

degli immobili. Nel corso della consultazione svolta nei mesi di marzo e aprile 2013, gli operatori del settore hanno sostanzialmente confermato le criticità che l'Autorità ha riscontrato nel settore e, più in generale, nell'ambito del cd. *facility management*. Nel complesso, le principali problematiche poste all'attenzione dell'Autorità sono state:

- la scarsa attenzione alla programmazione di servizi e l'affidamento dei contratti secondo la logica della cd. "rottura/guasto";
- la genericità della documentazione di gara circa i servizi inclusi nel contratto e la scarsità di informazioni in essa riportate sullo stato e sulle caratteristiche degli immobili e degli impianti oggetto di manutenzione;
- la difficoltà delle stazioni appaltanti di distinguere le attività da ricondurre alla sfera dei "servizi" da quelle, invece, da ricondurre alla sfera dei "lavori";
- la fissazione di requisiti di partecipazione sproporzionati, soprattutto in relazione alla capacità tecnico-organizzativa richiesta alle imprese concorrenti;
- alcune distorsioni nell'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ed in particolare la definizione di criteri di valutazione dell'offerta tecnica troppo generici e non collegati con l'oggetto dell'appalto, nonché la mancata suddivisione degli stessi in sub-criteri;
- difficoltà nell'applicazione dei CCNL, ed in particolare nell'individuazione dei contratti collettivi nazionali applicabili negli appalti in cui sono previsti una pluralità di servizi appartenenti a comparti di lavoro diversi, e le connesse valutazioni del costo della manodopera in sede di verifica di congruità dell'offerta.

Sulla base di tali elementi l'Autorità sta elaborando un documento di consultazione volto ad affrontare le questioni e le criticità principali attinenti ai servizi in esame con l'obiettivo di fornire agli operatori del settore strumenti operativi utili alla gestione delle relative procedure di affidamento.

Bandi-tipo per l'affidamento di lavori pubblici

Nel mese di giugno 2013 l'Autorità ha avviato la consultazione sui bandi-tipo per l'affidamento di lavori pubblici nei settori ordinari. I bandi-tipo predisposti consistono, nel complesso, in n. 16 modelli di disciplinare di gara/lettere di invito e norme integrative del bando per gli appalti di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro, per i quali vige il sistema di qualificazione previsto dal Regolamento.

I disciplinari di gara regolamentano, nello specifico, la procedura aperta, ristretta e negoziata per le varie tipologie di appalto previste dall'art. 53 del Codice, ovvero la sola esecuzione di lavori e la progettazione ed esecuzione di lavori, con i criteri di aggiudicazione del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Si tratta di un insieme di modelli volti a fornire alle stazioni appaltanti strumenti operativi per l'affidamento di lavori pubblici che, oltre a riprodurre le cause tassative di esclusione, come indicate in via generale nella determinazione dell'Autorità del 10 ottobre 2012 n. 4, forniscono puntuali indicazioni sugli aspetti più importanti dell'*iter* di affidamento quali, ad esempio, le modalità di qualificazione ai sensi del Codice e del Regolamento, le modalità di presentazione delle offerte e delle dichiarazioni da parte dei concorrenti, i contenuti delle offerte tecnico-economiche in relazione agli appalti di progettazione ed esecuzione di lavori, le possibili formulazioni dell'offerta economica (a corpo, a corpo e a misura, o solo a misura), le regole per la costituzione dei raggruppamenti temporanei d'impresa, le modalità per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Anche in considerazione delle richieste pervenute da alcune Associazioni del settore, l'Autorità ha sospeso la consultazione sui bandi-tipo nelle more di conoscere l'assetto normativo conseguente al parere consultivo n. 3014 del 26 giugno 2013 con il quale il Consiglio di Stato ha dichiarato illegittime alcune norme del Regolamento attinenti al sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici. Con il richiamato parere il Consiglio di Stato, Commissione speciale, accogliendo in parte il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'AGI, ha disposto l'annullamento

delle norme di cui agli artt. 107, co. 2, e 109, co. 2, del Regolamento, relativamente all'individuazione delle categorie a qualificazione obbligatoria e delle categorie cd. "super specialistiche" per le quali, in mancanza di qualificazione vige l'obbligo del subappalto o di partecipazione in ATI verticale al fine di poter eseguire quella parte di lavori non subappaltabile. Con la medesima decisione, inoltre, il Consiglio di Stato ha disposto l'annullamento dell'art. 85, co. 1, lett. b), nn. 2 e 3 del Regolamento, nella parte in cui impone all'impresa concorrente il limite del 10% per l'utilizzo, ai fini della qualificazione, dell'importo dei lavori subappaltati eccedente il 30% o il 40% a seconda che la lavorazione subappaltata appartenga ad una categoria a qualificazione obbligatoria o ad una a qualificazione non obbligatoria. Il parere del Consiglio di Stato è poi divenuto esecutivo con l'emanazione del D.P.R. 30 ottobre 2013 che ha abrogato le suddette norme del Regolamento.

Gli effetti abrogativi di tale decreto, inizialmente sospesi dall'art. 3, co. 9, del D.L. 30 dicembre 2013, n. 151, poi decaduto, sono stati riproposti dall'art. 12-bis del decreto legge per l'emergenza abitativa presentato in data 12 marzo 2014 dal Ministro per le Infrastrutture e Trasporti Maurizio Lupi che è stato approvato dal Consiglio dei Ministri. La norma dispone la riduzione del numero delle categorie a qualificazione obbligatoria previste dal Regolamento e prevede, al contempo, che tali disposizioni cessano di avere efficacia alla data di entrata in vigore delle disposizioni regolamentari sostitutive delle previsioni di cui agli articoli 107, co. 2, e 109, co. 2, del Regolamento, annullate dal decreto del Presidente della Repubblica 30 ottobre 2013, che dovranno essere adottate entro 12 mesi dall'entrata in vigore del decreto in questione.

E' evidente che l'incertezza del quadro normativo che ha interessato una serie di norme assai complesse e nevralgiche per l'intero sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici non ha certamente facilitato il compito dell'Autorità di elaborare i bandi-tipo in questo settore. A tale incertezza ha, altresì, contribuito la novità introdotta dal D.L. 21 giugno 2013 n. 69 (cd. "del Fare"), convertito con modificazioni dalla L. 9 agosto

2013, n. 98 in tema di costo del lavoro, ora contenuta nel nuovo co. 3-bis all'art. 82 del Codice, secondo cui il prezzo più basso è valutato al netto del costo relativo alle spese del personale e della sicurezza.

Tali mutamenti normativi hanno pertanto indotto inizialmente l'Autorità a sospendere la consultazione avviata nel mese di giugno e, successivamente, a riaprirla nel mese di febbraio 2014 e ulteriormente prorogarla con l'intervenuta disposizione di cui all'art. 12-bis del decreto emergenza abitativa.

Ad oggi, l'Autorità sta proseguendo la fase di elaborazione dei bandi-tipo alla luce delle osservazioni formulate dagli operatori del settore nell'ambito della consultazione riaperta e delle osservazioni trasmesse dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.

6.3.3 Altre Determinazioni

Con l'atto di Determinazione n. 1 del 13 febbraio 2013 recante "*Indicazioni interpretative concernenti la forma dei contratti pubblici ai sensi dell'art. 11, comma 13 del Codice*" sono state analizzate le difficoltà applicative dell'art. 11, co. 13, del Codice, nel testo novellato dall'art. 6, co. 3, del D.L. 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012, n. 221 (cd. decreto sviluppo bis), ai sensi del quale «il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata».

In relazione a tale norma, su segnalazione degli operatori del settore, è sorta infatti l'esigenza di individuarne l'ambito oggettivo di applicazione. E' stato quindi chiarito che l'obbligo del ricorso alle modalità elettroniche di stipula appare circoscritto alla stipulazione del contratto in forma pubblica amministrativa, non essendovi una analoga specificazione con riguardo all'utilizzo della scrittura privata, nei casi in cui detto utilizzo è consentito. La modalità elettronica costituisce, dunque, una modalità

Determinazione
n. 1/2013 - la
forma dei
contratti

attuativa obbligatoria della forma pubblica amministrativa e non una forma alternativa alla stessa.

Conclusivamente, è stato affermato che l'applicazione dell'art. 11, co. 13, del Codice, nel testo novellato dal D.L. 179/2012, convertito con mod. dalla L. 221/2012, è circoscritta alla *species* di contratti pubblici di cui all'art. 3 del Codice; questi ultimi devono 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 la scrittura privata resta quindi ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento. Infine è stato chiarito che 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, co. 2, del D.lgs. 7 marzo 2005, n. 82.

Determinazione
n. 6/2013 -
disciplina
dell'arbitrato in
seguito alla
legge n. 190/
2012

Nell'Atto di Determinazione n. 6 del 18 dicembre 2013, sono state fornite "indicazioni interpretative concernenti le modifiche apportate alla disciplina dell'arbitrato nei contratti pubblici dalla legge 6 novembre 2012, n. 190, recante disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell'illegalità nella pubblica amministrazione". Al riguardo l'Autorità ha analizzato i seguenti aspetti della disciplina dell'arbitrato.

In relazione all'individuazione dell'ambito di estensione del divieto di cui al co. 18 dell'art. 1, della L. 190/2012, è stato evidenziato che detto divieto non riguarda le categorie degli avvocati dello Stato e dei magistrati a riposo ma deve correttamente essere riferito solo ai magistrati (ordinari, amministrativi, militari e contabili), agli avvocati e procuratori dello Stato e ai componenti delle commissioni tributarie in servizio. Quanto ai profili di diritto intertemporale dell'applicazione del citato comma 18, è stato chiarito che il suddetto divieto non ha efficacia retroattiva con riguardo agli incarichi relativi a procedimenti arbitrali in corso o a collegi arbitrali già costituiti alla data del 28 novembre 2012 (data di entrata in vigore della norma); a tale ipotesi deve assimilarsi anche il caso dei provvedimenti di nomina, con conseguente accettazione, intervenuti prima della suddetta

data, anche ove il collegio non sia ancora costituito e sia stata presentata l'istanza di nomina del terzo arbitro alla camera arbitrale successivamente a tale data. Infine è stato puntualizzato che al pregresso conferimento deve essere equiparata anche la nomina ex art. 810 c.p.c., poiché la nomina effettuata dal Presidente del Tribunale ha natura di provvedimento di volontaria giurisdizione sostitutiva di attività manchevole delle parti ed è, come tale, equiparabile al conferimento ad opera delle parti.

In relazione al differente profilo delle modalità di nomina dell'arbitro di elezione pubblica, scelto a norma dell'art. 1, co. 23, della L. 190/2012 "preferibilmente" tra i dirigenti pubblici (nel caso di arbitrato tra PA e soggetti privati), l'Autorità ha affermato quanto segue: è da escludere l'applicabilità a tale ipotesi dell'art. 815, co. 1, n. 5, c.p.c. (ricusazione dell'arbitro legato ad una delle parti da rapporto di lavoro); il rinvio al Codice contenuto nel medesimo co. 23 dell'art. 1 (per il caso di impossibilità di individuare un dirigente pubblico cui affidare l'incarico di arbitro) comporta la riferibilità al complesso delle disposizioni del Codice, ivi comprese quelle relative alle modalità di nomina degli arbitri di cui all'art. 241, escludendo invece l'attribuzione alla Camera Arbitrale del (nuovo) potere di nomina dell'arbitro della PA; il co. 21 (modalità di nomina degli arbitri) sembra trovare applicazione sia con riguardo alle controversie tra PA (co. 22) sia con riguardo alle controversie tra privati e PA (co. 23); ai sensi dell'art. 19, co. 1, lett. c) del Codice, quest'ultimo non si applica ai contratti pubblici concernenti i servizi d'arbitrato e di conciliazione; la nomina dell'arbitro di parte deve comunque avvenire nel rispetto della disciplina generale ai sensi dell'art. 241, commi 4 e 6, del Codice, ove sono stabiliti i motivi di incompatibilità per l'affidamento dell'incarico.

In ordine ai profili di diritto intertemporale relativi all'applicazione del comma 19 sull'obbligo di previa autorizzazione motivata dell'organo di governo ai fini del valido inserimento della clausola compromissoria nel bando, l'Autorità ha chiarito che con il co. 19 dell'art. 1 della L. 190/2012, viene sostituito il co. 1 dell'art. 241 del Codice, il quale prevede la facoltà di ricorrere all'arbitrato previa autorizzazione motivata da parte dell'organo

di governo dell'amministrazione. Al riguardo è stato affermato che il co. 25 esclude dall'applicazione del co. 19 gli arbitrati conferiti o autorizzati prima della data di entrata in vigore della legge; pertanto, il citato co. 19 si applica agli altri casi, quindi dovranno ritenersi inefficaci quelle clausole compromissorie, ancorché contrattualmente assunte dalle parti, non previamente autorizzate dall'organo di governo.

In ordine alla questione dell'inclusione nel potere di previa autorizzazione, riconosciuto all'organo di governo, anche del potere di convalidare, motivando espressamente, le clausole arbitrali già inserite nei bandi per gli arbitrati non ricadenti nell'ipotesi di cui all'art. 1, co. 25, al fine di evitare un'irragionevole disparità di trattamento tra i contratti futuri (per i quali è sempre possibile rendere l'autorizzazione, in conformità al co. 19, dell'art.1 della L. 190/2012) ed i contratti in corso, in ordine ai quali i relativi bandi di gara rechino clausole arbitrali (pur in assenza dell'autorizzazione alla data di entrata in vigore della legge sopra richiamata), l'Autorità ha ritenuto ammissibile, anche per quest'ultimi, il rilascio di un'autorizzazione a posteriori.

**Determinazione
n. 1/2014 -
Procedimento di
verifica dei
requisiti speciali**

Infine, con l'atto di Determinazione n. 1 del 15 gennaio 2014, sono state adottate le "Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163", al fine di fornire agli operatori del settore indicazioni operative in relazione al procedimento di verifica dei requisiti speciali per la partecipazione alle procedure di affidamento dei contratti pubblici di cui all'articolo 48 del D.Lgs. 163/2006. Tale tematica era stata già affrontata con determinazione n. 5/2009, tuttavia, alla luce dell'evoluzione normativa e giurisprudenziale in materia, l'Autorità ha ritenuto opportuno fornire nuove indicazioni in ordine all'art. 48 del Codice.

La nuova determinazione chiarisce, dunque, in primo luogo che il procedimento di verifica contemplato in tale disposizione normativa è obbligatorio per tutti i contratti aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, nei settori ordinari, sia sopra che sotto soglia comunitaria (il Titolo II del Codice non ne esclude, infatti, l'applicazione ai contratti sotto soglia), aggiudicati con procedura aperta, ristretta, negoziata, con o senza pubblicazione di un bando di gara o con dialogo competitivo.

Riguardo all'ambito di applicazione della procedura è stato chiarito, in particolare, che per gli appalti pubblici di lavori, per i quali vige il sistema unico di qualificazione (art. 40 del Codice), non è applicabile la verifica ex art. 48; il procedimento in esame deve invece applicarsi alle gare d'appalto di lavori di importo pari o inferiore a € 150.000, in relazione ai requisiti indicati nell'art. 90 del regolamento ed agli appalti di importo superiore ad Euro 20.658.000, per i quali oltre all'attestazione SOA con classifica VIII il concorrente deve aver realizzato, nel quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando, una cifra d'affari, ottenuta con lavori svolti mediante attività diretta ed indiretta, non inferiore a tre volte l'importo a base di gara (art. 61, co. 5, Reg).

Alcune considerazioni sono state svolte in relazione alle concessioni di servizi ed alle concessioni di lavori, affermando che la procedura ex art. 48 non trova applicazione alle prime in quanto sottratte al Codice (ex art. 30), mentre trova applicazione per i lavori pubblici affidati dai concessionari di servizi, quando essi sono strettamente strumentali alla gestione del servizio e le opere pubbliche diventano di proprietà dell'amministrazione aggiudicatrice; la procedura ex art. 48 trova altresì applicazione per le concessioni di lavori pubblici (ex art. 142, co. 3). L'inapplicabilità della disposizione in esame è stata invece prevista per gli appalti di lavori affidati dai concessionari che non sono amministrazioni aggiudicatrici e per gli appalti nei settori speciali (fatto salvo quanto previsto dall'art. 230 del Codice).

In ordine ai requisiti oggetto della verifica, è stato chiarito che trattandosi di norma sanzionatoria, di stretta interpretazione, l'art. 48 concerne esclusivamente i requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dallo stesso menzionati e che lo stesso è applicabile, qualunque sia l'importo dell'appalto di servizi o forniture, solo laddove siano stati richiesti nel bando di gara i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa e ne siano stati fissati i relativi livelli minimi.

A tal riguardo è stato inoltre precisato che la clausola del bando che prevede un livello minimo di uno specifico requisito non deve essere formulata in termini equivoci o indistinti neanche con riferimento al

periodo di attività documentabile, in relazione al quale si richiede debba essere maturato lo specifico requisito (in particolare, riguardo agli ultimi tre esercizi indicati sia dall'art. 41, co. 1, lett. c), che dall'art. 42, co. 1, lett. a) e g), la data da cui procedere a ritroso per l'individuazione del suddetto triennio è quella individuata dalla data di pubblicazione del bando). Sono state, quindi, indicate le modalità di dimostrazione del possesso dei requisiti speciali.

L'atto di determinazione si sofferma, inoltre, sull'applicabilità della procedura di cui all'art. 48 agli appalti di progettazione ed esecuzione (art. 53, co. 2, lettere b) e c) del Codice) - con specifico riferimento alla possibilità di sottoporre alle sanzioni previste dall'art. 48 del Codice (art. 6, co. 11, e sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento) il progettista indicato da un'impresa concorrente o partecipante come mandante all'interno di un raggruppamento, nel caso in cui non riesca a comprovare la dichiarazione del possesso dei requisiti prescritti dal bando - ed al caso in cui il concorrente abbia dichiarato di fare ricorso all'istituto dell'avvalimento al fine di soddisfare uno o più requisiti speciali richiesti dal bando.

Nel documento in esame si analizza, altresì, la natura dei termini per gli adempimenti previsti dall'art. 48 e le modalità di verifica, confermando - riguardo al primo aspetto - (ed in linea con il precedente orientamento in materia dell'Autorità) che il termine di dieci giorni entro cui i concorrenti sorteggiati devono documentare i requisiti richiesti nel bando ed oggetto di autodichiarazione abbia natura perentoria (eccezion fatta per l'eventuale richiesta di chiarimenti ai sensi dell'art. 46, co. 1 del Codice) e - riguardo al secondo profilo - che i requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa per le imprese esecutrici di lavori pubblici, per i fornitori e per i prestatori di servizi (previsti, rispettivamente, dagli artt. 90, co. 1, lettere a), b) e c), del Regolamento, dall'art. 41, co. 1, lett. b) e c) e dall'art. 42, co. 1 del Codice), possono essere provati dai concorrenti in sede di gara mediante dichiarazione sottoscritta in conformità alle disposizioni del D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La loro sussistenza è, poi, accertata dalla stazione appaltante in base all'art. 48, richiedendo ai concorrenti sorteggiati

e ai primi due classificati la documentazione probatoria che gli stessi sono tenuti ad esibire a conferma delle dichiarazioni rilasciate.

Infine, l'atto di determinazione esamina i presupposti al cui verificarsi si ricollegano le previste misure sanzionatorie, illustrando la disciplina sottesa all'irrogazione delle sanzioni da parte della stazione appaltante (esclusione dalla gara ed escussione della cauzione in caso di mancata conferma delle dichiarazioni contenute nella domanda di partecipazione o nell'offerta) e da parte dell'Autorità (adozione del provvedimento di cui all'art. 6, co. 11, di tipo pecuniario, oltre che una sanzione di tipo interdittivo riguardo alla partecipazione alle procedure di affidamento).

6.4 Attività di analisi di impatto tecnico - normativa

Anche gli atti normativi in senso ampio (decreti legge, legislativi, disegni di legge e leggi approvate, ma anche decreti ministeriali, decreti del Presidente della Repubblica e DPCM) sono oggetto di analisi da parte dell'Autorità allo scopo di individuarne la *ratio* e approfondire in forma prodromica il possibile impatto sul mercato delle imprese e delle amministrazioni ed eventualmente l'impatto diretto che essi abbiano sull'Autorità stessa. L'attività di analisi di impatto viene condotta *in fieri*, durante la fase di elaborazione del provvedimento e soprattutto prima che esso divenga definitivo, allo scopo di sottoporre, laddove necessario, agli organi di Governo e/o Legislativi eventuali emendamenti tramite Atti di segnalazione al Governo e al Parlamento emanati ai sensi dell'art. 6, co. 7, lettera f), del D.lgs. 163/2006. Dall'attività di analisi della normativa è derivata in questo anno l'elaborazione e segnalazione di varie proposte di modifica, tutte ispirate ai principi della semplificazione ed efficienza che, attraverso interventi, a volte di dettaglio, altre volte più estesi, nell'insieme sono risultate utili all'obiettivo di conferire organicità alla disciplina degli appalti pubblici.

6.4.1 Atti di Segnalazione

L'Atto di segnalazione n. 1 del 27 marzo 2013, in materia di "*Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi ex art. 66, comma 7, secondo periodo, del Codice*",

Atto di segnalazione n. 1/2013 - Pubblicazione cartacea degli avvisi e dei bandi

ha ad oggetto la disamina delle modalità di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara a seguito di alcuni interventi normativi che hanno posto in dubbio la perdurante sussistenza dell'obbligo di pubblicazione per estratto sui quotidiani.

In particolare, nel documento sono stati illustrati tutti gli interventi normativi in materia, a partire dal 2009, in relazione ai quali si sono prospettate due differenti tesi: 1. secondo una prima opzione interpretativa, la clausola di salvezza delle disposizioni del Codice contenuta nell'art. 1, co. 31, della L. 190/2012 ed il richiamo al co. 7 dell'art. 66 e al co. 5 dell'art. 122 del Codice, operato dall'art. 34, co. 35, del D.L. 179/2012, sarebbero espressivi di una *voluntas legis* abrogativa dell'art. 32, co. 5, con conseguente piena reviviscenza delle disposizioni in tema di obbligatoria pubblicazione sui giornali degli estratti di bandi e avvisi di gara sancita dai richiamati articoli. 2. in senso contrario, l'antinomia tra l'art. 66, co. 7 del Codice e l'art. 32 andrebbe risolta facendo applicazione degli ordinari canoni ermeneutici in tema di successione delle leggi nel tempo, con conseguente abrogazione implicita della disposizione anteriore da parte della legge speciale successiva (cfr. art. 15, disposizioni sulla legge in generale). Conseguentemente, l'art. 32, co. 5, della L. 69/2009, sarebbe valso a rendere meramente integrativa la pubblicità sui quotidiani di bandi ed avvisi a decorrere dal 1° gennaio 2013.

Posto che l'applicazione delle norme in materia di pubblicità di avvisi e bandi per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture è materia che reca con sé importanti implicazioni sulla regolarità delle procedure di gara, nel documento è stato sottolineato che la frammentarietà e la mancanza di chiarezza del quadro normativo esposto possono essere causa di contenzioso amministrativo, soprattutto in considerazione dell'obbligo di rimborso delle spese di pubblicazione introdotto *ex lege* a carico dell'aggiudicatario.

E' stato, dunque, ritenuto auspicabile un intervento normativo, atto a coordinare le diverse disposizioni succedutesi nel tempo, in linea con le misure di modernizzazione, semplificazione e digitalizzazione dell'attività

amministrativa, introdotte con gli interventi normativi in tema di *spending review* e di sviluppo.

Con l'Atto di segnalazione n. 2 del 4 luglio 2013, recante "Osservazioni e proposte di intervento in materia di appalti pubblici", sono state rappresentate al Governo e al Parlamento alcune criticità della disciplina in materia di contratti pubblici, formulando contestualmente proposte di intervento volte a razionalizzare il sistema con finalità di contenimento della spesa pubblica, di semplificazione amministrativa e di riduzione del contenzioso che caratterizza la contrattualistica pubblica; inoltre, sono state rappresentate alcune considerazioni in relazione al possibile impatto dei recenti interventi normativi sugli atti di programmazione e di esperimento delle gare.

In particolare, in relazione alle disposizioni in tema di appalti contenute nel D.L. 69/2013, sono state analizzate le previsioni in materia di concessione di costruzione e gestione (modifiche all'art. 143 e 144 del D.lgs. 163/2006 attinenti alla revisione del piano economico-finanziario e connessa allocazione del rischio in capo al concessionario), dei criteri di individuazione delle offerte anomale (estensione al 31/12/2015 dell'esclusione automatica delle offerte anomale per gli appalti sotto-soglia comunitaria), dell'obbligo della garanzia globale di esecuzione (prorogato al 30/06/2014), rilevandone le criticità applicative e formulando proposte di emendamenti volte a razionalizzare il quadro normativo di riferimento.

Nel contempo sono stati proposti interventi di modifica alla stessa disciplina normativa in materia di contratti pubblici, tra i quali il rafforzamento dell'incisività dell'azione dell'Autorità, mediante attribuzione alla stessa di effettivi poteri conformativi rispetto all'azione degli attori del mercato, nonché il potenziamento dell'istituto del soccorso istruttorio ex art. 46 del Codice e dell'istituto del c.d. precontenzioso ex art. 6, co. 7, lett. n) del Codice, con finalità deflattive del contenzioso.

Infine, alcune considerazioni sono state svolte in ordine al sistema di qualificazione delle imprese, con particolare riferimento alle disfunzioni dello stesso rilevate dall'Autorità nello svolgimento delle funzioni di vigilanza e controllo assegnate dal Codice (*in primis* il fenomeno del

Atto di segnalazione n. 2/2013 - "Osservazioni e proposte di intervento in materia di appalti pubblici"

rilascio di attestazioni di qualificazione emesse sulla base di falsi certificati lavori nonché sulla base di fittizie cessioni di rami d'azienda tra imprese), sottolineando l'insufficienza delle misure contemplate dal sistema normativo vigente e proponendo interventi di modifica volti al raggiungimento di nuovi equilibri, improntati all'osservanza dei criteri di efficienza, efficacia e al pieno rispetto della legalità nell'ambito della qualificazione delle imprese operanti nel settore dei lavori pubblici.

Atto di segnalazione n. 3/2013 - Fenomeni distorsivi del di qualificazione

Sempre in tema di qualificazione, è stato redatto l'Atto di segnalazione n. 3 del 25 settembre 2013, al fine di evidenziare taluni fenomeni distorsivi presenti nel sistema, relativi in particolare alla struttura organizzativa delle Società Organismo di Attestazione - SOA (azionariato prevalentemente familiare e capacità reddituale dei soci non coerente con la natura di sottoscrittori di azioni, destando il sospetto che si faccia ricorso ad intestazioni fiduciarie; sproporzione tra organico minimo e numero di attestati rilasciati che può indicare un'eccessiva superficialità nella conduzione dell'attività istruttoria finalizzata all'attestazione o l'utilizzo illecito di personale esterno alla SOA), al fenomeno delle cessioni e degli affitti fittizi di azienda (operazioni spesso utilizzate come espediente per evitare l'espulsione dal mercato degli appalti pubblici, per mancanza dei requisiti di cui agli artt. 38 e 48 del Codice, o per acquisire strumentalmente la qualificazione per contrarre con la P.A.) ed all'utilizzo di certificati di esecuzione lavori emessi da privati (difficilmente verificabili), posti in essere per conseguire diverse e più alte qualificazioni.

Atto di segnalazione n. 4/2013 - Redazione degli atti di pianificazione e riconoscimento dell'incentivo ex art. 92 del Codice

Nello stesso documento sono stati quindi proposti dei possibili interventi normativi correttivi dei predetti fenomeni e, nel contempo, sono state formulate delle riflessioni in merito ad alcune modifiche al D.lgs. 163/2006 e al D.P.R. 207/2010 che si rendono necessarie per superare gli elementi di criticità evidenziati dal Consiglio di Stato nel Parere consultivo n. 3014 del 26 giugno 2013 (che, come già illustrato, ha disposto l'annullamento degli artt. 109, co. 2, 107, co. 2, e in parte, dell'art. 85 del Regolamento) sempre con riferimento al sistema della qualificazione nel settore dei lavori.

L'Atto di segnalazione n. 4 del 25 settembre 2013 ha invece ad oggetto la *“Redazione degli atti di pianificazione e riconoscimento dell'incentivo ex art. 92,*

comma 6, del D.lgs. 12 aprile 2006 n. 163". In tale documento sono state formulate alcune osservazioni in relazione alla disciplina recata dall'art. 92 del Codice, il quale statuisce, al co. 6, che "Il trenta per cento della tariffa professionale relativa alla redazione di un atto di pianificazione comunque denominato è ripartito, con le modalità e i criteri previsti nel regolamento di cui al co. 5 tra i dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice che lo abbiano redatto".

In merito a tale disposizione, l'Autorità e la Corte dei conti hanno reso pronunce non pienamente conformi in ordine alla tipologia di atti di pianificazione in relazione ai quali l'amministrazione può riconoscere i compensi incentivanti, ivi previsti, al personale interno che li ha redatti.

Si tratta di un tema di diffuso interesse, sia in relazione alla necessità che le amministrazioni interessate redigano atti regolamentari ex art. 92, co. 5, del Codice omogenei e conformi allo spirito della norma, sia in relazione al corretto riconoscimento del compenso incentivante in favore del personale incaricato della redazione degli atti di pianificazione.

Pertanto, anche al fine di dirimere il contrasto interpretativo in materia, nel documento è stata segnalata a Governo e Parlamento l'esigenza di un intervento di modifica o di integrazione dell'art. 92, co. 6, del Codice volto ad individuare in maniera chiara la tipologia di atti di pianificazione in relazione ai quali è possibile riconoscere l'incentivo ivi contemplato, in modo da contemplare espressamente anche il riferimento a quegli atti che afferiscono, sia pure mediamente, alla progettazione di opere o impianti pubblici o di uso pubblico.

Con l'Atto di segnalazione n. 5 del 9 ottobre 2013 in materia di "efficacia della sanzione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice dei contratti", sono state formulate alcune osservazioni in merito alle criticità inerenti l'esatta individuazione dell'effetto escludente della sanzione interdittiva ex art. 38, co. 1-ter del Codice.

In particolare, è stato osservato che tale disposizione contempla una sanzione di secondo livello, giacché l'operatore, che ha presentato attestazioni mendaci, viene sanzionato non solo da parte della stazione appaltante, con l'esclusione dalla gara in cui la falsa dichiarazione è stata presentata, ma anche, a seguito di apposito procedimento sanzionatorio

Atto di segnalazione n. 5/2013
"efficacia della sanzione di cui al comma 1-ter dell'art. 38 del Codice dei contratti"

presso l'Autorità, con la preclusione della possibilità di partecipare a nuove gare o di stipulare contratti con la pubblica amministrazione per il periodo di tempo stabilito dall'Autorità.

Al riguardo, al fine di garantire che l'effetto preclusivo discendente dalla sanzione irrogata ai sensi dell'art. 38, co. 1, lett. h) resti rigorosamente circoscritto alla durata della sanzione stessa e che l'operatore economico non venga lesa da una ultrattività della durata della sospensione che porterebbe a superare il periodo indicato dall'Autorità (ove ad es. un operatore economico a cui sia stata inibita la partecipazione alle gare per un breve periodo di tempo - es. 15 gg - venga espulso dalle fasi di gara successive alla presentazione dell'offerta/domanda, con l'effetto di dilatare, nella pratica, l'efficacia della sanzione fino ad abbracciare un periodo molto più lungo di quello indicato nel provvedimento) è stato, quindi, proposto di modificare la norma prevedendo che la predetta sanzione non possa reputarsi ostativa alla stipulazione del contratto qualora l'annotazione nel casellario, per la lettera h) dell'art. 38, sia intervenuta successivamente alla scadenza fissata per la presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta (data in cui, pertanto, l'operatore era in possesso del requisito in parola) e l'interdizione comminata abbia esaurito i suoi effetti prima dello svolgimento dei controlli sui requisiti, eventualmente espletati in corso di procedura, ivi compreso il controllo di cui all'art. 11, co. 8, del Codice.

Inoltre, anche al fine di rendere omogenea la previsione di cui al co. 1-ter dell'art. 38 a quella del co. 1, ultimo periodo, dell'art. 48 del Codice, è stato proposto di modificare la formulazione del primo in modo da rendere possibile una graduazione della sanzione partendo da un limite minimo definito ex lege.

Con l'Atto di Segnalazione n. 1 del 12 marzo 2014, *"Sugli obblighi dichiarativi dei soggetti dotati di potere di rappresentanza ex art. 38 comma 1 con particolare riguardo ai procuratori ad negotia"*, dell'ottica di snellimento degli adempimenti burocratici per imprese e stazioni appaltanti, in linea con le indicazioni a livello comunitario, l'Autorità ha prospettato una soluzione che ridurrebbe il numero di dichiarazioni che l'impresa è tenuta ad allegare

Atto di segnalazione n. 1 del 12 marzo 2014 "Sugli obblighi dichiarativi dei soggetti dotati di potere di rappresentanza ex art. 38 comma 1, con particolare riguardo ai procuratori ad negotia"

e i tempi di esame della documentazione prodotta dai concorrenti da parte della commissione di gara, senza incidere sulla regolarità della procedura.

In particolare, l'Autorità ha preso in considerazione la pronuncia del Consiglio di Stato, nell'Adunanza Plenaria del 16 ottobre 2013 n. 23 che ha aderito alla tesi sostanzialistica seguita da una parte della giurisprudenza ed ha affermato come l'esigenza di accertare la sussistenza dei requisiti di idoneità morale sussista anche per i procuratori speciali muniti di potere rappresentativo della società nonché di poteri decisionali di particolare ampiezza, tali da potersi ritenere analoghi a quelli che lo statuto assegna agli amministratori, sostenendo altresì che l'obbligo dichiarativo sussiste soltanto in caso di espressa previsione del bando in tal senso. Ha preso altresì in considerazione il fatto che molti bandi richiedono che tali dichiarazioni siano rese da tutti i procuratori speciali di cui la società concorrente si avvale e che alla stazione appaltante si impone pertanto un obbligo interpretativo di non trascurabile entità nella individuazione delle categorie astratte di ordine generale cui ricondurre i poteri dei procuratori tenuti a rendere le dichiarazioni. E' conseguentemente giunta, al fine di attenuare le predette criticità, a suggerire l'adozione di una modalità di comunicazione più semplice e valida per tutti i casi.

Più dettagliatamente, si è proposto che il soggetto che sottoscrive i documenti di gara, in qualità di legale rappresentante dell'impresa, dovrebbe assumere l'onere di dichiarare, per quanto a sua conoscenza, e sulla base delle dichiarazioni rese dagli altri soggetti indicati nella norma o nel bando, che non sono presenti le clausole ostative alla partecipazione di cui all'art. 38 e di raccogliere le autodichiarazioni rese da tutti i procuratori speciali incaricati dalla società, indipendentemente dall'estensione dei poteri loro attribuiti. Le autodichiarazioni, analogamente a quanto previsto per il DURC, dovrebbero avere validità per un arco di tempo predeterminato (trimestrale, semestrale) e/o essere modificate o rinnovate soltanto in caso di modifica dell'estensione o riduzione o revoca dei poteri conferiti con il mandato originario.