

12.2.2 Le linee guida in fase di definizione

Nel corso del 2016 l'Autorità ha elaborato e posto in consultazione anche i documenti, di seguito descritti, finalizzati all'adozione di linee guida ANAC, ovvero, atti di proposta di linee guida da adottare mediante decreto del MIT.

Proposta al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti per le linee guida sul direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione

Ai sensi dell'art. 111, commi 1 e 2, del Codice, l'Autorità è tenuta a formulare al MIT una proposta di linee guida che individuino le modalità e la tipologia di atti, attraverso i quali il direttore dei lavori effettua l'attività di cui all'articolo 101, co. 3, n maniera da garantirne trasparenza, semplificazione, efficientamento informatico, con particolare riferimento alle metodologie e strumentazioni elettroniche anche per i controlli di contabilità, nonché le modalità di effettuazione dell'attività di controllo del direttore dell'esecuzione, secondo criteri di trasparenza e semplificazione. Il documento contenente la proposta finale, redatto all'esito della consultazione pubblica e del parere del Consiglio di Stato pervenuto il 3 novembre 2016, è stato trasmesso al MIT, unitamente ai contributi acquisiti in sede di consultazione e a una relazione illustrativa finalizzata a descrivere le motivazioni e gli obiettivi che hanno guidato l'Autorità nell'adozione di alcune scelte di fondo ai fini dell'elaborazione della suddetta proposta.

In generale, l'Autorità ha scelto soluzioni e interpretazioni che, in adempimento delle finalità perseguitate anche dalla legge-delega 28 gennaio 2016, n. 11, determinano semplificazioni procedurali ed evitano oneri in capo alle stazioni appaltanti e agli operatori economici che non sono necessari per il perseguitamento di interessi pubblici.

Linee guida sul monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato

L'art. 181, co. 4, del Codice prevede che l'ANAC, sentito il MEF, adotti linee guida per definire le modalità con le quali le amministrazioni aggiudicatrici, attraverso la predisposizione e l'applicazione di sistemi di monitoraggio, esercitano il controllo sull'attività dell'operatore economico affidatario di un contratto di Partenariato Pubblico Privato (PPP), verificando, in particolare, la permanenza in capo allo stesso dei rischi trasferiti. In attuazione di tale previsione, l'Autorità ha elaborato un documento, nel quale, oltre ad individuare l'ambito di

applicazione dell'atto regolatorio e descrivere i principali rischi che possono essere presenti in un'operazione di PPP, ha formalizzato le proprie proposte in tema di strumenti per l'analisi dei rischi e per il monitoraggio sull'attività svolta dal *partner* privato.

L'elaborazione della proposta di linee guida è stata preceduta da una attenta analisi del mercato italiano del PPP, effettuata sulla base dei dati contenuti nella Banca Dati dell'Autorità e dei dati pubblicati dal Dipartimento per la Programmazione e il Coordinamento della Politica Economica. È stata, inoltre, utilizzata un'analisi condotta dall'ISTAT nel 2015 su 24 operazioni di PPP relative a opere fredde. L'esame di tali dati ha consentito di considerare l'intervento regolatorio dell'Autorità, oltre che "necessitato", in quanto attuativo dell'art. 181, co. 4, del Codice, anche opportuno, in considerazione delle criticità che interessano il mercato del PPP italiano: ricorso eccessivo allo strumento concessionario, visto come modo di eludere presunte rigidità nel sistema degli appalti; ridotta capacità delle stazioni appaltanti nel procedere ad una corretta allocazione dei rischi; elevato tasso di "mortalità" delle operazioni di PPP; riclassificazione ai fini contabili di tali operazioni.

In considerazione di tali elementi, le linee guida si propongono i seguenti obiettivi: ridurre il tasso di mortalità delle operazioni di PPP avviate dalle amministrazioni aggiudicatrici; garantire un efficiente ed efficace monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sui contratti di PPP; migliorare il rapporto tra risultati attesi e risultati effettivamente raggiunti attraverso le operazioni di PPP, anche in termini di costo; correttezza della classificazione contabile delle operazioni di PPP.

A seguito del parere del Consiglio di Stato, l'Autorità ha trasmesso lo schema di linee guida alle Autorità indipendenti di regolazione (AGCOM, AEEGSI, ART), al fine di acquisire il loro contributo alla materia in esame, nei loro singoli settori di competenza (soprattutto con riguardo alle ricadute sotto il profilo regolatorio degli elementi di carattere economico – finanziario). Il documento è stato, altresì, inviato nuovamente al MEF, al fine di confermare e/o integrare le osservazioni già espresse dalla Ragioneria Generale dello Stato.

Linee guida sui criteri reputazionali per la qualificazione delle imprese ai sensi dell'art 83, comma 10, del Codice

La norma prevede l'istituzione presso l'ANAC del sistema del *rating* di impresa e delle relative penalità e premialità. Per il suo funzionamento, l'ANAC è chiamata a definire i requisiti reputazionali e i criteri di valutazione degli stessi, nonché le modalità di rilascio della relativa certificazione.

A tal fine, l'Autorità ha elaborato un documento nel quale sono state illustrate possibili soluzioni a una serie di questioni che la realizzazione di un sistema di *rating* di impresa impone di chiarire: l'algoritmo di calcolo del *rating* di impresa e la connessa questione della penalità e premialità degli operatori economici; l'individuazione degli indici reputazionali da utilizzare per il calcolo del *rating* di impresa, evitando la sovrapposizione con altri elementi che già incidono sulla qualificazione delle imprese ovvero hanno rilevanza ai sensi dell'art. 80 del Codice, quali cause di esclusione o che impediscono la qualificazione; il flusso di dati che deve intercorrere tra le stazioni appaltanti e l'Osservatorio al fine di permettere all'Autorità di disporre delle informazioni necessarie per calcolare il *rating* di impresa; l'implementazione del sistema di penalità e premialità e l'eventuale necessità di un periodo di sperimentazione dello stesso. Tale documento è stato posto in consultazione pubblica dal 10 al 27 giugno 2016. Dalle osservazioni acquisite, sono risultate confermate le difficoltà applicative della norma così come concegnata. Per ricevere ulteriori indicazioni su come superare tali criticità, l'Autorità ha incontrato sia alcuni rappresentanti delle imprese e esperti giuridici in materia, i quali hanno inviato ulteriori contributi scritti, sia alcuni economisti, che hanno analizzato le modalità applicative del *rating* negli Stati Uniti e da parte di alcune società attive nei settori speciali in Italia. Posto che, anche ad esito di questi ulteriori momenti di riflessione, è stato confermato il convincimento che per avviare l'istituto del *rating* di impresa fosse necessario un correttivo alla norma, l'Autorità ha inviato, l'1 febbraio 2017, un atto di segnalazione al Governo e al Parlamento richiedendo modifiche al testo normativo (cfr. Capitolo 2.)

Recependo in parte le osservazioni formulate dall'Autorità nel suddetto atto, il legislatore, con il decreto correttivo ha modificato la norma, rendendo il *rating* facoltativo per le imprese e premiante in sede di gara.

Linee guida di attuazione in materia di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici e sul sistema unico di qualificazione del contraente generale

Come rappresentato nel Capitolo 10, il Codice, in continuità con il previgente regime normativo, ha attribuito all'Autorità un importante ruolo regolatorio in materia di qualificazione.

In attuazione del mandato normativo, nei primi mesi del 2017, l'Autorità ha elaborato e posto in consultazione due documenti relativi, rispettivamente, al sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici di importo pari o superiore a 150.000 euro e al sistema unico di qualificazione del contraente generale.

A seguito dell’emanazione del decreto correttivo che, tra l’altro, ha modificato l’art.83, co. 2 del Codice, demandando la disciplina del sistema di qualificazione degli operatori economici non più alle linee guida ANAC, bensì a un decreto del MIT su proposta dell’Autorità, il documento relativo alla qualificazione degli operatori economici è stato riformulato in veste di proposta al MIT e adeguato alle modifiche apportate dal decreto correttivo ad alcune specifiche disposizioni del Codice, tra cui l’art. 47 co. 2 (relativo alla qualificazione dei Consorzi) e l’art.84 co.4 (relativo al periodo utile per la dimostrazione dei requisiti di qualificazione che passa da cinque a dieci anni).

I documenti sono stati predisposti nell’ottica di perseguire la semplificazione e razionalizzazione della procedura di attestazione, assicurando, al contempo, che i requisiti di capacità individuati assicurino l’effettiva affidabilità professionale del contraente e che il rilascio delle attestazioni avvenga sulla base dell’effettivo possesso dei requisiti richiesti, in conformità alla normativa di settore.

Il perseguimento di tali obiettivi è stato demandato, tra l’altro, all’utilizzazione di sistemi informatizzati di raccolta e archiviazione dei dati e della documentazione da parte delle SOA che, oltre ad agevolare la presentazione della domanda di qualificazione e la dimostrazione della sussistenza dei requisiti prescritti dalla normativa vigente da parte degli operatori economici, facilitino lo svolgimento delle verifiche di competenza da parte dell’Autorità, affiancandosi ai sistemi informatici di trasmissione dei dati esistenti.

Nelle more dell’espletamento della consultazione, è stato emanato, come sopra detto, il decreto correttivo, che ha modificato in maniera significativa la competenza ad adottare gli atti di regolazione in parola. Mentre il novellato art. 83, co. 2, demanda a un decreto del MIT - da adottarsi su proposta dell’ANAC - la disciplina del sistema di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici, non viene modificato l’art. 197 del Codice, ove al co. 4 è confermata la competenza dell’Autorità a individuare, con proprie linee guida, i requisiti di adeguata capacità economica e finanziaria, idoneità tecnica e organizzativa, nonché di adeguato organico tecnico e dirigenziale per la partecipazione del contraente generale alle procedure di aggiudicazione, nonché ad individuare le classifiche di qualificazione. La norma in questione, peraltro, specifica che l’attestazione del possesso dei requisiti del contraente generale avviene con le modalità di cui all’articolo 84 del Codice medesimo, ovvero con decreto del MIT.

L’art. 199, co. 4, come modificato dal d.lgs. 56/2017, dispone, inoltre, che il MIT provvede a rilasciare l’attestazione di qualificazione al contraente generale, per tutte le domande pervenute fino all’entrata in vigore del decreto di cui all’art. 83, co. 2, del Codice. Tuttavia, tale

disposizione non disciplina la materia della qualificazione del contraente generale, bensì la qualificazione degli operatori economici.

Se l'intenzione del legislatore era, dunque, nel senso di confermare in capo all'ANAC la competenza a disciplinare la qualificazione del contraente generale, il rinvio effettuato, dal citato art. 199, co. 4, al decreto adottato ai sensi dell'art. 83, co. 2, del Codice, dovrebbe essere inteso come riferito alle linee guida dell'ANAC di cui all'art. 197, commi 2 e 3 del Codice. Analoghe considerazioni dovrebbero essere fatte valere con riferimento al citato decreto del MIT di cui all'art. 216, co. 27-*bis*, del Codice.

Se, invece, l'intenzione del legislatore era quella di prevedere una disciplina organica e sistematica della materia della qualificazione, si potrebbe ritenere ammissibile che il soggetto competente ad intervenire in materia di qualificazione, sia con riferimento agli operatori economici che al contraente generale, sia il predetto Ministero.

Tenuto conto della rilevanza della problematica in questione, l'ANAC ha sottoposto la questione al Consiglio di Stato, anche al fine di evitare l'ingenerarsi di un possibile contenzioso oltre che di inevitabili problematiche nella fase di attuazione delle disposizioni del Codice.

12.3 Gli altri interventi regolatori e la standardizzazione della documentazione di gara

Con delibera n. 32 del 20 gennaio 2016, l'Autorità ha emanato le linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali. L'intervento regolatorio in questione è stato dettato dalla considerazione che, nonostante il notevole impatto, sulla finanza pubblica, della spesa per i servizi sociali, manca, nel nostro ordinamento, sia una disciplina organica concernente l'affidamento di contratti pubblici a soggetti operanti nel terzo settore sia un coordinamento delle disposizioni relative ai servizi sociali con quelle contenute nel Codice.

Pertanto, l'Autorità ha ritenuto di fornire indicazioni volte a richiamare l'attenzione delle stazioni appaltanti sul rispetto delle norme comunitarie e nazionali in materia di affidamenti di servizi sociali, al fine di garantire l'osservanza dei principi di trasparenza, concorrenza, economicità ed efficienza, sia nella fase della programmazione e co-progettazione che nella fase della scelta dell'erogatore del servizio.

Con successivo Comunicato del Presidente del 14 settembre 2016, a seguito di numerose segnalazioni pervenute da parte degli operatori del settore, sono state fornite ulteriori

indicazioni operative, volte a superare le criticità riscontrate negli affidamenti di servizi di assistenza domiciliare. Al riguardo, è stato sottolineato che l'esigenza di soddisfare bisogni complessi dell'utenza non giustifica la scelta di affidare l'intero servizio a un unico operatore. Si è, pertanto, ribadito che anche nei casi in cui sia previsto lo svolgimento contestuale di una molteplicità di prestazioni (es. accoglienza dei richiedenti protezione internazionale), oppure la medesima prestazione debba essere eseguita con modalità differenziate, per adeguarla ai bisogni di diverse tipologie di utenti finali (es. assistenza domiciliare rivolta ad anziani, disabili, malati terminali), al fine di non creare inutili barriere all'accesso, l'amministrazione deve adottare gli opportuni accorgimenti che consentano, in ogni caso, la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento. A tal fine, è stata ribadita la necessità che le stazioni appaltanti provvedano alla suddivisione dell'appalto in lotti funzionali o prestazionali, rammentando l'obbligo statuito in tal senso dall'art. 51 del Codice. Inoltre, si è richiamata l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avvalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata.

Tra l'attività di regolazione riferita al 2016, rientra anche la redazione delle linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, poste in seconda consultazione pubblica nel mese di novembre 2016, a seguito del parere reso dal Consiglio di Stato. Le linee guida in questione si propongono di fornire indicazioni puntuali, alle stazioni appaltanti e agli operatori economici, circa le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente fare ricorso alle deroghe previste per i casi di infungibilità di beni e servizi, alle procedure da seguire per l'accertamento di situazioni di infungibilità e agli accorgimenti che le stazioni appaltanti devono adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del *lock-in*). Il testo definitivo delle linee guida è in fase di redazione.

Nel mese di aprile 2017, inoltre, l'Autorità ha avviato una consultazione pubblica ai fini dell'aggiornamento della determinazione ANAC n. 4/2011, recante le linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari, ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

L'intervento regolatorio si è reso necessario fine di adeguare le disposizioni ivi contenute alle disposizioni del nuovo Codice, nonché alla giurisprudenza e alla prassi consolidata. Per l'aggiornamento è stata semplificata la parte relativa alle finalità dell'istituto, trattandosi ormai

di uno strumento consolidato nel panorama giuridico nazionale ed è stato anche eliminato, per le medesime ragioni, il paragrafo relativo al periodo transitorio.

Nell stesso mese, a fronte delle perplessità sollevate dagli operatori del settore sulla disciplina recata dal Codice in materia di affidamento dei servizi legali, l'Autorità ha ritenuto opportuno avviare a una consultazione pubblica, volta all'emanazione di un atto di regolazione ai sensi dell'art. 213, co. 2. L'atto predisposto è finalizzato a fornire indicazioni alle stazioni appaltanti per l'esatta individuazione delle tipologie di servizi legali rientranti nell'elenco di cui all'art. 17 (esclusi dall'applicazione del Codice) e di quelle rientranti nella categoria di cui all'Allegato IX (che invece sono soggette alla disciplina codicistica, seppur con alcune differenziazioni in tema di pubblicità) e per le modalità di affidamento di tali servizi.

Tra gli atti emanati ai sensi dell'art. 211 co. 2 del Codice, ai fini della standardizzazione delle procedure di gara, occorre menzionare le linee guida operative e clausole contrattuali-tipo per l'affidamento di servizi assicurativi, adottate, dall'Autorità, con delibera n. 618 dell'8 giugno 2016.

L'Atto in questione si pone a complemento delle linee guida ANAC n.2/2013, aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi assicurativi e di intermediazione assicurativa. Tale atto è finalizzato ad analizzare i vantaggi della *self insured retention* (SIR) nei settori in cui sia possibile il suo impiego; ad individuare il set di informazioni minime necessarie, da mettere a disposizione per poter formulare un'offerta appropriata; a formulare clausole-tipo per la gestione del recesso contrattuale, in grado di fornire adeguate garanzie ad entrambe le parti; a valutare l'opportunità di utilizzare sistemi di affidamento più flessibili quali, ad esempio, l'offerta economicamente più vantaggiosa, che permetta ai concorrenti di proporre alternative su aspetti rilevanti del servizio; a valutare gli strumenti che possono favorire una maggiore partecipazione alle gare, anche in relazione all'aggregazione/centralizzazione delle procedure e alla suddivisione in lotti.

L'Autorità, infine, ha fornito il proprio ausilio e la propria assistenza al Ministero dell'Interno, supportandolo nella individuazione di precise clausole dello schema di capitolato per la fornitura di beni e servizi relativi alla gestione e al finanziamento delle strutture di accoglienza dei migranti approvato con d.m. del 7 marzo 2017.

Si precisa che le procedure di gara aventi ad oggetto l'affidamento dei servizi di accoglienza dei migranti sono da tempo all'attenzione dell'ANAC, che, nel corso degli ultimi due anni, si è espressa sia con l'adozione di pareri sia con lo svolgimento di specifiche attività di vigilanza.

L'attività in questione è consistita nell'esame del capitolato tecnico e degli allegati relativi alla struttura dell'offerta, nella parte in cui essi forniscono specifiche indicazioni in ordine al

disegno d'asta, ivi comprese le modalità di presentazione e valutazione dell'offerta, nonché la gestione del rapporto contrattuale.

In particolare, sono stati oggetto di attenzione le clausole riguardanti: la suddivisione dell'appalto in lotti, su cui l'Autorità si è espressa per la massima tutela delle micro, piccole e medie imprese, suggerendo, altresì una suddivisione per lotti dimensionali, individuati sulla base del numero massimo di migranti per i centri fino a 300 migranti; la precisa ed esatta formulazione della clausola sociale, a tutela dei livelli occupazionali; l'aggiudicazione dell'appalto con particolare riferimento alle formule utilizzate, sia per quanto riguarda la componente economica dell'offerta che per quella tecnica, fornendo specifiche indicazioni in modo da allineare le previsioni del capitolato ai consolidati orientamenti giurisprudenziali e alle indicazioni già fornite dall'ANAC con le proprie linee guida; la possibile aggiudicazione. Ciò che ha riguardato, altresì, la disciplina dell'aggiudicazione contestuale dei tre lotti in sede di prima applicazione, con tutte le conseguenze (da evitare) in termini di necessaria proroga del contratto con il fornitore uscente; la disciplina della sospensione degli effetti del contratto stipulato con l'aggiudicatario e le eventuali modifiche del medesimo, su cui l'ANAC ha fornito i più opportuni suggerimenti, per tutelare i principi di trasparenza, imparzialità e tutela della concorrenza.

12.4 I comunicati del Presidente e le indicazioni sul periodo transitorio

Nel corso del 2006, l'Autorità è intervenuta più volte, principalmente attraverso Comunicati del Presidente, per fornire indicazioni interpretative e chiarimenti su questioni sollevate dagli operatori del settore. La maggior parte degli atti sono stati necessari per risolvere problemi di diritto transitorio, legati all'entrata in vigore del nuovo Codice (cfr. Capitolo 10).

Al riguardo, con Comunicato del Presidente dell'11 maggio 2016, l'Autorità è intervenuta nell'immediatezza dell'entrata in vigore del Codice, al fine di indicare gli affidamenti che restano assoggettati alla precedente disciplina codicistica e ha fornito chiarimenti in ordine all'applicazione dell'art. 37, co. 1, del Codice, in materia di acquisizioni di lavori, beni e servizi pubblici da parte dei comuni e all'adempimento degli obblighi di comunicazione nei confronti dell'Osservatorio.

Con successivo Comunicato del 26 ottobre 2016, invece, l'Autorità ha inteso realizzare un primo, tempestivo, intervento interpretativo delle nuove disposizioni recate dall'art. 80 del Codice in materia di cause di esclusione, al fine di consentire il regolare svolgimento delle operazioni di gara, nelle more dell'adozione di un atto a carattere generale. Precisamente,

l'Autorità ha fornito indicazioni sull'ambito soggettivo di applicazione delle cause di esclusione di cui all'art. 80, co. 1 (condanne penali per uno dei reati indicati in tale comma) e all'art. 80, co. 2 (cause di decadenza, sospensione e divieto derivanti da misure di prevenzione ovvero il tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84 del d.lgs. 159/2011), sulla modalità di dichiarazione, da parte del concorrente, dell'assenza delle medesime e sulle modalità di verifica delle dichiarazioni rese dai concorrenti.

Inoltre, a seguito di numerose richieste di chiarimenti in merito alle modalità di calcolo delle soglie di anomalia di cui all'art. 97, co. 2 del Codice, con il Comunicato del 5 ottobre 2016, sono stati forniti alcuni primi chiarimenti per ciascuno dei criteri indicati dalla citata norma in caso di utilizzo del criterio di aggiudicazione del prezzo più basso. Tale disposizione è stata poi modificata dal decreto correttivo.

Tra gli atti adottati nel 2016 al fine di orientare l'attività negoziale delle stazioni appaltanti e superare le criticità emerse nella prassi, si menziona, infine, il Comunicato congiunto AGCM-ANAC del 21 dicembre 2016, relativo agli affidamenti di appalti pubblici mediante adesione postuma a gare d'appalto bandite da altra stazione appaltante. Nel Comunicato è stato chiarito che la prassi in questione deve essere stigmatizzata, in quanto potenzialmente elusiva dell'obbligo di programmazione delle acquisizioni di cui all'art. 21 Codice e lesiva dei principi che presiedono l'affidamento dei contratti pubblici e della concorrenza. Sono state quindi fornite indicazioni volte ad assicurare che la clausola di adesione non alteri il confronto concorrenziale prevedendo, in particolare, che siano indicati in modo chiaro: la perimetrazione delle stazioni appaltanti che potranno eventualmente aderire; il valore economico complessivo massimo delle eventuali adesioni ed estensioni consentite; l'oggetto dell'appalto e il contenuto delle offerte, in modo tale che il confronto concorrenziale si estenda anche alle specifiche prestazioni contrattuali richieste dalle stazioni appaltanti che potrebbero aderire successivamente agli esiti della gara. Inoltre, è stato previsto che l'adesione successivamente disposta debba intervenire senza alcuna rinegoziazione delle condizioni prestazionali ed economiche formulate in sede di offerta dal soggetto aggiudicatario e definite dalla *lex specialis*.

Completa l'attività regolatoria, l'emissione dei Comunicati alle SOA di cui al Capitolo 10.

CAPITOLO 13

L'attività consultiva

13.1 Il “precontenzioso”

L'art. 211 del Codice, significativamente collocato tra i rimedi alternativi alla tutela giurisdizionale, prevede che il parere espresso dall'ANAC, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta, obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

La disposizione, che riconosce al parere di “precontenzioso” efficacia vincolante nei confronti delle parti che abbiano preventivamente espresso la propria volontà in tal senso, qualifica a tutti gli effetti tale istituto come strumento di *Alternative Dispute Resolution*, ovvero come strumento di conciliazione, di natura amministrativa, su base volontaria, alternativo al ricorso giurisdizionale.

I vantaggi dell'istituto sono evidenti: risoluzione della controversia con parere efficace nei confronti delle parti aderenti, a fronte di tempi e costi (in termini di strutture e risorse umane) estremamente contenuti e senza oneri per le parti coinvolte.

Nel caso in cui le parti non acconsentano preventivamente ad attenersi al parere reso dall'Autorità, esso conserva la natura non vincolante propria del precedente regime. Ciò comporta la coesistenza di pareri, resi in sede di precontenzioso, aventi natura differente e la previsione, da parte dell'Autorità, di un doppio binario procedimentale.

Alla luce delle disposizioni del citato art. 211, co. 1, del Codice, in data 5 ottobre 2016, è stato approvato, anche sulla scorta del parere n. 1920/2016 del Consiglio di Stato, il nuovo Regolamento per il rilascio dei pareri di precontenzioso.

L'art. 3 del Regolamento prevede che, nel caso di presentazione di istanza singola, le altre parti interessate hanno la possibilità di manifestare expressa adesione all'istanza, con la conseguenza che il parere reso acquisisce efficacia vincolante per tutti coloro che, con tale adesione, hanno manifestato il loro consenso.

Nel caso di presentazione d'istanza congiunta, l'art. 4 prevede, invece, che gli istanti ne diano comunicazione anche agli altri soggetti interessati, i quali potranno manifestare anch'essi la

loro adesione. Anche in questo caso il parere reso è vincolante per le parti che vi hanno acconsentito.

Nell'ordine di trattazione delle istanze, viene data priorità a quelle per le quali sia stata manifestata la volontà di attenersi al parere reso (art. 5).

Si precisa che l'istituto, di natura amministrativa, pur perseguendo un effetto deflattivo del contenzioso, è improntato ai canoni del procedimento amministrativo. Sono, infatti, previste garanzie procedurali per l'instaurazione del contraddittorio tra le tutte le parti interessate che, attraverso la presentazione di memorie scritte, possono rappresentare la propria posizione nell'ambito del procedimento (art. 7). La trattazione scritta, infine, soddisfa il principio del giusto procedimento, consentendo a ciascuno degli interessati di intervenire e prendere posizione ai fini dell'istruttoria.

Il parere viene approvato dal Consiglio, previa relazione del Consigliere delegato, comunicato alle parti interessate e pubblicato nel sito internet dell'Autorità.

Nel corso del 2016 risultano emessi 460 provvedimenti e 125 per il primo trimestre del 2017, a fronte delle istanze di parere congiunte o individualmente sottoposte da soggetti coinvolti in procedimenti di gara, per un totale di 585 provvedimenti, sia sotto forma di pareri (alcuni dei quali redatti in forma semplificata, come previsto dall'art. 10 del Regolamento), nei quali l'Autorità ha elaborato un'ipotesi di soluzione del caso concreto sottoposto alla sua valutazione a conclusione di un procedimento aperto alla partecipazione di tutte le parti interessate, sia con decisioni di rito.

Di questi risultano 11 pareri vincolanti resi nel 2016 e 15 pareri vincolanti resi nel primo trimestre del 2017, su istanza congiunta.

I dati richiamati confermano che il precontenzioso è considerato dagli operatori del settore una valida soluzione per le liti sorte in sede di gara; si segnala, inoltre, che il numero delle istanze presentate è in continuo aumento, soprattutto dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice e, in media, si registrano circa 20 istanze di parere a settimana.

Relativamente ai pareri vincolanti, si precisa che i dati riportati si riferiscono all'istanze ricevute successivamente al 20 ottobre 2016, data dell'entrata in vigore del nuovo Regolamento sul precontenzioso, che ha definito le modalità per la presentazione delle istanze congiunte.

Dal monitoraggio svolto sui dati forniti dalle stazioni appaltanti nell'anno 2016, è emerso un tasso di aderenza al parere di circa l'85,5% da parte delle stazioni appaltanti, che hanno agito in autotutela o hanno proseguito le operazioni di gara precedentemente sospese, conformandosi all'orientamento espresso nelle relative pronunce.

Si segnalano di seguito alcune questioni di particolare rilievo trattate con pareri di precontenzioso nel periodo di riferimento.

Oneri della sicurezza

Con delibera n. 226 del 1º marzo 2017 è stato evidenziato che, nelle gare indette in vigenza del d.lgs. 50/2016, la cui *lex specialis* non abbia previsto l'obbligo di indicare gli oneri di sicurezza aziendale, qualora il concorrente non li abbia indicati specificamente, l'amministrazione è tenuta ad applicare il principio del soccorso istruttorio, entro i limiti indicati dalle Adunanze Plenarie n. 19 e 20 del 27 luglio 2016, nonché secondo i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza del 10 novembre 2016, ovvero previa verifica della natura sostanziale o formale dell'eventuale integrazione dell'indicazione degli oneri. Nel primo caso, infatti, il soccorso istruttorio non potrebbe essere esperito, in quanto il concorrente, formulando un'offerta economica senza considerare gli oneri di sicurezza, nel sanare la propria offerta, apporterebbe una modifica sostanziale all'offerta medesima, in violazione dei principi generali in materia dei contratti pubblici. Nel secondo caso, invece, avendo il concorrente indicato un prezzo comprensivo degli oneri di sicurezza, senza tuttavia chiarirne l'importo, l'amministrazione potrebbe procedere alla richiesta di integrazione mediante soccorso istruttorio, trattandosi di una specificazione formale di una voce, già prevista nell'offerta, ma non indicata separatamente.

Inoltre, con delibera n. 100 dell'8 febbraio 2017, è stata affrontata, sempre in materia di oneri di sicurezza, la questione della differenza tra i costi della sicurezza e gli oneri aziendali della sicurezza, precisando che la definizione dei primi spetta alla stazione appaltante; la determinazione e l'indicazione in sede di offerta degli oneri aziendali della sicurezza rappresenta, invece, un obbligo posto a carico degli operatori economici concorrenti. Gli uni, dunque, sono oneri (*rectius costi*) non soggetti a ribasso, finalizzati all'eliminazione dei rischi da interferenze, gli altri sono oneri concernenti i costi specifici della sicurezza, connessi all'attività delle imprese, che devono essere indicati dalle stesse nelle rispettive offerte.

Varianti migliorative e Criteri Ambientali Minimi (C.A.M.)

Con riferimento allo specifico tema delle varianti progettuali, che potevano essere proposte in sede di offerta ai sensi dell'art. 76 del d.lgs. 163/2006 e ora consentite dall'art. 95, co. 14 del nuovo Codice, l'Autorità si espressa nel senso che, per essere ammissibili, le varianti migliorative devono essere coerenti con il progetto messo a base di gara e devono rispettare le prescrizioni del capitolato speciale d'appalto.

L’Autorità ha ritenuto, quindi, necessario che il bando di gara e i relativi allegati tecnici precisino con chiarezza i confini entro i quali devono collocarsi le eventuali varianti al progetto preliminare o definitivo (delibera n. 711 del 28 giugno 2016; delibera n. 223 del 1° marzo 2017).

In particolare, è stata sottoposta all’attenzione dell’Autorità la tematica dei criteri ambientali minimi (c.d. C.A.M.), previsti dal d.m. 24 dicembre 2015 per “l’affidamento del servizio progettazione per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la progettazione e gestione del cantiere”, e ora espressamente contemplati anche dall’art. 34 del d.lgs. 50/2016. Con delibera n. 222 del 1° marzo 2017 è stato evidenziato che «I criteri di valutazione definiti dalla stazione appaltante tengono anche conto dei criteri ambientali minimi (C.A.M.) adottati con decreto del Ministero dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare; a tal fine, i criteri di valutazione prevedono l’attribuzione di specifici punteggi qualora vengano proposte condizioni superiori a quelle minime previste dai C.A.M. con riferimento alle specifiche di base e alle clausole contrattuali/condizioni di esecuzione». In particolare, è stato specificato che le varianti migliorative recanti i criteri ambientali minimi, richieste quali criteri di valutazione dell’offerta, in ossequio ai principi sopra richiamati in tema di varianti migliorative, devono essere rapportate a un progetto che sia già stato di per sé elaborato nel rispetto dei suddetti C.A.M..

Soccorso istruttorio

Con il parere di precontenzioso n. 50 del 1° febbraio 2017, l’Autorità si è pronunciata sul tema dell’esperibilità del soccorso istruttorio in sanatoria di carenze nella produzione di dichiarazioni sostitutive, attestanti il possesso di requisiti di carattere generale, non tempestivamente rilevate dalla stazione appaltante, nella fase di verifica della documentazione amministrativa, anche dopo l’aggiudicazione definitiva della gara.

La richiesta di parere, sottoposta congiuntamente all’Autorità dalla stazione appaltante e dall’operatore economico interessato, riguardava un caso in cui l’impresa concorrente, dopo avere beneficiato del soccorso istruttorio nel corso della fase istruttoria di valutazione della documentazione amministrativa, in sede di verifica del possesso dei requisiti di partecipazione, esperita dopo l’aggiudicazione definitiva, è risultata carente anche della dichiarazione sostitutiva di un consigliere munito di poteri di rappresentanza cessato dalla carica.

L’Autorità ha evidenziato come il soccorso istruttorio, così come formalizzato nella novella introdotta con il comma 2-bis dell’art. 38 del d.lgs. 163/2006, abbia recepito il principio

secondo cui «occorre dare prevalenza al dato sostanziale (la sussistenza dei requisiti) rispetto a quello formale (completezza delle dichiarazioni rese dai concorrenti)» (cfr. determinazione n. 1/2015), con la conseguenza che l'esclusione dalla gara può essere disposta non più in presenza di dichiarazione incompleta, o addirittura omessa, ma esclusivamente nel caso in cui il concorrente non ottemperi alla richiesta della stazione appaltante di completamento/integrazione ovvero non possieda, effettivamente, il requisito.

In applicazione di tale principio, si è ritenuto necessario prendere in considerazione il caso in cui il soccorso istruttorio attivato dalla stazione appaltante a conclusione della fase di verifica dell'ammissibilità degli operatori economici, e prima di procedere all'esame dell'offerta, non sia condotto efficacemente dalla stazione appaltante stessa, e non metta, dunque, l'operatore economico nella condizione di sanare tutte le irregolarità dichiarative in cui è incorso. In tale ipotesi, si è ritenuto che la stazione appaltante possa legittimamente attivare il soccorso istruttorio anche dopo l'aggiudicazione definitiva, in ciò confortati dal disposto dell'articolo 38, co. 2-bis del d.lgs. 163/2006; la lettura di tale disposizione fornita dalla giurisprudenza amministrativa come limite temporale al ricalcolo della media o della soglia di anomalia a seguito di riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte, limite da individuarsi nel momento in cui la stazione appaltante ha adottato il provvedimento di aggiudicazione definitiva (C.G.A, sentenza del 22 dicembre 2015 n. 740), conduce ad ammettere la possibilità che la riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte in dipendenza dell'esperimento del soccorso istruttorio producano effetti sulla graduatoria anche dopo l'aggiudicazione definitiva (con l'eccezione della media o della soglia di anomalia che è da intendersi cristallizzata).

La prima pronuncia del Consiglio di Stato intervenuta sull'argomento immediatamente dopo la deliberazione del parere (sez. III, 2 marzo 2017, n. 975), ha ampiamente argomentato in ordine alle ragioni che giustificano, anzi impongono, l'esperimento del soccorso istruttorio dopo l'aggiudicazione.

Valutazione di congruità dell'offerta

È stato posto all'attenzione dell'Autorità il problema della valutazione della congruità dell'offerta presentata in relazione all'affidamento di una parte del servizio a lavoratori autonomi. Con delibera n. 246 dell'8 marzo 2017, l'Autorità ha evidenziato, in linea con la giurisprudenza formatasi già nella vigenza dell'art. 118 del d.lgs. 163/2016 (Cons. Stato Sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943), che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto

(l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura in realtà quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa.

Dunque, qualora si renda necessario valutare la congruità dell'offerta, nell'ipotesi di impiego di lavoratori autonomi, o a progetto, occorre considerare che il compenso corrisposto deve essere proporzionato alla quantità e qualità del lavoro eseguito e deve tenere conto dei compensi normalmente erogati per analoghe prestazioni di lavoro autonomo. In caso di verifica di congruità con esito positivo, l'iter logico seguito si desume dal rinvio alle giustificazioni fornite dall'offerta sottoposta a verifica, ove queste siano a loro volta plausibili e documentate e siano chiaramente condivise dall'amministrazione. Ciò non libera l'amministrazione dall'obbligo di motivazione, dovendo essa illustrare, anche sinteticamente, le ragioni per le quali ritiene di condividere i chiarimenti forniti, con particolare riferimento alla possibilità di impiegare lavoratori autonomi, quali ad esempio quelli a progetto. È stata, quindi, evidenziata l'erroneità del ricorso ai minimi tabellari previsti con la contrattazione collettiva dei lavoratori subordinati per verificare la congruità dei costi previsti per la retribuzione dei lavoratori a progetto. Dunque, il rispetto delle norme in materia di lavoro e previdenza sarebbe stato violato solo se fosse stato accertato che la retribuzione corrisposta era non proporzionata alla quantità e qualità del lavoro eseguito dai propri collaboratori, tenuto conto dei compensi previsti per il lavoro autonomo nel luogo di esecuzione del rapporto.

Avvalimento

L'Autorità si è espressa in tema di avvalimento e consorzi stabili, con particolare riguardo alla problematica del c.d. avvalimento a cascata, e ha voluto precisare, sulla scorta di quanto già affermato con determinazione n. 1/2014 e determinazione n. 2/2012, che l'istituto dell'avvalimento è applicabile al solo concorrente e non anche all'impresa ausiliaria. Da ciò consegue che non può ritenersi consentito l'avvalimento di un operatore economico che, a sua volta, utilizzi i requisiti di un altro soggetto. Si configura, pertanto, avvalimento a cascata quando l'impresa ausiliaria si avvale a sua volta dei requisiti di un'impresa terza (in tal senso delibera n. 225 del 2 marzo 2016).

L'Autorità ha ribadito, comunque, la regola generale secondo cui qualsiasi impresa che faccia affidamento sui requisiti di un'altra impresa deve provare l'effettiva disponibilità delle risorse producendo in gara un contratto di avvalimento. La verifica del contratto stesso è lo strumento attraverso il quale poter valutare la serietà dell'impegno assunto dall'impresa

ausiliaria, al fine di assicurare all'amministrazione un operatore economico capace di eseguire il contratto secondo gli *standard* stabiliti (delibera n. 242 dell'8 marzo 2017).

Criteri di aggiudicazione

Alla luce del nuovo Codice, l'Autorità ha evidenziato, con delibera n. 287 del 22 marzo 2017, che l'art. 95 d.lgs. 50/2016 supera la rigida separazione tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, e che possono ora essere valutati profili di carattere soggettivo, ma solo in quanto essi consentano di apprezzare meglio il contenuto e l'affidabilità dell'offerta o di valorizzare caratteristiche dell'offerta ritenute particolarmente meritevoli, e quindi riguardino aspetti che incidono in maniera diretta sulla qualità della prestazione.

Pertanto, non è conforme alla normativa di settore la previsione di criteri di valutazione dell'offerta nettamente incentrati sull'esperienza pregressa in lavori di importo analogo o superiore e con caratteristiche specifiche, ai quali venga attribuito un punteggio preponderante.

L'art. 95 del d.lgs. 50/2016 prevede che i criteri di valutazione del miglior rapporto qualità/prezzo devono essere oggettivi e connessi all'oggetto dell'appalto, ciò al fine di assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento.

Nel richiamare dunque le linee guida in materia, è stato quindi rammentato che «le stazioni appaltanti devono individuare criteri di valutazione concretamente idonei a evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante. I citati criteri devono, pertanto, consentire un effettivo confronto concorrenziale sui profili tecnici dell'offerta, scongiurando situazioni di appiattimento delle stesse sui medesimi valori, vanificando l'applicazione del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo».

Modifiche RTI

In tema di modifiche soggettive nei raggruppamenti, l'Autorità ha ribadito che è illegittima la prosecuzione del rapporto con la sola mandataria se il recesso della mandante consegue alla mancanza di un requisito di carattere generale. Nel caso specifico, a fronte del riscontro di un DURC negativo, la concorrente si trovava priva di un requisito di carattere generale, che avrebbe dovuto conservare per tutta la durata della procedura di aggiudicazione e del rapporto con la stazione appaltante (delibera n. 915 del 31 agosto 2016).

È dunque da ritenerе ammissibile il subentro di altro soggetto nella posizione di mandatario del RTI aggiudicatario, a seguito di cessione di ramo d'azienda, sempre che la cessione sia