

destinazione degli utili accantonati in ossequio all'art. 32, co. 7, del d.l. 90/2014 in caso di dichiarazione di fallimento dell'impresa.

Sul versante più prettamente “oggettivo” del contratto d'appalto commissariato, invece, l'apporto più significativo dell'Autorità si è concentrato su tre tematiche.

La prima questione attiene alla possibilità di includere nella gestione commissariale di un'impresa interdetta in base alla normativa antimafia - oltre ai contratti di lavori, servizi e forniture di cui l'operatore economico risulti affidatario in qualità di esecutore principale - anche i contratti realizzati in qualità di subappaltatore. L'orientamento espresso in proposito è stato quello di ritenere suscettibile di applicazione di misure straordinarie esclusivamente l'ipotesi del subappalto c.d. necessario che, a differenza del subappalto ordinario o facoltativo, ha un'implicazione essenziale sul versante della qualificazione già in sede di partecipazione alla gara, in quanto rileva ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto, interviene nella regolamentazione del contratto principale sin dall'inizio e ne condiziona l'intero assetto negoziale.

La seconda questione ha riguardato l'ammissibilità della cessione o affitto dell'azienda o di un ramo di essa in caso di impresa interdetta per motivi di antimafia e sottoposta a gestione straordinaria, nonché gli effetti di una simile operazione di trasferimento, in particolare sulla sorte dei contratti pubblici commissariati. In mancanza di apposita regolamentazione, l'approccio argomentativo utilizzato ha sostenuto una interpretazione rigorosa della disciplina civilistica e del Codice— che consentono entrambe il subentro del soggetto cessionario o affittuario nella esecuzione delle commesse pubbliche – in coerenza con la particolare *ratio* sottesa all'istituto delle misure straordinarie di gestione disposte per ragioni di antimafia ai sensi dell'art. 32, co. 10, del d.l. 90/2014. Pertanto, pur ritenendo giuridicamente consentita l'operazione di trasferimento dell'azienda, a titolo definitivo o provvisorio, si è ravvisata la necessità di salvaguardare i contratti pubblici sottoposti a gestione straordinaria, al fine di attestare il valore preminente della regolamentazione speciale antimafia, improntata alla difesa di interessi pubblici di rango superiore, anche in funzione anti-elusiva. In tal senso, si è ritenuto che la prosecuzione delle prestazioni contrattuali, oggetto di commesse pubbliche vincolate al commissariamento, debba necessariamente rimanere in capo agli amministratori straordinari per tutta la durata della misura, a prescindere dal subentro di un nuovo soggetto nella titolarità di tali rapporti giuridici. Ciò in quanto il giudizio complessivo sulla onorabilità dell'operatore economico, assunto a fondamento dell'informazione antimafia interdittiva, si propaga al ventaglio di contratti pubblici ottenuti dall'impresa, attraendoli nella propria sfera di efficacia e contrassegnandoli con un sigillo di presunta illegalità. Tale proiezione mantiene,

inoltre, un carattere oggettivo e duraturo, che la rende immune da qualsivoglia avvicendamento soggettivo, anche in forza di un contratto di cessione o di affitto d'azienda.

La lettura dell'art. 32 in quest'ottica di prevenzione e di pubblica utilità avvalora maggiormente l'auspicio di un intervento del legislatore che attesti, in caso di circolazione dell'intero complesso aziendale, il passaggio obbligatorio in capo all'avente causa dei contratti pubblici commissariati e che ne garantisca, senza soluzione di continuità, la prosecuzione delle prestazioni sotto la regia temporanea degli amministratori straordinari, in costanza dei presupposti di garanzia, urgenza e indifferibilità e per tutta la durata della misura.

La terza questione ha riguardato la necessità di coordinare le disposizioni dell'art. 32 d.l. 90/2014 con la disciplina del Codice dei contratti pubblici e del Codice antimafia, in caso di adozione dell'interdittiva antimafia. Come è noto, gli operatori economici interdetti non possono partecipare alle procedure ad evidenza pubblica né stipulare nuovi contratti con la pubblica amministrazione né essere affidatari di subappalti ex art. 80, commi 2 e 14, d.lgs. 50/2016; gli stessi, inoltre, non possono proseguire l'esecuzione dei contratti in quanto l'informazione interdittiva costituisce causa di recesso ex art. 94, co. 2, d.lgs. 159/2011, salva la previsione dal successivo comma 3.

L'art. 32 d.l. 90/2014 introduce una deroga al suesposto principio generale, limitatamente a quei contratti per i quali, a seguito di apposita ed approfondita istruttoria da parte della Prefettura competente, si sia ritenuta necessaria l'adozione della misura di straordinaria e temporanea gestione e verso quelle attività inscindibilmente connesse alla corretta esecuzione dei medesimi contratti. Ne deriva, quindi, che al di fuori del perimetro commissariale né gli amministratori di nomina prefettizia né gli amministratori dell'operatore economico possono acquistare nuove commesse pubbliche o completare quelle già in corso.

In quest'ottica, l'Autorità ha privilegiato una linea interpretativa, condivisa con il Ministero dell'interno che ha diramato alle prefetture un'apposita circolare in tal senso, secondo cui la misura del sostegno e monitoraggio è inidonea a determinare la cessazione dell'efficacia inibitoria della predetta informativa. Ciò in quanto le misure di cui all'art. 32 d.l. 90/2014 sono di stretta interpretazione e, quindi, non producono effetti diversi ed ulteriori rispetto a quelli desumibili dalla disciplina in esame, che attribuisce esclusivamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa il potere di "neutralizzare", limitatamente alla commessa pubblica "commissariata", gli effetti inibitori derivanti dall'adozione dell'informazione antimafia interdittiva. Ne consegue, pertanto, che l'impresa colpita da informazione antimafia interdittiva e, successivamente, destinataria della misura del solo "tutoraggio", non potrà partecipare a nuove procedure ad evidenza pubblica né continuare l'esecuzione dei contratti

in essere, dovendosi applicare in tal caso la disciplina generale di cui all'art. 80, commi 2 e 14, d.lgs. 50/201 e 94 d.lgs. 159/2011.

Si è, inoltre, considerato che, se in linea generale, la natura *ad contractum* della misura di straordinaria gestione determina una scissione all'interno dell'impresa tra le commesse gestite dai commissari e la restante attività di impresa, che resta in capo agli organi di amministrazione, tale soluzione interpretativa non è risolutiva nelle fattispecie più complesse e problematiche che sembrano necessitare di un intervento più incisivo ed efficace.

In particolare, nelle ipotesi in cui il perimetro della gestione commissariale coincide pressoché integralmente con l'attività di impresa, l'Autorità ha ritenuto che, in presenza di alcuni fattori, quali criticità rilevanti sul piano operativo, l'estrema urgenza di completamento del contratto, il rischio concreto ed attuale di interruzione di un servizio essenziale, la molteplicità delle istituzioni coinvolte, sia necessaria e imprescindibile un'integrale bonifica dell'assetto societario, pena la vanificazione della *ratio* sottesa all'istituto del commissariamento.

Secondo tale chiave di lettura, deve ritenersi che il disposto di cui all'articolo 32, co. 3, in forza del quale «per la durata della straordinaria e temporanea gestione dell'impresa, sono attribuiti agli amministratori tutti i poteri e le funzioni degli organi di amministrazione dell'impresa ed è sospeso l'esercizio dei poteri di disposizione e gestione dei titolari dell'impresa» autorizzi il prefetto, in situazioni di necessità e di urgenza, a disporre con un provvedimento *ad hoc*, la sospensione integrale delle funzioni degli organi sociali, ove indispensabile per garantire la prosecuzione dei contratti.

Questa soluzione interpretativa è stata condivisa anche dall'Avvocatura dello Stato che ha avallato l'impostazione assunta dall'Autorità, secondo la quale dal combinato disposto degli articoli 3 e 10 dell'articolo 32, emerge con nitore che l'effetto sospensivo di tutti i poteri di gestione e disposizione degli organi amministrativi dell'impresa nonché dei poteri dell'assemblea discende *ex lege* dal decreto di commissariamento che può comminare, in casi estremi, la sospensione integrale degli organi sociali.

Sempre nell'ottica del perseguitamento dell'interesse superiore alla prosecuzione dei contratti, si è privilegiata una scelta interpretativa che consente di estendere l'ambito di efficacia delle misure a tutte le attività immediatamente serventi l'esecuzione del contratto, benché formalmente estranee a questo. Tale posizione, assunta dall'Autorità fin dalle prime applicazioni del decreto, ha trovato piena condivisione della giurisprudenza amministrativa con riferimento al servizio di produzione e somministrazione dell'energia elettrica nell'Isola di Capri, gestita dalla Sippic S.p.A. (Cfr. Sentenza Tar Campania n. 943/2016).

Tale necessità di estensione è stata, invece, declinata diversamente nel caso in cui l'interdittiva antimafia ha determinato la decadenza di autorizzazioni, abilitazioni, iscrizioni in albi e registri pubblici (Albo autotrasportatori, Albo gestori ambientali, ecc.), per sopravvenuta carenza del requisito di onorabilità in capo all'operatore economico interdetto.

Invero, laddove si tratti di autorizzazioni, iscrizioni e titoli abilitativi imprescindibili per l'esecuzione contrattuale, nel silenzio della norma, l'Autorità ha colmato il vuoto normativo privilegiando un'interpretazione — che è stata ampiamente condivisa dal Ministero dell'interno — secondo la quale gli effetti del commissariamento necessariamente si riverberano anche sugli atti autorizzatori che costituiscono il presupposto per l'esercizio dell'attività imprenditoriale, sia pure limitatamente agli atti occorrenti per portare a compimento l'appalto o la concessione. In altri termini, il commissariamento neutralizza gli effetti dell'interdittiva antimafia in relazione al pacchetto della gestione commissariale anche con riferimento agli atti abilitativi e autorizzativi sottostanti.

11.4.5 Le problematiche ancora aperte

Oltre alle risposte circostanziate su singole istanze di parere, l'Autorità si è trovata di recente a dover affrontare due tematiche ben più ampie e delicate, per le quali ha già avviato un'attività di valutazione e di approfondimento, in vista del successivo confronto con i Ministeri competenti. Di queste iniziative ancora *in fieri* è doveroso fare un breve accenno, segnalandone di seguito i tratti più salienti.

Misura di straordinaria gestione in caso di informazione antimafia interdittiva e qualificazione SOA

In primo luogo, si è profilata la necessità di considerare gli effetti della misura di straordinaria gestione disposta in caso di informazione antimafia interdittiva sulla qualificazione SOA in possesso dell'operatore economico, qualora ad essere commissariato sia un appalto di lavori di importo superiore ai 150.000 euro. Il punto nevralgico della questione attiene alla incidenza demolitoria del provvedimento interdittivo sulla sorte dell'attestazione SOA e alla individuazione di una possibile modalità alternativa di salvaguardia del necessario titolo abilitativo rispetto al venir meno del requisito di ordine generale connesso alla normativa antimafia, al fine di consentire la prosecuzione dei lavori sotto la direzione dei commissari e nel rispetto dell'intero sistema di qualificazione degli operatori economici.

Allo stato, l'impegno ermeneutico dell'Autorità va nella direzione di un contemperamento rigoroso del principio stabilito dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 8 del 20 luglio

2015 – per cui, nelle gare di appalto per l’aggiudicazione di contratti pubblici, i requisiti generali e speciali devono essere posseduti dall’impresa non solo durante tutta la fase di partecipazione alle procedure di affidamento, ma anche in sede di stipula del contratto e per tutto il periodo dell’esecuzione, senza soluzione di continuità – con l’esigenza di mantenere in esecuzione i contratti pubblici di lavori nei termini vincolati alla gestione commissariale.

La gestione degli utili

L’altra questione, tanto rilevante quanto complessa e urgente, riguarda la gestione degli utili d’impresa derivanti dal contratto d’appalto, per i quali l’art. 32, co. 7, dispone un provvisorio accantonamento in apposito fondo nel periodo di applicazione della misura straordinaria di gestione, con divieto di distribuzione e vincolo di impignorabilità fino all’esito dei giudizi in sede penale ovvero dei giudizi di impugnazione o cautelari relativi all’informazione antimafia interdittiva.

La problematica riveste molteplici implicazioni, la criticità delle quali deriva dalla assoluta carenza di regolamentazione della materia, nonché dalla pressante richiesta di destinazione delle somme accantonate in alcuni casi di cessazione del commissariamento per sopravvenuta conclusione del giudizio penale o inoppugnabilità del provvedimento antimafia interdittivo.

L’Autorità ha, quindi, il compito di considerare con la massima ponderatezza tutti i diversi profili che qualificano la gestione in senso lato degli utili, passando in rassegna non solo il rapporto che intercorre tra regime di accantonamento e definizione del giudizio penale, ma anche la destinazione di tali somme, provvisoriamente congelate, in una prospettiva funzionale e coerente con l’intervento di misure cautelari patrimoniali di competenza del giudice penale, quali il sequestro preventivo e la confisca, ovvero con eventuali istanze risarcitorie promosse dalla stazione appaltante.

Anche in tal caso, l’Autorità ha assunto l’incarico, condiviso con il Ministero dell’interno, di colmare con l’attività esegetica le inevitabili lacune normative che caratterizzano l’istituto delle misure straordinarie di gestione e di indicare un contributo risolutivo che possa coniugare sollecitazioni di natura diversa, fino ad approdare ad una disciplina dell’art. 32 compiuta, coordinata e compatibile con l’intero ordinamento giuridico.

CAPITOLO 12

Il nuovo volto dell'attività di regolazione

12.1 Regolazione tra *soft law* e semplificazione

L'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici ha determinato un decisivo potenziamento dello strumento regolatorio, prevedendo l'attribuzione all'Autorità del potere di emanare atti a carattere generale attuativi delle disposizioni primarie. L'impianto costruito dal legislatore prevede, infatti, il superamento del sistema tradizionale, che affidava la disciplina della contrattualistica pubblica, al livello primario, al Codice, e, al livello secondario, a un regolamento governativo di attuazione, preferendo un sistema diversificato, fortemente incentrato su forme di regolazione flessibile, tra le quali le linee guida adottate dall'ANAC. Come affermato dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato nel parere reso sulle prime linee guida attuative del Codice (atto n. 1767/2016 del 2 agosto 2016), le linee guida dell'ANAC non hanno valenza normativa, ma si qualificano come atti amministrativi generali appartenenti al *genus* degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti, sia pure connotati in modo peculiare. Ed invero, mentre, in genere, per gli atti di regolazione delle autorità amministrative indipendenti, la legge, in ragione dell'elevato tecnicismo dell'ambito di intervento, si limita a individuare lo scopo dell'intervento normativo, lasciando alle autorità la disciplina degli aspetti di dettaglio, con le linee guida attuative del Codice, il legislatore ha definito in modo più preciso le condizioni e i presupposti per l'esercizio del potere, demandando all'Autorità il compito di sviluppare e integrare il precezzo primario nelle parti che richiedono un livello di puntualità che non si addice alla fonte primaria. Altra caratteristica degli atti di regolazione adottati dall'Autorità consiste nel fatto che le stesse non incontrano i limiti che l'art. 117 della Costituzione impone al potere regolamentare statale.

Accanto alle linee guida attuative del Codice, l'Autorità, ai sensi dell'art. 213, co. 2, del Codice è chiamata ad adottare linee guida, bandi-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, al fine di garantire la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti e tendere all'omogeneità dei comportamenti e allo sviluppo delle migliori pratiche. Il Codice impone che, nello svolgimento di tale attività, l'Autorità si doti di forme e metodi di consultazione, di analisi e verifica dell'impatto della regolazione, di consolidamento delle linee guida in testi unici integrati, organici e omogeni per

materia e di adeguata pubblicità. La preoccupazione del legislatore è quella di garantire il rispetto della qualità della regolazione e il divieto di introduzione o mantenimento di livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalla legge delega e dal Codice.

Con riferimento alle numerose linee guida in materia di contratti pubblici che è chiamata ad adottare in attuazione del nuovo Codice, l'Autorità ha adottato un preciso *modus operandi* che prevede, in ogni caso, oltre la consultazione pubblica sullo schema di atto regolatorio, la trasmissione dell'atto al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere e alle competenti Commissioni parlamentari. Nonostante le norme primarie non prevedano l'obbligatorietà del parere del Consiglio di Stato, la sottoposizione dello schema di linee guida al Supremo Consesso della giustizia amministrativa risponde ad una logica di fattiva cooperazione istituzionale e tiene conto della generalità e rilevanza delle questioni trattate.

Sulla base di una programmazione delle attività, corrispondente alle tempistiche stabilite dal Codice e alle attese degli operatori del settore, l'Autorità ha adottato, nel corso del 2016 e nei primi mesi del 2017, sette linee guida di attuazione del Codice ed ha elaborato e posto in consultazione pubblica cinque documenti finalizzati all'adozione di altrettante linee guida ANAC, ovvero proposte al MIT di adozione di linee guida di attuazione le quali si trovano attualmente in via di definizione, adempiendo, in tal modo, in maniera tempestiva al mandato del legislatore.

Oltre all'adozione dei suddetti atti di attuazione del Codice, l'Autorità ha adottato o posto in consultazione ulteriori 5 atti di regolazione, ai sensi dell'art. 213, co.2, del Codice, recanti chiarimenti, indicazioni operative e clausole contrattuali tipiche che, come si vedrà più approfonditamente nei paragrafi successivi, hanno riguardato i settori più diversi.

Tali attività hanno comportato l'esame di circa 700 contributi da parte di pubbliche amministrazioni e società pubbliche, associazioni di categoria, ordini professionali, operatori economici e professionisti.

Non meno importante, inoltre, è stata l'attività finalizzata a fornire le prime indicazioni interpretative e i chiarimenti necessari, su questioni rilevanti sollevate dagli operatori del settore nell'immediatezza dell'entrata in vigore del Codice che ha comportato l'emanazione di numerosi atti sotto forma di Comunicato del Presidente.

Attualmente l'Autorità è impegnata nell'attività di approfondimento della portata delle modifiche apportate dal correttivo al Codice, anche al fine di una eventuale revisione delle linee guida già emanate.

12.2 Le linee guida di attuazione del Codice dei Contratti

12.2.1 Le linee guida emanate

Linee guida n. 1: indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria

A fronte della dettagliata disciplina contenuta nell'abrogato d.P.R. 207/2010, il nuovo Codice dedica solo pochi articoli all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (SIA).

La scelta prioritaria dell'Autorità, pertanto, è stata quella di accompagnare il passaggio al nuovo regime giuridico, mediante una regolamentazione flessibile della materia che, pur valorizzando la discrezionalità amministrativa delle stazioni appaltanti, fornisce indicazioni operative di dettaglio, tratte da una interpretazione sistematica delle nuove norme, che assicurasse, al contempo, continuità ai principi espressi dall'Autorità in materia, da ultimo con la determinazione n. 4/2015.

Nel merito delle indicazioni fornite, l'Autorità ha tenuto in considerazione le esigenze del mercato e il periodo di crisi che lo stesso ha attraversato negli ultimi anni, ciò che ha avuto un indubbio riflesso sul *curriculum* professionale di molti operatori, determinando l'opportunità di una revisione dei requisiti di partecipazione maggiormente pro-concorrenziale.

Al riguardo, le linee guida n.1, adottate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, prevedono che il fatturato globale per servizi di ingegneria e di architettura, espletati nei migliori tre esercizi dell'ultimo quinquennio, può essere richiesto nel limite massimo del doppio dell'importo a base di gara, mentre, ai fini della dimostrazione della pregressa esperienza, richiedono di considerare, tra i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura e gli altri servizi tecnici, anche gli studi di fattibilità e ogni altro servizio propedeutico alla progettazione, effettuato nei confronti dei committenti pubblici e privati.

Viene inoltre ribadito, in continuità con quanto espresso in precedenti pronunce, l'obbligo per le stazioni appaltanti di determinare il corrispettivo da porre a base di gara applicando il decreto sulle tariffe professionali, di cui al decreto del ministero della giustizia del 17 giugno 2016.

Inoltre, viene valorizzato l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa secondo il miglior rapporto qualità/prezzo, in base a quanto prevede la nuova disciplina, che consente di comprimere molto la componente del prezzo rispetto alla qualità; elemento che, nei servizi di ingegneria e di architettura, l'Autorità ha ritenuto di privilegiare in modo netto,

tenuto conto del loro carattere prodromico rispetto all'affidamento degli appalti di lavori, sui quali la qualità della prestazione resa in sede di progettazione si riflette in modo diretto.

Linee guida n. 2: offerta economicamente più vantaggiosa

Tali linee guida, adottate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016, perseguono l'obiettivo di guidare le stazioni appaltanti nella concreta strutturazione del criterio di aggiudicazione, illustrando le *best practices* del settore. A tal fine, vengono fornite indicazioni sui parametri generali che, secondo la prassi, le stazioni appaltanti devono valutare ai fini della concreta individuazione dei criteri di valutazione e per la determinazione dei relativi punteggi. In considerazione delle osservazioni pervenute è stata chiarita, inoltre, la distinzione tra il criterio del prezzo e il criterio del costo, nell'ottica di un apprezzamento degli aspetti economici dell'offerta che tenga conto degli impatti complessivi.

Ai fini dell'attribuzione dei punteggi e della formulazione della graduatoria finale, sono stati proposti le formule e i metodi più diffusi, sono state evidenziate le modalità di applicazione e le caratteristiche essenziali, facendo emergere le conseguenze sulle procedure di selezione degli stessi. Con riferimento alla riparametrazione, è stato indicato alle stazioni appaltanti che per procedere a una seconda riparametrazione, in linea con i più recenti orientamenti giurisprudenziali, occorre che tale opzione sia chiarita nei documenti di gara. Sebbene non siano stati individuati specifici criteri premiali, per agevolare la partecipazione delle microimprese, delle piccole e medie imprese, dei giovani professionisti e delle imprese di nuova costituzione, si è suggerito di introdurre criteri che valorizzino i profili d'innovatività delle offerte presentate dai predetti soggetti.

Linee guida n. 3: nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento

Le linee guida in esame, adottate con delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016, danno attuazione al disposto dell'art. 31, co. 5, del Codice, che attribuisce all'ANAC il compito di definire, con proprio atto, una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal Codice, in relazione alla complessità dei lavori. La norma, inoltre, prevede che l'Autorità determini l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto.

Dal punto di vista strutturale, secondo le indicazioni espresse nel citato parere del Consiglio di Stato, il documento è diviso in due parti: la parte I, intitolata “Indicazioni di carattere generale in materia di RUP, ai sensi dell'art. 213, co. 2, del Codice dei contratti pubblici”, con

funzione di *moral suasion* e la parte II, intitolata “Compiti specifici del RUP, requisiti di professionalità, casi di coincidenza del RUP con il progettista o il direttore dei lavori o dell’esecuzione, ai sensi dell’art. 31, co. 5 del Codice dei contratti pubblici”, con natura vincolante.

Nella prima parte viene, innanzitutto, definito l’ambito di applicazione delle linee guida, precisando che le previsioni in esso contenute si applicano anche alle stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza o che operano in aggregazione e, per espresso rinvio dell’art. 114, ai settori speciali. Disposizioni particolari sono, invece, previste per i servizi attinenti all’ingegneria e all’architettura, per il caso di appalti di particolare complessità e per gli appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale.

Per quanto riguarda le modalità di nomina, viene ribadito il principio di unicità del RUP per ogni singola procedura di affidamento e vengono richiamate le specifiche ipotesi di incompatibilità previste dagli artt. 42 e 77 del Codice e dall’art. 35 *bis* del d.lgs. 165/2001, nonché l’obbligo del rispetto del d.P.R. 62/2013 (codice di comportamento dei dipendenti pubblici) e delle specifiche disposizioni contenute nel PTPC adottato dall’amministrazione che conferisce l’incarico.

Nella seconda parte delle linee guida, aventi efficacia vincolante, sono individuati i requisiti professionali e la disciplina di dettaglio sui compiti del RUP, richiesti dall’art. 31, co. 5 del Codice.

Nell’individuazione dei requisiti professionali del RUP, l’Autorità ha operato cercando di raggiungere un equo contemperamento tra le opposte esigenze di garantire la professionalità degli operatori e assicurare la reperibilità di idonee figure professionali nell’organico delle stazioni appaltanti, evitando l’introduzione di requisiti troppo stringenti. In tale ottica, i requisiti professionali del RUP sono stati calibrati in ragione della tipologia, della complessità e dell’importo dell’affidamento, prevedendo alcune soglie di riferimento.

Nell’individuazione della disciplina di maggior dettaglio dei compiti del RUP, l’Autorità ha proceduto in un’ottica di semplificazione e razionalizzazione degli adempimenti e nel rispetto del divieto di *gold plating*, evitando l’introduzione di livelli di regolazione superiori a quelli imposti dalle direttive europee. A tal fine, la scelta operata è stata nel senso di prendere come base di riferimento le disposizioni del d.P.R. 207/2010, opportunamente adattate al nuovo quadro normativo, per garantire continuità rispetto a procedure ormai consolidate e facilitare l’adattamento alle nuove disposizioni.

Con riferimento ai compiti connessi ad adempimenti di nuova introduzione (quali, ad esempio, quelli previsti dall'art. 31, co. 12 e dall'art. 89, co. 9, del Codice), si è cercato di inserire gli stessi nell'ambito delle più ampie funzioni assegnate al RUP, al fine di evitare che il relativo svolgimento potesse comportare significativi aumenti di costi.

Linee guida n. 4: affidamento dei contratti pubblici sotto soglia, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici

Le linee guida n. 4, adottate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, costituiscono attuazione dell'art. 36, co. 7, del Codice, che ha conferito all'Autorità il potere di adottare proprie linee guida per «supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici». In considerazione di quanto disposto dalla norma, le linee guida in argomento dettano la disciplina di dettaglio delle procedure semplificate, previste dal legislatore, per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria, differenziandole e graduando i relativi oneri in relazione al valore dell'affidamento, nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, co. 1, del Codice, espressamente richiamati dall'art. 36, co. 1.

Con riferimento agli oneri motivazionali relativi alla procedura seguita e alla scelta del contraente, l'Autorità ha precisato che, nel primo caso, l'onere motivazionale è più sintetico, mentre nel secondo occorre dare dettagliata contezza del possesso, da parte dell'operatore economico scelto, dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stessa deve garantire. Al fine di contemperare le esigenze di trasparenza dell'Amministrazione con quelle di semplificazione e tempestività, l'Autorità ha ritenuto che possa essere adeguata una motivazione più sintetica nel caso di affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito Regolamento (ad esempio Regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tenga conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici. Al fine di assicurare il rispetto del principio di rotazione, l'Autorità ha chiarito che in virtù di quanto espressamente sancito dall'art. 36, co. 1, del Codice, l'affidamento o l'invito al contraente uscente ha carattere eccezionale e, pertanto, richiede un onere motivazionale più stringente.

Con riguardo alla procedura di affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro, stante la possibilità di ricorrere in tal caso all'affidamento diretto, prevista dall'art. 36, co. 2, lett. a) del Codice, le linee guida hanno rimesso alla discrezionalità della

singola stazione appaltante le modalità con cui acquisire informazioni sulle soluzioni presenti nel mercato per soddisfare i propri fabbisogni e sulla platea dei potenziali affidatari.

Infine, considerati i rischi connessi alla possibilità di affidare tramite procedura negoziata una porzione ragguardevole dell'intero mercato degli appalti di lavori, è stato previsto che, per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, le stazioni appaltanti motivino il mancato ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti.

In conseguenza delle modifiche apportate dal decreto correttivo all'art. 36 e all'art. 95, co. 4, lett. a) del Codice, l'Autorità sta valutando di procedere all'aggiornamento nelle linee guida in argomento, per renderle più rispondenti al nuovo dettato normativo.

Linee guida n. 5: criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici

L'art. 78 del Codice attribuisce all'ANAC il compito di gestire e aggiornare l'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici, istituito presso l'Autorità. Con le linee guida in argomento, adottate con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016, l'Autorità, pertanto, ha individuato i criteri e le modalità per l'iscrizione al predetto Albo e per la verifica dei requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità, nello specifico settore cui si riferisce il contratto. In particolare, viene chiarito che, atteso il tenore letterale della norma, non è possibile evitare il ricorso all'Albo, con le modalità previste nell'art. 77, nel caso di aggregazioni tra comuni. È stato precisato, inoltre, che sono da considerarsi interni alla stazione appaltante i commissari di gara scelti tra i dipendenti dei diversi enti aggregati, ai sensi dell'art. 37, commi 3 e 4, del Codice, anche se gli stessi non hanno perfezionato l'*iter* di costituzione delle forme aggregative di cui ai citati commi, a condizione che abbiano deliberato di dare vita alle medesime. Per quanto concerne i criteri per la scelta del Presidente, in assenza di una previsione normativa specifica, nelle linee guida si è optato per indicare alcuni possibili criteri che le stazioni appaltanti devono esplicitare prima della definizione della commissione giudicatrice, preferibilmente già al momento della predisposizione della documentazione di gara. In ordine alle funzioni della commissione giudicatrice, in coerenza con le linee guida n. 3 sul RUP, è stata data la possibilità alla stazione appaltante di prevedere, nel bando, che il RUP, per effettuare la valutazione di congruità, possa avvalersi della commissione giudicatrice. In merito ai requisiti di moralità, compatibilità e comprovata esperienza e professionalità che devono essere posseduti dai membri della commissione, le

linee guida chiariscono che l'art. 77 del Codice si applica anche ai dipendenti delle amministrazioni aggiudicatrici e che gli stessi devono produrre, al momento dell'accettazione dell'incarico, anche l'autorizzazione della propria amministrazione, se prevista. È stato specificato, inoltre, che l'incompatibilità deve valere per tutta la durata dell'incarico, mentre non sembra possibile vincolare un professionista per una durata maggiore, sia perché occorrerebbe una specifica previsione normativa, sia perché si correrebbe il rischio di ridurre gli incentivi a partecipare alla commissione. Infine, si è posto in capo alle stazioni appaltanti l'onere di individuare le professionalità necessarie per la composizione della commissione giudicatrice. A tal fine, l'Autorità ha predisposto un elenco di professioni, contenuto nell'Allegato alle linee guida, nel quale sono individuate una serie di professionalità, a partire dalla normativa istitutiva delle professioni regolamentate, specie quelle tecniche e sanitarie, e della nuova classificazione delle professioni CO2011, adottata dall'ISTAT in recepimento della *International Standard Classification of Occupations* — Isco08, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro.

Si precisa, infine, che le modalità e tempi per l'iscrizione e funzionamento dell'albo è rimesso ad un successivo Regolamento dell'ANAC, da adottarsi entro sei mesi dalla data di pubblicazione delle linee guida in Gazzetta Ufficiale.

Con il decreto correttivo sono state apportate modifiche agli artt. 77 e 78 del Codice; in particolare, la novella normativa ha introdotto, all'art. 78, il co. 1-bis, che estende l'attività regolatoria dell'ANAC alle «modalità di funzionamento delle commissioni giudicatrici, prevedendo, di norma, sedute pubbliche, nonché sedute riservate per la valutazione delle offerte tecniche e per altri eventuali adempimenti specifici». In merito si fa presente che l'Autorità, recependo il suggerimento in tal senso fornito dal Consiglio di Stato, ha già dettato, nell'atto in questione, indicazioni al riguardo, in linea con il nuovo disposto normativo.

Linee guida n. 6: indicazione dei mezzi di prova e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto significative ai fini dell'esclusione dalle gare

L'art. 80, co. 13, del Codice prevede che l'ANAC, con proprie linee guida, possa precisare i mezzi di prova adeguati a comprovare le circostanze di esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, che prevede l'esclusione dalla partecipazione alle procedure d'appalto qualora «la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità». L'Autorità è chiamata, inoltre, a individuare quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto possano considerarsi significative ai fini della suddetta disposizione.

Pertanto, in attuazione di tale previsione normativa, l'Autorità, con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016, ha approvato le linee guida n. 6, in cui - al fine di addivenire all'individuazione dei mezzi di prova adeguati - ha specificato e circostanziato le fattispecie esemplificative individuate in via generica dalla norma e fornito indicazioni interpretative e operative anche sullo svolgimento delle valutazioni discrezionali rimesse alle stazioni appaltanti, nel rispetto della discrezionalità riconosciuta alle stesse nello svolgimento delle valutazioni di competenza. L'obiettivo perseguito è rappresentato dal conseguimento di benefici concreti, in termini di riduzione dei tempi e dei costi di espletamento delle gare e di riduzione del contenzioso sulle cause di esclusione. Ciò anche in considerazione del fatto che, già in vigore dell'art. 38, co. 1, lett. c) del d.lgs. 163/2006, era stata positivamente sperimentata l'efficacia delle indicazioni, fornite dall'Autorità, in merito alla valutazione dell'incidenza delle sentenze di condanna sulla moralità professionale del concorrente in termini deflattivi del contenzioso. Pertanto, data l'affinità delle fattispecie, è stato ritenuto che anche le indicazioni fornite con riferimento alle valutazioni di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice potessero sortire il medesimo effetto.

Nelle linee guida in argomento, al fine di agevolare le stazioni appaltanti nella verifica della sussistenza delle cause ostative rilevanti ai sensi dell'art. 80, co. 5, lett. c) del Codice, l'Autorità ha anticipato, rispetto all'emanazione del Regolamento sul funzionamento dell'Osservatorio, di cui all'art. 213, co. 8, del Codice, l'introduzione di specifici obblighi informativi a carico delle stazioni appaltanti, prevedendo che le stesse debbano comunicare, oltre alle esclusioni disposte ai sensi della disposizione in esame, anche i provvedimenti di risoluzione anticipata, di applicazione delle penali, di escussione delle garanzie e le condanne emesse in relazione a contratti dalle stesse affidati. In tal modo, introducendo obblighi informativi che, poiché già previsti nella previgente normativa, non impattano in misura eccessiva sulle amministrazioni destinatarie, si assicura l'adeguata pubblicità dei provvedimenti di esclusione, agevolando la verifica della sussistenza delle cause ostative e garantendo il rispetto dei principi di certezza, pubblicità e trasparenza.

Nel merito delle indicazioni fornite relativamente alle significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, è stato chiarito che l'espressione "precedente contratto" debba intendersi nel senso di includere, nella fattispecie, anche i precedenti rapporti contrattuali con stazioni appaltanti diverse da quella che indice la gara. Si è evidenziato, inoltre, stante il carattere esemplificativo delle fattispecie individuate dalla norma, che non è precluso alla stazione appaltante di prendere in considerazione, al fine di valutare l'affidabilità del concorrente, fattispecie di inadempimento che hanno comportato non una risoluzione

anticipata non contestata o una condanna giudiziale, ma, ad esempio, l'applicazione di penali o l'escusione di garanzie, ferma restando la necessità che i gravi illeciti posti in essere siano sintomatici di significative carenze nell'esecuzione di precedenti contratti.

Sul punto si è specificato che, come correttamente evidenziato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2286/2016, anche un inadempimento singolo può essere da solo significativo se riveste particolare gravità e adempimenti che, da soli, non assurgerebbero a carenze significative, possono divenire gravi se reiterate nel tempo e sintomatiche di carenze strutturali.

Con riguardo alle ulteriori situazioni “idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico”, su indicazione del Consiglio di Stato, l'Autorità ha specificato che alcuni illeciti professionali possono configurare ipotesi di reato e, in tal caso, rileveranno ai fini dell'esclusione dalle gare nonostante non sia ancora intervenuta una sentenza definitiva di condanna. È il caso dei reati previsti dagli artt. 353 *bis*, 354, 355 e 356 del c.p. In tali ipotesi, la stazione appaltante dovrà valutare l'incidenza del reato sull'integrità o sull'affidabilità del concorrente se è intervenuta una sentenza di condanna non definitiva risultante dal certificato dei carichi pendenti. La previsione introduce un onere ulteriore a carico delle stazioni appaltanti, che saranno tenute ad acquisire il certificato dei carichi pendenti riferito ai soggetti individuati dall'art. 80, co. 3, del Codice, al fine di accettare la presenza di sentenze di condanna non definitive per i reati su elencati.

Inoltre, per i reati di cui agli artt. 355 e 356 c.p., le stazioni appaltanti dovranno acquisire anche il provvedimento di condanna, al fine di verificare che contenga uno degli effetti tipizzati dall'art. 80 del Codice (es. condanna al risarcimento del danno). Nella consapevolezza della particolare onerosità delle verifiche necessarie ad accettare la presenza di carichi pendenti, l'Autorità ha specificato che detta verifica andrà effettuata soltanto nel caso in cui il concorrente dichiari la sussistenza di provvedimenti di condanna non definitivi, oppure la stazione appaltante acquisisca, in qualsiasi modo, notizia della presenza di carichi pendenti o vi siano indizi in tal senso.

Tali adempimenti potranno essere semplificati con l'entrata in vigore della Banca dati nazionale degli operatori economici prevista dall'art. 81 del Codice.

Infine, con riferimento alle misure di *self cleaning*, che, ai sensi del co. 7 dell'art. 80 del Codice, consentono all'operatore economico di evitare l'esclusione, oltre ad aver indicato un elenco esemplificativo di misure ritenute idonee, le linee guida precisano che le stesse, per avere l'effetto esimente previsto dalla norma, devono essere adottate entro il termine per la presentazione delle offerte; una diversa soluzione finirebbe, infatti, per consentirebbe alle

imprese di perfezionare i requisiti di partecipazione durante lo svolgimento della procedura, introducendo, per il requisito in esame, una disciplina differenziata rispetto agli altri requisiti generali e speciali richiesti per la partecipazione alla gara.

Linee guida n. 7: iscrizione nell'Elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società in house

L'art. 192 del Codice prevede l'istituzione, presso l'ANAC, dell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* di cui all'art. 5. La norma stabilisce che l'iscrizione nell'elenco avvenga a domanda, dopo che sia stata riscontrata l'esistenza dei requisiti, secondo le modalità e i criteri definiti, con proprio atto, dall'ANAC.

Le modalità di iscrizione nell'Elenco, adottate dall'Autorità con delibera n. 235 del 15 febbraio 2017, hanno tenuto conto della necessità di evitare la duplicazione di iscrizioni riferite alla medesima società *in house* (si è previsto, a tal fine, che nel caso in cui il controllo su un organismo *in house* sia esercitato congiuntamente da più amministrazioni aggiudicatrici o enti aggiudicatori, ai sensi dell'art. 5, commi 4 e 5, del Codice, deve essere presentata una sola domanda riferita a tutti i soggetti interessati all'iscrizione). L'Autorità ha inteso inoltre evitare l'introduzione di nuovi o maggiori oneri a carico delle amministrazioni, nel rispetto del divieto di *gold plating* (a tal fine si è previsto che l'Autorità acquisisce d'ufficio le informazioni contenute nelle proprie banche dati o nelle banche dati detenute da altre amministrazioni). Inoltre, percorrendo la via della massima semplificazione, è stata prevista l'iscrizione nell'Elenco con modalità telematica. Al fine di consentire l'ottimale gestione delle richieste che l'Autorità presume giungeranno numerose in fase di prima applicazione, è stata prevista la possibilità di suddividere le istruttorie secondo modalità che saranno rese note con apposite comunicazioni. Inoltre, tenuto conto anche della complessità dell'istruttoria che l'Autorità è tenuta a svolgere (che impone la verifica di clausole statutarie, visure camerali, patti parasociali, bilanci, ecc.), si è ritenuto di prevedere un termine per la conclusione del procedimento pari a 90 giorni, decorrenti dall'avvio dell'istruttoria. Le linee guida elencano, inoltre, i requisiti fissati dalla legge che saranno controllati al fine di consentire l'iscrizione nell'Elenco, illustrando le modalità di dimostrazione e di verifica degli stessi.