

Capitolo VI

comunque efficacia, qualora ritenga che la falsa dichiarazione o la falsa documentazione sia stata resa con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza e della gravità dei fatti. La novella legislativa prevede che la sanzione dell'iscrizione nel casellario non possa essere mai automatica, ma venga comminata all'esito di un'indagine sulla sussistenza, nel caso specifico, dell'elemento soggettivo consistente nell'accertamento del dolo o della colpa grave, in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa attestazione. È stato ricordato, poi, che la stazione appaltante, qualora ravvisi falsità nelle dichiarazioni rese dal concorrente, provvede all'esclusione dello stesso dalla procedura concorsuale, atteso che l'esistenza di false dichiarazioni, sul possesso dei requisiti rilevanti per l'ammissione ad una gara d'appalto, si configura come causa autonoma di esclusione dalla gara. L'Autorità ha ricordato che la necessità dell'esclusione si ricava da una lettura comparata del citato articolo 38 con le disposizioni dettate dal D.P.R. 28 dicembre 2000 n. 445, secondo cui "il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera".

Sempre in adempimento delle suddette disposizioni l'Autorità, dopo aver esperito due consultazioni degli operatori del settore e dopo aver acquisito il prescritto parere del ministero competente, ha emanato l'atto di determinazione n. 4 del 10 ottobre 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*).

Il "bando-tipo" specifica le cause di esclusione legittime secondo i criteri stabiliti dall'art.46, comma 1-bis del Codice e costituisce, pertanto, il quadro giuridico di riferimento sulla base del quale le stazioni appaltanti sono tenute a redigere la documentazione di gara, salvo la facoltà di derogare a quanto ivi previsto, previa motivazione nella delibera a contrarre.

In merito al potere delle stazioni appalti di derogare alle prescrizioni contenute nel bando tipo dell'Autorità, nella Determinazione 4 viene precisato che le eventuali deroghe, seppur motivate, non possono consistere nell'introduzione di clausole contrastanti con il disposto del citato art. 46, comma 1-bis, atteso che le stesse, in tal caso, sarebbero affette

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

da nullità. Si precisa pertanto che rispetto alle ipotesi tipizzate nel bando-tipo, le stazioni appaltanti possono prevedere ulteriori cause di esclusione, previa adeguata e specifica motivazione, solo con riferimento a disposizioni di leggi vigenti ovvero alle altre regole tassative previste dall'art. 46, comma 1-bis, del Codice.

Il Documento analizza le varie ipotesi di esclusione, ripartendo le stesse secondo i criteri stabiliti dall'46 comma 1-bis e, pertanto, secondo la loro riconducibilità, rispettivamente, al mancato adempimento delle prescrizioni previste dal Codice e dal regolamento o da altre disposizioni di legge, alla carenza di elementi essenziali e all'incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta ed alle irregolarità concernenti gli adempimenti formali di partecipazione alla gara.

Nella determinazione viene altresì precisato che detta suddivisione non deve intendersi in maniera rigida, poiché sussistono ipotesi di esclusione riconducibili contemporaneamente a più di uno dei criteri indicati dalla norma.

Le ipotesi che rientrano nella prima categoria, riguardano tutti i comportamenti per cui il codice, il Regolamento, o altra disposizione di legge sancisca un obbligo o un divieto, o più in generale, prescriva un adempimento essenziale ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale. Si precisa che in alcuni casi l'esclusione opera a prescindere da una espressa previsione nel bando di gara (come nel caso del mancato possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art.38 del Codice) poiché, in tal caso, vengono in rilievo norme di legge di natura imperativa a cui non è ammessa alcuna deroga. Negli altri casi, invece, sarà onere delle stazioni appaltanti specificare nei bandi e nelle lettere di invito, che un determinato comportamento è imposto a pena di esclusione.

Nella Determinazione vengono illustrati insiemi omogenei di cause di esclusione che possono essere legittimamente inseriti nei bandi di gara.

Nell'atto di determinazione n. 4/2012, in conformità all'indirizzo giurisprudenziale, vengono fornite importanti chiarimenti sui soggetti tenuti a rendere le prescritte dichiarazioni sul possesso dei requisiti e sul

Capitolo VI

contenuto delle dichiarazioni stesse, con particolare riferimento al requisito di cui all'art.38, comma, 1 lett. c).

Riguardo ai requisiti speciali di partecipazione e alle modalità di verifica, dopo aver puntualizzato le differenze tra il regime previsto dagli artt. 41 e 42 per le ipotesi di servizi e forniture, viene precisato che l'art. 48 del codice esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese.

Deve infatti ritenersi che il comma 4 dell'art.13 della Legge 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese), secondo cui "la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro piccole e medie imprese chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al D.Lgs. n.162/2006", non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla "impresa aggiudicataria", non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma 1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario.

La deroga di cui all'art. 13, comma 4, quindi incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48 con l'effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario).

In tema di requisiti di partecipazione vengono inoltre forniti utili chiarimenti con riguardo alla partecipazione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi.

In particolare in merito al principio di corrispondenza tra quote di partecipazione e quote di esecuzione, principio sancito dall'art. 37 del

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

codice, si precisa che a seguito delle modifiche apportate al comma 13 dell'art. 37 dall'art.1, comma 2-bis del decreto legge 6 luglio 2012, n.95, nel testo integrato dalla Legge di conversione 7 agosto 2012, n.135, l'obbligo di corrispondenza in fase di esecuzione vale solo per i lavori pubblici. Pertanto, nel caso di servizi e forniture, l'obbligo di specificazione ai sensi del citato art. 37, comma 4, del Codice, deve ritenersi assolto sia in caso di indicazione, in termini descrittivi, delle singole parti del servizio da cui sia evincibile il riparto di esecuzione tra le imprese associate sia in caso di indicazione, in termini percentuali, della quota di riparto delle prestazioni che saranno eseguite tra le singole imprese.

Viene inoltre affrontato il tema dei raggruppamenti "sovraffondati", ovvero i raggruppamenti costituiti da due o più imprese che già singolarmente posseggono i requisiti finanziari e tecnici per partecipare alla gara. Al riguardo, si afferma l'inammissibilità di un divieto generale di partecipazione di tali raggruppamenti, dovendo la questione essere valutata in relazione alla eventuale concreta portata anticoncorrenziale, nella medesima ottica che connota l'art. 38, comma 1, m-quater.

Riguardo alle cause di esclusioni ascrivibili al terzo gruppo (carenza degli elementi essenziali od incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta o sulla provenienza dell'offerta), nella determinazione vengono esaminate diverse fattispecie, distinte per insiemi omogenei, ed in particolare, vengono trattati gli adempimenti relativi alla sottoscrizione dell'offerta, alla presentazione della cauzione provvisoria e all'effettuazione del sopralluogo ed all'accettazione delle condizioni generali del contratto.

In ultimo, vengono esaminate le fattispecie legittime di esclusione relative alla violazione di quelle disposizioni che sono volte ad assicurare l'integrità dei plachi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara.

A valle dell'approvazione del "bando-tipo", l'Autorità sta procedendo ad elaborare specifici bandi tipo distinti in base all'oggetto del contratto (lavori, servizi o forniture) che, oltre a riprodurre le clausole relative alle cause tassative di esclusione, conterranno le ulteriori puntuale indicazioni sulla gestione della gara. La scelta in tal senso effettuata è funzionale anche

Capitolo VI

all'aggiornamento tempestivo dei contenuti del bando-tipo e dei connessi bandi-tipo specifici, avuto riguardo all'evoluzione normativa e giurisprudenziale.

Con riferimento all'elaborazione dei bandi-tipo per gli appalti di servizi e forniture, considerata la delicatezza e l'importanza del compito, anche in relazione alla numerosità, eterogeneità e complessità degli ambiti merceologici presenti nel settore, l'Autorità, nel mese di marzo c.a., ha predisposto il documento "Bandi-tipo per l'affidamento dei contratti pubblici di servizi e forniture" per una consultazione *on line*. Lo scopo della consultazione è quello di raccogliere osservazioni e proposte sull'individuazione degli specifici settori sui quali si ritiene prioritaria un'attività regolatoria e sulla metodologia per l'adozione dei bandi - tipo previsti dall'articolo 64, comma 4-bis, del Codice, il quale prevede che "i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi - tipo) approvati dall'Autorità".

In merito a quest'ultimo aspetto, si deve tenere presente che il crescente aumento della spesa pubblica e le esigenze connesse ai vincoli di bilancio, hanno indotto il legislatore ad introdurre rilevanti modifiche al sistema di approvvigionamento di beni e servizi da parte delle pubbliche amministrazioni mediante il rafforzamento della centralizzazione degli acquisti e l'utilizzo dell'*e-procurement*.

Alla luce del nuovo quadro normativo, si è posta anche l'esigenza di verificare le modalità applicative dello strumento del bando-tipo rispetto alle procedure d'acquisto centralizzate espletate da centrali di committenza o stazioni uniche appaltanti, nonché rispetto alle procedure gestite con sistemi telematici, quali, ad esempio, i sistemi dinamici di acquisizione e i mercati elettronici. Al riguardo, occorre considerare che tali sistemi si basano, solitamente, su meccanismi a due fasi, nei quali la centrale di committenza/ente appaltante effettua una prima procedura di affidamento (sulla base di un minimo comune denominatore relativo al servizio/fornitura da porre a base di gara) che sarà poi completata e "personalizzata" dalla singola amministrazione acquirente nella successiva fase di aggiudicazione dello specifico appalto. In tale contesto, si dovrà

L'elaborazione di
"Bandi-tipo per
l'affidamento dei
contratti pubblici di
servizi e forniture"

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

effettuare una valutazione non solo in ordine alla rilevanza dei settori merceologici oggetto di convenzione/accordo quadro ma anche in relazione alle fasi della procedura di acquisto che potrebbero essere più utilmente regolati con l'approccio dei bandi-tipo.

Relativamente al contenuto e alla struttura dei bandi-tipo, si prevede l'elaborazione di modelli specifici per ciascun settore individuato, che consisteranno in documenti di gara (disciplinare di gara, lettera di invito), articolati per sistemi di affidamento (procedura aperta, ristretta, negoziata), importo a base di gara (sopra e sotto soglia comunitaria) e criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa). Nei bandi-tipo verranno definiti gli elementi essenziali della procedura di affidamento, con il duplice scopo di agevolare i contraenti pubblici nella predisposizione della documentazione di gara e al contempo, attraverso la standardizzazione della documentazione e delle procedure, semplificare la partecipazione alle gare e rendere più agevole, mediante l'eliminazione di contenziosi, la formazione e l'esecuzione del contratto. Tale processo di standardizzazione si integra con la semplificazione del processo di partecipazione, qualificazione e verifica dei requisiti attraverso il sistema previsto dall'articolo 6-bis del Codice, cui l'Autorità ha recentemente dato attuazione mediante la deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012, che ha istituito un sistema per la verifica *on-line* dei requisiti per la partecipazione alle procedure di affidamento.

Nei modelli confluiranno, altresì, le clausole tassative di esclusione già indicate nella determinazione n.4/2012.

I vari modelli saranno scaricabili dal sito internet dell'Autorità in formato liberamente utilizzabile e conterranno una serie di alternative al fine di consentirne l'adattamento alle varie fattispecie concrete. I modelli saranno accompagnati da un *vademecum* che indicherà gli elementi necessari e quelli eventuali che possono essere inseriti dalla stazione appaltante ed illustrerà le modalità di compilazione ed utilizzo dei modelli di bando. Al documento verrà, altresì, allegata una tabella, che guiderà le stazioni appaltanti nelle possibili alternative. Inoltre, come già sottolineato, riprendendo il contenuto del bando-tipo generale, verranno fornite

Capitolo VI

indicazioni sulle clausole tassative di esclusione e sulle parti del modello che potranno essere derogate dalle stazioni appaltanti, previa adeguata motivazione, come previsto dall'art. 64 del Codice. A titolo esemplificativo, saranno fornite indicazioni su come articolare i requisiti di partecipazione, anche in relazione alle diverse tipologie di operatori economici singoli o raggruppati, sulle modalità di aggiudicazione del contratto e sull'attribuzione dei punteggi tecnico/economici.

I bandi-tipo saranno oggetto di aggiornamenti "automatici" nel caso di modifiche normative o orientamenti giurisprudenziali consolidati intervenuti successivamente ed inoltre saranno sottoposti a valutazione di impatto (VIR) dopo un primo periodo di operatività e monitorati costantemente anche sulla base di eventuali quesiti o osservazioni pervenute.

Nel documento sottoposto a consultazione pubblica sono stati indicati, inoltre, alcuni dei settori che possono essere considerati prioritari per l'elaborazione di linee guida e/o bandi-tipo, individuati sulla base delle problematiche emerse nell'ambito dell'attività istituzionale di vigilanza svolta dall'Autorità, tenuto conto della rilevanza nel mercato degli appalti pubblici. I settori sono quelli di seguito indicati.

Le problematiche riscontrate dall'Autorità in ambito sanitario
In ambito sanitario, l'Autorità ha riscontrato diverse problematiche con riferimento alle forniture di prodotti farmaceutici, apparecchiature medicali, dispositivi medici e materiale di consumo specialistico. In particolare, le criticità rilevate riguardano la frammentazione delle gare in un numero molto elevato di lotti e l'imprecisa definizione dell'oggetto della gara e delle basi d'asta. Ulteriori problematiche, inoltre, sono emerse in relazione alle modalità di valutazione dell'offerta economica e all'individuazione dei criteri di valutazione tecnica.

Il facility management
Il *facility management* comprende un insieme di servizi eterogenei, tra i quali rientrano le pulizie, la manutenzione degli impianti e, nella versione integrata del global service, ulteriori prestazioni, come la ristorazione, la *reception*, il giardinaggio, ecc..

Nel settore sono state riscontrate varie problematiche relativamente all'affidamento dei diversi servizi. In generale, si è rilevato un utilizzo

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

improprio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in relazione alla corretta definizione dei criteri di valutazione dell'offerta tecnica e all'attribuzione dei relativi punteggi. Ulteriori aspetti critici sono stati riscontrati con riferimento alla valutazione del costo della manodopera nella formulazione delle basi d'asta e alla genericità dei bandi di gara che hanno, altresì, potenziali riflessi negativi in sede esecuzione del contratto.

Altri aspetti, oltre a quelli indicati, che potrebbero essere oggetto di un intervento dell'Autorità, riguardano la definizione dei requisiti di partecipazione, in relazione alla numerosità ed eterogeneità delle prestazioni richieste e le modalità di articolazione delle formule per l'assegnazione dei punteggi tecnico/economici.

L'Autorità ha recentemente riscontrato alcune criticità relative all'affidamento dei servizi di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione da parte di numerose amministrazioni comunali. Più nello specifico, le criticità rilevate riguardano: i) l'affidamento diretto del servizio in favore di società miste, talvolta comprensivo di ulteriori servizi relativi alla riqualificazione energetica e alla sicurezza degli impianti, attraverso la proroga o il rinnovo di convenzioni in essere; ii) la partecipazione di società miste a procedure di gara in contrasto con la normativa allora vigente, che precludeva la possibilità per le società non quotate in borsa, titolari di contratti affidati in via diretta, di partecipare a gare indette da enti pubblici; iii) l'inadeguatezza delle informazioni fornite alla stazione appaltante da parte del gestore *incumbent*, in ordine allo stato, al valore ed alle caratteristiche tecniche degli impianti, necessarie per la predisposizione della documentazione di gara, iv) le modalità e le condizioni economiche per il passaggio degli impianti dal gestore privato all'ente pubblico e il conseguente affidamento dei relativi servizi mediante procedura ad evidenza pubblica.

L'Autorità ha effettuato nel triennio 2009-2011 alcune indagini volte a verificare lo stato di attuazione della normativa in materia di affidamento dei servizi di raccolta e di smaltimento dei rifiuti urbani. Le indagine svolte hanno fatto emergere un fenomeno di diffusa frammentazione dei servizi,

I servizi di gestione e manutenzione degli impianti di pubblica illuminazione

Lo stato di attuazione della normativa in materia di affidamento dei servizi di raccolta e di smaltimento dei rifiuti urbani

Capitolo VI

non solo dal punto di vista territoriale ma anche nella gestione delle varie tipologie di servizio (raccolta, trasporto, recupero e smaltimento).

Tali modalità di gestione si pongono in contrasto con le indicazioni contenute nel Codice dell'ambiente (D.Lgs. 3 aprile 2006, n.152) che indirizzano verso una gestione unitaria delle varie fasi del ciclo che caratterizza i servizi ambientali.

Le indagini effettuate, inoltre, hanno messo in evidenza il perdurare del fenomeno degli affidamenti diretti del servizio a società miste pubblico-private, riscontrando aspetti di non conformità alle disposizioni legislative vigenti ed alla giurisprudenza costituitasi in materia.

Ulteriori attività di vigilanza, infine, oltre a confermare l'esigenza di accelerare il percorso verso l'espletamento di procedure di gara per l'individuazione del gestore unico, hanno messo in luce la necessità di verificare le modalità di attivazione dei rapporti contrattuali tra il gestore del servizio integrato ed i soggetti (talvolta operatori privati) titolari degli impianti di recupero e smaltimento dei rifiuti, nonché l'opportunità analizzare alcune criticità legate alle procedure di gara indette dagli stessi gestori per la fornitura di mezzi ecologici necessari all'espletamento del servizio, come, ad esempio, gli elevati oneri connessi alla presentazione di prototipi e alle relative prove di funzionamento.

Nel 2010 è stato costituito un apposito tavolo tecnico per lo studio delle problematiche del settore dei servizi di ingegneria ed architettura i cui risultati sono confluiti nella determinazione n. 5/2010. Alla luce del mutato quadro normativo a seguito dell'entrata in vigore del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 recante Regolamento di attuazione del Codice e delle novità introdotte in materia di tariffe professionali, l'Autorità intende proseguire le attività avviate dal tavolo con la finalità di rivedere e aggiornare le linee guida per l'affidamento di detti servizi che sono state fornite nella suddetta determinazione. In tale sede, si valuterà l'opportunità di elaborare bandi tipo specifici che tengano conto, per la determinazione dei corrispettivi da porre a base di gara, delle indicazioni contenute nel regolamento (D.M. 20 luglio 2012 n. 140, recante la determinazione dei parametri per la liquidazione da parte di un organo giurisdizionale dei compensi per le

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

professioni regolarmente vigilate dal Ministero della Giustizia) emanato ai sensi dell'art. 9, comma 2, del decreto legge 24 gennaio 2012, n. 1, convertito con modificazioni dalla Legge 24 marzo 2012, n. 27, e successivamente modificato dall'art. 5 del decreto legge 22 giugno 2012, n. 83, convertito dalla Legge 7 agosto 2012, n. 134.

Anche la determinazione n. 1/2013 persegue gli obiettivi di standardizzazione e riduzione dei costi amministrativi per la partecipazione agli appalti pubblici. Con tale determinazione, infatti, l'Autorità ha fornito chiarimenti in ordine all'interpretazione da darsi all'art. 11 del Codice dei contratti, a seguito della novella normativa di cui all'art. 6, comma 3, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 (cd. decreto sviluppo bis).

In particolare l'Autorità ha precisato che: l'applicazione dell'art. 11, comma 13, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 è circoscritta alla *species* di contratto pubblico di cui all'art. 3 del Codice; i contratti pubblici di cui all'art. 3 del medesimo Codice debbono essere redatti, a pena di nullità, o mediante atto pubblico notarile informatico o in forma pubblica amministrativa, con modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice, o mediante scrittura privata, per quest'ultima, quindi, resta ammessa la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento; la "modalità elettronica" della forma pubblica amministrativa può essere assolta anche attraverso l'acquisizione digitale della sottoscrizione autografa, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 25, comma 2, del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

La Determinazione n. 1/2013 contenente indicazioni interpretative sulla forma dei contratti pubblici

6.4 L'utilizzo strategico degli appalti pubblici

Nella proposte di revisione delle Direttive comunitarie in materia di appalti pubblici il legislatore europeo sembra spingere verso un maggior ricorso ad un uso strategico del sistema degli appalti, nel senso di considerarli, sotto determinate ipotesi, quale strumento di politica industriale, sociale, ambientale e di innovazione. Invero, l'attenzione per tali problematiche è già presente nell'attuale quadro regolatorio e anche alcuni interventi di

Capitolo VI

natura generale dell'Autorità possono essere letti in tale direzione. Si possono considerare al riguardo la richiamata determinazione sulle assicurazioni, nella quale sono contenute indicazioni su come aumentare la concorrenza nel mercato di riferimento, l'atto di segnalazione relativo alle misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici, volto ad estendere la possibilità di partecipare alle gare anche alle piccole e medie imprese, nonché la determinazione n. 3 del 2012, relativa alle modalità di partecipazione delle cooperative sociali.

Ad ulteriore riprova dell'importanza attribuita dal legislatore alle cooperative sociali, si deve ricordare come il recente provvedimento denominato *spending review*, esclude dall'obbligo di procedure disciplinate dal Codice dei contratti gli affidamenti a cooperative sociali, di cui alla Legge 8 novembre 1991, n. 381, confermando la deroga contenuta nella richiamata Legge (art. 4, comma 6, del decreto legge 6 luglio 2012, n. 95, convertito con modifiche dalla Legge 7 agosto 2012, n. 135).

La determinazione n. 3 del primo agosto 2012 contiene linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell' art. 5, comma 1, della Legge n. 381/91 ed offre alcune indicazioni anche con riguardo all'applicazione dell'art. 69 del Codice, in tema di cd. clausole sociali.

Le linee guida, frutto di un'ampia consultazione con le stazioni appaltanti e gli operatori economici interessati, forniscono alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici chiarimenti in ordine all'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo del citato art. 5, nonché alle modalità di affidamento delle relative convenzioni. Il punto di partenza dell'analisi condotta è costituito dal peculiare valore della richiamata disposizione che costituisce concreta attuazione dell'art. 45 della Costituzione, secondo cui la Repubblica riconosce la funzione sociale della cooperazione a carattere di mutualità e senza fini di speculazione privata e ne promuove e favorisce l'incremento con i mezzi più idonei, assicurandone, con opportuni controlli, il carattere e le finalità. La norma va, inoltre, letta in connessione con un contesto europeo sempre più attento al tema dell'integrazione degli aspetti sociali nella contrattualistica pubblica.

La Determinazione
n. 3/2012 contenente
linee guida per gli
affidamenti a
cooperative sociali

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

In tale quadro generale, con riferimento all'ambito soggettivo di applicazione dell'art. 5, le linee guida rammentano che le convenzioni possono essere stipulate da tutti gli enti pubblici, compresi quelli economici e le società a partecipazione pubblica. Soggetti beneficiari delle convenzioni di inserimento lavorativo, per contro, sono esclusivamente le cd. cooperative sociali di tipo "B" (cfr. art. 1, comma 1, lettera b), Legge n. 381/1991). Secondo l'avviso già espresso dall'Autorità, le linee guida ribadiscono che l'iscrizione all'albo regionale è condizione necessaria per la stipula delle convenzioni per le cooperative sociali aventi sede in Italia ed i loro consorzi (cfr. anche parere AVCP n. 40 del 2 aprile 2009).

Circa l'ambito oggettivo di applicazione, le linee guida rimarcano che oggetto della convenzione possono essere servizi e forniture al di sotto della soglia di rilievo comunitario, con esclusione dei lavori e dei servizi pubblici di rilevanza economica. Viene, tuttavia, precisato che l'oggetto della convenzione non si esaurisce nella mera fornitura di beni e servizi, essendo qualificato dal perseguitamento di una peculiare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati che giustifica la deroga alle regole ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti sotto soglia. Tale profilo, unitamente al successivo monitoraggio in termini quantitativi e qualitativi, deve, quindi, essere al centro della convenzione e, a monte, della determina a contrarre ex art. 11, comma 2, del Codice dei contratti. La finalità del reinserimento lavorativo, inoltre, deve essere coniugata con la necessità che la durata delle convenzioni non superi un limite temporale ragionevole, avuto riguardo all'oggetto della convenzione medesima. Le Linee guida chiariscono, poi, che il rinvio alle soglie comunitarie operato dalla Legge n. 381/1991 ha natura dinamica e che si applica il metodo comunitario di calcolo del valore stimato dell'appalto, come recepito dall'art. 29 del Codice dei contratti.

In merito alle modalità di affidamento della convenzione, le linee guida escludono che il ricorso allo strumento convenzionale possa tradursi in una deroga completa al generale obbligo di confronto concorrenziale, giacché l'utilizzo di risorse pubbliche impone comunque il rispetto dei principi generali della trasparenza e della par condicio. Viene, dunque, posto

Capitolo VI

l'accento sul profilo della pubblicità preventiva, suggerendo, come buona prassi di settore, che nell'ambito della programmazione dell'attività contrattuale (anche a prescindere dall'avvenuta adozione del programma facoltativo di cui all'art. 271 del Regolamento di attuazione), l'ente individui le esigenze di approvvigionamento di beni e servizi che possono essere soddisfatte mediante le convenzioni *ex art. 5* della Legge n. 381/1991, per poi procedere alla pubblicazione, sul proprio profilo committente, di un avviso pubblico, atto a rendere nota la volontà di riservare parte degli appalti di determinati servizi e forniture alle cooperative sociali di tipo B, per le finalità di reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati. In applicazione dei generali principi di buona amministrazione, economicità, efficacia e trasparenza (oltre che, in alcuni casi, di specifiche disposizioni di legge regionale), l'ente, ove sussistano più cooperative interessate alla stipula della convenzione, promuove l'esperimento di una procedura competitiva di tipo negoziato tra tali soggetti.

La determinazione specifica che l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione: è, quindi, applicabile la disciplina dettata dal Codice dei contratti e dal Regolamento attuativo sia per quanto attiene ai requisiti di partecipazione ed alle specifiche tecniche sia per l'esecuzione delle prestazioni, nonché con riguardo agli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Autorità.

Le Linee guida affrontano, infine, il tema delle cd. clausole sociali previste in via specifica dall'art. 5, comma 4, della Legge n. 381/1991 e, in via generale, dall'art. 69 del Codice dei contratti secondo cui *"le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché siano compatibili con il diritto comunitario e, tra l'altro, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precise nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Dette condizioni possono attenere, in particolare, a esigenze sociali o ambientali"*. Le clausole sociali inserite devono, quindi, essere compatibili con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità.

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

Le linee guida rammentano che, proprio al fine di valutare tale compatibilità, l'articolo 69, comma 3, del Codice dei contratti ha previsto la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere un parere preventivo non vincolante all'Autorità. Sotto il profilo formale, le linee guida ribadiscono la costante interpretazione dell'Autorità secondo cui le condizioni di esecuzione devono essere adeguatamente evidenziate in una clausola espressa del bando di gara.

CAPITOLO VII

L'ATTIVITA' CONSULTIVA E IL PRECONTENZIOSO

7.1 L'attività consultiva

L'attività consultiva ha riguardato numerosi argomenti; si riportano di seguito quelli aventi rilevanza generale tralasciando tutti quelli che si riferivano a fattispecie applicabili al caso specifico.

7.1.1 Appalto di lavori nei settori speciali - cauzione provvisoria e definitiva - artt. 75 e 113 del Codice dei Contratti

È stato sottoposto all'attenzione dell'Autorità un bando di gara relativo all'affidamento di lavori nei settori speciali (servizi ferroviari), censurato sotto due diversi profili:

- 1) La prevista non operatività del meccanismo di riduzione della cauzione provvisoria di cui all'art.75, comma 7 D.Lgs. 163/2006, per le imprese in possesso di certificazione di qualità.
- 2) L'obbligo per l'appaltatore di stipulare una fideiussione bancaria o assicurativa che preveda l'escussione a prima richiesta della somma garantita, in favore della stazione appaltante, senza che il fideiussore possa *"opporre eccezioni in ordine a qualsivoglia vicenda nel rapporto principale, ivi compreso il fallimento dell'affidatario"*, alla stregua di un vero e proprio contratto autonomo di garanzia.

Quanto al primo profilo, gli artt. 40, comma 7 e 75, comma 7 D.Lgs.163/2006 stabiliscono che l'importo della cauzione è ridotto alla metà per gli operatori economici ai quali sia stata rilasciata da organismi accreditati la certificazione del sistema di qualità conforme alle norme europee della serie UNI EN ISO 9000. Nel caso prospettato, però, la procedura di affidamento era bandita da un ente aggiudicatore nel settore dei servizi ferroviari, ai sensi dell'art. 3, comma 29 D.Lgs. 163/2006 e dell'allegato VI-D al Codice, come tale non soggetto alla diretta applicazione della parte II del Codice, concernente gli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari (nella quale rientra, appunto, la

Capitolo VII

disciplina sul dimezzamento della cauzione provvisoria di cui ai citati articoli 40 e 75, che non figurano tra le norme cui fa rinvio, per i settori speciali, l'art.206). L'ultimo comma dell'art. 206 del Codice stabilisce, invero, che gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali "...possono applicare altre disposizioni della parte II, alla cui osservanza non sono obbligati in base presente articolo, indicandolo nell'avviso con cui si indice la gara..." pertanto, non può che ritenersi legittima la *lex specialis* che abbia escluso l'operatività del beneficio della riduzione della cauzione per le imprese in possesso della certificazione del sistema di qualità.

In relazione al secondo profilo, oggetto della contestazione era stato l'inserimento, nello schema di cauzione definitiva, della clausola di escusione a prima richiesta della somma garantita senza che il fideiussore "possa opporre eccezioni in ordine a qualsivoglia vicenda nel rapporto principale, ivi compreso il fallimento dell'affidatario". In tal modo, si faceva rilevare, la cauzione verrebbe a configurarsi come un contratto autonomo di garanzia in deroga agli artt. 1939 e 1945 c.c. ed in contrasto con lo schema tipo vigente in materia di appalti pubblici fino ad approvazione ministeriale di nuovi schemi (art.252 D.Lgs. 163/2006).

Anche sotto questo profilo si è richiamato quanto precisato in relazione alla disciplina del dimezzamento della cauzione provvisoria.

Quanto all'estensione della garanzia all'ipotesi di fallimento dell'impresa appaltatrice, tale clausola era riferibile alla sola ipotesi della risoluzione contrattuale per inadempimento dell'appaltatore pronunciata prima del fallimento, mentre il fideiussore non risponde della mancata esecuzione delle opere conseguente allo stato di insolvenza che abbia determinato il fallimento dell'impresa.

L'Autorità ha, dunque, avuto modo di chiarire che un ente aggiudicatore operante nei settori speciali può discrezionalmente predisporre il contenuto negoziale degli schemi di cauzione definitiva da sottoporre alle imprese appaltatrici, né possono ritenersi fondati i dubbi avanzati circa la liceità della stipulazione di un contratto autonomo di garanzia nel quale l'istituto fideiussore si impegna a pagare a prima richiesta alla stazione appaltante,