

Capitolo V

Sicilia	54	€ 185.375.965,00
Territorio Nazionale	12	€ 15.664.349,00
Toscana	25	€ 485.111.272
Trentino Alto Adige	14	€ 27.199.418,00
Umbria	6	€ 10.954.703,00
Valle d'Aosta	6	€ 34.569.981,00
Veneto	28	€ 74.046.945,00
Totale	532	€ 3.978.290.585,09

Tabella 9 - Istanze pervenute catalogate per regione - Servizi e Forniture

Descrizione	Numero	Importo Totale
Abruzzo	14	€ 69.361.101,00
Basilicata	2	€ 59.558,00
Calabria	17	€ 2.804.982,00
Campania	88	€ 251.750.118,02
Emilia Romagna	26	€ 16.708.331,08
Friuli Venezia Giulia	5	€ 3.225.222,00
Lazio	76	€ 2.165.630.474,00
Liguria	6	€ 4.524.646,00
Lombardia	38	€ 48.101.383,00
Marche	6	€ 31.159.000,00
Molise	8	€ 1.107.070,00
Piemonte	9	€ 16.998.550,00
Puglia	47	€ 2.263.383.077,72
Sardegna	19	€ 170.081.683,00
Sicilia	60	€ 1.749.145.460,00
Territorio Nazionale	24	€ 727.558.686,00
Toscana	15	€ 119.145.975,00
Trentino Alto Adige	9	€ 18.691.612,00
Umbria	7	€ 45.783.440,00
Valle d'Aosta	6	€ 6.208.585,00
Veneto	24	€ 34.558.717,00
Totale	506	€ 7.745.987.670,82

Tabella 10 - Istanze pervenute catalogate per regione - Lavori, Servizi e Forniture

Descrizione	Numero	Importo Totale
Abruzzo	30	€ 105.924.171,89
Basilicata	21	€ 223.373.589,00
Calabria	48	€ 85.342.607,00
Campania	156	€ 931.437.460,02
Emilia Romagna	41	€ 1.429.209.893,08

L'attività di vigilanza sui contratti di lavori, servizi e forniture

Friuli Venezia Giulia	10	€ 7.010.839,00
Lazio	129	€ 2.265.505.856,19
Liguria	7	€ 4.634.816,00
Lombardia	87	€ 313.213.300,00
Marche	22	€ 125.158.239,00
Molise	19	€ 21.560.091,48
Piemonte	27	€ 44.224.471,53
Puglia	110	€ 2.429.914.329,72
Sardegna	41	€ 203.753.484,00
Sicilia	114	€ 1.934.521.425,00
Territorio Nazionale	36	€ 743.223.035,00
Toscana	40	€ 604.257.247,00
Trentino Alto Adige	23	€ 45.891.030,00
Umbria	13	€ 56.738.143,00
Valle d'Aosta	12	€ 40.778.566,00
Veneto	52	€ 108.605.661,00
Totale	1038	€ 11.724.278.255,91

Tabella 11 - Istanze trattate dagli uffici e definite nel periodo di riferimento (dall'1/01/2012 al 31.03.2013) Tali dati sono comprensivi anche della trattazione degli arretrati - Lavori

Classificazione	Numero	Importo Totale
Istanze inoltrate al Consiglio	56	€ 2.341.378.323,29
Definite dai Dirigenti ai sensi dell'art. 2 c. 5,6	186	€ 156.276.868,00
Archivate - Definite dal DG ai sensi dell'art. 2 c. 4,7	187	€ 1.653.082.457,64
Totale	42	€ 4.150.737.648,93

Tabella 12 - Istanze trattate dagli uffici e definite nel periodo di riferimento dall'1/01/2012 al 31.03.2013) Tali dati sono comprensivi anche della trattazione degli arretrati - Servizi e Forniture

Classificazione	Numero	Importo Totale
Istanze inoltrate al Consiglio	83	€ 2.017.361.232,00
Definite dai Dirigenti ai sensi dell'art. 2 c. 5,6	187	€ 688.697.545,72
Archivate - Definite dal DG ai sensi dell'art. 2 c. 4,7	220	€ 2.934.918.649,10
Totale	490	€ 5.640.977.426,82

Capitolo V

Tabella 13 - Istanze trattate dagli uffici e definite nel periodo di riferimento dall'1/01/2012 al 31.03.2013) Tali dati sono comprensivi anche della trattazione degli arretrati - Lavori, Servizi e Forniture

Classificazione	Numero	Importo Totale
Istanze inoltrate al Consiglio	139	€ 4.358.739.555,29
Definite dai Dirigenti ai sensi dell'art. 2 c. 5,6	373	€ 844.974.413,72
Archivate - Definite dal DG ai sensi dell'art. 2 c. 4,7	407	€ 4.588.001.106,74
Totale	919	€ 9.791.715.075,75

CAPITOLO VI

L'ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE A FAVORE DEI SOGGETTI DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA DEI CONTRATTI PUBBLICI

6.1 L'attività di studio e regolazione in ausilio del mercato

Nel corso del 2012 l'attività legislativa relativa alla contrattualistica pubblica è stata rivolta ad una pluralità di obiettivi tra i quali la maggiore efficacia ed efficienza della spesa pubblica, la semplificazione delle procedure amministrative, la riduzione dei costi di partecipazione alle gare, una maggiore possibilità di accesso delle piccole e medie imprese alle procedure di gara. Si tratta di funzioni che investono direttamente ed indirettamente l'attività dell'Autorità, chiamata a svolgere nuove funzioni di semplificazione e di orientamento del mercato. Per tali ragioni ed al fine di dare maggiore impulso all'attività di regolazione, l'Autorità ha potenziato le proprie funzioni di indirizzo e guida anche per soddisfare la crescente domanda, proveniente dal mercato, di standardizzazione delle procedure di gara, nell'ottica di una riduzione dei costi di partecipazione delle imprese alle gare e del contenzioso.

6.2 I nuovi strumenti per l'analisi dell'impatto della regolazione

Una puntuale analisi di impatto della regolazione, oltre a rispondere a precisi obblighi normativi, rappresenta un modo per dare più coerenza agli atti di indirizzo e regolamentari dell'Autorità; ciò vale soprattutto in un momento in cui l'attività dell'Autorità tende a spostarsi dalla cosiddetta "*soft regulation*" verso forme più incisive di intervento.

Uno dei primi atti che sta predisponendo l'Autorità in tal senso è il nuovo Regolamento per l'AlR che si affiancherà ed integrerà il Regolamento del 2011 sulla disciplina della partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità. Il Regolamento dovrà disciplinare le modalità di scelta degli ambiti su cui intervenire, dei provvedimenti su cui condurre un'analisi di impatto della regolazione, dei soggetti interessati dal provvedimento

Capitolo VI

(innanzitutto stazioni appaltanti e operatori economici) da coinvolgere nella consultazione e le relative modalità di coinvolgimento, nonché dovranno essere individuate le modalità per trattare le risposte pervenute, specie quando contengono valutazioni non coerenti con l'atto finale adottato, e per la verifica ex-post di impatto della regolazione.

Guardando all'esperienza dei provvedimenti del 2012 e del primo trimestre 2013, si può osservare come la scelta dei settori su cui intervenire sia stata legata a modifiche normative che hanno assegnato nuove competenze all'Autorità (Determinazione n. 1/2012, *Indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici*, e Determinazione n. 4/2012, *BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*) o hanno prodotto incertezze interpretative in capo agli operatori economici (Determinazione n. 1/2013, *Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice*), oppure sulla base di criticità emerse nel corso dell'attività di vigilanza dell'Autorità.

L'Autorità è intervenuta, infatti, in materia di avvalimento (Determinazione n. 2/2012), di affidamenti in deroga a favore di cooperative sociali (Determinazione n. 3/2012) e di affidamenti di servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa (Determinazione n. 2/2013) a seguito sia delle criticità riscontrate sulla base dei dati dell'Osservatorio che delle numerose segnalazioni pervenute.

Per l'adozione di tutte le determinazioni sopracitate sono state condotte, in continuità con la prassi dell'Autorità, estese consultazioni con i soggetti interessati (Istituzioni, organismi rappresentativi di stazioni appaltanti e di operatori economici, ecc.), che sono stati invitati a partecipare alle audizioni o, nei casi in cui queste non si sono tenute, a produrre proprie considerazioni in merito ai documenti di consultazione predisposti, nonché attraverso le cosiddette consultazioni on-line, aperte a tutti i soggetti comunque interessati. In alcuni casi, dopo una prima consultazione, gli uffici dell'Autorità hanno predisposto un secondo documento di consultazione, che recepiva parte delle osservazioni ricevute o indicava le

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

ragioni per cui alcune di queste non potevano essere considerate, per sottoporlo ad una seconda consultazione. Infine, sempre in materia di partecipazione di soggetti terzi all'attività di regolazione dell'Autorità si rileva che in taluni casi, quale quello della determinazione sulle cooperative sociali, la predisposizione del documento di base è avvenuta al termine dei lavori di un tavolo tecnico a cui hanno partecipato i soggetti coinvolti dalla materia.

Infine, si intende sottolineare come la Determinazione n. 2/2013 in materia di assicurazioni sia stata accompagnata da un "Documento di lavoro" contenente le motivazioni per le scelte effettuate dall'Autorità e una risposta puntuale alle osservazioni ricevute nel corso della consultazione. A tal fine, specie per le questioni più controverse, si è fatto ricorso ad una rassegna della giurisprudenza, della letteratura economica in materia e delle esperienze estere, nonché sono stati indicati i vantaggi e gli svantaggi dell'adozione di soluzioni alternative.

Nella Determinazione n. 2/2012 *L'avvalimento nelle procedure di gara*, l'Autorità, dopo aver effettuato una rapida ricostruzione della genesi dell'istituto nel diritto comunitario e nel Codice dei contratti, ha focalizzato l'attenzione sui requisiti che possono formare oggetto di avvalimento. In particolare, ha osservato che le problematiche più delicate sono poste da quei requisiti che, pur non essendo elencati nell'articolo 38 del Codice, sono connotati da un'intrinseca natura "soggettiva" in quanto acquisiti sulla base di elementi strettamente collegati alla capacità soggettiva dell'operatore e non scindibili da esso (ad esempio, la certificazione di qualità, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio). Nello specifico, l'Autorità ha ritenuto la certificazione di qualità requisito non suscettibile di avvalimento considerando che tale posizione rifletta meglio sia la natura sostanziale della certificazione, sia il dato formale-testuale, emergente dal diritto comunitario e nazionale, che disciplina la certificazione di qualità in un articolo distinto e separato rispetto a quelli dedicati ai requisiti speciali proprio per sottolinearne la differenza.

Per quanto concerne l'iscrizione in albi professionali, l'Autorità, partendo dal dato secondo cui essi costituiscono un insieme disomogeneo, ha

La Determinazione
n. 2/2012
sull'avvalimento
nelle procedure di
gara

Capitolo VI

specificato che ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, come il certificato del casellario giudiziale o il certificato dei carichi pendenti, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento. Nel caso in cui, invece, l'iscrizione all'albo sia legata alla presenza di requisiti che possono essere oggetto di avvalimento, per esempio il volume d'affari dell'ultimo triennio, l'Autorità non ha ravvisato ostacoli all'applicabilità dell'istituto in esame.

L'Autorità ha ribadito, poi, la necessità di allegare il contratto di avvalimento alla documentazione per la partecipazione alle procedure concorsuali per l'aggiudicazione dei contratti pubblici e, più in generale, il carattere precettivo delle disposizioni di cui al comma 2 dell'art. 49 del Codice, la cui inosservanza deve essere sanzionata con l'esclusione del concorrente. L'Autorità, inoltre, ha svolto importanti puntualizzazioni in riferimento all'applicabilità dell'istituto dell'avvalimento al settore dei lavori pubblici, con particolare attenzione all'attestazione SOA. Sotto questo profilo, è stato chiarito che l'avvalimento può avere ad oggetto solo l'attestazione SOA e non i singoli requisiti di cui la stessa è espressione; sul significato da attribuire al disposto del comma 6 dell'art. 49 del Codice, l'Autorità ha ritenuto che esso debba essere interpretato nel senso di limitare, nel settore dei lavori, il ricorso all'avvalimento ad una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, salvo le eccezioni previste dalla stessa disposizione. È stata, pertanto, condivisa l'interpretazione dell'art. 49, comma 6, del Codice secondo cui non è possibile sommare le classifiche possedute da due imprese al fine di costituire un "soggetto" qualificato in quanto è preferibile che la stazione appaltante si trovi di fronte ad un concorrente integralmente dotato dei requisiti piuttosto che di fronte a due soggetti che individualmente non li possiedono.

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

Si sono reputate applicabili anche ai settori dei servizi e delle forniture le disposizioni contenute nel comma 1 dell'art. 88 del Regolamento; si è ritenuto, altresì, che l'avvalimento possa trovare applicazione anche ai servizi di ingegneria e architettura, seppure con le specifiche limitazioni derivanti dalle peculiarità proprie di queste attività caratterizzate dall'alto livello di "personalizzazione" della prestazione.

Per quanto riguarda i raggruppamenti temporanei, si è affermato che, sulla base della normativa vigente, non si ravvisano limitazioni all'applicazione dell'istituto, con la conseguenza che deve ammettersi il ricorso sia all'avvalimento esterno (da parte di un'impresa ausiliaria esterna al RTI ed in favore di un suo membro) che a quello interno (nel caso in cui l'ausiliaria sia anche mandante o mandataria del raggruppamento dell'impresa avvalsia).

Infine, la determinazione n. 2 ha affrontato la questione del rapporto tra avvalimento e subappalto giungendo alla conclusione per cui, a normativa vigente, l'utilizzo del subappalto, anche nel perimetro tracciato dall'avvalimento, va coordinato con le prescrizioni contenute nell'art. 118 del Codice e nelle norme regolamentari (art. 170 del Regolamento) che dettano la disciplina pubblicistica del subappalto, non espressamente derogate dalla disciplina sull'avvalimento. Pertanto, il subappalto, non potrà superare i limiti stabiliti dal Codice e dal Regolamento e sarà sottoposto alle condizioni ivi previste in fase di esecuzione del contratto.

Nella Determinazione n. 2/2013, *Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa*, dopo aver condotto un'estesa analisi sulle problematiche del mercato assicurativo e dell'intermediazione assicurativa, ha proposto diverse misure che, se opportunamente implementate, potrebbero essere d'ausilio per rimuovere talune inefficienze. Si tratta, in questo caso, di un intervento che, pur finalizzato sempre a garantire l'efficacia e l'efficienza delle procedure di gara, va oltre la mera interpretazione delle norme del Codice ma cerca di agire su prassi consolidate del mercato. A tal fine, saranno necessari atti regolamentari aggiuntivi, tra cui anche la predisposizione di bandi-tipo.

La Determinazione
n. 2/2013 sulle
questioni
interpretative
concernenti
l'affidamento dei
servizi assicurativi e
di intermediazione
assicurativa

Capitolo VI

Il prodotto assicurativo rappresenta un *input* fondamentale per le pubbliche amministrazioni e il mancato ottenimento di una copertura assicurativa può impedirne la prestazione dei servizi istituzionali, come ad esempio nel caso del trasporto pubblico locale, o può determinare pesanti conseguenze sulla qualità e sui costi di servizi fondamentali, quali quello sanitario.

In un mercato caratterizzato da costi dei sinistri crescenti a fronte di risorse economiche non sempre sufficienti, il rischio di mancato incontro tra domanda e offerta di prodotti assicurativi aumenta esponenzialmente. L'Autorità ha rilevato anche come il disegno dei bandi di gara non sempre è funzionale a garantire la partecipazione delle imprese. In molti casi chi vuole partecipare non ha elementi sufficienti per quotare il rischio e preferisce evitare di assumere impegni che possano comportare perdite elevate. Solo il precedente assicuratore è in grado, in molti casi, di partecipare alla gara poiché conosce il rischio da assumere. I dati dell'Osservatorio testimoniano in modo inequivocabile tale situazione: oltre il 30% delle gare non viene aggiudicato e circa due terzi delle gare aggiudicate lo è a seguito della presentazione di una sola offerta.

L'Autorità, fermo restando che su talune problematiche, quali il riconoscimento dell'indennizzo per i sinistri di minore rilevanza, potrebbe essere opportuno anche un intervento legislativo, ritiene necessario che le stazioni appaltanti pongano in essere tutte quelle iniziative di prevenzione dei rischi e di gestione dei sinistri, fondamento necessario per contribuire a ridurre il costo della polizza e rendere più "appetibile" per il mercato la fornitura di un servizio assicurativo specifico.

In merito alla possibilità per un concorrente diverso dal precedente aggiudicatario di formulare un'offerta assicurativa, l'Autorità ha indicato come requisito imprescindibile per garantire una maggiore partecipazione e la *par condicio* tra i partecipanti alle gare la messa a disposizione di un set informativo completo. Spesso la mancanza di informazioni deriva dall'organizzazione della stazione appaltante che rende difficile il reperimento di informazioni interne all'amministrazione stessa e dalla mancata fornitura dei dati dall'attuale assicuratore. Riguardo al primo

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

aspetto si è indicata l'opportunità di far convergere tutte le informazioni necessarie ad un unico soggetto incaricato della gestione del prodotto assicurativo (ciò permetterebbe di superare anche un ulteriore aspetto segnalato dalle imprese di assicurazione circa la difficoltà di gestire la polizza, dovendo trattare con più strutture diverse della stessa amministrazione). Per quanto concerne il secondo aspetto, l'Autorità ha invitato le stazioni appaltanti a prevedere nei bandi clausole che impongano, a pena di sanzioni, alle imprese aggiudicatrici di fornire le informazioni necessarie per quotare i sinistri, con modalità e tempi appropriati per la redazione dei documenti per la gara relativa al rinnovo delle coperture, senza che da ciò derivino oneri elevati per le imprese che finirebbero inevitabilmente per scaricarsi sui costi delle polizze.

Per quanto concerne le procedure di gara l'Autorità ritiene opportuno che vengano predisposte linee guida o capitolati di riferimento; in assenza dei quali o nel caso di appalti particolarmente complessi l'Autorità ritiene che si possa prevedere nella *lex specialis* la possibilità di presentare varianti in sede di offerta, secondo le modalità di cui all'art. 76 del Codice, ovvero si possa valutare l'opportunità di procedere all'aggiudicazione della gara mediante la procedura di dialogo competitivo, ai sensi dell'art. 58 del Codice.

L'Autorità ha ritenuto, infine, non conforme con il Codice dei contratti la prassi prevalente di riconoscere un diritto di recesso a favore delle imprese aggiudicatrici, di fatto, illimitato. Si ritiene, invece, che qualora si voglia mantenere tale facoltà, in considerazione delle peculiarità del settore assicurativo, sia necessario rendere il contenuto di tali clausole più aderente alle previsioni contenute nel Codice ed alla disciplina civilistica. A tal fine, dovrebbero essere contrattualmente disciplinati gli eventi in conseguenza dei quali ricorrere ad una revisione del prezzo (o eventualmente di altre condizioni contrattuali) in corso di validità della polizza o, come *extrema ratio*, atti a fondare il diritto di recesso dal contratto. In merito all'affidamento dei servizi di intermediazione assicurativa, l'Autorità ha in primo luogo ribadito che i servizi di intermediazione siano mantenuti distinti da quelli assicurativi, propriamente intesi. Si tratta,

Capitolo VI

infatti, di servizi distinti, prestati da soggetti diversi. La pratica, ancora presente, compromette in maniera evidente il corretto funzionamento dei meccanismi concorrenziali nei due mercati.

L'Autorità ha, inoltre, prestato particolare attenzione alle modalità di remunerazione del servizio di intermediazione assicurativa, ritenendo che l'attuale prassi predominante, che consiste nel remunerare il *broker* con commissioni calcolate in percentuale dei premi futuri, non sia conforme con le previsioni del Codice. Ciò poiché la percentuale è calcolata su grandezze non note al momento della valutazione delle offerte (i premi futuri), grandezze che dovrebbero essere influenzate dall'attività dell'intermediario, attraverso le attività di prevenzione dei rischi e di gestione dei sinistri, di individuazione dei fabbisogni assicurativi e di collaborazione alla predisposizione dei bandi di gara. Inoltre, poiché la remunerazione è, in parte, legata ai risultati della sua attività è inevitabile che si creino conflitti di interesse e incentivi distorti per il *broker*. Diviene allora necessario individuare forme alternative di remunerazione del *broker* maggiormente incentivanti.

Nella determinazione sono state indicate alcune modalità di remunerazione di detta attività alternative, indicandone i vantaggi e gli svantaggi.

Collegato a ciò, nella determinazione si è affrontato il problema della presunta gratuità del servizio di intermediazione assicurativa, sostenuta da una parte minoritaria della giurisprudenza amministrativa e da taluni dei partecipanti alla consultazione. Sulla base di una rassegna della giurisprudenza e di analisi economiche sono state illustrate le ragioni per cui si ritiene di non poter aderire a tale prospettazione. Tuttavia, l'Autorità ha osservato che l'idea che il contratto non sia a titolo oneroso conduce diverse stazioni appaltanti a non assegnare alcun ruolo al prezzo in sede di valutazione delle offerte e a basare tale valutazione su criteri dimensionali delle imprese. Si tratta anche in questo caso di comportamenti non in linea con il Codice.

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

6.3 La standardizzazione e la riduzione dei costi amministrativi nelle gare d'appalto

Una parte consistente dell'attività più recente dell'Autorità è orientata verso l'introduzione di strumenti idonei a semplificare la partecipazione alle gare e a ridurre i relativi oneri di gestione. I segnali più evidenti in questo senso sono l'introduzione del sistema denominato AVCPass, trattato nel secondo capitolo della relazione, e la predisposizione dei cosiddetti bandi-tipo.

Tra i molteplici compiti che il legislatore ha affidato all'Autorità fin dalla sua costituzione (art. 4, comma 16, lett. g) della Legge 109/94 ora confluito nell'art. 7. del codice dei contratti) vi è, infatti, la formazione di archivi di settore e la formulazione di tipologie e modelli unitari in materia contrattuale da mettere a disposizione delle amministrazioni interessate.

Pertanto, l'attività di regolazione dell'AVCP si è nel tempo orientata anche alla redazione di "linee guida", contenenti i cosiddetti "bandi-tipo", cioè linee guida per la compilazione dei bandi di gara e relativi disciplinari e lettere di invito, che recano le indicazioni attuative della normativa di settore¹.

A fronte della competenza generale di cui al citato art. 7 del Codice, il successivo articolo 64, comma 4-bis - introdotto dall'art. 4 del D.L. 13 maggio 2011, n. 70, convertito dalla L. 12 luglio 2011, n. 106, stabilisce che *"i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause*

¹ A titolo esemplificativo, in tale ambito si inserisce la pubblicazione (sul supplemento ordinario n. 143 alla Gazzetta Ufficiale n. 206 del 4 settembre 2000) delle "Tipologie unitarie di bandi di gara per l'affidamento dei lavori pubblici" che hanno costituito, nella fase transitoria del sistema di qualificazione per l'esecutori di lavori pubblici, introdotto dal D.P.R. 34/2000, le linee-guida per le stazioni appaltanti nella gestione della delicata fase dell'affidamento dei lavori.

Tali tipologie sono state poi aggiornate a seguito dell'entrata a "regime" del sistema unico di qualificazione e nuovi modelli di bando di gara sono stati pubblicati nel 2002.

Appartiene allo stesso filone di intervento la determinazione n. 3/2009 con la quale l'Autorità, all'indomani delle modifiche apportate al Codice dal decreto legislativo n. 152 del 11 settembre 2008, ha elaborato i modelli di documenti di gara per l'affidamento delle concessioni in *project financing*, ai sensi del novellato art. 153 del Codice. Lo stesso dicasi per la determinazione n. 2 dell'11 marzo 2010 che ha affrontato le principali problematiche relative alla disciplina applicabile all'esecuzione del contratto di concessione di lavori pubblici.

Capitolo VI

tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo".

La norma opera un esplicito rinvio alle "cause tassative di esclusione", secondo quanto previsto dal nuovo comma 1-bis dell'art. 46 del Codice - introdotto dall'art. 4, comma 2, lett. d) del citato D.L. n. 70/2011 - secondo il quale le stazioni appaltanti possono escludere i candidati o i concorrenti «in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle».

L'introduzione nel Codice della previsione secondo cui i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, risponde alla duplice esigenza di semplificare il compito delle stazioni appaltanti nella predisposizione della documentazione di gara e, al contempo, attraverso la standardizzazione delle procedure, semplificare la partecipazione alle gare. Il mantenimento della necessaria flessibilità è invece assicurato dalla possibilità di introdurre deroghe al bando-tipo, fornendo le motivazioni della scelta.

Anche la previsione della tassatività delle cause di esclusione dalla gara risponde ad una duplice esigenza di semplificazione e certezza del diritto, proponendosi di evitare, nel rispetto dei principi di massima partecipazione e di concorrenza, che le esclusioni dalle procedure di gara possano essere disposte a motivo della violazione di prescrizioni meramente formali.

Le due disposizioni vanno lette congiuntamente. La redazione dei bandi-tipo consente, infatti, di supplire alla mancanza di una norma ricognitiva della violazioni comportanti l'esclusione dalle gare e costituisce, pertanto,

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

un parametro certo con cui misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti, tenute a motivare espressamente le deroghe alle previsioni dei bandi tipo. Si tratta, inoltre, di uno strumento flessibile, che, opportunamente emendato nel tempo, permette di recepire eventuali modifiche normative ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con rilevanti benefici in termini di riduzione del contenzioso.

L'Autorità, con la determinazione n. 1/2012, *Requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ai sensi dell'articolo 38 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 nonché per gli affidamenti di subappalti. Profili interpretativi ed applicativi*, ha fornito indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture. A seguito dell'entrata in vigore del citato D.L. 70/2011, l'Autorità ha ritenuto opportuno intervenire nuovamente sulla materia, offrendo indicazioni integrative rispetto a quelle contenute nella determinazione n. 1 del 2010. Particolarmente significative sono le indicazioni relative alle lettere b), c), h) che si sintetizzano di seguito. Gli interventi normativi citati hanno innanzitutto investito la fattispecie di cui alla lett. b) del comma 1 dell'articolo 38 del Codice, relativa ai soggetti sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia. Per effetto delle modifiche si amplia l'elenco degli interessati comprendendo ora anche il socio unico, persona fisica, ed il socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci. A tal proposito, l'Autorità ha dato indicazioni sull'interpretazione delle espressioni "persona fisica" e "socio di maggioranza", chiarendo che l'accertamento della condizione che conduce alla esclusione dalla gara va limitato, quanto al primo profilo, esclusivamente al socio persona fisica anche nell'ipotesi di società con meno di quattro soci e, quanto al secondo profilo, al soggetto che detiene il controllo della società (controllo di cui si dispone anche potendo contare solo sulla maggioranza relativa). L'Autorità ha chiarito che nel caso di società con due soli soci, i quali siano in possesso ciascuno del 50% della

La Determinazione n. 1/2012 contenente indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento di contratti pubblici

Capitolo VI

partecipazione azionaria, le dichiarazioni previste ai sensi dell'articolo 38, comma 1, lettere b) e c) del Codice devono essere rese da entrambi i soci.

Ai fini della operatività dei riscontri che le stazioni appaltanti debbono condurre, si considera pendente il procedimento per l'irrogazione di una misura di prevenzione soltanto a seguito dell'iscrizione, nell'apposito registro della cancelleria del tribunale, della proposta di applicazione della misura, personale o patrimoniale, formulata da uno dei soggetti legittimati (Procuratore nazionale antimafia, Procuratore della repubblica, Direttore della direzione investigativa antimafia, Questore). Conseguentemente, la richiesta di verifica del possesso del requisito *de quo* va fatta al tribunale del luogo di residenza/dimora del soggetto persona fisica che rilascia la dichiarazione di insussistenza della circostanze ostativa di cui trattasi.

In relazione alla lett. c) del comma 1 dell'articolo 38, viene precisato che non rilevano, ai fini dell'esclusione dalle gare, i reati per i quali sia intervenuta la riabilitazione, l'estinzione, la depenalizzazione o la revoca della condanna, pertanto, una volta intervenuta la riabilitazione ovvero l'estinzione, la depenalizzazione o la revoca della condanna, il concorrente, nelle dichiarazioni per la partecipazione alle gare, non deve più menzionare le condanne per cui si siano verificate le vicende sopra elencate. Altro punto qualificante della recente riscrittura della lett. c) dell'articolo 38 è quello che vede ridotto da tre anni ad un anno il c.d. periodo rilevante, al fine della cessazione dalle cariche. L'Autorità ha, poi, chiarito che, in ogni caso, qualora vi siano soggetti cessati dalla carica, nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, per pregressa condotta delittuosa, al fine di evitare di incorrere nell'esclusione e nel divieto, l'operatore economico deve dimostrare che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata. La norma, innovando rispetto alla precedente disposizione, non fa più riferimento all'adozione di atti o misure di completa dissociazione; ciò può essere inteso nel senso che la prova della dissociazione dalla condotta può essere liberamente desunta dagli atti prodotti dall'impresa concorrente. A tal proposito l'Autorità ha individuato diversi indici rivelatori dell'effettività della dissociazione nei comportamenti concludenti facendo

L'attività di regolazione a favore dei soggetti della domanda e dell'offerta...

riferimento a quelli già indicati nella determinazione n. 1/2010. Altro profilo di interesse è quello relativo ai soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di cui alla lett. c) in esame, l'Autorità, aderendo alla tesi sostanzialistica, ha precisato che tutti gli amministratori muniti di potere di rappresentanza devono necessariamente rendere la dichiarazione richiesta dall'art. 38 del Codice a prescindere dal fatto che nella sostanza svolgano o meno tale attività. È stato poi specificato, che, il procuratore *ad negotium* è, in generale, escluso dall'onere di rilasciare la dichiarazione di non sussistenza delle ipotesi ostative previste dall'art. 38, comma 1, lett. c). L'Autorità ha sottolineato che con la differente formulazione del comma 2 dell'art. 38 del Codice -dove viene specificato che, in sede di dichiarazione dei requisiti, il concorrente deve dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione- il legislatore ha definitivamente chiarito che spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità delle eventuali condanne riportate; conseguentemente è obbligo del concorrente dichiarare tutti i pregiudizi penali subiti, non competendo a quest'ultimo effettuare valutazioni in ordine alla gravità del reato ascrittogli o del pregiudizio penale riportato.

Recependo gli orientamenti dell'Autorità e della giurisprudenza, il legislatore ha riscritto la lett. h) e ha inserito nell'art. 38 il comma 1-ter; la lettera h) prevede che la stazione appaltante debba escludere, senza alcun margine di discrezionalità, gli operatori economici che risultino iscritti nel casellario informatico dell'Osservatorio per aver gli stessi presentato documentazione falsa o reso false dichiarazioni in relazione a requisiti o condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento di subappalti. A sua volta il neoinserto comma 1-ter stabilisce che in caso di presentazione di falsa documentazione o di falsa dichiarazione nelle procedure di gara e negli affidamenti in subappalto, la stazione appaltante ne informi l'Autorità la quale dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma. 1, lettera h), per un periodo massimo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde