

comunicata alla stazione appaltante ed essa non sia finalizzata a eludere l'applicazione del Codice. In ordine a tale problematica, è stato fatto notare come il d.lgs. 163/2006 contemplasse espressamente, all'art. 51, la possibilità di subentro del soggetto risultante da vicende societarie quali la cessione d'azienda o di un suo ramo, trasformazioni, fusioni o scissioni, previo accertamento dei requisiti richiesti. L'Autorità quindi, sulla base dell'interpretazione giurisprudenziale che riteneva estensibili anche alla fase dell'aggiudicazione dell'appalto le ipotesi (cessione di azienda e trasformazione, fusione e scissione di società) previste con riferimento alla fase esecutiva del contratto, in cui era consentita la successione nel rapporto negoziale con l'amministrazione appaltante (Cons. Stato, sez. VI 6 aprile 2006, n. 1873), si è pronunciata nel senso di ritenere ammissibile tale subentro anche alla luce del nuovo Codice, sulla base dell'art. 106 del d.lgs. 50/2016, dettato per la fase dell'esecuzione.

Con l'occasione è stato quindi precisato che la S.A. dovrà verificare l'idoneità del cessionario, e quindi i requisiti richiesti per la partecipazione alla gara, che devono permanere per l'intera durata del contratto, nonché i requisiti di carattere generale delle cedenti (delibera n. 244 dell'8 marzo 2017).

Requisiti di partecipazione: precedenti risoluzioni contrattuali

Con riguardo alla tematica delle precedenti risoluzioni contrattuali, che l'operatore economico abbia dichiarato in sede di domanda di partecipazione alla gara, l'Autorità ha sottolineato, con delibera n. 1380 del 21 dicembre 2016, che ogni valutazione successiva sull'affidabilità dell'impresa è rimessa alla S.A., che è tenuta a valorizzare i precedenti professionali delle imprese concorrenti nel loro complesso con riferimento alle circostanze dei fatti, al tempo trascorso e alle eventuali recidive, il tutto in relazione all'oggetto e alle caratteristiche dell'appalto.

Se la pregressa risoluzione contrattuale risulta contestata in giudizio e ancora pendente, ciò non consente alla stazione appaltante di poter formulare una valutazione in termini negativi a carico dell'operatore economico interessato (delibera n. 213 del 1° marzo 2017).

L'anomalia dell'offerta

È stata affrontata la questione relativa al principio di immodificabilità della soglia di anomalia, con particolare riferimento all'ipotesi in cui l'amministrazione abbia agito in autotutela modificando la soglia di anomalia in ragione della non corretta considerazione dei ribassi identici e non a causa della riammissione, regolarizzazione o esclusione di offerte in

graduatoria. Al riguardo, l'Autorità ha precisato che il provvedimento di autotutela, disposto dall'amministrazione al fine di ripristinare la legittimità del calcolo della soglia di anomalia, è conforme ai principi generali in materia di contratti pubblici e non viola il principio di immutabilità della soglia di anomalia di cui all'articolo 38, co. 2-*bis* del d.lgs. 163/2006 (delibera n. 29 del 18 gennaio 2017).

13.2 I pareri resi sulla disciplina in tema di contratti pubblici

L'ANAC svolge attività consultiva finalizzata a fornire indicazioni in ordine alla corretta interpretazione ed applicazione della normativa in materia di contratti pubblici, nonché in tema di prevenzione della corruzione e di trasparenza, mediante l'adozione di pareri su singoli casi concreti. L'attività consultiva è resa a favore delle pubbliche amministrazioni e dei privati destinatari di provvedimenti nell'ambito di un procedimento amministrativo, che ne fanno richiesta tramite apposita istanza. Si tratta di una attività strettamente correlata alla riconosciuta funzione di vigilanza; la stessa, infatti, è volta a fornire indicazioni *ex ante* e ad orientare l'attività delle amministrazioni pubbliche nel rispetto della discrezionalità che le caratterizza.

Per l'esercizio di tale funzione, nel corso del 2016, l'Autorità ha adottato un nuovo Regolamento (in data 20 luglio 2016) in sostituzione del precedente del 14 gennaio 2015, tenuto conto delle novità legislative introdotte in materia di contratti pubblici, nonché in materia di prevenzione della corruzione e di trasparenza. Il nuovo Regolamento persegue, in particolare, i seguenti obiettivi:

- ridefinisce l'ambito dell'attività consultiva dell'Autorità, anche alla luce dell'entrata in vigore del d.lgs. n. 50/2016 e stabilisce i criteri di rilevanza necessari per garantire una selezione trasparente delle richieste di parere alle quali dare seguito;
- individua le categorie generali di soggetti, pubblici e privati, che possono presentare le richieste di parere;
- regola le modalità di presentazione delle richieste di parere;
- individua i casi di inammissibilità delle richieste di parere;
- disciplina le fasi del procedimento di rilascio dei pareri e prevede la possibilità di rendere pareri in forma breve;
- disciplina la forma delle comunicazioni tra le parti e l'Autorità, nonché la pubblicità dei pareri.

Il nuovo Regolamento precisa che l'Autorità svolge l'attività consultiva in relazione a fattispecie concrete ai sensi dell'art. 213 del d.lgs. 50/2016 e, comunque, al di fuori dei casi in cui è previsto il rilascio dei pareri di precontenzioso di cui all'art. 211 dello stesso decreto. Il richiamato art. 213, co. 2 attribuisce, infatti, all'Autorità la funzione di garantire, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo e altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati, la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi, nonché di favorire lo sviluppo delle migliori pratiche.

In particolare, la funzione consultiva è esercitata:

- quando la questione di diritto oggetto della richiesta ha carattere di novità;
- quando la soluzione alla problematica giuridica sollevata può trovare applicazione a casi analoghi;
- quando la disposizione normativa oggetto della richiesta presenta una particolare complessità;
- quando la richiesta sottoposta all'Autorità presenta una particolare rilevanza sotto il profilo dell'impatto socio-economico;
- quando i profili problematici individuati nella richiesta per l'esercizio dell'attività di vigilanza e/o in relazione agli obiettivi generali di trasparenza e prevenzione della corruzione perseguiti dall'Autorità, appaiono particolarmente significativi.

Il Regolamento chiarisce che i pareri resi all'esito del procedimento, ivi disciplinato, non hanno carattere vincolante e sono pacificamente inquadrabili come ordinari atti amministrativi non provvedimentali a carattere ausiliario, tesi quindi sia ad orientare gli organi di amministrazione attiva tenuti ad adottare i provvedimenti amministrativi finali, sia a supportare, più in generale, i richiedenti sulla corretta interpretazione e applicazione della normativa, tanto in materia di anticorruzione quanto in tema di contratti pubblici.

Nel corso del 2016, l'attività consultiva si è esplicata nell'emissione di complessivi 196 pareri, 55 dei quali resi in forma estesa, in quanto relativi a questioni giuridiche di interesse generale, aventi il carattere della novità e utili ad orientare altri soggetti destinatari della normativa (consultabili sul sito istituzionale dell'Autorità) e 141 pareri resi in forma breve, concernenti questioni di pacifica interpretazione, tenuto conto dei precedenti dell'Autorità e/o di indirizzi giurisprudenziali consolidati condivisi dall'Autorità stessa. Nel primo trimestre del 2017, inoltre, l'attività consultiva ha fatto registrare l'adozione di 9 pareri in forma estesa e di 52 pareri in forma breve. Complessivamente 1403 istanze sono state poi definite con archiviazioni.

L'attività consultiva ha riguardato alcuni argomenti di rilevanza generale che, per il profilo interpretativo e sistematico o per aspetti di carattere economico e strategico, appaiono di notevole interesse e meritevoli di essere brevemente illustrati.

In house providing

In tema di affidamenti *in house*, nel periodo di riferimento, l'Autorità ha adottato due pronunce di sicuro interesse per il settore dei contratti pubblici.

In particolare, con delibera n. 138 del 15 febbraio 2017 l'Autorità – in relazione ad una richiesta di parere relativa alla possibilità per la PA controllante di cedere il ramo d'azienda di un ente *in house*, deputato allo svolgimento dei compiti istituzionali dello stesso, e di continuare ad affidare direttamente al medesimo servizi informatici – ha ribadito l'orientamento interpretativo dell'ANAC sull'istituto, affermando che, ai fini della valutazione del legittimo ricorso all'affidamento diretto di contratti da una pubblica amministrazione ad un suo ente strumentale, occorre un'espressa disposizione normativa che lo consenta, oppure è necessario che ricorrano in concreto le condizioni legittimanti la configurazione di un rapporto *in house* tra soggetto affidante e soggetto affidatario, secondo le previsioni dell'art. 5 del Codice. L'Autorità ha, quindi, sottolineato che la carenza di uno dei presupposti sopra indicati fa venir meno il rapporto di immedesimazione organica della società nell'ente di riferimento, lasciando inalterata quella separazione soggettiva tra gli stessi che non consente un affidamento diretto da parte del secondo nei confronti della prima. Sulla base di tale avviso, l'Autorità ha ritenuto che un'operazione di cessione del ramo d'azienda deputato allo svolgimento dei fini istituzionali dell'ente strumentale, non è conforme all'istituto dell'*in house* poiché ciò snatura l'istituto stesso. L'ente strumentale della PA, affidatario *in house* della stessa, è tenuto all'applicazione delle disposizioni del Codice, ma al fine di acquisire sul mercato servizi strumentali, utili allo svolgimento delle attività istituzionalmente affidate allo stesso, non per affidare a terzi le stesse attività per le quale è stato costituito.

Sullo stesso tema, con successiva delibera del 5 marzo 2017, l'Autorità ha espresso avviso in ordine alla natura giuridica di Formez PA, quale organismo *in house* della Presidenza del Consiglio dei Ministri e delle altre amministrazioni centrali dello Stato, tenuto conto delle sue finalità. Verificata la normativa di riferimento contenuta nel decreto legislativo 6/2010 e lo statuto del Formez PA, alla luce del d.lgs. 50/2016, l'Autorità ha affermato che tale ente è configurato dalla predetta normativa come ente *in house* della Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento della Funzione pubblica e delle altre amministrazioni dello Stato, sulla base del collegamento funzionale e strutturale tra il Dipartimento e i Ministeri, che

condividono la comune appartenenza all'ordinamento della Presidenza del Consiglio dei Ministri e rispetto ai quali il Dipartimento svolge funzioni trasversali riguardanti le amministrazioni dello Stato. Ciò anche in ragione della sussistenza di un controllo analogo, inteso come "influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della persona giuridica controllata" (cfr. art. 5, co. 2, d.lgs. 50/2016) che sussisterebbe rispetto alla Presidenza del Consiglio dei Ministri e rispetto a tutti gli altri associati che esercitano il diritto di voto in Assemblea, così come in ragione dell'espressa previsione di legge che attribuisce al Foromez PA funzioni di supporto delle riforme e di diffusione dell'innovazione amministrativa nei confronti della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento della funzione pubblica, delle amministrazioni dello Stato e delle altre Amministrazioni associate (art. 2, co. 1, l. 6/2010).

Illecito professionale

In tema di illecito professionale particolare interesse riveste la delibera n. 296 del 29 marzo 2017, emessa in esito a specifica richiesta di parere relativa alla possibilità di escludere dalle successive procedure di gara due imprese colpite da un provvedimento dell'Autorità Garante della concorrenza e del mercato per aver posto in essere un'intesa anticoncorrenziale. Con la pronuncia in esame, l'Autorità ha avuto modo di esaminare la nuova disciplina del c.d. illecito professionale contenuta nell'art. 80, co. 5, del d.lgs. 50/2016, tracciando le differenze intercorrenti con la previgente disposizione dell'art. 38, co. 1, lett. f) del d.lgs. 163/2006.

In particolare, l'Autorità ha sottolineato che nel previgente assetto normativo il legislatore ha dato rilevanza, da un lato, alla grave negligenza o mala fede nell'esecuzione di precedenti contratti con la medesima stazione appaltante e, dall'altro lato, al grave errore professionale, accertato con qualsiasi mezzo di prova da parte della stazione appaltante, intercorso anche in rapporti contrattuali con diverse stazioni appaltanti. L'art. 80, co. 5, lett. c), del Codice prevede invece che l'esclusione del concorrente è condizionata al fatto che 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. Dunque, la disciplina dettata dall'art. 80 ha una portata molto più ampia del previgente art. 38, in quanto, da un lato, non opera alcuna distinzione tra precedenti rapporti contrattuali con la medesima o con diversa stazione appaltante e dall'altro non fa riferimento solo alla negligenza o errore professionale ma, più in generale, all'illecito professionale che abbraccia molteplici fattispecie, anche diverse dall'errore o negligenza, ed include condotte che intervengono non solo in fase di esecuzione contrattuale, come si riteneva nella disciplina previgente, ma anche in fase di

gara (le false informazioni, l'omissione di informazioni, il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante). La norma conferma tuttavia la valutazione discrezionale in capo alla stazione appaltante delle situazioni che incidono sull'affidabilità dell'operatore economico, ai fini dell'eventuale esclusione dello stesso dalla gara. E tra tali situazioni rientrano (oltre quelle tipizzate dalla norma) anche i provvedimenti di condanna divenuti inoppugnabili o confermati con sentenza passata in giudicato, dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare. L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, co. 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un procedimento in contraddittorio con l'operatore economico interessato e la rilevanza delle situazioni accertate ai fini dell'esclusione deve essere valutata nel rispetto del principio di proporzionalità. L'Autorità ha osservato al riguardo che ai sensi dell'art. 80, co. 7, del Codice e nei limiti ivi previsti, l'operatore economico è ammesso a provare di aver adottato misure sufficienti a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione del contratto oggetto di affidamento, nonostante l'esistenza di un pertinente motivo di esclusione; l'adozione delle misure di *self-cleaning* deve intervenire entro il termine fissato per la presentazione delle offerte. Le linee guida ANAC n. 6/2016 indicano, al riguardo, gli elementi che possono essere ritenuti idonei a evitare l'esclusione, oltre alla dimostrazione di aver risarcito o essersi impegnato formalmente e concretamente a risarcire il danno causato dall'illecito.

Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando

In tema di procedure di affidamento, sembra utile segnalare la delibera n. 294 del 22 marzo 2017, nella quale l'Autorità ha esaminato una richiesta di parere relativa alla possibilità di procedere all'affidamento, tramite procedura negoziata senza previa pubblicazione, del servizio di manutenzione e monitoraggio del funzionamento della Rete Accelerometrica Nazionale (RAN) e dell'Osservatorio sismico delle strutture (OSS), ai produttori della strumentazione scientifica. A tal riguardo, l'Autorità ha illustrato la nuova disciplina della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dettata dall'art. 63 del Codice e i principi espressi al riguardo nelle "Linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili". Sulla base della disciplina di riferimento, l'Autorità ha quindi concluso che qualora determinati *standard* siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o

un servizio conforme ai predetti *standard*, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 del Codice, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico). Nel caso di specie, non è stato evidenziato un diritto di esclusiva sulla manutenzione della strumentazione in questione, pertanto l'Autorità ha ritenuto non sussistenti i presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, evidenziando nel contempo che l'art. 63 del Codice contempla la possibilità di ricorrervi anche per l'assenza di soluzioni alternative ragionevoli. Spetta comunque alla stazione appaltante verificare rigorosamente, da un punto di vista tecnico ed economico, la mancanza di soluzioni alternative ragionevoli che possa giustificare l'utilizzo della procedura di cui alla norma citata, e di darne conto nella determina o delibera a contrarre.

Affidamento della gestione degli impianti sportivi

Altro tema affrontato dall'Autorità nel corso del 2016 e sottoposto alla sua attenzione da numerosi operatori del settore, riguarda le modalità di affidamento della gestione degli impianti sportivi, distinguendo tra impianti a rilevanza economica e impianti privi di rilevanza economica e tra impianti fissi e mobili, sulla base delle previsioni del nuovo Codice e dell'art. 90, co. 25, della l. 289/2002. Al riguardo l'Autorità ha osservato che, alla luce delle intervenute disposizioni del nuovo Codice, la gestione degli stessi può essere ascritta alla categoria delle concessioni di servizi se ricorrono gli elementi a tal fine indicati dal legislatore (art. 3, co. 1, lett. vv) del Codice). Pertanto, ove la gestione di impianti sportivi possa essere qualificata in termini di "concessione di servizi" secondo le indicazioni fornite dall'art. 3 del Codice, la stessa dovrà essere aggiudicata nel rispetto delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili). Nel caso in cui gli impianti siano privi di rilevanza economica, la gestione deve essere ricondotta nella categoria degli "appalti di servizi", da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV. L'Autorità ha peraltro chiarito che a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice, che ha dettato una specifica disciplina per le concessioni di servizi e ha incluso la "gestione degli impianti sportivi" nell'Allegato IX, quale appalto di servizi, debba ritenersi superata e non più applicabile la previsione di cui all'art. 90, co. 25 della l. 289/2002, sopra richiamato, dettata in un differente contesto normativo. Infine, per quanto riguarda la distinzione tra affidamento della gestione degli impianti sportivi fissi e degli impianti sportivi mobili, confermando per i primi le considerazioni svolte in precedenza, con riferimento agli impianti mobili (spazi pubblici concessi dall'ente per lo svolgimento di manifestazioni o eventi sportivi), l'Autorità ha osservato che in linea generale i servizi sportivi, i servizi connessi allo sport, i servizi di

promozione di manifestazioni sportive e i servizi di organizzazione di manifestazioni sportive, sono inclusi, come i servizi di “gestione degli impianti sportivi” nell’Allegato IX del Codice, pertanto gli stessi, quali appalti di servizi, devono essere affidati nel rispetto delle disposizioni del Codice sopra richiamate. Nel caso in cui l’ente debba concedere esclusivamente l’uso di spazi pubblici per consentire lo svolgimento di eventi, tale fattispecie non rientra nell’ambito di applicazione del Codice, ma costituisce una concessione amministrativa di beni pubblici, da affidare comunque con procedura ad evidenza pubblica, nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, di concorrenza, di parità di trattamento e di non discriminazione.

Servizi di pulizia nelle scuole

Con delibera n. 87 dell’8 febbraio 2017, l’Autorità si è espressa su una richiesta di parere relativa ai contratti di pulizia nelle scuole e alla prosecuzione del progetto “Scuole belle” a seguito della risoluzione delle Convenzioni Consip conseguente ad un provvedimento dell’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato dichiarativo dell’esistenza di un’intesa restrittiva della concorrenza tra taluni fornitori dei predetti servizi. Nella richiesta di parere era prospettata la possibilità di applicare analogicamente la disciplina delle proroghe dettata con l’art. 2 del d.l. 58/2014 per il progetto sopra indicato. A tal riguardo l’Autorità ha affermato che la risoluzione delle convenzioni disposta ai sensi dell’art. 1456 c.c. produce effetti anche rispetto agli atti contrattuali attuativi, siano essi ordinativi di fornitura o contratti aggiuntivi, cui deve ricollegarsi il perfezionamento dell’appalto come espressione di una fattispecie contrattuale a formazione progressiva. D’altra parte l’Autorità si è anche espressa nel senso che la situazione venutasi a creare nei lotti in cui la convenzione è stata risolta non sia normativamente equiparabile alla situazione presente nelle aree geografiche dove la convenzione sia scaduta o non sia stata mai attivata l’art. 2, d.l. 58/2014 dovendo essere interpretato restrittivamente. Infine l’Autorità ha ritenuto che le vicende del contratto di appalto risolto incidono sulle vicende del subappalto, in quanto rapporto derivato e accessorio, con la conseguenza che la risoluzione dell’uno determina lo scioglimento del secondo.

Laboratori protetti

Con delibera n. 207 del 1 marzo 2017, l’Autorità ha esaminato una richiesta di parere in ordine alle disposizioni dell’art. 112 del Codice, contemplante una disciplina in parte difforme da quella dettata dal previgente d.lgs. 163/2006, all’art. 52, con riferimento agli “appalti riservati”. In particolare l’Amministrazione interessata ha evidenziato che il citato art. 112 non

contempla più espressamente la possibilità di riservare la partecipazione alle gare d'appalto e l'esecuzione dei contratti pubblici ai "laboratori protetti", con ciò determinando dubbi interpretativi in ordine all'inclusione di tale categoria nell'ambito di applicazione della norma. Sul tema l'Autorità, dopo aver richiamato l'avviso espresso nella delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 (linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali), ha chiarito che l'art. 112 del Codice prevede la possibilità, per le stazioni appaltanti, di riservare il diritto di partecipazione alle procedure di appalto o di concessione – facendone menzione nell'avviso di gara o nell'avviso di preinformazione in caso di concessione di servizi - a laboratori protetti e ad operatori economici il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate oppure la possibilità di riservarne l'esecuzione quando almeno il 30% dei lavoratori dei suddetti laboratori ed operatori, o la maggioranza dei lavoratori interessati, sia composto da persone con disabilità o svantaggiate. Mentre la norma previgente (art. 52 del d.lgs. n. 163/2006) fissava il numero dei lavoratori disabili alla maggioranza, la nuova disposizione oltre a prevedere una percentuale di almeno il 30%, inserisce anche la categoria dei lavoratori svantaggiati". La norma contiene una definizione più ampia – rispetto al previgente assetto normativo - dei soggetti che rientrano nel suo campo di applicazione, che include tutti gli "operatori economici" (nonché le cooperative sociali e loro consorzi) il cui scopo principale sia l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. L'Autorità ha osservato, al riguardo, che in tale generica espressione possano rientrare anche i "laboratori protetti", ancorché non espressamente citati, in quanto rientranti nella definizione di "operatori economici" che abbiano come scopo principale quello dell'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità, anche alla luce della definizione degli stessi offerta dalla stessa Autorità in precedenti pronunce (secondo le quali affinché un operatore possa essere riconosciuto come "laboratorio protetto", deve essere in possesso dei seguenti requisiti: essere un soggetto giuridico che eserciti in via stabile e principale un'attività economica organizzata; prevedere nei documenti sociali, tra le finalità dell'ente, quella dell'inserimento lavorativo delle persone disabili; avere nel proprio ambito una maggioranza di lavoratori disabili). È stato quindi osservato che al fine di garantire un'applicazione della riserva de qua in linea con le finalità perseguite dalla direttiva appalti (*considerando* 36), il legislatore ha voluto fare ricorso ad una definizione generica, quella di "operatori economici", che possa includere tutti i soggetti che perseguano, come scopo principale, l'integrazione sociale e professionale delle persone con disabilità o svantaggiate. Conclusivamente, quindi, l'indirizzo dato a livello europeo consente una più ampia applicazione della riserva prevista all'art. 112 del Codice rispetto all'assetto

normativo previgente, laddove sussistano le condizioni previste dalla norma, pertanto, secondo l'Autorità la stessa può estendersi in generale a tutti gli operatori economici, anche rientranti nella categoria dei laboratori protetti, le cooperative sociali e loro consorzi, che abbiano come finalità principale l'impiego di persone svantaggiate o con disabilità, nel senso sopra indicato.

Sistema di accreditamento e convenzionamento per le prestazioni di accoglienza residenziale per i minori

Di sicuro interesse per il settore dei contratti pubblici, anche in relazione all'attualità del tema, è la delibera n. 966 del 14 settembre 2016, nella quale l'Autorità ha esaminato una richiesta di parere relativa al sistema di accreditamento e convenzionamento per le prestazioni di accoglienza residenziale per i minori, con particolare riferimento alle modalità con le quali la SA deve procedere all'affidamento dei minori alle strutture di accoglienza residenziali. A tal riguardo, l'Autorità ha richiamato i principi espressi con delibera del 20 gennaio 2016 n. 32, i quali possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016. Con tale delibera infatti l'Autorità ha precisato che l'erogazione dei servizi alla persona può avvenire mediante diversi strumenti, la cui scelta è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione procedente. Tra questi c'è sia il convenzionamento, basato sul modello dell'accREDITAMENTO, sia l'affidamento a terzi in conformità al Codice che rappresentano, quindi, due distinte modalità per soddisfare la domanda di servizi sociali. Indipendentemente dal modello utilizzato, la selezione deve avvenire garantendo adeguati livelli di trasparenza, previa valutazione dei requisiti di onorabilità e di capacità professionale e tecnica. Sebbene gli strumenti in esame (convenzionamento e affidamento) abbiano una propria disciplina, gli stessi conoscono un comune denominatore nell'art. 4 del predetto dPCM, in virtù del quale ai fini della preselezione dei soggetti presso cui acquistare o ai quali affidare l'erogazione dei servizi in esame, rimane fermo quanto stabilito dall'art. 11 della legge 328/2000. I requisiti richiesti debbono essere adeguati rispetto allo scopo da raggiungere — la tutela di minori — e proporzionali rispetto alle prestazioni da erogare, non debbono essere discriminatori ed avvantaggiare taluni operatori. Condizione necessaria per l'autorizzazione e l'accREDITAMENTO, ai sensi dell'art. 13 della l. 328/2000, è che l'impresa adotti una propria carta servizi, contenente specifici obblighi di qualità delle prestazioni, a tutela degli utenti.

Consorzi di cooperative - sostituzione della consorzata esecutrice

Con delibera n. 764 del 13 luglio 2016, l'Autorità ha esaminato una richiesta di parere in ordine all'applicabilità dell'art. 37, co. 9 del d.lgs. 163/2006, dettato per i consorzi ordinari e i

raggruppamenti temporanei, anche ai consorzi stabili e, per analogia, ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro, nonché in ordine alla possibilità di una modifica soggettiva di un consorzio di cooperative da ricondurre, con interpretazione estensiva, alle previsioni di cui all'art. 37, commi 18 e 19 del d.lgs. 163/2006. Al riguardo l'Autorità, dopo attenta analisi della disciplina dettata dall'art. 37 del d.lgs. 163/2006 ed evidenziate le caratteristiche del consorzio stabile e del consorzio di cooperative, ha affermato che la disciplina applicabile ai consorzi stabili è applicabile anche ai consorzi di cooperative di produzione e lavoro e ad altre figure affini, in virtù delle disposizioni degli artt. 35, 36, 37 del d.lgs. 163/2006 ove tali soggetti sono assimilati quanto alla disciplina ai consorzi stabili. L'Autorità ha altresì chiarito che le modifiche soggettive sono consentite soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ex art. 38 del d.lgs. 163/2006 ; in nessun caso, le modifiche soggettive sono ammesse per ovviare ad un controllo con esito negativo in fase di gara; le modifiche soggettive non sono ammesse in fase di gara ma possono intervenire tra la fase di gara e l'esecuzione; il controllo di moralità deve essere effettuato nei confronti delle nuove imprese intervenute; non sono ammissibili le designazioni c.d. "a cascata", rivolte a soggetti terzi, non concorrenti direttamente alla gara. L'Autorità ha quindi affermato che è da ritenere ammissibile la sostituzione della consorziata esecutrice qualora ciò non valga a sanare *ex post* il difetto di un requisito di partecipazione, in violazione della *par condicio*.

Varianti contrattuali

Altro tema di interesse affrontato dall'Autorità nell'ambito della funzione consultiva è quello delle varianti al contratto d'appalto. In particolare, con delibera n. 1203 del 23 novembre 2016, l'Autorità ha esaminato una richiesta di parere relativa alla possibilità di procedere ad una variante in corso d'esecuzione per la sostituzione dei veicoli filoviari e per il conseguente adattamento delle opere infrastrutturali, rispetto a quanto dedotto nel contratto d'appalto relativo al sistema filoviario a guida vincolata della città. Nell'ambito della richiesta di parere l'Autorità ha osservato preliminarmente che, sulla base delle previsioni dell'art. 37, co. 19, del d.lgs. 163/2006 in caso di fallimento di una mandante del RTI, la SA non è tenuta ad annullare la gara, ma può proseguire il rapporto contrattuale con lo stesso aggiudicatario, purché la capogruppo provveda alla sostituzione della mandante fallita con altra impresa in possesso dei prescritti requisiti di idoneità, ovvero decida di proseguire l'esecuzione dei lavori residui direttamente o a mezzo degli altri mandanti in possesso dei predetti requisiti. Con riferimento alla variante in corso d'esecuzione, l'Autorità ha osservato che la stessa deve avere

carattere accessorio rispetto all'opera progettata e contrattualmente stabilita; altrimenti, si è in presenza non di una modificazione del progetto, ma di un nuovo contratto. La connotazione di “sostanzialità” o meno di una variante nel settore dei contratti pubblici deve essere determinata caso per caso, con riferimento alle modifiche intervenute, alla natura delle lavorazioni e all'incidenza delle stesse sul progetto originario, nonché ai costi ed ai tempi della modifica, aggiungendo che la modifica di un contratto in corso di validità deve ritenersi “sostanziale” qualora introduca condizioni che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi o avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa rispetto a quella originariamente accettata. Nel ribadire che la valutazione in ordine al ricorso a varianti contrattuali rientra nella piena responsabilità della SA, l'Autorità ha osservato che nella fattispecie esaminata la sostituzione del veicolo filoviario, con conseguente adeguamento delle opere infrastrutturali, sembra rientrare nell'ipotesi di variante di cui all'art. 132, co. 1, lett. b) del d.lgs. 163/2006, cui rinvia anche l'art. 311 del d.P.R. 207/2010, sussistendo le condizioni richieste dalla norma per procedere ad una modifica del contratto in corso di esecuzione per sopravvenuti progressi tecnologici, nel senso sopra indicato.

Infrastrutture strategiche di preminente interesse nazionale

Di particolare interesse nel settore delle “grandi opere” è la delibera n. 924 del 7 settembre 2016, nella quale l'Autorità ha affrontato la questione relativa al regime transitorio applicabile agli interventi relativi alle infrastrutture strategiche già programmati, oggetto dell'abrogata legge obiettivo e ora disciplinati dal nuovo Codice. L'Autorità ha affermato che appare legittimo ritenere che la contestualità, prevista dal Codice previgente, fra l'approvazione del progetto preliminare e l'adozione del provvedimento di compatibilità ambientale, consenta l'applicazione del regime transitorio, di cui all'art. 216, co. 27 del Codice, al procedimento di approvazione dei progetti delle opere strategiche già programmate. Pertanto, i progetti delle infrastrutture strategiche già inserite negli strumenti programmatici approvati e per i quali la procedura di VIA è già iniziata al momento dell'entrata in vigore del d.lgs. 50/2016, sono approvati secondo la disciplina previgente, mentre le procedure e i contratti per i quali i bandi sono pubblicati successivamente all'entrata in vigore del Codice, rientrano nell'ambito di applicazione dello stesso Codice.

Sistema di trasporto pubblico locale

Una questione molto interessante sottoposta al vaglio dell'Autorità ha riguardato il sistema di trasporto pubblico locale della Regione Puglia (TPLR). Al riguardo, con delibera n. 208 del 1 marzo 2017 l'Autorità ha esaminato una richiesta di parere in ordine alla possibilità per una società facente parte del Consorzio Trasporti Aziende Pugliesi (COTRAP) affidatario, a seguito di gara pubblica, del servizio di trasporto locale della Regione Puglia, di subaffidare a terzi le tratte di TPLR d'essa affidate dal Consorzio stesso, chiarendo se debba farlo con gara pubblica. I dubbi sono originati dal fatto che la facoltà che la legge regionale (l.r. 18/2002) riconosce all'ente affidatario di subaffidare una minima quota dei servizi di trasporto (nella misura del 20%) di cui è risultato aggiudicatario, previa acquisizione di una autorizzazione preventiva dell'ente affidante e mediante una gara pubblica, si è inteso riconoscerla, con il contratto di servizio, anche alle società consorziate cui il COTRAP ha attribuito i servizi di trasporto da svolgere per la Regione. Tale facoltà assume particolare importanza nella vicenda in esame posto che essa è stata utilizzata in passato dalla STP per subaffidare, con il parere favorevole del Consorzio, ad altri 2 consorziati 2 specifiche linee di TPLR, fino alla decisione dell'Amministrazione attualmente in carica di reinternalizzare tali servizi, senza tuttavia procedere ad alcun tipo di confronto competitivo, come invece previsto dalla disciplina contrattuale e normativa richiamata. La soluzione dei quesiti proposti ha reso necessario, in via preliminare, non solo un rapido *excursus* sulle modalità di affidamento dei servizi pubblici locali, ma anche una attenta analisi dell'istituto del subappalto nell'ambito dei consorzi stabili. Sotto il primo profilo, si è escluso che la circostanza che la STP sia una società in controllo pubblico assuma qualche rilievo, atteso che essa si trova a gestire parte dei servizi di tpl della Regione Puglia sulla base di un presupposto affatto diverso da ciascuna delle modalità di affidamento ordinarie previste dalla normativa in materia. La STP, infatti, svolge i servizi di TPLR sulla base di atti regolamentari e contrattuali tutti interni al Consorzio di cui fa parte e quindi essenzialmente in ragione delle norme in materia di affidamento dei contratti pubblici ai consorzi stabili. Sotto il secondo profilo si è precisato che, poiché a differenza delle riunioni temporanee di imprese il consorzio stabile opera come unica controparte del rapporto di appalto sia nella fase di gara che in quella di esecuzione del contratto, e in relazione alle singole consorziate opera sulla base di un rapporto organico, di modo che le attività compiute dalle consorziate siano imputabili organicamente al consorzio, è da ritenere inammissibile un eventuale rapporto di subappalto tra il consorzio stabile ed un proprio consorziato, proprio in ragione del rapporto di immedesimazione interorganica che lega il secondo al primo. Per la stessa motivazione e logica conseguenza si è escluso che un consorziato esecutore dei lavori,

servizi o forniture affidi in subappalto questi ultimi ad altro consorziato, in quanto entrambi appartenenti alla medesima struttura giuridica, quindi riconducibili ad un unico centro decisionale. Alla luce di tali premesse e sulla base della giurisprudenza in materia (Cons. St., sez. VI, 29 aprile 2003 n. 2183), è apparsa logica conseguenza concludere che le imprese consorziate non possano disporre, mediante contratti di subappalto, di obbligazioni di cui non sono direttamente titolari; mentre, sulla base del medesimo ragionamento, non perderebbero la facoltà di esercizio della loro autonomia contrattuale con riferimento, però, alla sola facoltà di stipulare sub-contratti, permanendo in ogni caso in capo alle singole consorziate l'obbligo di comunicare al Consorzio affidatario e, tramite quest'ultimo, all'Ente affidante "il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati" come previsto dal Codice (prima dall'art. 118 e ora dall'art. 105). Tutto ciò considerato, si è ritenuto – in definitiva – che la STP non possa autonomamente appaltare a terzi quote di servizi ad essa attribuite da COTRAP sulla base del contratto di servizio, né attraverso la procedura di cui all'art. 13 del contratto medesimo, né attraverso l'istituto del subappalto. Si è invece considerato ammissibile che COTRAP, al ricorrere delle condizioni previste dai contratti di servizio, dal Regolamento e dallo Statuto, in conformità alle disposizioni del Codice, possa subappaltare parte dei servizi di TPLR di cui risulta affidatario ad operatori economici estranei alla compagine consortile. Infine, si è ritenuto che ai sensi dell'art. 17 della l.r. 18/2002 e dell'art. 13 del contratto di servizio tra regione Puglia e COTRAP, solo quest'ultimo possa provvedere al subaffidamento della quota massima del 20% dei servizi ad asso affidati purché in esito all'espletamento delle procedure concorsuali di cui all'art. 16 della legge regionale citata.

CAPITOLO 14

L'arbitrato e le attività della Camera arbitrale

14.1 Le sfide del nuovo Codice e le incognite del periodo transitorio

Occorre, in primo luogo, riepilogare sinteticamente gli elementi di innovazione introdotti in tema di arbitrato da parte del d.lgs. 50/2016. Il criterio di delega posto con la lett. aaa) dell'art. 1 della l. 11/2016, prevedeva la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto, disciplinando il ricorso alle procedure arbitrali «al fine di escludere il ricorso a procedure diverse da quelle amministrate, garantire la trasparenza, la celerità e l'economicità e assicurare il possesso dei requisiti di integrità, imparzialità e responsabilità degli arbitri e degli eventuali ausiliari». È in applicazione di tale criterio che l'art. 209, co. 4, del d.lgs. 50/2016 ha innanzitutto introdotto due fondamentali novità.

La prima consiste nell'effettiva riconduzione a unità dell'arbitrato per i contratti pubblici, mediante la previsione in ogni caso della nomina del Presidente del collegio arbitrale ad opera della Camera arbitrale costituita presso l'ANAC. La seconda consiste nell'attribuzione alla titolarità della Camera arbitrale, oltre che del potere di scelta del presidente, anche del potere di nomina dell'intero collegio, ferma restando la designazione degli arbitri di parte ad opera dei soggetti interessati dalla controversia deferita all'arbitrato.

Novità sono poi intervenute anche quanto all'ambito soggettivo e oggettivo di esperibilità dell'arbitrato per le controversie relative ai contratti pubblici. Sotto il primo profilo, trattasi di novità solo formale, in quanto il primo comma dell'art. 209 del d.lgs. n. 50/2016 ha incorporato la previsione (peraltro anche espressamente richiamata) di cui all'art. 1, co. 20, legge n. 190/2012, per la quale l'arbitrato si applica anche a concessioni e appalti pubblici in cui sia parte una società a partecipazione pubblica ovvero una società controllata o collegata a una società a partecipazione pubblica, ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile, o che comunque abbiano ad oggetto opere o forniture finanziate con risorse a carico dei bilanci pubblici. Sotto il secondo profilo, la circostanza per la quale non solo le concessioni di lavori e di servizi, ma pure altri moduli contrattuali più propriamente appartenenti alla nozione del partenariato pubblico-privato (cfr. art. 180 del Codice) abbiano trovato disciplina sostanziale anche di dettaglio nel corpo del nuovo Codice induce a ritenere che anche per essi le relative

controversie possano essere deferite all'arbitrato amministrato, l'unico ormai legittimato dalla normativa di riforma.

Ulteriori novità disposte dal nuovo Codice hanno riguardato: a) la più stringente definizione complessiva dei requisiti per il conferimento dell'incarico arbitrale; b) una parziale riforma dei compensi dei collegi arbitrali; c) le modalità di deposito del lodo; d) gli obblighi di pubblicazione a carico dell'Autorità.

È poi da valutare in modo positivo la novità recata dall'art. 128 del decreto correttivo, che al co. 22 dell'art. 216, laddove già prevede l'applicazione in via transitoria dell'art. 10, commi da 1 a 6, e tariffa allegata, del DM 2 dicembre 2000, n. 398 fino all'approvazione del nuovo atto di fonte ministeriale per la determinazione dei compensi dei collegi arbitrali, ha preposto una disposizione a più ampia portata per la quale: «le procedure di arbitrato di cui all'articolo 209 si applicano anche alle controversie su diritti soggettivi, derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di cui al medesimo art. 209, co. 1, per i quali i bandi o avvisi siano stati pubblicati prima della entrata in vigore del presente Codice».

Tale modifica, infatti, che segue una proposta espressamente avanzata dall'ANAC in occasione dell'audizione presso le competenti commissioni parlamentari, libera il campo dai rischi che una indiscriminata estensione del regime dell'ultrattività del d.lgs. 163/2006, come regola prioritaria per la definizione del diritto intertemporale, avrebbe comportato per l'arbitrato e per le sue specifiche esigenze di integrità, legalità e responsabilità nella materia dei contratti pubblici.

Le funzioni esercitate dalla Camera arbitrale con l'entrata in vigore del nuovo Codice sono indicate negli artt. 209 e 210. In particolare, tali disposizioni prevedono: la formazione e la tenuta dell'albo degli arbitri, dell'elenco dei periti al fine della nomina dei consulenti d'ufficio nei giudizi arbitrali ove sia stata disposta la CTU dai relativi collegi, nonché dell'elenco dei segretari dei collegi arbitrali al fine della nomina ove ritenuta necessaria (si veda al riguardo il Comunicato n. 4/2015); la redazione del codice deontologico degli arbitri camerali; la cura degli adempimenti necessari alla costituzione e al funzionamento del collegio arbitrale, oltre alla rilevazione annuale dei dati emergenti dal contenzioso in materia di contratti pubblici per la successiva trasmissione all'Autorità e alla Cabina di regia. Inoltre, in forza delle stesse disposizioni la Camera provvede alla determinazione del compenso degli arbitri, dei consulenti tecnici d'ufficio e dei segretari, nonché della misura dell'acconto e del saldo per la decisione della controversia; provvede alla amministrazione del deposito dei lodi; infine cura le attività necessarie per la pubblicazione sul sito *web* dell'ANAC dei dati relativi agli arbitrati in corso e definiti.