni applicative in ordine alle sanzioni amministrative (pecuniarie ed interdittive) nei confronti delle SOA previste all'articolo 73 del regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice, adottato con il D.P.R. 5 ottobre