



Autorità Nazionale Anticorruzione

**Linee guida per l'affidamento
del servizio di vigilanza privata**

Relazione AIR

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

La Prefettura di Roma ha segnalato a questa Autorità talune criticità riscontrate in relazione agli appalti indetti per l'affidamento dei servizi di vigilanza privata. Tali criticità attengono, in particolare:

- all'esatta indicazione dell'oggetto dell'appalto (es. distinzione tra servizi di vigilanza privata e servizi di guardiania e custodia);
- alla corretta individuazione dei requisiti di partecipazione da fissare nel bando di gara;
- alla determinazione della formula per individuare l'offerta economicamente più vantaggiosa ed ai casi in cui si attribuisce un punteggio esiguo ai fini della valutazione dell'offerta tecnica (es. pari a 20 punti) rispetto a quello attribuito all'offerta economica (es. pari ad 80);
- ai ribassi eccessivi proposti dagli operatori economici in sede di gara, che potrebbero essere correlati ad irregolarità nel rispetto degli obblighi derivanti dall'applicazione del CCNL di categoria ed all'applicazione di tariffe orarie non in linea con le tabelle sul costo medio del lavoro elaborate dal Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali per tale settore;
- alle modalità di attuazione del c.d. "cambio appalto", con particolare riferimento all'applicazione, da parte del nuovo aggiudicatario, di tariffe orarie inferiori al personale dell'impresa "uscente".

Stante il rilievo della questione ed il coinvolgimento di numerosi interessi di settore, in applicazione del Regolamento in tema di «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» (pubblicato nella G.U. n. 278 del 27 novembre 2013) l'Autorità — ha provveduto ad istituire un tavolo tecnico di consultazione, al quale hanno preso parte, oltre alla Prefettura di Roma ed al Ministero del lavoro e delle politiche sociali, anche associazioni di categoria di imprese operanti nei settori della vigilanza privata e dei servizi fiduciari (Anivp, Assvigilanza, Assiv, Anisi, Univ, Ass. PiùServizi, Agci, Confcooperative Federlavoro e Servizi, Legacoop Servizi).

Nel corso dei lavori del tavolo tecnico sono state acquisite osservazioni, proposte e pareri dei soggetti partecipanti, anche mediante produzione di memorie scritte.

All'esito degli stessi ed in applicazione del predetto Regolamento, l'Autorità ha predisposto il documento di consultazione denominato "Indicazioni operative per l'affidamento del servizio di vigilanza privata", al fine di acquisire ulteriori valutazioni o aspetti critici da approfondire.

In tale documento è stato analizzato, in particolare, il quadro normativo di riferimento dei servizi di vigilanza privata e sono state illustrate in maniera più diffusa le criticità riscontrate e sono state presentate alcune ipotesi di soluzioni alle stesse. Su tutti gli aspetti sopra indicati sono stati chiamati a pronunciarsi i soggetti interessati, evidenziando eventualmente ulteriori aspetti o criticità sulle quali l'Autorità non si è già espressa. All'esito della consultazione l'Autorità ha predisposto il documento denominato "Linee guida per l'affidamento del servizio di vigilanza

privata”.

Queste ultime sono accompagnate dalla presente relazione di analisi di impatto della regolazione, in forma ridotta, dove sono indicati tutti i contributi pervenuti in sede di consultazione on-line, dando conto delle osservazioni e delle proposte accolte o meno dall’Autorità, con le relative motivazioni. Lo scopo della relazione, infatti, in conformità a quanto previsto dall’art. 8, del Regolamento «Disciplina dell’analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell’impatto della regolamentazione (VIR)», pubblicato nella Gazzetta Ufficiale n. 278 del 27 novembre 2013, è quello di dare evidenza delle ragioni che hanno guidato l’Autorità nell’adozione delle scelte finali con riferimento alle osservazioni formulate nell’ambito del tavolo tecnico e nella consultazione pubblica.

La trattazione più approfondita di alcuni aspetti nella presente relazione AIR è anche finalizzata a preservare il carattere snello e operativo delle linee guida.

Per il presente atto, attualmente non è programmata una data per l’avvio della VIR, tuttavia, l’Autorità si riserva di rivedere e/o modificare il contenuto delle linee guida, anche a seguito di eventuali osservazioni che verranno inviate alla seguente casella di posta elettronica: vir@anticorruzione.it.

2. Le osservazioni pervenute durante la consultazione on line

La partecipazione alla consultazione on line di associazioni di categoria ed operatori di settore ha evidenziato diverse anomalie nell’affidamento del servizio di vigilanza privata. Più precisamente sono intervenute la PiùServizi, l’Assiv, la Sicurpiana srl e la Vigilantes Group srl, per evidenziare complessivamente:

- a) la commistione tra i servizi di vigilanza, per lo svolgimento dei quali è necessario possedere apposita licenza prefettizia di cui l’art. 134 Tulp, e i servizi fiduciari, per lo svolgimento dei quali non è richiesta tale autorizzazione. La commistione potrebbe essere evitata mediante: (i) la predisposizione di una chiara normativa di gara che descriva in maniera analitica i servizi da svolgere; (ii) l’affidamento del servizio di vigilanza privata mediante gare distinta rispetto a quella per l’affidamento dei servizi fiduciari; (iii) la previsione della licenza in questione come requisito di partecipazione anziché di esecuzione;
- b) la partecipazione alle procedure per l’affidamento dei servizi di vigilanza di agenzie d’affari ex art. 115 Tulp, che successivamente provvedono ad individuare gli istituti di vigilanza a cui affidare i predetti servizi. Sarebbe, invero, opportuno non consentire alle stazioni appaltanti di rivolgersi ad agenzie d’affari ed obbligare le stesse all’impegno esclusivo degli istituti di vigilanza in possesso della licenza ex art. 134 Tulp per i servizi individuati dal DM 269/2010 e dagli artt. 265bis, 257 ss. del Regolamento n. 635/1940;
- c) l’eccessivo numero di licenze prefettizie e la necessità di tutelare le attività di sicurezza privilegiando quelle locali in quanto secondo i partecipanti alla consultazione gli operatori economici locali sono quelli che possono avere una migliore conoscenza del “dove e del come” svolgere il servizio;
- d) gli eccessivi ribassi, favoriti sia dall’inosservanza dei costi indicati nelle tabelle ministeriali

sia dalla partecipazione alle gare di cooperative sociali, che indicano nelle proprie offerte un costo orario della risorsa umana inferiore a quello fissato dalla contrattazione collettiva; tali ribassi, secondo i partecipanti alla consultazione, potrebbero essere evitati imponendo il rispetto a tutti gli operatori economici del costo del lavoro come riportato nelle tabelle ministeriali e fissando *ex ante* una percentuale minima di utile che tutte le offerte presentate dovrebbero indicare;

- e) il divieto di utilizzo del criterio del prezzo più basso per l'affidamento dei servizi di vigilanza, in quanto le prestazioni offerte dai concorrenti alla gara non sono identiche; secondo i partecipanti alla consultazione per l'affidamento dei servizi in questione dovrebbe essere utilizzato esclusivamente il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;
- f) l'utilizzo non corretto del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nel caso in cui non si proceda alla riparametrazione delle offerte;
- g) il mancato rispetto della clausola sociale; secondo i partecipanti alla consultazione dovrebbe essere disposto, l'obbligo per le stazioni appaltanti di inserire tra le clausole negoziali il rispetto della clausola sociale così come disciplinata dal CCNL di categoria, prevedendo, in caso di violazione, la risoluzione del contratto di appalto.

3. Criteri che hanno motivato le scelte dell'Autorità

Sul divieto di commistione del servizio di vigilanza e dei servizi fiduciari

Con riferimento alla problematica relativa alla commistione tra il servizio di vigilanza privata e i servizi fiduciari, l'Autorità ha ritenuto necessario ricostruire la normativa che ne regola il corretto svolgimento degli stessi.

In particolare quest'ultima definisce le tipologie di servizi demandati agli istituti di vigilanza privata (Allegato D, sez. III, par. 3.a, d.m. 269/2010) ed i casi in cui, per speciali esigenze di sicurezza, il servizio di vigilanza privata deve essere svolto dalle guardie giurate (art. 256-bis Reg. e All. D, sez. III, par. 3.b.1, d.m. 269/2010). La stessa, inoltre, evidenzia le caratteristiche che contraddistinguono la vigilanza privata dai servizi fiduciari e che, quindi, rendono la prima non assimilabile e non sostituibile dai secondi.

La vigilanza privata si caratterizza per l'esercizio di poteri di intervento diretto per la difesa dell'immobile, mentre l'attività di portierato o di guardiania non implica un obbligo di difesa attiva degli immobili, ma una normale tutela della proprietà privata e della funzionalità di aziende o complessi operativi (es. registrazione dei visitatori, controllo ed ispezione degli accessi; regolazione dell'afflusso delle vetture ai parcheggi; monitoraggio dell'impianto di allarme antintrusione e nell'obbligo, in caso di allarme, di darne immediata notizia al servizio tecnico ed ai soggetti individuati dal proprietario dell'immobile o dall'amministrazione per i necessari interventi; etc.). Né consegue che solo la prima è soggetta ad autorizzazione ex art. 134 Tulp.

In considerazione delle diversità sopra indicate, l'Autorità ha ritenuto che la commistione tra servizi di vigilanza privata e servizi fiduciari (portierato e reception), non risulti conforme al dettato

normativo che regola lo svolgimento dei predetti servizi, infatti la diversità delle prestazioni di cui gli stessi si compongono, non consente di ritenerli sostituiti. Pertanto, l'Autorità ha richiamato le stazioni appaltanti ad una attenta e scrupolosa applicazione delle disposizioni indicate nelle Linee guida, che non consentono di affidare il servizio di vigilanza privata a mere società di portierato.

Sulla natura della licenza prefettizia

Strettamente connessa alla questione in esame è la problematica relativa al possesso della licenza ex art. 134 Tulp. Chiarito che il possesso della stessa è richiesto per lo svolgimento del servizio di vigilanza privata, rimane da chiarire se tale autorizzazione sia un requisito di partecipazione, come vorrebbero i partecipanti alla consultazione, ovvero un requisito di esecuzione. Il problema in particolare si pone, soprattutto, per quegli istituti di vigilanza che siano in possesso della licenza ex art. 134 rilasciata da una prefettura diversa da quella nel cui ambito territoriale ricade l'attività oggetto della procedura di gara.

Al fine di comprendere meglio le conclusioni a cui è pervenuta l'Autorità occorre ricordare che l'art. 134 del Tulp dispone espressamente che «senza licenza del prefetto è vietato ad enti o privati di prestare opere di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari od immobiliari e di eseguire investigazioni o ricerche o di raccogliere informazioni per conto di privati». Tale autorizzazione è, dunque, rilasciata dal Prefetto su istanza dell'interessato e previa verifica della sussistenza di determinati presupposti e requisiti, espressamente previsti e disciplinati dagli artt. 11, 134, 136 e 138 Tulp e dagli artt. 256-bis e 257 ss. del regolamento di esecuzione. La stessa costituisce, quindi, un provvedimento di autorizzazione *intuitu personae*. In tal senso si è già espressa l'Autorità con parere di precontenzioso n. 48 del 8 aprile 2015, nel quale è stato altresì osservato che la licenza sopra indicata, nell'ambito della disciplina normativa in materia di contratti pubblici, va ricondotta, ai fini della partecipazione alle procedure di aggiudicazione, nella categoria generale dei requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 d.lgs. 163/2006. Inoltre con parere di precontenzioso n. 64 del 14 ottobre 2014 l'Autorità ha, altresì, censurato un bando di gara che non prevedeva, tra i requisiti di partecipazione, il possesso del titolo autorizzativo prefettizio ex art. 134 Tulp, per l'esercizio dell'attività di vigilanza o custodia di proprietà mobiliari o immobiliari, posto che il tipo di servizio oggetto del bando di gara richiedeva il titolo di polizia ai sensi del D.M. 269/2010 (servizi di custodia diurna e notturna di beni immobili e di beni mobili in essi contenuti, da effettuarsi presso la sede di una società pubblica che svolge servizi di igiene urbana).

Dalle considerazioni che precedono deriva, dunque, che secondo l'orientamento più recente dell'Autorità, il possesso della licenza prevista e disciplinata dall'art. 134 Tulp – riferita ad una o più province - costituisce un requisito di partecipazione alle gare pubbliche per l'affidamento di servizi di vigilanza privata, da ricondurre nell'ambito della categoria generale dei requisiti di cui all'art. 39 d.lgs. 163/2006.

Corre l'obbligo, tuttavia, di evidenziare che nel rispetto dei principi di ragionevolezza, non discriminazione, e *favor participationis*, tale requisito di ammissione deve ritenersi soddisfatto anche laddove il concorrente sia già titolare di una licenza prefettizia ex art. 134 del Tulp per un determinato territorio provinciale ed abbia presentato istanza per l'estensione dell'autorizzazione in altra Provincia – quale territorio di riferimento per l'espletamento del servizio previsto in gara - purché la relativa autorizzazione (estensione) pervenga prima della stipula del contratto. Sul

punto si ricorda che in virtù dell'art. 257-ter, comma 5, del r.d. 773/1940, «i fini dell'estensione della licenza ad altri servizi o ad altre province, il titolare della stessa notifica al prefetto che ha rilasciato la licenza i mezzi, le tecnologie e le altre risorse che intende impiegare, nonché la nuova o le nuove sedi operative se previste ed ogni altra eventuale integrazione agli atti e documenti di cui all'articolo 257, commi 2 e 3. I relativi servizi hanno inizio trascorsi novanta giorni dalla notifica, termine entro il quale il prefetto può chiedere chiarimenti ed integrazioni al progetto tecnico-organizzativo e disporre il divieto dell'attività qualora la stessa non possa essere assentita, ovvero ricorrano i presupposti per la sospensione o la revoca della licenza, di cui all'articolo 257-quater».

Tale disposizione prevede, dunque che l'estensione della licenza ad altri servizi o ad altre Province è subordinata ad una notifica dell'interessato alla competente prefettura, corredata dalla necessaria documentazione. L'estensione dell'attività di vigilanza autorizzata dal provvedimento prefettizio in altre Province, può essere avviata solo dopo il decorso del termine di 90 giorni dalla presentazione della predetta istanza, termine entro il quale il Prefetto può chiedere chiarimenti ed integrazioni al progetto tecnico-organizzativo prodotto e disporre il divieto dell'attività, qualora la stessa non possa essere assentita. Tale richiesta ai sensi dell'art. 257-ter, comma 5, è dunque un *posterius* non un *prius* rispetto al conseguimento dell'autorizzazione ex art. 134 Tulps. Conseguentemente il concorrente in possesso della predetta licenza e che abbia presentato istanza di estensione ex art. 257-ter, co.5, r.d. 773/1940, può concorrere alla gara se dimostra di aver già richiesto l'estensione entro il termine previsto per la presentazione della domanda di partecipazione.

Tale avviso trova conforto nella giurisprudenza amministrativa che ha ritenuto legittimo un bando di gara contemplante la richiesta, tra le condizioni di partecipazione, della licenza ex art. 134 Tulps e, come condizione per la stipula del contratto, il conseguimento dell'abilitazione per lo svolgimento dei servizi di vigilanza aeroportuali, quale estensione della predetta licenza (Cons. Stato, sez. VI, 2 maggio 2012 n. 2515).

Con altra decisione il Consiglio di Stato ha ritenuto che «è illegittimo il provvedimento di esclusione adottato da una stazione appaltante nei confronti di un concorrente che, in una gara indetta per l'affidamento del servizio di vigilanza, abbia presentato tempestiva domanda di estensione territoriale dell'autorizzazione prefettizia, laddove la lex specialis abbia richiesto il requisito del possesso dell'abilitazione di sicurezza rilasciata dalla competente Prefettura. Alla luce dei principi comunitari sanciti dalla Corte di Giustizia (causa n. C-465/05), contrasta con gli artt. 43 e 49 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, la richiesta di autorizzazione ad esercitare il servizio di vigilanza, limitatamente ad una provincia o ad alcuni comuni, in quanto tale limitazione territoriale costituisce una restrizione sia alla libertà di stabilimento che alla libera prestazione di servizi, nella misura in cui ostacola lo svolgimento del servizio di vigilanza nell'ambito dell'U.E. Pertanto, sussiste il requisito previsto anche in caso di autorizzazione rilasciata da prefettura diversa da quella nel cui ambito territoriale ricade l'attività oggetto della procedura di gara, e ciò nell'ipotesi in cui, come nel caso di specie, l'istanza di estensione sia stata proposta nel termine previsto per la presentazione delle domanda di partecipazione» (Cons. Stato, sez. V, 2 marzo 2011 n.1315).

Dunque, mentre il possesso della licenza ex art. 134 Tulps costituisce condizione di partecipazione alle gare per l'affidamento dei servizi di vigilanza privata, il conseguimento dell'estensione territoriale o ad altre attività, ex art. 257, co. 5 sopra citato, costituisce una condizione di stipulazione del contratto, dopo l'aggiudicazione.

Tale orientamento consente di rispondere anche alla richiesta di Sicurpiana srl, secondo cui la procedura di affidamento dovrebbe privilegiare gli operatori economici che operano a livello locale in quanto la conoscenza dei luoghi consentirebbe a costoro di garantire una migliore vigilanza degli edifici. Siffatto assunto non è stato condiviso anche perché contrastante con i principi di non discriminazione e parità di trattamento che regolano lo svolgimento delle procedure ad evidenza pubblica.

Sul frazionamento in lotti

Chiarita la distinzione tra il servizio di vigilanza privata ed i servizi fiduciari, l'Autorità, contrariamente a quanto sostenuto in talune osservazioni, ha ritenuto che le stazioni appaltanti debbano valutare l'opportunità di suddividere l'affidamento dei predetti servizi in più lotti funzionali, caratterizzati da attività omogenee per natura, di cui almeno uno dovrebbe riguardare il servizio di vigilanza privata (solo per quest'ultimo deve essere richiesta come condizione di esecuzione il possesso della licenza ex art. 134 Tulp). Ciò in considerazione sia di possibili economie di scala che la celebrazione della gara unica potrebbe realizzare sia dell'attenzione del legislatore per la centralizzazione della domanda pubblica (anche al fine di ridurre i costi per lo svolgimento delle gare) e per la suddivisione in lotti, finalizzata a promuovere la partecipazione delle piccole e medie imprese. Inoltre, nel caso di servizi da svolgere presso vasti complessi immobiliari, come gli aeroporti o le stazioni, o eventi/fiere, la suddivisione potrebbe riguardare anche l'estensione geografica. Si è ricordato, infatti, che ai sensi dell'art. 2, co. 1-bis, del Codice, l'eventuale mancata suddivisione in lotti deve essere espressamente motivata negli atti di gara. E' evidente che in tal caso la temuta commistione tra il servizio di vigilanza privata e i servizi fiduciari può essere evitata grazie ad una corretta individuazione di lotti omogenei per attività da svolgere e requisiti di partecipazione da possedere.

Sull'intermediazione del servizio di vigilanza armata

Nel corso della consultazione è stata evidenziata la prassi di invitare alle procedure per l'affidamento del servizio di vigilanza privata non gli istituti di cui all'art. 134 Tulp, ma società intermediarie, agenzie di affari di cui all'art. 115 Tulp, che successivamente individuano i prestatori del predetto servizio. L'Autorità ha ritenuto di censurare tale prassi, in quanto la stessa costituisce in buona sostanza una delega di funzioni amministrative pubblicistiche in contrasto con la normativa di settore. Sul punto occorre richiamare quanto già chiarito dall'Avcp, secondo cui «non pare che nel nostro ordinamento vi sia spazio per la delega di tali funzioni a terzi, se non in presenza di un provvedimento normativo che lo consenta. Si ritiene che nel codice dei contratti la norma che consente questa delega sia rinvenibile nell'art. 33, commi 1 e 2, D.Lgs. 163/2006. Con essa il legislatore nazionale, avvalendosi della facoltà concessa in tal senso agli stati membri dalle direttive appalti, ha limitato alle centrali di committenza la facoltà di acquisire lavori, servizi e forniture per le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori (anche associati o consorziati), imponendo a queste il rispetto del codice dei contratti, con evidenti finalità anti elusive della normativa sull'evidenza pubblica» (Avcp, deliberazione 6.3.2013 n.7). In altri termini, salvo le ipotesi prescritte dal legislatore, il D.Lgs. 163/2006 «proibisce che un soggetto diverso dall'amministrazione interessata possa avviare e gestire il procedimento volto all'affidamento di

contratto pubblico. Per la stipulazione di tale contratto è necessario che l'intera fase pubblicistica antecedente, finalizzata alla scelta del contraente, sia svolta dall'amministrazione aggiudicatrice che sarà parte del contratto stesso» (AVCP, parere sulla normativa, 30.7.2009). Ne consegue che le agenzie di affari di cui all'art. 115 Tulp non essendo centrali di committenza non possono scegliere il contraente a cui verrà affidato il contratto di vigilanza. Peraltro la prassi di cui sopra è in contrasto con il principio di buona amministrazione (art. 97 Cost.) in quanto è la stessa pubblica amministrazione che deve essere in grado sia di effettuare una corretta analisi della domanda dei servizi di cui ha bisogno sia di provvedere alla scelta del contraente nel rispetto delle disposizioni normative.

Sui ribassi eccessivi

In relazione alla problematica dei ribassi eccessivi ed alle soluzioni proposte dai partecipanti alla consultazione, si osserva che l'Autorità in conformità ai propri precedenti ed all'orientamento espresso dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato non ha condiviso la richiesta di imporre il rispetto dalle tabelle ministeriali riportanti il costo medio del lavoro, in quanto queste ultime possono essere utilizzate quale termine di riferimento per valutare la congruità e la serietà delle offerte, ma le stesse non assumono valore di parametro assoluto ed inderogabile. Difatti le tabelle in parola svolgono una funzione indicativa, suscettibile di scostamento in relazione a valutazioni statistiche ed analisi aziendali evidenziando una particolare organizzazione in grado di giustificare la sostenibilità di costi inferiori (in tal senso si è espressa anche la giurisprudenza amministrativa cfr. Cons. Stato, sez. V 13 marzo 2014 n.1176, Cons. Stato, sez. V, 14 giugno 2013, n. 3314 e sez. IV, 22 marzo 2013, n. 1633; AVCP, parere di precontenzioso, 20 ottobre 2011, n.189).

Parimenti l'Autorità non ha ritenuto di chiedere ai partecipanti alla gara di indicare nell'offerta una percentuale minima di utile, come, invece, indicato da alcuni partecipanti alla consultazione. Sul punto l'Autorità ha tenuto presente l'orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui non è possibile fissare una quota rigida di utile al di sotto della quale l'offerta debba considerarsi per definizione incongrua, dovendosi invece avere riguardo alla serietà della proposta contrattuale, atteso che anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio importante (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2009, n. 215 e Sez. IV, 23 luglio 2012, n. 4206). Il Consiglio di Stato, inoltre, ha recentemente sottolineato che la tesi secondo cui sarebbero inattendibili le offerte prive di un margine di utile non è estensibile all'ipotesi in cui la proposta economica sia formulata da soggetti costituzionalmente non animati da uno scopo di lucro, quali le Onlus e le cooperative sociali. «Difatti una volta ammesso, in conformità alle statuizioni della Corte di Giustizia (sentenza n. 305 del 23.12.2009) che "...la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti - con la conseguenza che non v'è ragione di escludere che anche soggetti economici senza scopo di lucro possano soddisfare, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto, i necessari requisiti ed essere qualificati come "imprenditori", "fornitori" o "prestatori di servizi" ai sensi delle disposizioni vigenti in materia sempre che questa possibilità trovi riscontro nella disciplina statutaria del singolo soggetto giuridico" - si deve ritenere che proprio lo statuto sociale e mutualistico debba disciplinare il *modus operandi* di tali soggetti in sede di partecipazione alle procedure d'evidenza pubblica. Si deve aggiungere che la previsione dell'inderogabilità dell'utile, oltre che distonica rispetto alla vocazione di tali soggetti, lederebbe ingiustificatamente anche

l'interesse pubblico a usufruire delle offerte più vantaggiose conseguibili in un mercato contendibile da attori con diverse caratteristiche. Può ammettersi, pertanto, la sussistenza di una relazione biunivoca fra l'idoneità soggettiva degli enti no profit alla partecipazione alla gara e la possibilità di presentare offerte con utile pari a zero, basata sul principio di non contraddizione imposto dall'opzione ermeneutica prescelta sul punto dalla richiamata Corte di giustizia: le misure correttive che, ai sensi del 4° considerando della direttiva 2004/18/CE, devono essere prese per evitare distorsioni della concorrenza qualora agli appalti partecipino organismi non profit o enti pubblici (destinatari di benefici tributari, previdenziali o di veri e propri aiuti di Stato), gravano infatti sugli Stati membri e non sulle singole stazioni appaltanti; queste ultime possono, e in taluni casi devono, prendere in considerazione tali benefici esercitando un rigoroso controllo in sede di verifica dei requisiti generali e di anomalia dell'offerta, ma non possono considerare ex se invalida un'offerta che sia priva di utile, purché non sia sottocosto o non disveli, unitamente ad altri elementi, un fine predatorio o anticoncorrenziale» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 16 gennaio 2015 n.84).

Sulla scelta del criterio di aggiudicazione

In relazione alle osservazioni relative ai criteri di aggiudicazioni ed, in particolare, alla richiesta di escludere il ricorso al criterio del prezzo più basso, l'Autorità ha evidenziato che la scelta del criterio di aggiudicazione è rimessa dall'art. 81 d.lgs. 163/2006 esclusivamente alla stazione appaltante, che deve indicare o il prezzo più basso o l'OEPV, pertanto la stessa non può imporre l'uno o l'altro. Ciò anche in considerazione di quanto previsto dalla nuova direttiva comunitaria in materia di affidamento dei contratti pubblici nei settori ordinari che, sebbene privilegi il ricorso al criterio dell'OEPV, non esclude quello del prezzo più basso. L'Autorità, quindi, ha sottolineato che la scelta discrezionale del criterio di aggiudicazione deve essere ancorata al parametro indicato dallo stesso art. 81, comma 2, d.lgs. 163/2006, ossia, alle caratteristiche dell'oggetto del contratto. Conseguentemente la stessa non può essere dettata esclusivamente dalla necessità di evitare ribassi eccessivi e l'eventuale utilizzo dell'OEPV deve essere motivata in funzione degli elementi oggettivi del contratto e prevedere criteri di valutazione dell'offerta tecnica effettivamente idonei a far emergere le differenze qualitative tra le offerte presentate, delle quali possa concretamente beneficiare la stazione appaltante. L'Autorità ha, invece, condiviso l'importanza di procedere alla riparametrazione del punteggio attribuito all'offerta tecnica in caso di aggiudicazione mediante OEPV ed ha ritenuto opportuno rinviare sul punto a quanto già indicato dall'AVCP con determinazione 24 novembre 2011, n. 7.

Sulla clausola sociale

In relazione alle osservazioni relative alla clausola sociale, l'Autorità ha precisato che in linea generale, per costante giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, 10 maggio 2013, n. 2533) detta clausola non deve essere intesa come un obbligo di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto, anche ove la stazione appaltante sia tenuta ad inserirla nella disciplina di gara per disposizione di contrattazione collettiva nazionale, e, pertanto, non sono previsti automatismi assoluti nell'applicazione della clausola in fase esecutiva. Infatti «l'amministrazione non può ritenersi vincolata in maniera indefinita ad utilizzare un servizio con un numero di addetti

variabile solo in aumento, nonostante l'evoluzione tecnologica consenta la realizzazione del servizio con un numero minore, con corrispondente risparmio di spesa pubblica» (ibidem, sentenza n. 2533/2013). Viceversa, la clausola deve essere interpretata nel senso che il riassorbimento sia armonizzabile con l'organizzazione dell'impresa subentrante e con le esigenze tecnico-organizzative e di manodopera previste nel nuovo contratto, in modo da non attribuirle un effetto escludente (si vedano al riguardo i pareri ANAC AG 6 del 18 febbraio 2015 e AG 14 del 18 febbraio 2015).

In considerazione dell'adesione a tale orientamento l'Autorità ha ritenuto di non accogliere la richiesta dell'ASSIV, secondo cui la violazione della predetta clausola determinerebbe sempre la risoluzione del contratto di appalto, e di precisare, invece, che il suo mancato rispetto, costituendo la stessa modalità di esecuzione del contratto, potrà essere valutata dalla stazione appaltante di volta in volta, al fine di verificare se l'appaltatore abbia commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione del contratto.

L'Autorità ha poi confermato il proprio orientamento, secondo cui al fine di onorare gli obblighi pubblicitari richiesti dall'art. 69 d.lgs. 163/2006 è opportuno che la stazione appaltante: a) includa la clausola sociale, oltre che nel capitolato tecnico anche nel bando di gara e nel disciplinare di gara; b) dia alla clausola adeguata e autonoma evidenza, trasponendola in un articolo specifico rubricato "clausola sociale" o espressione equivalente; c) riporti una clausola di identico tenore nello schema di contratto; d) curi che gli operatori economici concorrenti dichiarino in sede di offerta di accettare le condizioni di esecuzione. Infatti, poiché tali clausole implicano una parziale deroga alla disciplina comunitaria, ragioni di opportunità inducono a suggerire una previsione espressa e facilmente individuabile della stessa, mediante formulazione idonea ad evidenziare la specificità esecutiva (cfr. Anac, parere sulla normativa AG 6/2015).

Approvato dal Consiglio nella seduta del 22 luglio 2015

Il Presidente
Raffaele Cantone

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 30 luglio 2015

Il segretario
Maria Esposito