

APPENDICE B

ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DELL'AUTORITÀ

B.1 Determinazioni - anno 2012

B.1.1 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". A seguito dell'entrata in vigore del d.l. 70/2011, l'Autorità ha ritenuto opportuno intervenire nuovamente sulla materia, fornendo indicazioni interpretative in merito ai requisiti generali per la partecipazione alle procedure di affidamento integrative rispetto a quelle contenute nella determinazione n. 1 del 2010. Particolarmente significative sono le indicazioni relative alle lettere b), c), h). Con esse l'Autorità ha proceduto a decodificare le espressioni "persona fisica" e "socio di maggioranza" e puntualizzare quali siano i soggetti tenuti a rendere le dichiarazioni di non essere sottoposti a procedimenti per l'irrogazione di misure di prevenzione antimafia, a seguito dell'ampliamento del novero introdotto dalla riforma; rimarcare la riduzione da tre anni ad uno, quale periodo rilevante, al fine della cessazione dalle cariche individuando diversi indici rivelatori dell'effettività della dissociazione nei comportamenti concludenti con riferimento a quelli già indicati nella determinazione n. 1/2010; sottolineare l'obbligo del concorrente di dichiarare tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione poiché spetta all'amministrazione il giudizio sulla gravità del reato. Inoltre, in relazione alla lett.h), segnala l'obbligo derivante dal neoinserto comma 1-ter che in caso di presentazione di falsa documentazione o di falsa dichiarazione nelle procedure di gara e negli affidamenti in subappalto, richiede che 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 per un periodo massimo di un anno, decorso il

Appendice B

quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia; ha ricordato che la novella legislativa prevede la sanzione dell'iscrizione nel casellario 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 e 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.

B.1.2 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, ed in particolare su quelli dotati di "intrinseca natura soggettiva" quali, ad esempio, l'iscrizione ad Albi speciali, l'iscrizione alla Camera di Commercio. Nello specifico, l'Autorità ha ritenuto l'inammissibilità dell'avvalimento per il requisito della certificazione di qualità, scisso dagli altri requisiti che concorrono al rilascio dell'attestazione SOA. Per quanto concerne l'iscrizione in albi e le abilitazioni professionali, l'impossibilità di costituire oggetto di avvalimento è determinata dalla peculiarità del requisito di configurare uno "status" giuridico strettamente personale sottoposto a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quella attività, per esempio attraverso uno specifico meccanismo autorizzatorio. È stato chiarito inoltre che secondo la nuova formulazione del comma 6 dell'articolo 49, come modificato dal terzo decreto correttivo del Codice, deve essere interpretato nel senso di limitare il ricorso all'avvalimento ad una sola impresa ausiliaria per ciascuna categoria di qualificazione, salvo le eccezioni previste dalla stessa disposizione mentre il divieto di cumulo è stato eliminato con riferimento agli appalti di servizi e forniture. Si è ritenuto, altresì, che l'avvalimento possa trovare applicazione anche ai servizi di ingegneria e architettura, con riguardo ai requisiti di partecipazione. Per quanto riguarda i raggruppamenti temporanei, sulla base della normativa vigente, non si ravvisano limitazioni all'applicazione

Attività di regolazione dell'Autorità

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 avvalsa). In ordine alle problematiche relative al coordinamento con la disciplina del subappalto, mentre in fase di qualificazione il concorrente può utilizzare liberamente l'avvalimento, qualora esso si concretizzi in subappalto, quest'ultimo incontra i limiti previsti dalla disciplina speciale pubblicistica per esso stabilita. Infine l'Autorità ha ribadito la necessità di un contratto di avvalimento, non surrogabile con le dichiarazioni rese in sede di gara dall'ausiliario e dall'ausiliato, e l'obbligo del concorrente di allegare i documenti previsti dall'art. 49 del Codice, a pena di esclusione.

B.1.3 Determinazione n. 3/2012: *"Linee guida per gli affidamenti a cooperative sociali ai sensi dell' art. 5, comma 1, della legge n. 381/91"* . L'Autorità offre alcune indicazioni in tema di cd. clausole sociali, in ordine all'ambito di applicazione soggettivo ed oggettivo dell'art. 5, nonché alle modalità di affidamento delle relative convenzioni. 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". Secondo l'avviso già espresso dall'AVCP, (cfr. anche parere AVCP n. 40 del 2 aprile 2009), 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. Circa l'ambito oggettivo di applicazione, 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 deve risultare qualificato dal perseguimento di una peculiare finalità di carattere sociale, consistente nel reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati che giustifica la deroga alle regole

Appendice B

ordinarie dettate dal Codice dei contratti per gli appalti sotto soglia. In ordine alle modalità di affidamento l'ambito della deroga al Codice dei contratti è limitato alle sole procedure di aggiudicazione; si ritiene 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 della compatibilità delle cd. clausole sociali con il diritto comunitario e, in particolare, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità, per verificare la quale, l'art. 69 comma 3 del Codice dei contratti prevede la possibilità per le stazioni appaltanti di richiedere un parere preventivo non vincolante all'Autorità. Sotto il profilo formale, le linee guida ribadiscono che le condizioni di esecuzione devono essere adeguatamente evidenziate in una clausola espressa del bando di gara.

B.1.4 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) 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. 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, salva la facoltà di derogare a quanto ivi previsto, previa motivazione nella delibera a contrarre. Il Documento analizza le varie ipotesi di esclusione, ripartendo le stesse secondo i criteri stabiliti dall'art. 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, oppure

Attività di regolazione dell'Autorità

contemporaneamente a più di uno dei criteri indicati dalla norma. Si precisa che al di fuori dei casi in cui 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) in quanto relativa a norme di legge di natura imperativa a cui non è ammessa alcuna deroga, le stazioni appaltanti possono specificare nei bandi e nelle lettere di invito, che un determinato comportamento è imposto a pena di esclusione. Nella determina vengono forniti importanti chiarimenti sui soggetti tenuti a rendere le prescritte dichiarazioni sul possesso dei requisiti e sul 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 classificato. 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

Appendice B

produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata prova 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, a seguito delle modifiche apportate 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, al comma 13 dell'art. 37, con riferimento al principio di corrispondenza, nei soli lavori pubblici, tra quote di partecipazione e quote di esecuzione. 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 "sovrabbondanti", 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 plichi contenenti l'offerta o la domanda di partecipazione e, in definitiva, il corretto svolgimento della procedura di gara.

*Attività di regolazione dell'Autorità***B.2 Determinazioni - anno 2013**

B.2.1 Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013 *"Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice"* 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 ammissibile 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.

B.2.2 Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013 *"Questioni interpretative concernenti l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa"*. L'Autorità, dopo aver condotto un'estesa analisi sulle problematiche del mercato assicurativo e dell'intermediazione assicurativa, l'Autorità propone diverse misure che, se opportunamente implementate, potrebbero essere d'ausilio per rimuovere talune inefficienze. In particolare, si rileva che la struttura 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

Appendice B

elevate, da cui deriva il fenomeno delle gare deserte e la proroga di contratti di assicurazione con gli stessi soggetti. Al fine di ovviare a simili disfunzioni, l'Autorità suggerisce la possibilità che la stazione appaltante faccia convergere presso un unico soggetto o ufficio tutte le attività connesse con la gestione delle polizze di assicurazione e dei rapporti con i contraenti e introduca 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 capitoli 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. Inoltre, 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. Si è ribadita l'opportunità di mantenere distinti i servizi di intermediazione da quelli assicurativi, propriamente intesi per non compromettere 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 con commissioni calcolate in percentuale dei premi che verranno sottoscritti, ritenendo che l'attuale prassi dominante provoca il rischio di falsare i meccanismi di gara, giacché il prezzo è utilizzato, come previsto dal Codice, tra i criteri di valutazione e così si finisce con l'assegnare un punteggio maggiore non al prezzo più contenuto ma all'offerta che presenta la percentuale più bassa rispetto a un valore non noto. In un documento di lavoro separato, sono state quindi indicate alcune

Attività di regolazione dell'Autorità

modalità di remunerazione alternative, indicandone i vantaggi e gli svantaggi.

B.3 Segnalazioni - anno 2012

B.3.1 Atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012 *“Misure per la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara per l'aggiudicazione di contratti pubblici”* L'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici ha inviato al Governo e al Parlamento l'atto di segnalazione n. 2 del 27 settembre 2012 al Governo e Parlamento, con cui suggerisce un intervento normativo volto ad introdurre nel Codice dei contratti alcune regole basilari necessarie per permettere la partecipazione delle reti di impresa alle procedure di gara.

La proposta arriva a seguito di una apposita consultazione con gli operatori di settore, avutasi nel mese di luglio 2012 ed esamina alcune problematiche giuridiche e applicative che riguardano la definizione del meccanismo di partecipazione alle gare, il possesso dei requisiti di qualificazione, la partecipazione alle reti di impresa da parte di professionisti ed alcune problematiche in fase di esecuzione del contratto. L'Avcp propone di inserire all'art. 34, tra i soggetti a cui possono essere affidati i contratti, i concorrenti riuniti nell'ambito di una rete di impresa ai sensi dall'art. 3, commi 4-ter e ss., del d.l. 10 febbraio 2009, n. 5. Suggerisce inoltre che le necessarie modifiche andrebbero apportate anche all'art. 37, con peculiare riguardo al profilo della qualificazione e dei divieti di partecipazione, necessari a garantire la concorrenza (l'art. 37 resterebbe, comunque, applicabile per i profili non espressamente disciplinati, in quanto compatibile). Infine l'Autorità afferma che una volta individuata la cornice giuridica di riferimento e, qualora il legislatore ne condivida l'opportunità, potrà fornire indicazioni operative ed attuative, relative alle formalità di partecipazione, in sede di adozione dei bandi-tipo ex art. 64, comma 4-bis.

*Appendice B***B.4 Segnalazioni – anno 2013**

B.4.1 Atto di segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013 *“Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7 secondo periodo, del Codice”*. Con tale atto di segnalazione, l’Autorità auspica un intervento normativo atto a coordinare le recenti modifiche normative che hanno posto in dubbio la perdurante sussistenza dell’obbligo di pubblicazione per estratto sui quotidiani. Secondo l’Autorità, la frammentarietà e la mancanza di chiarezza del quadro legislativo possono essere all’origine di un ingente contenzioso amministrativo, soprattutto in considerazione dell’obbligo di rimborso delle spese di pubblicazione a carico dell’aggiudicatario, introdotto dalla legge 221/2012 di conversione del d.l. 179/2012. Si profilano due contrapposti orientamenti interpretativi: una prima tesi secondo cui, dati i richiami espressi alle norme di pubblicità previste dal codice, da parte della legge anticorruzione e del decreto sviluppo bis (d.l. 179/2012), le amministrazioni hanno l’obbligo di pubblicazione anche sui quotidiani. Secondo altra interpretazione, in linea con le misure di modernizzazione, semplificazione e digitalizzazione dell’attività amministrativa, la pubblicazione degli avvisi sui quotidiani deve considerarsi una mera facoltà. L’Autorità ha richiesto, dunque, un intervento del legislatore, atto a coordinare le diverse disposizioni succedutesi nel tempo.