

APPENDICE B

ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DELL'AUTORITÀ

Nel periodo di riferimento (gennaio 2011- marzo 2012) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha emanato atti di determinazione e atti di segnalazione al Governo e al Parlamento su questioni di rilevante interesse per l'attività contrattuale pubblica. In particolare, si segnalano:

B.1 Determinazioni –anno 2011

B.1.1 Determinazione n. 1 del 15/03/2011 – *“Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle SOA previste dall'articolo 73 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207”.*)

La determinazione ha fornito chiarimenti sul nuovo impianto sanzionatorio nei confronti delle SOA, introdotto dal regolamento di esecuzione e attuazione del Codice degli appalti pubblici.

È stato quindi risolto il problema di regime transitorio delle nuove disposizioni, chiarendo che l'art. 73 del regolamento trova immediata applicazione solo per le violazioni di comportamenti delle SOA già contemplati nel Codice o nel previgente regolamento in materia di qualificazione, di cui al D.P.R n.34/2000, mentre le sanzioni riguardanti fattispecie normative, che hanno effetto decorsi 180 giorni dalla pubblicazione del regolamento, possono essere comminate per violazioni poste in essere successivamente all'entrata in vigore del relativo obbligo.

Ulteriori indicazioni hanno riguardato gli effetti della sospensione o decadenza dell'autorizzazione ad attestare, sull'attività e sull'assetto societario ed organizzativo della SOA, nonché sui rapporti con le imprese qualificate o in attesa di qualificazione.

Nelle linee guida operative, riportate nell'Allegato alla determinazione vengono, poi, delineate le singole fattispecie sanzionabili, con l'indicazione della data di entrata in vigore dei corrispondenti obblighi posti a carico delle SOA.

B.1.2 Determinazione n. 2 del 06/04/2011 – *“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. 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.

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. Al riguardo, è stato precisato che in applicazione del principio di trasparenza, la Stazione Appaltante deve esplicitare, nella determina a contrarre, i criteri che utilizzerà per l'individuazione delle imprese da invitare e che, in caso di avviso preventivo, detti criteri dovranno essere indicati nello stesso.

Parimenti si considera necessario procedere sempre alla pubblicazione del cosiddetto avviso di post-informazione, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti.

Infine, nelle considerazioni conclusive, è contenuto un approfondimento della disciplina del cottimo fiduciario, in considerazione della riscontrata

rilevanza e frequenza dell'utilizzo di tale strumento, soprattutto nei servizi e nelle forniture.

B.1.3 Determinazione n.3 del 06/04/2011 - *“Chiarimenti in ordine all'applicazione delle sanzioni alle imprese previste dall'articolo 74 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207”.*

La determinazione fornisce chiarimenti sull'applicazione delle sanzioni, pecuniarie ed interdittive previste dall'articolo 74 del D.P.R. n. 207/2010, che l'Autorità può comminare alle imprese inadempienti agli obblighi informativi previsti dal Codice. In termini generali, valevoli per tutte le tipologie di sanzioni, si è puntualizzato che non possono costituire presupposto per l'irrogazione di sanzioni le condotte non riferibili all'impresa secondo l'ordinario principio di imputabilità.

Quanto alle specifiche sanzioni si è precisato che sono equiparate alla mancata risposta alle richieste dell'Autorità 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. Inoltre, a fronte del perdurare dell'inadempimento, alla sanzione iniziale può far seguito la sospensione e poi la decadenza dell'attestato SOA.

La determina chiarisce poi che l'Autorità può procedere anche su impulso della SOA, qualora l'impresa non dia seguito alle richieste di informazione formulate dalla SOA stessa (ovvero, la risposta fornita sia tardiva e/o incompleta).

B.1.4 Determinazione n. 4 del 07/07/2011 - *“Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della Legge 13 agosto 2010, n. 136”.*

La determinazione, che sostituisce le precedenti determinazioni n. 8 e n. 10 del 2010, mette a sistema e puntualizza le indicazioni operative concernenti l'applicazione degli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari relativi ai contratti pubblici, ex art. 3 della legge n. 136 del 13 agosto 2010.

Le linee guida chiariscono molteplici aspetti riguardanti la nuova disciplina, a cominciare dal regime transitorio e dall'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo. Viene, altresì, affrontata la questione della delimitazione della nozione di filiera degli operatori interessati all'esecuzione del contratto di appalto di servizi, lavori e forniture, indicando, anche attraverso specifiche esemplificazioni, un criterio per selezionare i contraenti tenuti al rispetto degli obblighi di tracciabilità. La determinazione, inoltre, analizza singole fattispecie del Codice dei contratti (contratti nei settori speciali, contratti di servizi esclusi, contratti ex articolo 25, contratti con operatori non stabiliti in Italia, contratti di sponsorizzazione, incarichi di collaborazione, amministrazione diretta e cottimo fiduciario, fondo economale) al fine di illustrare le modalità attuative del citato articolo 3 ed individuare i contratti non soggetti alla tracciabilità. Vengono poi prese in considerazione alcune ipotesi peculiari (flussi finanziari nei raggruppamenti temporanei di imprese, consorzi ed imprese riunite, *cash pooling*, compensazione e *datio in solutum* ex articolo 53, comma 6 del Codice) ed illustrati le condizioni di assoggettamento alla normativa a seconda dell'oggetto specifico dell'appalto (servizi bancari e finanziari, servizio di tesoreria degli enti locali, servizi legali, servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto, servizi sanitari, erogazioni e liberalità a favore di soggetti indigenti, servizi di ingegneria ed architettura, contratti stipulati dalle agenzie di viaggio, cessione dei crediti, contratti nel settore assicurativo, contratti di associazione, contratti dell'autorità giudiziaria, risarcimenti ed indennizzi, cauzioni).

La determinazione offre indicazioni sulle concrete modalità di attuazione della tracciabilità, affrontando le problematiche connesse alla richiesta ed indicazione del codice CIG ed all'utilizzo dei cd. conti dedicati. Essa individua, inoltre, gli strumenti di pagamento idonei a garantire la piena tracciabilità, esaminandone caratteristiche e modalità di funzionamento.

Viene, inoltre, analizzato il cd. regime di tracciabilità attenuata proprio dei flussi finanziari di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 3 della legge n. 136/2010, attinenti alla gestione generale dell'impresa da parte degli operatori economici e ad alcune limitate ipotesi di pagamenti della pubblica

Amministrazione, parimenti individuate.

La determinazione affronta, infine, l'analisi degli obblighi di comunicazione a carico degli operatori della filiera nei confronti delle stazioni appaltanti

B.1.5 Determinazione n. 5 del 20/10/2011 - *“Questioni interpretative concernenti le procedure di gara per l'affidamento del servizio sostitutivo di mensa tramite buoni pasto”*.

La determinazione fornisce indicazioni applicative della disciplina del Regolamento attuativo del Codice, D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, circa la regolazione degli affidamenti dei servizi sostitutivi di mensa, al fine di risolvere alcune criticità emerse, in sede di vigilanza, soprattutto in relazione al profilo della rete di esercenti da convenzionare e quello dei servizi aggiuntivi al servizio sostitutivo di mensa che alcune delle società emittitrici offrono agli esercenti convenzionati ed utilizzano per giustificare la congruità dell'offerta presentata.

Nella determinazione vengono pertanto proposte soluzioni concrete in relazione alle prescrizioni dei bandi, che tengono conto della normativa ad oggi vigente.

Si chiarisce che, anche dopo l'abrogazione dell'articolo 7 del d.p.cm. 18 novembre 2005 (normativa abrogata dall'articolo 358 del Regolamento) secondo cui *“il valore assunto a base d'asta per le gare non può essere inferiore al valore facciale del buono pasto”*, deve essere confermata la validità di tale metodo di calcolo, per cui l'importo da considerare è l'importo massimo che può essere teoricamente corrisposto all'appaltatore e, cioè, il valore facciale del buono pasto moltiplicato per il numero di prestazioni richieste. Riguardo alla rete degli esercizi convenzionati, mediante l'analisi delle pertinenti disposizioni dell'art. 285 del Regolamento, si ritiene ammissibile, ed anzi preferibile, richiedere nel bando di gara il possesso della rete degli esercizi solo quale criterio di partecipazione, fermo restando che è sufficiente, ai fini della partecipazione alla gara, presentare una dichiarazione di impegno all'attivazione della rete.

Ulteriori indicazioni sono fornite con riguardo al calcolo del valore dell'appalto, ai controlli sulla rete di esercenti ed ai metodi di attribuzione dei punteggi in caso di offerta economicamente più vantaggiosa.

Di seguito viene esaminata la questione dei cd. "servizi aggiuntivi", i cui ricavi vengono adottati dalle società di emissione dei buoni pasto in sede di verifica dell'anomalia dell'offerta. Al riguardo, si sottolinea che i servizi aggiuntivi, di cui si rimarca l'assoluta facoltatività, non possono essere dilatati sino a permettere l'accorpamento di prestazioni del tutto eterogenee ed assolutamente prescindenti dalla sussistenza di un nesso di effettiva pertinenza.

Infine, viene affrontata la tematica relativa alla dilatazione dei termini di pagamento agli esercizi convenzionati rispetto a quelli indicati in sede di gara e valutati dalle Stazioni Appaltanti, rimarcando la necessità che detti termini siano rispettati per tutta la durata dell'affidamento.

B.1.6 Determinazione n. 6 del 26/10/2011 - *"Linee guida per l'affidamento della realizzazione di impianti fotovoltaici ed eolici"*.

Con la determinazione n. 6/2011 l'Autorità ha inteso fornire indicazioni operative circa la realizzazione di impianti di energie rinnovabili da parte delle stazioni appaltanti e, in particolare, degli enti locali.

Le questioni esaminate attengono al ruolo degli enti locali nel mercato liberalizzato delle FER, alla realizzazione di impianti su superfici appartenenti al demanio pubblico ed alla realizzazione di impianti per il soddisfacimento del fabbisogno energetico degli enti coinvolti, con particolare riguardo all'inquadramento delle relative operazioni ai sensi del Codice.

In merito alla realizzazione di impianti su superfici del demanio pubblico, richiamando il disposto dell'art.3 comma 1 della legge di contabilità di Stato (regio decreto 18 novembre 1923, n.2440) secondo cui *" i contratti dai quali derivi un'entrata per lo Stato debbono essere preceduti da pubblici incanti"*, si evidenzia che i diritti sul sito pubblico devono essere concessi mediante

l'espletamento di una gara pubblica, atta a garantire adeguate forme di pubblicità *ex ante*.

Viene infine analizzata l'ipotesi in cui l'ente locale realizzi un impianto (si tratta quasi esclusivamente di impianti fotovoltaici) per la copertura totale o parziale del proprio fabbisogno energetico, esternalizzandone la gestione materiale.

Al riguardo si rileva la necessità che il diritto di sfruttamento economico dell'impianto sia regolamentato nella convenzione e/o altri documenti di gara, con l'attribuzione al Comune di una specifica e penetrante funzione di controllo.

Nei successivi paragrafi del documento vengono poi esaminati i contratti di Partenariato Pubblico Privato (PPP), maggiormente adeguati per la realizzazione di impianti da fonti rinnovabili. Un paragrafo, infine, è dedicato anche al finanziamento tramite terzi per la realizzazione di interventi di riqualificazione energetica degli immobili pubblici.

B.1.7 Determinazione n. 7 del 24/11/2011 - *“Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture”*.

Nel solco dell'attività di regolazione già svolta nei precedenti anni (determinazioni n.5 del 2008, n.4 del 2009 e n.5 del 2009), l'Autorità affronta nuovamente il tema dell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, esaminando questa volta, le problematiche sorte in riferimento ai contratti di appalto di servizi e forniture.

La prima questione affrontata riguarda le modalità di scelta del corretto criterio di aggiudicazione da utilizzare, in relazione alla peculiarità dell'oggetto del contratto.

Al riguardo, posta l'assenza di un indirizzo preferenziale del legislatore, si sottolinea la necessità di porre a fondamento della scelta le caratteristiche dell'oggetto del contratto e della prestazione, avendo, come finalità, la valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza.

A titolo esemplificativo vengono richiamati una serie di settori in cui il criterio appare in astratto preferibile, caratterizzati in misura variabile dall'opportunità che l'appaltatore partecipi, in sede di offerta, al processo ideativo del servizio o della fornitura.

Sono state, poi, analizzate nel dettaglio le indicazioni che la Stazione Appaltante deve inserire nei documenti di gara, quali i criteri, sub-criteri e relativa ponderazione, e i criteri motivazionali, ai sensi di quanto stabilito dall'articolo 83 del Codice e dall'allegato "P" del Regolamento attuativo, operando la fondamentale distinzione tra criteri di valutazione (merito tecnico, caratteristiche qualitative, prezzo, tempo, etc.) e parametri di ponderazione (dati numerici volti a garantire, in relazione alla natura del servizio/fornitura, un corretto rapporto prezzo/qualità).

Importanti precisazioni sono state fornite anche con riguardo alla dibattuta questione della considerazione di elementi di natura soggettiva nell'ambito dei criteri di valutazione, aderendo al recente indirizzo giurisprudenziale secondo cui la previsione nei bandi di gara di parametri soggettivi relativi ai concorrenti sia ammissibile, purché essi siano strettamente attinenti al merito valutativo dell'offerta e costituiscano, in ultima analisi, un elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio.

Una ulteriore chiarificazione concerne la necessità di definire nei documenti di gara i criteri motivazionali (come prescritto dall'art. 83, comma 4 del Codice) in modo da contenere la discrezionalità della commissione giudicatrice nella valutazione degli elementi dell'offerta.

Chiariti tali aspetti di carattere generale, la determinazione fornisce una dettagliata illustrazione delle metodologie suggerite dal Regolamento per la concreta valutazione delle offerte.

B.1.8 Determinazione n. 8 del 14/12/2011 – *“Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 16”.*

L'Autorità ha ritenuto opportuno effettuare un aggiornamento delle indicazioni operative fornite nella determinazione n. 2/2011, tenuto conto

del mutato quadro normativo a seguito all'emanazione del decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge, con modifiche, dalla legge 12 luglio 2011, n. 106, nell'ambito del quale è stato abrogato il comma 7-bis dell'art. 122 del Codice e sostituito il comma 7 dello stesso articolo 122.

L'innovazione principale consiste nell'aumento da 500.000 ad 1 milione di euro della soglia entro la quale è consentito affidare i lavori con la procedura negoziata; altre importanti novità concernono l'innalzamento della soglia per l'affidamento tramite procedura negoziata dei lavori sui beni culturali, l'intervento sul regime generale della procedura negoziata (art. 56 e 57 del Codice) e l'innalzamento della soglia per l'affidamento diretto dei contratti di servizi e forniture.

La nuova determinazione integra le indicazioni in precedenza fornite, soprattutto con riguardo all'indicazione della motivazione che giustifica l'attivazione della procedura negoziata senza bando e la modalità di selezione dei soggetti da invitare al confronto concorrenziale e dedica particolare attenzione al tema della pubblicità della procedura (imposta dal legislatore a livello di post-informazione).

Viene quindi sottolineata l'importanza di prevedere anche forme di pubblicità preventiva in relazione alla tipologia dell'appalto e alla rilevanza economica dello stesso.

B.2 *Segnalazioni -anno 2011*

B.2.1 **Atto di segnalazione del 26 gennaio 2011** *“Attribuzione alle casse previdenziali privatizzate della qualifica di organismi di diritto pubblico Segnalazione ai sensi dell'articolo 6, comma 7, lett. e) ed f) del decreto legislativo n. 163 del 12 aprile 2006”*

L'Autorità ha segnalato la necessità di un intervento chiarificatore del legislatore in relazione alla natura di organismo pubblico delle casse previdenziali, in virtù della ricorrenza dei tre requisiti necessari ai fini di tale qualificazione, così come definiti dall'articolo 3, comma 26 del Codice (personalità giuridica, finalità tese a soddisfare esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale e finanziamento

pubblico maggioritario o controllo da parte di soggetti pubblici).

Si è sottolineato, in particolare, che la contribuzione obbligatoria di tipo solidaristico a carico degli iscritti realizza senz'altro una forma indiretta di concorso finanziario dello Stato, mentre l'attività istituzionale di questi enti consiste, anche dopo la privatizzazione, nello svolgimento di attività previdenziali ed assistenziali a favore delle categorie di lavoratori e professionisti con l'obbligatorietà dell'iscrizione e contribuzione, attuando in tal modo uno dei diritti fondamentali dei lavoratori sanciti dalla Costituzione.

La segnalazione in questione è stata accolta dal legislatore, che con il D.L. 6/7/2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla legge 15 luglio 2011, n.111 ha disposto la modifica dell'articolo 1, comma 10-ter del decreto-legge 23 ottobre 2008, n. 162, ed ha chiarito che gli enti in parola, sono inclusi nel novero degli organismi di diritto pubblico qualora sussista la contribuzione obbligatoria prevista per legge a carico degli iscritti delle associazioni o fondazioni.

B.2.2 Atto di segnalazione del 10 novembre 2011. *“Sulla normativa che regola il servizio sostitutivo di mensa mediante buoni pasto”.*

L'Autorità, a fronte delle anomalie di funzionamento riscontrate nel mercato dei buoni pasto, ha ritenuto opportuno inviare al Governo ed al Parlamento una segnalazione avente ad oggetto una proposta di riforma complessiva del sistema.

Con l'atto di segnalazione in argomento è stato pertanto proposto un intervento di armonizzazione del trattamento fiscale e contributivo del buono pasto e dell'indennità sostitutiva, nonché la parificazione delle aliquote a debito ed a credito dell'IVA a carico della società di gestione, per rendere indifferente la scelta tra i due diversi sistemi da un punto di vista strettamente fiscale e contributivo.

Sotto il profilo della disciplina delle procedure di affidamento del servizio, è stata auspicata la reintroduzione, nell'art. 285 del Regolamento, della previsione relativa al calcolo del valore a base di gara (non inferiore al

valore facciale dei buoni pasto). Inoltre, al fine di evitare le attuali incertezze sul valore da porre a base di gara, si è suggerito di introdurre il divieto di sconti sul valore nominale del buono pasto.

Viene poi evidenziata la necessità di prevedere, *ex lege*, che la rete minima di esercenti debba essere individuata nel bando di gara e non possa essere utilizzata come criterio di attribuzione del punteggio; ciò al fine di disincentivare la presentazione di offerte sovradimensionate e semplificare i controlli in capo alle Stazioni Appaltanti.

Infine, viene proposto di delineare un quadro regolamentare *ad hoc* per l'utilizzo del sistema del buono pasto elettronico che consentirebbe un alleggerimento degli oneri di rendicontazione verso le Stazioni Appaltanti e, al contempo, una forte semplificazione dei correlati controlli a valle dell'esecuzione.

B.3 Segnalazioni -anno 2012

B.3.1 Atto di Segnalazione del 12 gennaio 2012.-“ Misure per la riduzione dei costi amministrativi negli appalti pubblici”.

L'Autorità ha proposto al Governo l'adozione di misure finalizzate a ridurre i costi finanziari e gli oneri amministrativi a carico di Stazioni Appaltanti ed imprese, al fine di favorire la crescita e la competitività del mercato degli appalti pubblici.

A tal fine l'Autorità ha proposto di effettuare un complessivo ripensamento del sistema della raccolta dei documenti a dimostrazione dei requisiti, imperniandolo sull'utilizzo della Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici (art. 60 del d.lgs. 7 marzo 2005, n. 84).

Il progetto proposto dall'Autorità è stato recepito dal Governo che con il D.L. 9 febbraio 2012, n. 5 recante “*Disposizioni urgenti in materia di semplificazione e di sviluppo*”, pubblicato nella Gazzetta ufficiale 9 febbraio 2012, n. 33, convertito in legge 25/2012, ha introdotto, nel corpo del Codice dei contratti, l'articolo 6-bis secondo cui, a partire dal 1° gennaio 2013, la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle

procedure disciplinate dal Codice, sarà acquisita presso la Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici istituita presso l'Autorità..

Ulteriori proposte hanno riguardato la revisione del sistema sanzionatorio per le ipotesi di riscontrata falsa dichiarazione o falsa documentazione in sede di partecipazione alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici. Anche in questo caso il Governo ha dimostrato di condividere le osservazioni formulate dall'Autorità e con il citato D.L. 9 febbraio 2012, n. 5, ha modificato il comma 1-ter dell'art. 38 del Codice, prevedendo che la sospensione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto possa essere disposta *“fino ad un anno”*.

Sul fronte della qualificazione degli attori del sistema, sia dal lato pubblico che dal lato privato, è stata proposta l'istituzione di uno sportello unico di rilevazione delle Stazioni Appaltanti, al fine di creare un patrimonio conoscitivo comune sulla committenza pubblica, mentre dal lato degli operatori economici, l'Autorità ha suggerito l'opportunità di integrare gli attuali requisiti di partecipazione con la previsione di criteri reputazionali, valutati in maniera oggettiva e trasparente da un soggetto terzo, quale l'Autorità stessa, attraverso un procedimento che preveda l'esercizio del diritto al contraddittorio per l'impresa.

L'atto di segnalazione sottolinea, infine, la necessità di un rafforzamento dei poteri di vigilanza dell'Autorità, anche mediante l'attribuzione di un potere sanzionatorio nei confronti degli atti posti in essere dalle Stazioni Appaltanti in violazione della normativa nazionale e comunitaria.