



## ATTIVITÀ DI REGOLAZIONE DELL'AUTORITÀ

Nel periodo di riferimento (anno 2008- mese di aprile 2009) l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture ha emanato atti di determinazioni e atti di segnalazione al Governo e al Parlamento, su questioni di rilevante interesse per l'attività contrattuale pubblica. In particolare, si segnalano:

### *A.1 Determinazioni - anno 2008*

#### **A.1.1 Determinazione 1/2008 del 10 gennaio 2008- "Casellario informatico degli operatori economici esecutori dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture".**

Con l'atto *de quo*, l'Autorità ha inteso stabilire che il Casellario informatico delle imprese qualificate, istituito presso l'Osservatorio a norma dell'art. 27 del D.P.R. 25 gennaio 2000, n. 34, è suddiviso in tre sezioni contenenti i dati relativi agli operatori economici per l'esecuzione di contratti pubblici di lavori, ma anche di servizi e forniture. Inoltre, con lo stesso, ha stabilito puntualmente le informazioni che le stazioni appaltanti devono obbligatoriamente comunicare all'Autorità affinché ne venga fatta annotazione nel Casellario e che la mancata o tardiva comunicazione all'Autorità sarà sanzionata nei sensi di cui all'art. 6, comma 11 del Codice. Ha inoltre ribadito che, in sede di verifica della dichiarazioni sostitutive, le risultanze della consultazione del casellario informatico non esimono la stazione appaltante dall'onere di verificare direttamente presso le

amministrazioni certificanti il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 38, e che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di consultare il Casellario informatico nel corso delle procedure di affidamento di contratti pubblici per l'individuazione degli operatori economici nei cui confronti sussistano cause di esclusione.

**A.1.2 Determinazione n. 2/2008 del 23 gennaio 2008 - Indicazioni operative sugli appalti riservati - Art. 52 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 e s.m.i.**

Con la determinazione n. 2 l'Autorità ha fornito indicazioni operative sugli appalti riservati, precisando che la *ratio* dell'istituto trova la propria realizzazione attraverso la creazione di una riserva di partecipazione operante sia sotto il profilo soggettivo (laboratori protetti) che oggettivo (programmi protetti). In particolare enuclea i requisiti che devono essere cumulativamente posseduti dal soggetto che intende essere riconosciuto quale laboratorio protetto ai fini dell'art. 52 e precisa che anche le cooperative sociali di cui all'art. 1, lettera b), della legge n.381/91 e s.m.i. possono essere riconosciute come laboratori protetti, a condizione che possiedano i requisiti individuati. In tal caso, la partecipazione alla gara per detti soggetti avverrà in applicazione del citato D.Lgs. n.163/2006. In merito poi alla riserva a favore dei programmi di lavoro protetto, è chiarito che questa non si fonda sulla qualifica soggettiva dei partecipanti alla gara ma sul ricorso, da parte delle imprese partecipanti, nella fase esecutiva dell'appalto, all'impiego, in numero maggioritario, di lavoratori disabili che, in ragione della natura o della gravità del loro handicap, non possono esercitare un'attività professionale in condizioni normali.

**A.1.3 Determinazione n. 3/2008 del 5 marzo 2008 - "Sicurezza nell'esecuzione degli appalti relativi a servizi e forniture. Predisposizione del documento unico di valutazione dei rischi (DUVRI) e determinazione dei costi della sicurezza - L. n.123/2007 e modifica dell'Art. 3 del D.Lgs. n.626/1994, e Art. 86, commi 3-bis e 3-ter, del D.Lgs n.163/2006".**

Tale determinazione è stata emanata sulla base dell'esigenza di un atto di indirizzo dell'Autorità sull'importante tematica della sicurezza, al fine di fornire indicazioni utili alle stazioni appaltanti ed alle imprese. In particolare vengono dettate indicazioni in ordine alla redazione del Documento Unico di Valutazione dei Rischi da interferenze, ai costi della sicurezza che devono essere dalla stazione appaltante adeguatamente valutati ed indicati nei bandi; a loro volta le imprese dovranno nelle loro offerte indicare i costi specifici connessi con la loro attività. Viene inoltre sottolineato, che, in sede di verifica dell'anomalia di tali offerte, la stazione appaltante dovrà valutarne la congruità rispetto all'entità e alle caratteristiche del lavoro, servizio o fornitura, escludendo data la natura generale del principio esposto all'art. 86, comma 3 ter, del Codice, che il costo della sicurezza sia suscettibile di ribasso.

**A.1.4 Determinazione n. 4/2008 del 2 aprile 2008- "Realizzazione di opere pubbliche da parte di privati nell'ambito di accordi convenzionali stipulati con le amministrazioni".**

Con l'atto in questione l'Autorità ha chiarito come gli accordi convenzionali che rientrano nel più ampio genus dei "programmi complessi", sono da qualificarsi quali "appalto pubblico di lavori" con conseguente applicazione dell'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica, stante la ricorrenza dei seguenti tre elementi: la qualità di amministrazione aggiudicatrice degli enti procedenti (enti pubblici territoriali); la riconducibilità delle opere di urbanizzazione primaria e secondaria alla categoria delle opere pubbliche in senso stretto; la natura contrattuale ed onerosa del rapporto fra l'amministrazione e il privato lottizzante. È stato inoltre stabilito che sussiste l'obbligo di esperire procedure ad evidenza pubblica anche nel caso in cui la scelta degli imprenditori incaricati della progettazione e dell'esecuzione delle opere spetti al lottizzante (titolare del permesso di costruire), non essendo necessario che il soggetto che conclude un contratto con l'amministrazione aggiudicatrice sia in grado di realizzare direttamente la prestazione

pattuita, potendo tale soggetto farla eseguire a terzi. Devono ritenersi applicabili quindi i noti principi comunitari anche nei confronti di altre forme di negoziazione tra la pubblica amministrazione ed il privato quando, ricorrendo tutti i suddetti elementi, il carattere oneroso della prestazione consista in un qualunque corrispettivo non necessariamente oggettivato in una corresponsione in denaro.

**A.1.5 Determinazione n. 5/2008 dell' 8 ottobre 2008-** "Utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di lavori pubblici".

Con l'atto in questione l'Autorità ha chiarito che la scelta del criterio di aggiudicazione rientra nella discrezionalità tecnica delle stazioni appaltanti che devono valutarne l'adeguatezza rispetto alle caratteristiche oggettive e specifiche del singolo contratto, applicando criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento e che assicurino una valutazione delle offerte in condizioni di effettiva concorrenza. Ha precisato inoltre che il criterio del prezzo più basso può reputarsi adeguato al perseguimento delle esigenze dell'amministrazione quando l'oggetto del contratto non sia caratterizzato da un particolare valore tecnologico o si svolga secondo procedure largamente standardizzate mentre il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa può essere adottato quando le caratteristiche oggettive dell'appalto inducano a ritenere rilevanti, ai fini dell'aggiudicazione, uno o più aspetti qualitativi, quali, ad esempio, l'organizzazione del lavoro, le caratteristiche tecniche dei materiali, l'impatto ambientale, la metodologia utilizzata.

**A.1.6 Determinazione n. 6/2008 dell' 8 ottobre 2008-** "Dichiarazione di "buon esito" contenuta nel certificato di esecuzione dei lavori (art.22, comma 7, del D.P.R. n.34/00)".

Con l'atto in questione l'Autorità ha chiarito che la facoltà di non apporre sul certificato dei lavori la dichiarazione di "buon esito" costituisce una indubbia prerogativa della stazione appaltante; tuttavia, il corretto esercizio di detta facoltà presuppone l'adozione di una serie di misure e provvedimenti tra loro consequenziali, ben definiti dalla normativa vigente, finalizzati a registrare il grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'impresa, allorché tale inadempimento comprometta la buona riuscita dei lavori. Inoltre con riferimento all'attestazione di "buon esito" prevista dall'art.22, comma 7, secondo periodo, del D.P.R.n.34/00, resa dagli organi preposti alla tutela dei beni soggetti alle disposizioni in materia di beni culturali e ambientali, in esito all'esecuzione di lavori su tali beni, l'Autorità ha precisato che l'attestazione in questione ha la finalità di garantire la necessaria selezione delle imprese che intendono partecipare alle procedure di appalto per le quali è richiesto il possesso della qualificazione nelle categorie OG 2, OS 2 e OS 25. Pertanto, il rilascio di detta attestazione da parte dell'organo preposto alla tutela - relativamente ad un procedimento d'appalto gestito da altri soggetti - non implica responsabilità di altro genere, le quali restano in capo al soggetto appaltante

## ***A.2 Determinazioni - anno 2009***

### **A.2.1 Determinazione 1/2009 del 14 gennaio 2009- "Linee guida sulla finanza di progetto dopo l'entrata in vigore del c.d. "terzo correttivo" (D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152)".**

L'Autorità, tenuto conto del nuovo assetto della materia, ha ritenuto opportuno fornire alle amministrazioni aggiudicatrici ed alle imprese, alcune prime indicazioni operative, sia in merito a talune problematiche interpretative riguardanti le nuove procedure di gara delineate dal legislatore, sia in merito ai contenuti dello *studio di fattibilità*. Per quanto riguarda le procedure previste per il nuovo istituto sulla finanza di progetto,

l'Autorità ha fornito indicazioni sulle procedure utilizzabili nel periodo transitorio, sul contenuto dei bandi di gara con riferimento ai tre sistemi delineati dal terzo correttivo e alle modalità di conduzione delle gare con riferimento alle modifiche al progetto preliminare presentato dal promotore. In particolare l'Autorità ha precisato che le modifiche al progetto preliminare che possono essere richieste dalla Stazione Appaltante sono solo quelle che scaturiscono in sede di approvazione del progetto stesso. Con riferimento poi allo studio di fattibilità, tenuto conto che nessuna normativa ne definisce i contenuti, l'Autorità ha fornito specifiche indicazioni sul contenuto minimo dello studio di fattibilità, dovendo lo stesso ottemperare a due opposte esigenze: essere abbastanza completo per consentire alle Stazioni Appaltanti di stabilire i requisiti di partecipazione e lasciare alle imprese un certo margine per la formulazione di proposte innovative. L'autorità ha suggerito, vista la duplice valenza dello Studio di fattibilità, sia come documento per la programmazione dei lavori pubblici sia come documento per l'esperimento della gara, di aggiornarlo prima di utilizzarlo nelle procedure di finanza di progetto.

**A.2.1 Determinazione 2/2009 del 25 febbraio 2009- "L'affidamento degli incarichi di collaudo di lavori pubblici a seguito dell'entrata in vigore del Decreto Legislativo 11 settembre 2008, n. 152".**

Con l'atto di determinazione 2/2009, l'Autorità ha chiarito che il collaudo delle opere pubbliche è affidato in via prioritaria ai dipendenti della Stazione Appaltante in possesso dei prescritti requisiti professionali che non hanno svolto alcun ruolo nella realizzazione dell'opera oggetto del collaudo. Al personale incaricato del collaudo spetta il compenso previsto con l'incentivo dall'art. 92 del Codice. In caso di carenza di organico il collaudo può essere affidato a soggetti di altre pubbliche amministrazioni, in possesso dei requisiti, sulla base di apposite convenzioni tra le pubbliche amministrazioni. In questa circostanza, al dipendente pubblico di altra amministrazione spetta il rimborso delle spese sostenute e un compenso da stabilirsi nella convenzione prendendo come riferimento

quanto stabilito dall'art. 92 del Codice in tema di incentivo per le attività professionali. In merito al collaudo statico, l'Autorità ha chiarito che la relativa attività deve essere svolta dal soggetto incaricato del collaudo tecnico-amministrativo in possesso dei requisiti stabiliti dalla specifica disciplina. In caso di carenza di organico della Stazione Appaltante ed in caso di indisponibilità di altre pubbliche amministrazioni a fornire assistenza tramite il proprio personale, il collaudo è affidato a soggetti di cui all'art. 90 del Codice con le procedure di cui all'art. 91 dello stesso Codice. Sulle procedure e sui criteri di aggiudicazione, l'Autorità ha richiamato quanto già stabilito con la determinazione 4/2007. L'Autorità ha inoltre precisato che i dipendenti pubblici non possono partecipare alle gare per l'affidamento delle attività di collaudo ad eccezione dei soggetti ai quali è consentito lo svolgimento della libera professione (art. 53 D.lgs 165/01). Infine fa fatto presente che per quanto riguarda i requisiti di partecipazione, che gli stessi devono essere proporzionali all'oggetto del contratto e che possono considerarsi equiparabili alle attività di collaudo gli incarichi di direzione lavori e di coordinatori per la sicurezza in fase di esecuzione.

### ***A.3 Atti di segnalazione - anno 2008***

#### **A.3.1 Ordinanze per l'attuazione degli interventi di emergenza; deroga alle disposizioni di cui agli art. 6 e 7 del D.Lgs n.163/2006 in tema di Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici.**

L'Autorità ha condotto una indagine relativamente all'evento "*Mondiali di nuoto Roma 2009*", per la realizzazione del quale, a seguito della dichiarazione di grande evento, sono state operate deroghe ad un rilevante numero di articoli del codice dei contratti, tra cui quelle relative all'azione di vigilanza dell'Autorità, con ordinanze emanate dal Presidente del Consiglio dei Ministri. L'Autorità segnala che tale potere di deroga non è assoluto e discrezionale, ma per poter essere legittimamente esercitato,

anche secondo costante indirizzo giurisprudenziale, occorre che rivesta carattere eccezionale ed esige la sussistenza di un nesso di congruità e proporzione tra la qualità e la natura dell'evento e le misure concretamente adottate per fronteggiarlo. Detto nesso di strumentalità non appare sussistere per quanto attiene alle norme relative all'azione di vigilanza dell'Autorità, la cui attività è principalmente diretta a garantire il rispetto dei principi fondamentali stabiliti dall'art.2 del D.Lgs.163/06 e non ad ostacolare le finalità sottese al regime derogatorio, volto allo snellimento delle procedure di appalto.

### **A.3.2 Adeguamento dei prezzi per i contratti di lavori pubblici – Art. 133, commi 4 – 7, del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163**

L'Autorità ha ritenuto necessario segnalare al Governo ed al Parlamento la situazione di forte sofferenza in cui versavano molte imprese impegnate nei lavori pubblici a causa dell'aumento repentino dei prezzi di alcuni materiali da costruzione, delineando alcune soluzioni per l'adeguamento degli stessi relativamente ad alcune materie (acciaio, rame e bitume *in primis*). L'Autorità ha auspicato uno specifico atto legislativo che affronti il problema dei prezzi in un contesto di più generale e virtuoso riequilibrio dei rapporti contrattuali tra stazione appaltante e appaltatori, utilizzando anche i dati e le informazioni dell'Osservatorio. Ciò in quanto la vigente previsione normativa non risulta adeguata all'attuale situazione dei mercati internazionali di alcune materie prime, caratterizzata da ripetuti e non prevedibili aumenti dei prezzi all'ingrosso, soprattutto per la lunghezza del procedimento, per i limiti temporali di individuazione dell'incremento dei prezzi e per la definizione delle "circostanze eccezionali". L'Autorità ha suggerito la semplificazione del meccanismo superando quantomeno le scadenze temporali troppo rigide della norma, costruendo forme di intervento maggiormente modulate rispetto al rapporto tra il periodo di svolgimento delle prestazioni e l'incremento dei prezzi.



**A.3.3 Disciplina dei servizi pubblici locali di rilevanza economica di cui all'articolo 23 bis del decreto legge 25 giugno 2008, n. 112, convertito in legge 6 agosto 2008, n. 133.**

Con l'atto in questione l'Autorità ha segnalato al Governo ed al Parlamento alcune problematiche sulle nuove disposizioni in materia di servizi pubblici locali di rilevanza economica con particolare riferimento all'armonizzazione della nuova disciplina con quelle vigenti di settore, alla disciplina dell'affidamento in via ordinaria, alla disciplina del modello organizzativo *in house*, al regime transitorio ed al miglioramento del sistema di indirizzo, rilevazione dati e controllo e degli strumenti di tutela non giurisdizionale. L'Autorità ha auspicato che l'armonizzazione tra la disciplina generale e quella settoriale non dovrebbe determinare l'abrogazione delle discipline compatibili con le finalità pro concorrenziali enunciate nel comma 1 dell'articolo 23 *bis*, in tutti i casi in cui la normativa di settore abbia già provveduto ad introdurre, nel proprio ambito di applicazione, un sistema che garantisca un grado di apertura del mercato ed un livello di concorrenza fra gli operatori analogo o superiore a quello indicato dall'art. 23-bis. L'Autorità ha inoltre auspicato l'emanazione di una chiara disciplina delle procedure di affidamento per appalti e concessioni, coordinandole con il Codice dei Contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006) e prevedendo anche delle forme obbligatorie di pubblicità per l'affidamento delle concessioni di servizi, disciplinate dall'art. 30 dello stesso Codice. Ha fatto presente la necessità di chiarire la portata del comma 2 ovvero specificare se il riferimento alle procedure ad evidenza pubblica includa – come l'Autorità auspica - anche l'affidamento mediante creazione di società miste pubblico-private (PPPI), in cui il socio è scelto con gara ad evidenza pubblica per l'esecuzione dello specifico servizio.