

Con la determinazione n. 6, l'Autorità ha dato 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'art. 40, comma 3, lett. b), del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di trasmettere copia dei certificati di esecuzione dei lavori all'Autorità la quale, per il tramite dell'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, li mette a disposizione delle Società Organismi di Attestazione (SOA) ai fini dell'assolvimento del compito di attestare nei soggetti qualificati l'esistenza, tra gli altri, dei requisiti tecnico organizzativi. L'obbligo posto a carico delle stazioni appaltanti trova spiegazione nel sistema di controlli che, ai sensi del medesimo art. 40, comma 3, del Codice, impone alle SOA di verificare tutti i requisiti dell'impresa richiedente prima del rilascio dell'attestazione di qualificazione.

Pertanto - come chiarito dall'Autorità nel Comunicato n. 53 del 21.05.2008 - le SOA, prima di provvedere a rilasciare l'attestazione, debbono controllare la veridicità e la sostanza di tutta la documentazione prodotta dall'impresa richiedente; ciò al fine di evitare che vengano rilasciate valide attestazioni sulla base di presupposti erronei e/o falsi.

Con la determinazione 6/2010 si è affermato che:

- le stazioni appaltanti sono obbligate, ai sensi dell'art. 40, comma 3, lett. b), del D.Lgs. 163/2006, a trasmettere all'Autorità copia dei certificati di esecuzione dei lavori rilasciati;
- le stazioni appaltanti sono obbligate, ai sensi dell'art. 135, comma 1-bis, del D.Lgs. 163/2006, a controllare in maniera periodica il Casellario informatico dell'Autorità al fine di accertare eventuali intervenute dichiarazioni di decadenza delle attestazioni di qualificazione delle imprese appaltatrici per false dichiarazioni e, in caso di riscontro positivo, procedere alla risoluzione del contratto;
- le Società Organismi di Attestazione, ai sensi dell'art. 40, comma 3, del D.Lgs. 163/2006, qualora copia dei certificati di esecuzione dei lavori presentati dalle imprese ai fini del rilascio

dell'attestazione di qualificazione, ed emessi in data anteriore al 1° luglio 2006, non risulti inserita nell'Osservatorio presso l'Autorità, debbono invitare le stazioni appaltanti a controllare e confermare la veridicità di detti certificati di esecuzione dei lavori nel termine di 20 (venti) giorni dalla richiesta utilizzando la comunicazione-tipo allegata in calce alla presente, informandole altresì che il mancato tempestivo riscontro può comportare l'applicazione nei confronti della stazione appaltante della sanzione di cui all'art. 6, comma 11, del D.Lgs. 163/2006.

In relazione ai C.E.L. rilasciati successivamente alla data del 1° luglio 2006, le Società Organismi di Attestazione sono tenute altresì a segnalare all'Autorità il mancato invio di copia degli stessi da parte della stazione appaltante ai fini dell'adozione dei provvedimenti sanzionatori.

B.1.7 Determinazione n. 7/2010 del 21 ottobre 2010 - "Questioni interpretative concernenti la disciplina dell'articolo 34 del D.lgs. 163/2006 relativa ai soggetti a cui possono essere affidati i contratti pubblici"

La determinazione n. 7 del 2010 sulla partecipazione alle gare di cui al D.lgs 163/2006 delle Università e degli istituti similari ha affrontato la questione dell'interpretazione dell'articolo 34 del Codice che prevede un elenco dei soggetti che possono prender parte alle procedure per l'affidamento di lavori, servizi e forniture: il punto è stabilire l'ammissibilità di interventi ad opera di soggetti diversi da quelli contemplati nell'articolo 34, quali Università ed istituti similari.

L'Autorità, in materia, ha più volte preso posizione: in particolare, nella deliberazione n. 119 del 18 marzo 2007, esaminando i soggetti che ai sensi dell'articolo 34 del Codice possono partecipare ad una gara pubblica, notava che il comune denominatore degli stessi era rappresentato dall'esercizio professionale di un'attività economica. Ciò aveva indotto l'Autorità a concludere nel senso che le Università, non possedendo tale requisito, non potessero essere ammesse alle procedure per l'affidamento

di contratti pubblici, a meno che le stesse non costituissero apposite società, sulla base dell'autonomia loro riconosciuta dalla legge 168/1989.

Anche per gli Istituti di ricerca, veniva lasciato aperto uno spiraglio in quanto l'Autorità riteneva necessario procedere ad una verifica caso per caso degli statuti dei singoli enti al fine di valutare gli scopi istituzionali che gli stessi erano chiamati a perseguire.

Tuttavia permanevano delle perplessità per ciò che concerneva, nello specifico, la partecipazione degli istituti universitari alle gare.

Alla luce dell'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia, nella sentenza 23 dicembre 2009 C-305/08, non sembra possano residuare dubbi sulla legittimità dell'ammissione delle Università alle procedure ad evidenza pubblica. Sebbene, infatti, il giudice comunitario contempra la possibilità per gli Stati membri di proibire a determinati soggetti di offrire alcuni servizi sul mercato, non è possibile rinvenire attualmente nell'ordinamento del sistema universitario, norme simili. Al contrario, la possibilità per le Università di operare sul mercato sarebbe prevista dall'art. 7, comma 1, lett. c), legge 9 maggio 1989, n. 168 ("Istituzione del Ministero dell'università e della ricerca scientifica e tecnologica"), che prevede tra le entrate degli atenei anche i corrispettivi di contratti e convenzioni.

Nella determinazione in commento, l'Autorità ha posto l'accento su quanto la pronuncia della Corte abbia spostato il baricentro della questione, affermando chiaramente l'impossibilità per le stazioni appaltanti di escludere a priori dalla partecipazione alle gare gli enti pubblici non economici, e le Università in particolare, solo perché difettano del requisito dello scopo di lucro o di un'organizzazione stabile d'impresa. L'autorità, nel documento in esame, ha evidenziato il pericolo del diffondersi del fenomeno dell'affidamento diretto di incarichi alle Università, bypassando la fase della gara. Si tratta di un "modus operandi" che prima della pronuncia poteva trovare una qualche giustificazione nella considerazione secondo la quale, essendo al mondo della ricerca precluso all'origine l'accesso al mercato dei contratti pubblici, lo strumento dell'accordo-convenzione-contratto permetteva alla stazione appaltante di assicurarsi la

collaborazione sinergica con un polo di eccellenza, come il settore universitario, non altrimenti conseguibile.

Essendo l'interpretazione dell'articolo 34 del Codice dei Contratti, la pratica descritta (affidamento diretto) non ha più ragion d'essere; pertanto, nella determinazione sono stati analizzati i confini tra la legittimità della stipula di una convenzione-accordo, di cui all'articolo 15 della legge 241/90, e l'esperimento di una procedura competitiva per l'affidamento di un contratto pubblico, tenendo conto anche dei contenuti della circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 9 marzo 2010 avente ad oggetto la "cooperazione tra amministrazioni pubbliche (cooperazione pubblico-pubblico), ed in particolare gli accordi ex articolo 15 della legge n. 241 del 1990".

B.1.8 Determinazione n. 8/2010 del 18 novembre 2010 - "Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187"

La determinazione è stata adottata all'indomani dell'entrata in vigore del piano straordinario contro le mafie (di cui alla legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificata dal decreto legge 187 del 12 novembre 2010 e dalla legge di conversione legge 17 dicembre 2010, n. 217) per offrire indicazioni operative sull'applicazione dei nuovi obblighi di tracciabilità allo scopo di consentire la piena attuazione della normativa, agevolando i soggetti coinvolti nella corretta individuazione degli obblighi stabiliti dalla legge n.136/2010. Una prima questione affrontata dalla determinazione n. 8 ha riguardato l'entrata in vigore degli obblighi di tracciabilità, questione successivamente risolta espressamente dal legislatore mediante le disposizioni interpretative dettate dal decreto legge n. 187 del 12 novembre 2010 (convertito in legge dalla legge 17 dicembre 2010, n. 217).

E' stato quindi precisato l'ambito di applicazione oggettivo e soggettivo degli obblighi: la determinazione evidenzia che l'ampia dizione impiegata dal legislatore al comma 1 dell'art.3 della legge 136/2010 comporta l'estensione generalizzata della stessa ai pagamenti relativi a tutti

i contratti di appalto che l'amministrazione aggiudicatrice o la stazione appaltante (nonché ente aggiudicatore) deve stipulare per la realizzazione di un'opera, per l'acquisizione di forniture o la prestazione di un servizio. Devono, inoltre, intendersi ricomprese le fattispecie contrattuali assimilabili agli appalti, secondo il diritto comunitario e nazionale, quali le concessioni di lavori pubblici e le concessioni di servizi di cui all'art. 30 del decreto legislativo n.163/2006, nonché, a titolo esemplificativo, i contratti di partenariato pubblico-privato, i contratti non assoggettati, in tutto o in parte, al Codice in virtù del titolo II, parte I, dello stesso, i contratti in economia, disciplinati all'art.125 del Codice, nonché i contratti affidati non in seguito a procedure concorsuali, ma con affidamenti diretti.

La determinazione ha affrontato, quindi, la problematica dell'individuazione della filiera delle imprese (articolo 3, comma 1 della legge n. 136/2010) tenute nei rapporti contrattuali ad applicare gli obblighi di tracciabilità, evidenziando che acquisisce rilievo non il livello di affidamento, bensì la tipologia dello stesso: deve trattarsi di subappalti o subcontratti a qualsiasi titolo necessari per l'esecuzione dell'appalto principale.

Sono stati presi in considerazione i singoli obblighi derivanti dall'articolo 3 della legge 136/2010, chiarendone la portata e le implicazioni operative. E' in particolare esaminata l'importante questione della indicazione degli strumenti di pagamento atti ad assicurare la piena tracciabilità, in alternativa al bonifico bancario o postale. Idonea, a tal fine, è considerata la ricevuta bancaria elettronica (cd. Ri.Ba.), generalmente usata dalla imprese per la riscossione di crediti commerciali, mentre l'analisi svolta dall'Autorità ha portato ad escludere che il requisito della piena tracciabilità sussista per il servizio di pagamento mediante RID (Rapporti Interbancari Diretti).

Importanti indicazioni e chiarimenti sono fornite dall'Autorità in merito ai pagamenti da effettuarsi a favore dei dipendenti, consulenti e fornitori di beni e servizi rientranti fra le spese generali e quelli relativi alle immobilizzazioni tecniche, contemplati al comma 2 dell'art. 3, della legge n.136/2010, per i quali si ritiene non necessario indicare il CIG/CUP. Sono

inoltre esplicitate le modalità per l'acquisizione e l'indicazione del codice CIG, nonché dettagliati gli oneri di comunicazione che la legge n. 136/2010 pone a carico degli operatori economici.

B.1.9 Determinazione n. 9/2010 del 22 dicembre 2010 - "Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio di realizzazione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di voucher sociali"

La determinazione ha effettuato una ricognizione sintetica del processo di progressiva introduzione, da parte delle normative regionali, di nuovi modelli gestionali delle politiche di *welfare*, cui è riconducibile anche l'erogazione di prestazioni socio-assistenziali mediante i cd. voucher socio-assistenziali o di servizio. Sono, quindi, state affrontate le problematiche inerenti la qualificazione degli appalti, la determinazione dell'importo a base di gara ed i requisiti di partecipazione.

Con riguardo al primo profilo, si è ritenuto che, nei casi in cui i voucher non abbiano ad oggetto prestazioni socio-assistenziali, ma beni e servizi di natura commerciale, l'appalto vada qualificato come appalto di servizi prioritari di cui all'allegato II A del Codice. Ciò che rileva è, pertanto, l'organizzazione e la gestione tecnica, informatica e logistica del sistema di finanziamento posto in essere tramite i voucher sociali.

Con riguardo al secondo aspetto dell'importo a base di gara, facendo applicazione della giurisprudenza comunitaria sul punto, la determinazione ha chiarito che devono essere inclusi nel valore dell'appalto anche i flussi di cassa attesi dalla gestione del network convenzionato, indicando gli stessi, ancorché in via presuntiva, nel bando/avviso pubblico.

Infine, la terza questione che è stata affrontata riguarda i requisiti di partecipazione sia sotto il profilo della parametrizzazione dei requisiti rispetto al reale valore dell'appalto sia sotto il profilo della tipologia dei requisiti richiesti. Data la novità dei servizi da fornire, è stato posto in rilievo che porre come requisito di partecipazione un fatturato specifico maturato nel settore, requisito attualmente posseduto solo da pochi soggetti, potrebbe in

concreto determinare una barriera all'ingresso nel nuovo mercato restringendo la concorrenza. La richiesta, invece, di servizi analoghi a quelli in questione commisurati al valore reale dell'appalto potrebbe favorire l'ingresso di imprese che hanno maturato esperienze affini alle prestazioni oggetto del contratto da affidare, garantendo comunque alla stazione appaltante una corretta gestione della complessa attività organizzativa ed operativa presupposta dalla regolare esecuzione delle prestazioni in siffatti contesti. La determinazione ha richiamato in merito i principi di proporzionalità e ragionevolezza cui si deve conformare l'individuazione dei requisiti di partecipazione. Da ultimo, sempre con riguardo a tale profilo, si è ritenuto opportuno che la stazione appaltante non consideri la rete degli operatori di cui la società emittitrice dispone al momento della presentazione dell'offerta, bensì richieda l'assunzione, da parte del concorrente, dell'impegno all'attivazione della rete stessa entro un congruo termine dal momento dell'aggiudicazione fissato in sede di bando e pena la decadenza dell'aggiudicazione.

B.1.10 Determinazione n. 10/2010 del 22 dicembre 2010 "Ulteriori indicazioni sulla tracciabilità dei flussi finanziari (Art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificata dal decreto legge 12 novembre 2010, n. 187 convertito in legge, con modificazioni, dalla legge 17 dicembre 2010, n. 217)"

L'atto fa seguito alla determinazione n. 8 adottata dall'Autorità lo scorso 18 novembre e recante "Prime indicazioni sulla tracciabilità finanziaria ex art. 3, legge 13 agosto 2010, n. 136, come modificato dal d.l. 12 novembre 2010, n. 187". L'Autorità, attesa anche la conversione con legge 17 dicembre 2010, n. 217 del decreto legge n. 187 del 12 novembre 2010, di modifica della legge 13 agosto 2010, n. 136 e considerate le numerose richieste di chiarimenti pervenute, ha ritenuto di emanare ulteriori indicazioni operative per la concreta attuazione degli obblighi di tracciabilità, avuto riguardo alle problematiche di maggior rilievo segnalate da stazioni appaltanti ed operatori economici. In particolare, nella determinazione in esame, considerato il mutato scenario normativo, si dà atto

dell'introduzione del meccanismo dell'integrazione automatica per i contratti stipulati in data antecedente al 7 settembre 2010, idoneo ad evitare la grave conseguenza della sanzione della nullità assoluta; inoltre, per quanto concerne nello specifico l'ambito di applicazione, è stato introdotto un criterio di carattere generale per poter risolvere i casi "dubbi": E' stata richiamata la *ratio* sottesa alle norme di cui alla legge n. 136/2010 - prevenire infiltrazioni malavitose e contrastare le imprese che, per la loro contiguità con la criminalità organizzata, operano in modo irregolare ed anticoncorrenziale, consentire che ogni incasso e pagamento possa essere controllato *ex post*- pertanto, assume fondamentale importanza la nozione di appalto (e, di riflesso, quella di appaltatore).

Così è stato specificato che la normativa sulla tracciabilità trova applicazione anche con riguardo ai contratti esclusi di cui al Titolo II, parte I, del Codice dei contratti, purché gli stessi siano riconducibili alla fattispecie dell'appalto. Parimenti, devono ritenersi sottoposti alla disciplina sulla tracciabilità gli appalti di servizi non prioritari compresi nell'allegato II B a cui, come è noto, si applicano, solo alcune disposizioni del Codice dei contratti. Sulla base delle stesse considerazioni, è stata esclusa l'applicabilità delle disposizioni di cui alla legge n. 136/2010 nelle ipotesi di amministrazione diretta, affidamenti a società in house, risarcimenti e/o indennizzi eventualmente corrisposti dalle imprese assicuratrici ai soggetti danneggiati dalle stazioni appaltanti assicurate, 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"*): in tutti i casi elencati non si è di fronte ad appalti. L'Autorità è tornata, poi, sulla tematica del fondo economale, ribadendo che per le spese effettuate dai cassieri, utilizzando il predetto fondo, deve ritenersi consentito da parte delle stazioni appaltanti l'utilizzo di contanti, nel rispetto della normativa vigente.

Infine, vengono forniti ulteriori chiarimenti sui codici CIG (*codice identificativo di gara*) e CUP (*codice unico di progetto*) e sul ricorso a strumenti di pagamento e di incasso idonei ad assicurare la piena

tracciabilità delle operazioni finanziarie; in particolare nelle ipotesi di cui ai commi 2 e 3 dell'articolo 3 della legge n. 136/2010, non essendo necessaria l'apposizione del CIG e CUP, è stato ritenuto legittimo l'utilizzo del servizio di pagamento RID (Rapporti Interbancari Diretti).

B.2 Determinazioni - anno 2011

B.2.1 Determinazione n. 1/2011 del 15 marzo 2011 - "Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle SOA previste dall'articolo 73 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207"

La determinazione, entrata in vigore 15 giorni dopo la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale, ha riguardato principalmente le nuove fattispecie sanzionatorie previste dall'articolo 73 del regolamento sul codice degli appalti pubblici, ovvero le seguenti: (i) sospensione dell'attività; (ii) sanzioni pecuniarie fino a 25.500 o a 51.800 euro; (iii) sanzioni provvisoriamente interdittive come la sospensione dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione; (iv) sanzioni definitivamente interdittive come la decadenza dell'autorizzazione all'esercizio dell'attività di attestazione.

Riguardo a tali sanzioni, la determinazione ha preso in esame le seguenti questioni generali: a. entrata in vigore delle sanzioni; b. considerazioni generali in ordine alle fattispecie sanzionatorie previste dall'articolo 73 del Regolamento; c. fattispecie che comportano l'applicazione delle sanzioni della sospensione e della decadenza; d. operatività della SOA in caso di sospensione o di decadenza della autorizzazione ad attestare, nonché di fallimento o di cessazione della attività.

Con riguardo all'entrata in vigore delle sanzioni, è stato chiarito che, in base al disposto dell'art. 359, comma 2, del Regolamento e dell'art. 253, comma 2, del Codice, l'art. 73 del Regolamento è entrato in vigore quindici giorni dopo la sua pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale (G.U.R.I. n. 288, supplemento ordinario n. 270/L, del 10 dicembre 2010), a differenza di tutte le altre disposizioni regolamentari che entreranno in vigore 180 giorni

dopo la pubblicazione. Di conseguenza, l'impianto sanzionatorio previsto dall'art. 73 è applicabile anticipatamente rispetto al restante corpo del Regolamento solo nella misura in cui si riferisca a violazioni di obblighi e doveri comportamentali delle SOA già previsti nel Codice o nel previgente regolamento per il sistema di qualificazione di cui al D.P.R. 34/2000 che resta applicabile fino all'entrata in vigore del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207.

Si è evidenziato, poi, che le fattispecie sanzionabili previste dall'art. 73 del Regolamento attengono principalmente alle seguenti due tipologie di attività poste in essere dalle SOA: (i) adempimenti previsti per garantire la verifica da parte dell'Autorità del possesso in capo alle SOA dei requisiti generali e di indipendenza necessari per lo svolgimento dell'attività di attestazione; (ii) esercizio dell'attività di attestazione che le SOA svolgono nei confronti degli esecutori di lavori pubblici d'importo superiore a € 150.000,00.

In ordine alla tipologia di violazioni, l'attuale impianto normativo prevede in capo alle SOA una serie di obblighi informativi nei confronti dell'Autorità in assenza di specifica richiesta, nonché un generale obbligo di risposta alle puntuali richieste formulate dalla stessa Autorità nelle sue funzioni di vigilanza sul sistema di qualificazione come previste dall'art. 6, comma 7, lett. m), del Codice.

Con riferimento alla mancata risposta o comunicazione degli obblighi informativi deve osservarsi che, oltre alle ipotesi di rifiuto o omissione della SOA di fornire entro i termini di legge le informazioni e/o i documenti previsti dalle disposizioni richiamate, la condotta sanzionabile si realizza anche nel caso di risposta o comunicazione pervenuta successivamente ai termini indicati e nel caso di risposta o comunicazione priva: 1. di almeno uno degli elementi essenziali richiesti; 2. dell'oggetto dell'obbligo di comunicazione.

Le violazioni riconducibili all'esercizio dell'attività di attestazione attengono invece alla funzione di vigilanza svolta dall'Autorità sul sistema di qualificazione; funzione che può esplicarsi mediante l'adozione di provvedimenti inibitori idonei a prevenire la potenziale lesione del principio dell'indipendenza in capo alle SOA oppure con l'adozione di

provvedimenti volti a sanare situazioni già verificatesi di lesione del principio stesso. In entrambe le ipotesi descritte, qualora sussistano profili di responsabilità nell'aggirare le disposizioni vigenti e le violazioni integrino gli estremi di condotte irregolari, illegittime o illegali secondo quanto previsto dall'art. 73 del Regolamento, l'Autorità provvede a sanzionare le SOA per gli inadempimenti.

Secondo quanto chiarito dalla determinazione in oggetto oltre alle sanzioni pecuniarie, l'art. 73, comma 3, del Regolamento, prevede la sospensione della autorizzazione a svolgere attività di attestazione in caso di: (i) più violazioni commesse dalle SOA; (ii) recidiva dopo l'irrogazione di una sanzione pecuniaria.

La norma, inoltre, prevede la sanzione della decadenza dell'autorizzazione nel caso di comportamento inadempiente delle SOA, caratterizzato nel tempo da recidiva grave o gravemente reiterata. Con riferimento alla sospensione, la norma prevede differenti termini massimi di 120 giorni, 240 giorni, e un anno, da applicarsi in ragione della gravità degli inadempimenti.

La sanzione della sospensione incide sull'attività di attestazione della SOA nella misura in cui interdice temporaneamente l'esercizio di tutte le attività propedeutiche, funzionali e strettamente connesse al rilascio dell'attestato di qualificazione. Pertanto, durante il periodo di sospensione, la SOA non potrà stipulare alcun contratto di attestazione, né rilasciare attestati sulla base di contratti stipulati in data anteriore a tale periodo, né svolgere alcun tipo di attività istruttoria finalizzata al rilascio di attestazioni di qualificazione. E' fatta salva in ogni caso la facoltà dell'impresa di risolvere il contratto di attestazione non ancora eseguito stipulato con la SOA sospesa prima della sospensione stessa e di indicare un'altra SOA cui vada trasferita la documentazione relativa alla propria qualificazione, con conseguente obbligo della SOA sospesa di provvedere a tale trasferimento. Riguardo all'assetto societario ed organizzativo della SOA l'AVCP chiarisce che la sospensione dell'autorizzazione a svolgere attività di attestazione non incide sulla facoltà della SOA di procedere a modifiche societarie ed

organizzative, pur sempre nel rispetto delle procedure autorizzative stabilite dalla normativa vigente e dall’Autorità.

B.2.2 Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011 - “Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, con particolare riferimento all’ipotesi di cui all’articolo 122, comma 7-bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163”

La determinazione ha offerto indicazioni operative sulle modalità di attuazione della procedura in commento. Partendo dall’analisi dei dati forniti dall’Osservatorio Studio ed Analisi dei Mercati sul ricorso alle procedure negoziate, è stata focalizzata l’attenzione sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara di cui all’articolo 122, comma 7-bis, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (di seguito, Codice). Sono stati evidenziati i principi generali di matrice comunitaria applicabili alla fattispecie in esame, si è puntualizzata la necessità di indicare, da parte dell’amministrazione procedente, nella delibera a contrarre, la motivazione specifica delle ragioni che l’hanno indotta a preferire la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, atteso che il dettato normativo esprime a riguardo una possibilità, non certo l’obbligo di ricorrere alla procedura in commento.

Sulla base delle indicazioni desumibili dai principi sopra richiamati, è stato, poi, delineato, nel dettaglio, il corretto “modus operandi” che l’amministrazione deve seguire per selezionare il contraente, ricavandolo dal combinato disposto dell’articolo 122, comma 7-bis e dell’articolo 57, comma 6, del Codice. Inoltre, è stato approfondito il tema del ricorso all’“indagine di mercato”, per la quale non esiste una definizione normativa, né tanto meno istruzioni circa le modalità di svolgimento. A riguardo, è stato precisato che l’applicazione del principio di trasparenza richiede che l’amministrazione non proceda all’individuazione dei cinque operatori di cui all’articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché all’articolo 125 del Codice (per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture effettuati tramite cottimo fiduciario), con modalità “chiuse” rispetto al mercato, al

contrario il principio richiamato non richiede sempre e necessariamente l'adozione di forme di pubblicità preventiva della procedura che i committenti, comunque, hanno la facoltà di porre in essere (la relativa scelta dipende dall'importo e dalla tipologia dell'appalto). In ogni caso, si è specificato che la stazione appaltante deve esplicitare nella determina a contrarre i criteri che utilizzerà per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo, detti criteri saranno indicati nel documento. Parimenti si considera necessario procedere sempre alla pubblicazione del cosiddetto avviso di post-informazione, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti.

Allo scopo di facilitare l'esperimento di indagini di mercato, è stato suggerito alle amministrazioni di predisporre "elenchi aperti di operatori economici". Sul punto, è opportuno effettuare alcune precisazioni, stante il divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare elenchi, per l'affidamento di lavori pubblici, salvo il caso degli affidamenti in economia o della procedura ristretta semplificata (cfr. articolo 40, comma 5 del Codice). La finalità del divieto in commento è quella di impedire il ricorso ai cosiddetti "albi speciali e di fiducia" delle stazioni appaltanti costituiti senza alcuna forma di pubblicità e mediante i quali si effettuavano affidamenti in violazione della normativa vigente. Diverso appare il caso degli elenchi di operatori economici, redatti dopo la pubblicazione di uno specifico bando, a cui tutti i soggetti interessati possono essere iscritti; a ben vedere si tratta, in questa ipotesi, di una tipologia particolare di indagine di mercato realizzata in via cumulativa per più affidamenti. Nello schema di determinazione, sono state, quindi, specificate le caratteristiche che gli elenchi a cui si fa riferimento devono presentare perché siano compatibili con la legislazione nazionale e comunitaria.

Vengono, poi, fornite delle indicazioni pratiche sulle modalità di svolgimento della gara informale, richiamando le disposizioni normative applicabili alla fattispecie.

Infine, nelle considerazioni conclusive, oltre a riassumere quanto affermato in precedenza, è contenuto un approfondimento della disciplina del cottimo fiduciario, definito dal Codice come una procedura negoziata

(cfr. articolo 3, comma 40 del Codice), in considerazione della riscontrata rilevanza e frequenza dell'utilizzo di tale strumento soprattutto nei servizi e nelle forniture.

B.2.3 Determinazione n. 3/2011 del 6 aprile 2011 - "Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle imprese previste dall'articolo 74 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207"

Con la determinazione n. 3/2011, l'Autorità ha inteso fornire chiarimenti sull'applicazione delle sanzioni, pecuniarie ed interdittive previste dall'articolo 74 del Regolamento di attuazione al Codice dei contratti pubblici (D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) che l'Autorità può comminare alle imprese inadempienti.

Il comma 1 dell'art. 74 in oggetto prevede l'applicazione di sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006, fino a 25.822 Euro nel caso di mancata risposta da parte dell'impresa alle richieste dell'Autorità entro 30 giorni.

A tal riguardo, è stato precisato che sono equiparate alla mancata risposta nel senso anzidetto le seguenti condotte: (i) risposta incompleta, ossia la risposta priva di almeno uno degli elementi essenziali oggetto della richiesta; (ii) risposta tardiva, cioè la risposta, seppur completa ed esaustiva, inviata oltre il termine previsto.

Il comma 2 del medesimo art. 74 prevede la sospensione per 1 anno dell'attestazione nel caso siano trascorsi inutilmente ulteriori 60 giorni dalla scadenza dei 30 giorni previsti al comma 1. Qualora l'impresa continui ad essere inadempiente allo scadere del periodo di sospensione di 1 anno, è disposta la decadenza dell'attestazione.

In proposito viene specificato che:

- il termine di 60 giorni decorre dalla scadenza dei 30 giorni dalla ricezione della richiesta dell'Autorità;
- il termine di 1 anno decorre dalla ricezione della comunicazione dell'adozione del provvedimento di sospensione.

Il comma 6 dell'art. 74 del Regolamento prevede, poi, la sanzione amministrativa pecuniaria di cui all'art. 6, comma 11, del d.lgs. n. 163/2006 nelle ipotesi di mancata comunicazione all'Osservatorio, entro 30 giorni, delle variazioni relative ai requisiti di ordine generale di cui all'art. 78, nonché delle variazioni della direzione tecnica di cui all'art. 87, comma 6. Dette comunicazioni andranno effettuate esclusivamente mediante il modulo cartaceo allegato alla Determinazione 3/2011 in commento (e disponibile anche sul sito dell'Autorità).

L'Autorità provvederà ad implementare un sistema informatizzato per l'invio del modulo stesso e la gestione dei dati in contenuti.

Ai sensi del comma 4 dell'art. 74, l'Autorità avvia la procedura prevista ai commi 1 e 2 del medesimo articolo anche nei casi in cui l'impresa non adempia alle richieste delle SOA finalizzate alla verifica della veridicità e della sostanza delle dichiarazioni, delle certificazioni e delle documentazioni inerenti i requisiti di ordine generale e speciale, presentate per il rilascio dell'attestazione, nonché all'accertamento del permanere del possesso dei requisiti di ordine generale. Anche in questo caso, alla mancata risposta sono equiparate le risposte tardive e quelle incomplete.

Per quanto riguarda il procedimento all'esito del quale possono essere irrogate le sanzioni pecuniarie ed interdittive in esame, l'Autorità precisa che intende applicare il meccanismo previsto dal Regolamento di cui alla Determinazione n. 1 del 02/03/2010.

B.3 Segnalazioni - anno 2010

B.3.1 Segnalazione del 3 giugno 2010 - "Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica"

L'Autorità ha prestato particolare attenzione alla materia dei servizi pubblici locali che, accanto alle attività più propriamente ascrivibili alla vigilanza, è stata oggetto della segnalazione al Governo ed al Parlamento del 3 giugno 2010. La segnalazione completa il processo di analisi ed approfondimento dello sviluppo della normativa di settore intrapreso con

la segnalazione del 26 novembre 2008, alla luce delle disposizioni dettate dall'articolo 23- *bis* del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, come convertito dalla legge 6 agosto 2008, n. 133 del 26 novembre 2008.

Nella segnalazione citata, l'Autorità ha posto in rilievo la persistente incompiutezza del processo di transizione dei servizi pubblici locali verso assetti di mercato concorrenziali, in larga parte dovuta all'eccessiva instabilità del quadro normativo ed alla connessa mancanza di un'adeguata regolazione di mercato, che inducono a ritenere necessaria l'individuazione di una autorità indipendente di regolazione a livello nazionale.

Sono state, altresì, evidenziate alcune problematiche relative all'armonizzazione della disciplina generale con le discipline di settore alla luce del campo di applicazione della riforma ed al fine di evitare condizioni di incertezza che rischiano di disincentivare l'apporto di risorse private. Nella segnalazione vengono, in particolare, esemplificate alcune criticità attinenti la gestione integrata del ciclo dei rifiuti, la gestione di risorse idriche ed il trasporto pubblico locale.

L'Autorità ha, inoltre, segnalato l'opportunità di dettagliare le regole procedurali da osservare per l'aggiudicazione delle concessioni di servizi, soffermandosi sulla necessità di stabilire, anche sulla base delle indicazioni provenienti dal legislatore comunitario, gli obblighi di pubblicità da assolvere in ambito nazionale e sovranazionale, gli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità, i requisiti di partecipazione alle gare e le procedure di gara da seguire.

E' stato al riguardo osservato come la tutela del principio concorrenziale debba essere garantita anche attraverso l'affermazione di un nuovo *modus operandi* delle pubbliche amministrazioni, improntato al rispetto del principio di trasparenza nell'utilizzo dello strumento concessorio, anche in considerazione del fatto che la mancata codificazione di regole procedurali da seguire per gli affidamenti, lungi dal costituire un beneficio per gli enti locali in termini di maggiore libertà d'azione, sfocia spesso in aggravati procedurali, ascrivibili all'indeterminatezza delle disposizioni ed al connesso contenzioso sulla loro corretta applicazione.