



DISPOSIZIONE N. 336 DEL 24.10.2014

UFFICIO DI RIFERIMENTO PRATICA: DIREZIONE

OGGETTO: PROCEDURE DI GARA – DETERMINA AVCP N. 4 DEL 10 OTTOBRE 2012 BANDO TIPO. INDICAZIONI GENERALI PER LA REDAZIONE DEI BANDI DI GARA, EMANATA AI SENSI DEGLI ARTICOLI 64, COMMA 4BIS E 46, COMMA 1BIS, DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI - COMMA 2-BIS DELL'ART. 38 E COMMA 1TER, DELL'ART.46, DEL CODICE – STAZIONE UNICA APPALTANTE - L.R. N. 16 DEL 7 AGOSTO 2014 ART. 1, COMMA 28, CHE MODIFICA COMMA 15 DELL'ARTICOLO 6 DELLA LEGGE REGIONALE 24 DICEMBRE 2003 N. 28 – DETERMINAZIONI.

IL DIRETTORE AMMINISTRATIVO

Premesso che:

- dall'attuale dotazione organica, approvata con Delibera n. 50 del 24/07/2013, risulta, rispetto al personale in servizio (n. 80 impiegati di cui n. 71 di cat. B, 4 impiegati di cat. C e n. 5 impiegati di cat. D, di cui n. 2 in comando), **una carenza di personale in dotazione stabile di categoria C in n. di 34 e di categoria D in numero di 7;**
- con Delibera n. 80 del 6.11.2013 questa Amministrazione ha approvato una prima ipotesi di proposta prot. n. 10486/2013 avente ad oggetto il Disciplinare Posizioni organizzative – la ridefinizione Servizi e Uffici – e le modifiche regolamentari in conseguenza di quanto stabilito ai punti 9 e 10 del CCDI 2013 e dunque dell'attività di concertazione prevista dall'art. 16, comma 2, del CCNL 31.3.99 e del documento regionale di concertazione 21.10.2008, già richiamato nel CCDI. La struttura organizzativa è stata rimodulata in un'ottica di massima razionalizzazione e riqualificazione delle funzioni nel modo seguente :

Servizi di staff	Uffici
Affari generali	Segreteria CDA e organi
	Segreteria Direzione
	Protocollo
	Affari generali e trasparenza
Tecnico	Pianificazione, progettazione e gestione
	Manutenzioni, patrimonio e sicurezza sul lavoro
	Urbanistica ed edilizia – finanziamenti residenze
Economico finanziario	Gestione economico finanziaria
	Gestione entrate, patrimonio e controllo gestione
	Economato e inventario
	Personale
Sportello contratti	Gestione gare e contratti
Contenzioso	Attività precontenziosa, contenziosa e rapporti con Avvocatura dello Stato
	Assistenza legale locazioni studenti
CED	CED e Sicurezza informatica
	Impianti tecnologici e Statistiche
Interventi non destinati alla generalità degli studenti – Borse studio e Servizi abitativi	Borse di studio, prestiti fiduciari, mobilità internazionale e fasce di utenza disabile
	Verifiche, controlli ed accertamenti
	Residenza De Amicis
	Residenza Paoletta
Interventi destinati a tutti	Gestione Convenzioni Ristorazione



gli studenti universitari - Ristorazione	Controllo servizi
Altri interventi destinati agli studenti universitari - Sportelli	Sportelli informativi servizi agli studenti - Residenze
	Sportelli informativi servizi agli studenti - altre strutture

- Per l'anno 2014 con Delibera n. 44 del 9.5.2014 è stato ridefinito il tema e si è stabilito che nell'ADISU verranno istituite n. 6 posizioni organizzative di lavoro. Le posizioni corrispondono alle seguenti unità organizzative complesse :
 1. Servizio Affari generali.
 2. Servizio Economico finanziario.
 3. Servizio Personale.
 4. Servizio Interventi non destinati alla generalità degli studenti - Borse studio e Servizi abitativi.
 5. Servizio Altri interventi destinati agli studenti universitari - Sportelli.
 6. Servizio tecnico.
- I Servizi dunque sono i seguenti :

Servizi di staff
Affari generali
Tecnico
Economico finanziario
Sportello contratti
Contenzioso
Servizi di line
CED
Interventi non destinati alla generalità degli studenti - Borse studio e Servizi abitativi
Interventi destinati a tutti gli studenti universitari - Ristorazione
Altri interventi destinati agli studenti universitari - Sportelli

- si considerino a titolo puramente esemplificativo e non esaustivo gli adempimenti a carico di ciascun ufficio, per i quali oggi esistono significative criticità, aggravate dai nuovi e più complessi obblighi derivanti dalle nuove disposizioni di legge:

Servizi di staff	
-------------------------	--

Personale	<ul style="list-style-type: none"> - Gestione giuridica ed economica del personale. - Elaborazione buste paga e documenti correlati (CUD, 770, ecc.) - Attivazione e gestione degli istituti contrattuali del CCDI, compresa la performance aziendale. - Gestione procedura comandi e mobilità. - Controllo di gestione - D.Lgs. 30 luglio 1999, n. 286. - Struttura tecnica permanente per la misurazione della performance - D.Lgs. 27 ottobre 2009, n. 150. - Ticket mensa. - Gestione collaborazioni studentesche part-time. - Direzione esecuzione prestazioni. - Archiviazione e conservazione documenti. - Valorizzazione del patrimonio mobiliare dell'azienda. - Puntuale gestione delle entrate. - Controllo di gestione.
------------------	--

- la dotazione organica di alcuni uffici è attualmente la seguente ed è in corso un'attività di valutazione della ridenominazione e consistenza degli Uffici, della dotazione organica e di fabbisogno del personale, in conseguenza dei carichi di lavoro assunti, delle strategie aziendali, delle missioni previste dalla L.R. n. 21 del 2002 e dalla normativa vigente, e dei trasferimenti regionali :

Servizi	Uffici	Posti totali			Posti coperti		
		Cat. D	Cat. C	Cat. B	Cat. D	Cat. C	Cat. B
Affari generali	Segreteria CDA e organi	1	2	1	1		1
	Segreteria Direzione		3				
	Protocollo		2	2		1	2
	Affari generali e trasparenza		2	3			3
Tecnico	Pianificazione, progettazione e gestione	1	3		1		
	Manutenzioni, patrimonio e sicurezza sul lavoro		1	6		1	6
	Urbanistica ed edilizia - finanziamenti residenze		1				
Economico finanziario	Gestione economico finanziaria	1	2	1	1		1
	Economato		1	1			1
Personale	Personale	1	1	4	1		4
	Gestione entrate, patrimonio e controllo gestione		1				
Sportello contratti	Gestione gare e contratti	1	1	1			1
Contenzioso	Attività precontenziosa, contenziosa e rapporti con Avvocatura dello Stato	1	1				
	Assistenza legale locazioni studenti		1				
Comunicazione - CED*	CED e Sicurezza informatica	1	1	2		1	2
	Impianti tecnologici e Statistiche						
Interventi non	Borse di studio, prestiti fiduciari, mobilità	3	2	4			4



destinati alla generalità degli studenti - Borse studio e Servizi abitativi	internazionale e fasce di utenza disabile							
	Verifiche, controlli ed accertamenti		2	3			3	
	Residenza De Amicis		2	8		1	8	
	Residenza Paoella		2	9			9	
Interventi destinati a tutti gli studenti universitari - Ristorazione	Gestione Convenzioni Ristorazione	1	1					
	Controllo servizi		1					
Altri interventi destinati a tutti gli studenti universitari - Statistiche	Sportelli informativi servizi agli studenti - Residenze	1	2	4			4	
	Sportelli informativi servizi agli studenti - altre strutture		3	21	1		21	
TOTALE POSTI		12	38	70		5	4	70
			120					79

- al Servizio "Sportello Contratti", Ufficio "Gestione gare e contratti", sono previste n. 1 figura di categoria D e n. 1 figura di categoria C, secondo il seguente prospetto:

Servizi di staff	Uffici
Sportello contratti	Gestione gare e contratti

- al servizio attualmente è assegnato solo un dipendente di categoria B.

Dato atto che:

- già con nota prot. n. 7509 del 14.12.2011, in un'ottica di cooperazione istituzionale ai sensi degli artt. 2 e 3 del Regolamento Regionale n. 7/2010, in considerazione del fatto che l'ADISU Federico II è, ai sensi della L.R. n. 21 del 2002 Azienda dipendente della Regione Campania, che presenta una totale carenza in organico di figure interne di categoria D che possano supportare il RUP nella gestione complessiva delle procedure di gara nei pubblici appalti e idonee a costituire il cd. Sportello dei contratti pubblici e che la detta carenza è stata in questa fase superata parzialmente dalla possibilità offerta dalla normativa vigente di dotarsi di supporti esterni al RUP, in attuazione di quanto dispone il Decreto del P.d.G.R. n.58 del 24 Marzo 2010 che approva il Regolamento N. 7/2010 di attuazione della Legge regionale n. 3 del 27 febbraio 2007 - Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi - e delle forniture in Campania, e in particolare degli artt. 2 e 3, è stato richiesto al Settore regionale Provveditorato e gare della Regione Campania supporto alla gestione di gare che dovessero rendersi necessarie per le finalità dell'Azienda e\o di particolare complessità o comunque di poter prevedere nei vostri bandi quantitativi di fornitura che la presente Azienda potrà comunicare preventivamente; ad oggi non c'è stato ancora riscontro;
- la L.R. n. 16 del 7 agosto 2014 all'art. 1, comma 28, stabilisce che "Il comma 15 dell'articolo 6 della legge regionale 24 dicembre 2003 n. 28 (Disposizioni urgenti per il risanamento della finanza regionale) è così sostituito : "15. Ai fini del contenimento e della razionalizzazione della spesa, in attuazione dei



commi 449 e 455 dell'articolo 1 della legge 27 dicembre 2006, n. 296 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - legge finanziaria 2007), la So.Re.Sa. costituisce centrale di committenza regionale ai sensi dell'articolo 3, comma 34 e dell'articolo 33 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE - Codice degli Appalti) e soggetto aggregatore ai sensi dell'articolo 9 del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66 (Misure urgenti per la competitività e la giustizia sociale), convertito dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che aggiudica appalti pubblici o conclude accordi quadro di lavori, forniture o servizi destinati alle ASL e AO, alle società partecipate in misura totalitaria dalla Regione Campania, ivi comprese quelle in house, ad eccezione di EAV Srl e di Sviluppo Campania S.p.A., agli enti anche strumentali della Regione, diversi da quelli del trasporto su ferro e su gomma, agli enti locali e alle altre pubbliche amministrazioni aventi sede nel medesimo territorio.". Al comma 29 stabilisce che "Al comma 15 bis dell'articolo 6 della legge regionale 28/2003 sono aggiunti i seguenti : "15-ter. Le società partecipate in misura totalitaria dalla Regione Campania, comprese quelle in house, ad eccezione di EAV Srl e di Sviluppo Campania s.p.a., e gli enti anche strumentali della Regione, diversi da quelli del trasporto su ferro e su gomma, sono obbligati a utilizzare le convenzioni, gli accordi quadro e ogni strumento contrattuale stipulato, in favore dei medesimi, da So.Re.Sa.. 15-quater. So.Re.Sa. al termine di ogni anno solare comunica alla Giunta regionale l'ammontare complessivo dei ribassi d'asta conseguiti rispetto alle procedure concorsuali svolte ai sensi del comma 15 bis. 15-quinquies. Per le medesime finalità di cui al comma 15, So.Re.Sa. sottopone entro il 30 novembre di ogni anno, all'approvazione della Giunta regionale, sulla base della programmazione delle procedure con riferimento alle esigenze dei soggetti di cui al comma 15-ter, i piani e le procedure centralizzate per l'acquisto e la fornitura di lavori, beni, attrezzature e servizi. Entro 180 giorni dall'entrata in vigore della presente legge So.Re.Sa. redige un disciplinare tipo di gara, cui i soggetti di cui al comma 15 dovranno attenersi. Rimane ferma la responsabilità di questi ultimi di provvedere interamente ai costi della gara appaltata e delle procedure concorsuali espletate. 15-sexies. In particolare So.Re.Sa., con riguardo alle competenze di cui al comma 15, provvede a : a) stipulare convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 (Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato - Legge finanziaria 2000), in cui le imprese aggiudicatrici si obbligano ad accettare, sino a concorrenza della quantità massima stabilita da ciascuna convenzione, ai prezzi e alle altre condizioni ivi previsti, ordinativi di fornitura emessi dai soggetti di cui al comma 15; b) mantenere un archivio digitale delle procedure concorsuali espletate e dei relativi risultati; c) aggiudicare appalti di lavori, beni e servizi destinati a uno o più soggetti di cui al comma 15; d) concludere accordi quadro ai sensi dell'articolo 59 del decreto legislativo 163/2006 e istituire sistemi dinamici di acquisto ai sensi dell'articolo 60 del decreto legislativo 163/2006 destinati ai soggetti di cui al comma 15; e) aggiudicare contratti, concessioni nonché ogni altra procedura, ivi incluse quelle per dialogo tecnico e dialogo competitivo, o strumento contrattuale per gli approvvigionamenti, anche in forma aggregata, dei soggetti di cui al comma 15; f) fornire, su specifica richiesta, supporto e consulenza per l per le esigenze di approvvigionamento di beni e servizi da parte dei soggetti di cui al comma 15.";

- in mancanza di comunicazioni operative sia da parte della Regione sia da parte della medesima società sugli adempimenti a farsi il primo ottobre 2014 il Direttore, nella preoccupazione di rimanere inadempiente sul tema, chiedeva al Supporto legale al RUP di contattare SORESA per capire la situazione sulle attività che dovrebbero svolgere di cui al comma 28 della L.R. n. 16 del 2014; in pari data il medesimo riferiva di avere contattato SORESA che aveva richiesto di inviare mail. La mail veniva inviata in pari data e riportava "L'A.Di.S.U. Ateneo Federico II è un'azienda strumentale della Regione Campania e come tale soggetta all'applicazione della normativa in oggetto. Come concordato telefonicamente, si chiede di avere informazioni circa l'applicazione della norma, le modalità di accreditamento presso la vostra centrale di committenza e soprattutto i tempi per la disponibilità di beni e servizi diversi da quelli rivolti all'ambito sanitario. Il tutto è stato oggetto di protocollazione con n. 12346 del 24.10.2014; ad oggi non ci sono stati riscontri in merito;

- dunque ad oggi salvo servizi rinvenibili su MEPA sotto soglia che sono stati oggetto di Disposizione generale n. 320 del 17/10/11 e n. 368 del 21.11.2012, gli altri sono attivati nelle singole procedure ancora da ADISU;

- l'Azienda nonostante quanto sopra mette in campo tutta professionalità possibile nella predisposizione di procedure ad evidenza pubblica pienamente coerenti con la normativa e con le interpretazioni della stessa, tanto che è prassi richiamare nella documentazione di gara anche i chiarimenti dell'AVCP proprio al fine di evitare contenziosi o rallentamenti; si pensi per tutte alla Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 BANDO TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara, emanata ai sensi degli articoli



64, comma 4bis e 46, comma 1bis, del Codice dei contratti pubblici

Dato atto che :

- tutte le procedure di gara effettuate dall'Azienda per forniture e servizi non offerti dal MEPA sono state effettuate in piena coerenza con la detta Determina che peraltro presenta già una certa complessità in quanto ci sono alcuni punti che non sono perfettamente in linea con alcune pronunce giurisprudenziali e ci sono peraltro altri punti chiariti in altre Determinate dell'AVCP.

-Recentemente la situazione delle cause di esclusione è stata rivoluzionata dal recente comma 2-bis dell'art. 38 e dal comma 1ter, dell'art.46, del Codice, che prevedono che la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità **essenziale** delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, art. 38 del Codice, e **degli elementi e delle dichiarazioni essenziali, anche di soggetti terzi, che devono essere prodotte dai concorrenti** obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della S.A., della sanzione pecuniaria il cui versamento è garantito dalla cauzione provvisoria. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. In caso di inutile decorso del termine il concorrente è escluso dalla gara.

- Ovviamente è in corso un ampio dibattito per capire l'applicazione corretta della norma che solleva una serie di quesiti particolarmente delicati. Uno degli aspetti più delicati appare il concetto di "**essenziale**", che a parere di chi sottoscrive la presente non può che essere integrato con tutto quanto è previsto a pena di esclusione nei richiamati chiarimenti dell'AVCP. L'altro tema molto delicato appare il rapporto della nuova norma con il disposto di cui l'art. 46, comma 1bis, del Codice, che prevede l'esclusione in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste nell'art. 46, comma 1bis, del Codice, che garantiscono la stazione appaltante in merito alla provenienza delle dichiarazioni o dell'offerta per difetto di sottoscrizione o in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte. L'altro tema da affrontare è come si debba interpretare la parola elementi e infine come si debba applicare la sanzione.

- Tutte le difficoltà interpretative del caso si possono facilmente evincere da un articolo di Alberto Barbiero Consulente amministrativo - gestionale - Appalti pubblici e contrattualistica pubblica, su www.albertobarbiero.net, con titolo "Le novità in materia di "sanzioni" per le dichiarazioni sostitutive non rese o rese in modo incompleto o irregolare nelle gare di appalto". Dove si evince che una delle rilevanti criticità "derivante dal dato letterale della norma si individua nel riferimento del sistema sanzionatorio non solo alle dichiarazioni sostitutive di certificazione e di atto di notorietà relative ai requisiti (di idoneità professionale, di ordine generale, di capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale), ma anche ad altri "elementi" che devono essere prodotti in relazione alla gara, senza che, tuttavia, la norma chiarisca : a) se si tratti di elementi connessi alle dichiarazioni ed al loro processo formativo, oppure b) se si tratti di altri elementi relativi alla partecipazione alla gara, richiesti dal d.lgs. n. 163/2006, dal d.P.R. n. 207/2010 o dalla lex specialis di gara in ordine a particolari esigenze connesse alle peculiarità dell'appalto. Rispetto all'ipotesi sub b) sembrano porsi a favore la distinzione tra i due oggetti (elementi e dichiarazioni), nonché il riconoscimento dell'irregolarità (terza fattispecie oltre la mancanza e l'incompletezza) delle dichiarazioni come profilo assorbente le problematiche documentali connesse al processo formativo: si pensi, ad esempio, alla mancata allegazione della fotocopia del documento di identità in connessione alle dichiarazioni sostitutive. Tale ipotesi, tuttavia, determina la riconduzione nella fattispecie "elementi" di molte tipologie di documenti previsti dal Codice dei contratti pubblici, dal regolamento attuativo e da altre disposizioni di legge come strumenti attestativi di condizioni necessariamente incidenti sulla partecipazione alla gara : in questo novero possono rientrare la *cauzione provvisoria*, *l'attestazione del versamento del contributo-gara* o *la dichiarazione di accettazione* (che non è dichiarazione sostitutiva) del *patto di legalità* eventualmente adottato dalla stazione appaltante (in base all'art. 1, comma 17 della legge n. 190/2012). Qualora la stazione appaltante adotti tale opzione interpretativa, dovrà comunque tener conto dell'obbligo di individuazione (dettagliata) delle irregolarità essenziali, poiché solo a queste può applicarsi il sistema sanzionatorio e l'eventuale esclusione in caso di mancata regolarizzazione nei termini. Qualora la stazione appaltante intenda invece il dato letterale riferito agli elementi come connesso esclusivamente alle dichiarazioni (precedente ipotesi sub a) deve enucleare il complesso dei profili dichiarativi, esplicitarne l'indispensabilità e precisare i presupposti per le irregolarità essenziali. Simile scelta presuppone, tuttavia, che la mancata resa di altre dichiarazioni (non sostitutive di certificazione o di atto di notorietà, ma riconducibili alle tipologie delle dichiarazioni di accettazione o di impegno) e di alcuni documenti individuati dal Codice dei contratti pubblici e da altre norme di legge



come obbligatori in relazione alla partecipazione alla gara (ad es. la cauzione provvisoria) sia esplicitamente sanzionata con l'esclusione dalla gara, in coerenza con quanto previsto dal comma 1-bis dell'art. 46 del d.lgs. n. 163/2006 (ed a quanto specificato dall'AVCP nella determinazione n. 4/2012)".

- Un ulteriore " criticità rilevante deriva proprio dall'applicazione della sanzione, in quanto la disposizione individua fattispecie differenti di violazioni delle regole di gara: la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, per cui necessiterebbe, in base al principio della gradualità delle sanzioni, una differenziazione in relazione alla diversa gravità delle infrazioni. Nei primi bandi di gara emanati con la nuova norma, tuttavia, la scelta effettuata da molte stazioni appaltanti si è concretizzata nella definizione di una sanzione unica. Un'ulteriore criticità è determinata dalla parte della disposizione in cui si richiede che il versamento della sanzione sia garantito dalla cauzione provvisoria. La previsione comporta che in caso di mancato pagamento da parte dell'impresa concorrente dopo la contestazione della sanzione, qualora l'amministrazione aggiudicatrice non riesca ad ottenere il versamento, possa rivalersi sulla cauzione (che il concorrente dovrà reintegrare tempestivamente). In tale prospettiva, nelle fidejussioni dovrà essere fatta menzione della garanzia specifica. Molte amministrazioni hanno scelto di prevedere nel bando anche un'integrazione supplementare del valore della garanzia provvisoria, corrispondente alla sanzione, determinando tuttavia un maggior onere per le imprese".

- In tema di esclusione e tassatività delle relative cause prima la AVCP «Prime indicazioni sui bandi tipo: tassatività delle cause di esclusione e costo del lavoro» Audizione del 29 settembre 2011, e poi la giurisprudenza hanno cercato di rimediare a tali assurdità introducendo il concetto di "doverosità". La AVCP si è espressa nel senso che «La formulazione letterale dell'art. 46, comma 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione. In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l'uso delle locuzioni "deve" "devono", "è obbligato", l'adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione».

Famosa poi è stata l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con sentenza 25 febbraio 2014, n. 9, la quale, dopo aver affermato che «La nuova disposizione deve essere intesa nel senso che l'esclusione dalla gara è disposta sia nel caso in cui il codice, la legge statale o il regolamento attuativo la comminino espressamente, sia nell'ipotesi in cui impongano "adempimenti doverosi" o introducano, comunque, "norme di divieto" pur senza prevedere espressamente l'esclusione ma sempre nella logica del numerus clausus», ha "formulato le seguenti ipotesi :

- a) legge di gara che esplicitamente recepisce (o rinvia) (al)le disposizioni del codice dei contratti pubblici, del regolamento attuativo o di altre leggi statali, che prevedono adempimenti doverosi a pena di esclusione; in tal caso la violazione dell'obbligo conduce *de plano* all'esclusione dell'impresa;
- b) legge di gara silente sul punto; in tal caso la portata imperativa delle norme che prevedono tali adempimenti conduce, ai sensi dell'articolo 1339 c.c., alla etero integrazione del bando e successivamente, in caso di violazione dell'obbligo, all'esclusione del concorrente (cfr. sul punto Ad. plen., 5 luglio 2012, n. 26; 13 giugno 2012, n. 22);
- c) legge di gara che, in violazione del principio di tassatività, introduce cause di esclusione non previste dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali; in tal caso la clausola escludente è nulla, priva di efficacia e dunque disapplicabile da parte della stessa stazione appaltante ovvero da parte del giudice;
- d) legge di gara che, in violazione dei precetti inderogabili stabiliti a pena di esclusione dal codice, dal regolamento attuativo o da altre leggi statali, espressamente si pone in contrasto con essi ovvero detta una disciplina incompatibile; in tal caso occorre una impugnativa diretta della clausola invalida per potere dedurre utilmente l'esclusione dell'impresa che non abbia effettuato il relativo adempimento.

Per poi concludere, per quanto qui interessa, enunciando i seguenti principi di diritto : 1) sono legittime ai sensi dell'articolo 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti, le clausole dei bandi di gara che prevedono adempimenti a pena di esclusione, anche se di carattere formale, purché conformi ai tassativi casi contemplati dal medesimo comma, nonché dalle altre disposizioni del codice dei contratti, del regolamento di esecuzione e delle leggi statali; 2) il "potere di soccorso" sancito dall'articolo 46, comma 1, del medesimo codice - sostanziandosi nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti o di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di



partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti - non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, *ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali*. Giungere a questa conclusione non sarebbe stato difficile se si fosse data la giusta importanza alla prima parte del comma 1-bis dell'articolo 46: «*La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti...*»; quindi la sanzione dell'esclusione era già codificata all'interno della norma sulla tassatività nel senso che doveva operare non solo nei casi in cui sia stata espressamente prevista dalle norme, ma anche quale conseguenza dell'inosservanza di adempimenti doverosi stabiliti dalle stesse norme, ancorché non corredati dall'espressione "a pena di esclusione". In conclusione: dopo tanti sforzi non era cambiato praticamente quasi nulla" (vedasi l'ottimo approfondimento "Una legislazione da Paperopoli, atto secondo Vita, morte e (falsi) miracoli del soccorso istruttorio su www.bosettiegatti.eu).

- E' stato correttamente detto che sull'intero sistema si stende la citata sentenza del Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 31 luglio 2014, n. 16, della quale non possono essere ignorati i principi di diritto (a dir poco dirompenti rispetto alle prassi consolidate), affermati in relazione alla normativa previgente, ma che confluiscono pienamente nel nuovo impianto normativo :

a) la dichiarazione sostitutiva relativa all'assenza delle condizioni preclusive previste dall'art. 38 d.lgs. cit. può essere legittimamente riferita in via generale ai requisiti previsti dalla norma e non deve necessariamente indicare in modo puntuale le singole situazioni ostative previste dal legislatore;

b) la dichiarazione sostitutiva relativa all'insussistenza delle condizioni ostative previste dall'art. 38 d.lgs. n. 163 del 2006 non deve contenere la menzione nominativa di tutti i soggetti muniti di poteri rappresentativi dell'impresa, quando questi ultimi possano essere agevolmente identificati mediante l'accesso a banche dati ufficiali o a registri pubblici;

c) una dichiarazione sostitutiva confezionata nei sensi di cui alle precedenti lettere a) e b) è completa e non necessita di integrazioni o regolarizzazioni mediante l'uso dei poteri di soccorso istruttorio».

In altre parole, una dichiarazione generica del tipo «*Il sottoscritto X, rappresentante legale del concorrente Y, dichiara che per tutti i soggetti di cui all'articolo 38, comma 1, lettera c), del decreto legislativo n. 163 del 2006, riconducibili a questa impresa, alle imprese Y1, Y2, Y3 mandanti del raggruppamento e all'impresa ausiliaria Z, non sussiste alcuna delle cause di esclusione di cui al citato articolo 38*» è perfettamente ammissibile e, se sono individuate le imprese citate, non è né necessario né possibile il soccorso istruttorio. Questa pronuncia, si è affermato, inconsapevolmente (essendo anteriore alla nuova norma), fa transitare almeno le dichiarazioni relative a tutte le informazioni acquisibili d'ufficio tra quelle "non indispensabili".

- E' stato ancora rilevato che dunque è pertanto necessario che le Stazioni appaltanti rispettino l'obbligo di mettere a disposizione dei concorrenti modelli e formulari corretti (articolo 48 comma 2, del d.P.R. n. 445 del 2000, articoli 73, comma 4 e 74, commi 2-bis e 3, del Codice dei contratti). Se tali modelli e formulari saranno completi e il concorrente userà un minimo di diligenza nella loro compilazione (anche se non ha l'obbligo di utilizzarli), **almeno per quanto riguarda le dichiarazioni** (per gli elementi è un altro discorso) non ci saranno irregolarità essenziali e sanzioni, non ci sarà bisogno di alcun soccorso istruttorio e, probabilmente, non ci saranno nemmeno irregolarità non essenziali. L'esame delle dichiarazioni dovrà pertanto essere attentamente valutato dal concorrente prima e dalla Stazione appaltante poi, tenendo presente i principi interpretativi previsti dall'ordinamento, quali, ad esempio, che le clausole inserite in moduli o formulari predisposti da una parte s'interpretano, nel dubbio, a favore dell'altra parte (articolo 1370 del codice civile). Se l'irregolarità è causata indirettamente dalla Stazione appaltante, in quanto ha redatto atti di gara **carenti o con clausole equivoche**, oppure ha messo a disposizione moduli o formulari che inducono in errore il concorrente e l'inadempimento di quest'ultimo discende direttamente da tale errore, [Ex multis Consiglio di Stato, sezione V, 7 luglio 2014, n. 3449] la sanzione non potrebbe essere irrogata per assenza dell'elemento soggettivo, secondo il principio dell'articolo 3, secondo comma, della legge n. 689 del 1981.

- Altro punto si diceva delicato è quello della cauzione provvisoria in grado di garantire il pagamento della sanzione. E' stato rilevato che "In primo luogo si oppone a tale conclusione l'articolo 12, comma 1, del Codice delle assicurazioni private approvato con il Decreto Legislativo 7 settembre 2005, n. 209: «Sono vietate ... le assicurazioni che hanno per oggetto il trasferimento del rischio di pagamento delle sanzioni



amministrative ... In caso di violazione del divieto il contratto è nullo e si applica l'articolo 167, comma 2»... Inoltre potrebbe accadere che la mancanza dell'elemento disciplinata dal nuovo comma 2- bis dell'articolo 38 riguardi proprio la cauzione. Aver introdotto in sede di conversione le parole "degli elementi" tra le parole «La mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni ...» pare far transitare anche l'assenza della cauzione provvisoria (e senz'altro le irregolarità della medesima come l'importo insufficiente, la scadenza anticipata, l'errore nell'individuazione del beneficiario, l'assenza di una particolare clausola tra quelle previste dall'articolo 75 ecc.) tra gli inadempimenti rimediabili e sanzionati ... Infine, escussa in tutto o in parte la cauzione provvisoria, si verifica la violazione implicita dell'articolo 75, comma 1, del Codice, in quanto l'offerta non sarebbe più "corredata" da una cauzione o, quantomeno, da una cauzione dell'importo previsto dalla predetta norma, innescando un ulteriore circolo vizioso".

- Le soluzioni possibili sono dunque escutere la cauzione provvisoria ingiungendo al concorrente, a pena di esclusione, di reintegrare la cauzione provvisoria amputata in seguito al pagamento della sanzione. Richiedere una clausola in appendice alla cauzione con la quale il garante dichiara espressamente che la stessa copre anche l'eventuale sanzione. Richiedere una doppia cauzione imponendo che la seconda, a copertura della sanzione, sia fatta con assegno circolare al fine di superare l'ostacolo del Codice delle assicurazioni private.

- Peraltro c'è poi un tema specifico che riguarda i servizi esclusi o parzialmente esclusi per i quali l'ANAC e l'AVCP chiariscono la disciplina di cui agli artt. 20 e 27 del codice dei contratti; per questi servizi (vedasi l'AVCP nel Parere n.79 del 9/05/2013) si chiarisce che quelli di cui all'Allegato II B al d.lgs. n. 163/2006, sono soggetti alla disciplina dell'art. 20 del Codice dei contratti e alle regole cui la stessa Amministrazione si auto vincola nella lex specialis di gara.

- Nel Parere sulla Normativa del 23/09/2010 - rif. AG32/2010 d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, è detto nella fattispecie dei contratti di somministrazione di lavoro la stazione appaltante può prevedere, negli atti di gara, l'applicazione di disposizioni del Codice ulteriori rispetto a quelle previste nell'art. 20. Ma è comunque tenuta ad applicare, nell'aggiudicazione dei servizi ricompresi nell'Allegato IIB, anche quelle norme del D. Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, seppure non richiamate nell'art. 20, siano state espressamente inserite nel bando o comunque negli atti di gara, poiché in questo caso l'Amministrazione si "autovincola" al rispetto delle stesse (cfr. Avcp deliberazioni n. 4/2010, n. 36/2009, n. 10/2009, n. 7/2009).

Nella Deliberazione n. 10 del 25/02/2010 - rif. VISF/GE/09/44355 d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, è detto in materia di affidamento di servizi di cui all'allegato IIB, la deroga all'applicazione di una larga parte degli articoli del codice non implica che tali disposizioni non possano essere applicate dalle stazioni appaltanti. Nel rispetto del principio di "auto vincolo", le norme del codice espressamente citate nella lex specialis devono essere applicate integralmente.

- Nella Deliberazione n. 4 del 14/01/2010 - rif. VISF/GE/09/55260 d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, si dice che nell'affidamento di servizi di cui all'allegato II B, la stazione appaltante deve seguire anche le norme che, sebbene non richiamate nell'art. 20 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163, siano state espressamente inserite nel bando e negli altri documenti di gara, poiché in questo caso la stazione appaltante si "autovincola" al rispetto di tali norme.

- Nella Deliberazione n. 102 del 05/11/2009 d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, è detto sebbene i servizi rientranti nell'allegato II B del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.Lgs. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del c.d. principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è decisamente superiore alla soglia comunitaria è opportuna anche una pubblicazione a livello comunitario, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità), richiamato dall'art. 27 del D.Lgs. 163/2006 come applicabile anche ai contratti c.d. esclusi.

- Si pensi ancora alla sentenza del T.A.R. LAZIO di ROMA - SENTENZA 1 marzo 2012, n.2108 chiarisce alcuni punti del servizio in oggetto in modo molto analitico e utile. In particolare chiarisce che al riguardo la stessa Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 1/2008) ha chiarito che anche per i servizi parzialmente esclusi dall'ambito applicativo del Codice dei Contratti del 2006, quali quelli elencati nell'Allegato II B resta ferma la necessità di rispettare le regole generali di diritto interno e i principi del diritto comunitario, per effetto dell'operatività congiunta degli artt. 20 e 27 del D.Lgs. n. 163/2006.

- L'AVCP nel Parere di Precontenzioso n. 14 del 29/07/2014 - rif. PREC 56/14/S_d.lgs 163/06 Articoli 20, 27, 38, 46 - Codici 20.1, 27.1, 38.1, 46.1.1 - Servizi esclusi All. II B d.lgs. n. 163/2006. Art. 38 d.lgs. 163/2006 - ha chiarito che il principio espresso dall'art. 38, del D.lgs. n. 163/2006, secondo il quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede, in capo ai partecipanti, il possesso di inderogabili requisiti di



morality, rappresenta un principio di carattere generale che si applica anche alle gare tese all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza (cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725). Pertanto, seppure nei servizi esclusi non possa esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 38 D. Lgs. n. 163/2006 e gli stessi vincoli procedurali, resta inderogabile il principio che i soggetti debbano avere i requisiti morali, e che il possesso di tali requisiti vada verificato. Alla stazione appaltante deve essere sempre consentito di accertare l'affidabilità del soggetto con cui contrae, e tale soggetto, anche se il contratto sia escluso, deve rendere le dichiarazioni che consentono alla stazione di verificare la sua affidabilità morale.

- Nella Deliberazione n. 4 del 12/02/2014 - rif. Fascicolo n. 1272/2013 d.lgs 163/06 Articoli 1, 20 - Codici 1.1, 20.1, è chiarito che nell'allegato II B del Codice dei contratti trovano applicazione, ai sensi degli artt. 20 e 27 del D. Lgs. 163/06 le prescrizioni in materia di specifiche tecniche e obbligo di post-informazione, nonché i principi generali previsti dal codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'obbligo di gara con invito rivolto ad almeno cinque concorrenti e la verifica dei requisiti morali di cui all'art. 38.

- Nel Parere sulla Normativa del 03/07/2013 - rif. AG 8/13 d.lgs 163/06 Articoli 20, 38 - Codici 20.1, 38.1.1, è stabilito che il principio espresso dall'art. 38, del D. Lgs. n. 163/2006, in base al quale la partecipazione alle gare pubbliche richiede il possesso, in capo ai partecipanti, di inderogabili requisiti di moralità, rappresenta un principio di carattere generale che trova applicazione anche nelle gare dirette all'affidamento di servizi di cui all'Allegato IIB. Si tratta, infatti, di un fondamentale principio di ordine pubblico economico che soddisfa l'esigenza che il soggetto che contrae con l'Amministrazione sia "affidabile" e, quindi, in possesso dei requisiti di ordine generale e di moralità che la norma tipizza" (cfr. Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725). Conseguentemente, il divieto di intestazione fiduciaria posto dall'art. 38, comma 1, lett. d), è applicabile anche agli appalti di contratti c.d. esclusi di cui all'art. 20, i quali - al pari delle concessioni di servizi - sono, appunto, esclusi dall'applicazione integrale del Codice medesimo.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 142 del 20/06/2014 - rif. PREC 110/14/S d.lgs 163/06 Articoli 20, 27, 46, 83, 86, 87 - Codici 20.1, 27.1, 46.1.1, 83.1, 86.1, 87.1, chiarisce che gli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, del D. Lgs. n. 163/2006, che prevedono l'obbligo per le stazioni appaltanti di specificare nel bando i cosiddetti "oneri da interferenza" e l'obbligo per i concorrenti di specificare nelle proprie offerte i cosiddetti "oneri da rischio specifico", non si applicano, neppure in via di eterointegrazione degli atti di gara, alle procedure per l'affidamento di appalti di servizi di cui all'Allegato II-B, se non nell'ipotesi in cui la stazione appaltante si sia auto vincolata ad osservarle, richiamandole espressamente nella lex specialis di gara (cfr. Cons. Stato, sez. III, 21 gennaio 2014 n. 280; Id., sez. V, 6 agosto 2012, n. 4510; TAR Toscana, sez. I, 20 febbraio 2014 n. 338; TAR Piemonte, sez. I, 22 novembre 2013 n. 1254; Id., sez. I, 21 dicembre 2012 n. 1376; cfr. AVCP parere 10 aprile 2014 n. 67). Qualora nel bando la stazione appaltante non si sia autovincolata ad osservare la disciplina di dettaglio di cui agli artt. 86 e 87 del Codice, nella propria offerta l'impresa dovrà specificarli nell'ambito della fase (eventuale) di verifica dell'anomalia del ribasso, quando dovrà giustificare la sostenibilità e l'attendibilità della propria offerta economica, anche al lume dell'incidenza degli oneri per la sicurezza che, in quella occasione, dovranno essere quantificati.

- L'AVCP nel Parere di Precontenzioso n. 139 del 20/06/2014 - rif. PREC 89/14/S d.lgs 163/06 Articoli 20, 86, 87 - Codici 20.1, 86.1, 87.1 - Appalti di servizi esclusi (All. II-B al Codice) - Artt. 86 e 87 del Codice - Esclusione per omessa specificazione degli oneri per la sicurezza in fase di offerta - limiti - chiarisce che in un appalto rientrante nel novero dei servizi esclusi di cui all'Allegato IIB del D. Lgs. n. 163/2006, nel caso in cui la stazione appaltante si sia autovincolata alla disciplina di dettaglio di cui agli artt. 82, 86 e 87 del D. Lgs. n. 163/2006, e l'impresa abbia già formalmente indicato gli oneri della sicurezza nella propria offerta, la stazione appaltante, nell'ambito della fase di verifica dell'anomalia del ribasso, è tenuta a chiedere all'impresa di giustificare la sostenibilità e l'attendibilità della propria offerta economica, alla luce dell'incidenza del costo della manodopera e degli oneri per la sicurezza ed in relazione all'incidenza percentuale delle spese generali e dell'utile di gestione che non possono essere completamente azzerate.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 138 del 20/06/2014 - rif. PREC 88/14/S d.lgs 163/06 Articoli 20, 86, 87 - Codici 20.1, 86.1, 87.1, chiarisce che nelle procedure di affidamento aventi ad oggetto i cosiddetti "servizi esclusi" non trovano diretta applicazione le previsioni degli artt. 86 e 87 del D. Lgs. n. 163/2006, in tema di obbligatoria specificazione degli oneri di sicurezza aziendali, tranne nel caso in cui il disciplinare di gara lo preveda espressamente a pena di esclusione. L'inidoneità delle norme di dettaglio di cui agli artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, ad integrare principi generali non comporta che le imprese



concorrenti siano del tutto esonerate dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro e dal dovere di quantificare con precisione gli oneri della sicurezza : l'impresa dovrà essere chiamata a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica dell'anomalia del ribasso, allorquando dovrà giustificare la sostenibilità e l'attendibilità della propria offerta economica anche alla luce dell'incidenza degli oneri per la sicurezza, che solo in tale occasione dovranno essere compiutamente specificati.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 33 del 13/03/2013 - rif. PREC 276/12/S d.lgs 163/06 Articoli 20, 86 - Codici 20.1, 86.1, si dice che in caso di indizione di gara per l'affidamento di servizi di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163/2006, *non sono applicabili gli artt. 86, commi 3 bis e 3 ter e 87 co. 4 del d.lgs. n. 163/2006 e dunque i concorrenti non sono tenuti alla indicazione degli oneri di sicurezza, ove, ai sensi della lex specialis di gara, condividano la valutazione della stazione appaltante che aveva stimato il costo per la sicurezza pari a zero.*

Nel Parere di Precontenzioso n. 67 del 10/04/2014 - rif. PREC 208/13/F d.lgs 163/06 Articoli 20, 73, 87 - Codici 20.1, 73.1, 87.1, chiarisce che in assenza di un vincolo espressamente previsto nel bando di gara, afferente gli appalti di servizi di cui all'allegato IIB del D. Lgs. n. 163/2006, la stazione appaltante non può escludere automaticamente l'impresa che nella propria offerta non abbia quantificato i relativi costi di sicurezza aziendale, rinviando alla successiva fase dell'eventuale verifica dell'anomalia dell'offerta la richiesta dei giustificativi in merito agli elementi costitutivi dell'offerta economica presentata. Pertanto, è corretto l'operato della S.A. che ha ammesso l'impresa aggiudicataria, ancorché l'offerta da essa presentata non quantificasse anche i costi da sicurezza aziendale, ma avendo comunque proceduto con la richiesta di giustificazioni in merito.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 79 del 09/05/2013 - rif. PREC 259/12/S d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, è chiarito che il servizio di somministrazione di lavoro è ricompreso tra i servizi della categoria n. 22, Allegato II B al D.lgs. n. 163/2006, soggetti alla disciplina di cui all'art. 20, del codice. Pertanto, salvo i casi in cui sia la stessa Amministrazione ad auto vincolarsi nella lex specialis di gara, la procedura di affidamento di tali servizi non è soggetta all'obbligo di verifica di congruità delle offerte di cui all'art. 86, del D. Lgs. n. 163/2006 (cfr. Avcp AG 32 del 23 settembre 2010).

- Nel Parere di Precontenzioso n. 33 del 13/03/2013 - rif. PREC 276/12/S d.lgs 163/06 Articoli 20, 56 - Codici 20.1, 56.1, è detto che in caso di indizione di gara per l'affidamento di servizi di cui all'allegato II B del d. lgs. n. 163/2006, è legittima una procedura negoziata che garantisca, tramite sorteggio ai sensi degli artt. 20 e 27, la partecipazione di un numero congruo di operatori economici. Conseguentemente, l'amministrazione ha seguito correttamente la procedura di gara per come disciplinata dalle disposizioni su riportate che, nel prevedere una procedura di gara accelerata, garantiscono comunque la partecipazione di un numero congruo di operatori economici. Né possono considerarsi violati i principi generali che presiedono alle pubbliche gare. In particolare, il principio di economicità è stato rispettato, posto che l'amministrazione ha predeterminato il numero massimo di operatori da selezionare, pur nel rispetto del numero minimo fissato per legge (n.5), ed anzi ha raddoppiato detto limite fino al numero di 10 operatori. Né d'altro canto è esigibile che la stazione appaltante possa svolgere una procedura negoziata con un numero eccessivo di concorrenti, posto che detta procedura si caratterizza per la speditezza, economicità ed informalità che altrimenti ne verrebbero frustrate.

- La scelta delle ditte da invitare può avvenire dopo apposito sorteggio, con il metodo dalla Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011 dell'AVCP al punto 2.5, che come da normativa vigente ex art. 27 del Codice appalti, prevede almeno cinque ditte comprendendo in queste ovviamente anche la ditta aggiudicataria attuale in base alla Giurisprudenza sopra richiamata.

- Sempre la sentenza del TAR LAZIO di ROMA - SENTENZA 1 marzo 2012, n.2108 chiarisce altri punti interessanti anche con riferimento Servizi di cui all'allegato IIB ma valevole anche per gli altri. In particolare chiarisce le modalità di trasparenza da applicare alle gare con un valore sopra la soglia comunitaria in coerenza con la Commissione dell'Unione europea con la comunicazione interpretativa 1° agosto 2006 'relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici», pubblicata nella G.U.U.E. 1° agosto 2006, n. C 179. Il tutto in piena coerenza anche con quanto attiene alla stessa Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici con la Deliberazione n. 102 del 5.11.2009. La pronuncia è interessante anche relativamente alla procedura di inviti da rispettare che dovrà in ogni caso prevedere obbligatoriamente l'invito al gestore uscente del servizio, in base al principio giurisprudenziale per cui "il privato che ha precedentemente svolto presso l'amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata, in relazione alla quale censura il mancato invito, si trova ... in una posizione peculiare, che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'amministrazione ed assume la natura e consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo" (vedi



C. S., IV, 17 febbraio 1997, n. 125; TAR Friuli Venezia Giulia, n. 535/99; Tar Lazio, LT, n. 1580/2006). E comunque l'eventuale scelta dell'Amministrazione di non interpellarla ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando avrebbe dovuto essere specificamente motivata (vedi CdS, VI, n. 4295/2006).

- Nel Parere di Precontenzioso n. 197 del 20/11/2013 - rif. PREC 86/13/L d.lgs 163/06 Articoli 20, 49 - Codici 20.1, 49.1, 49.1.1, è chiarito che in un appalto di servizi di cui all'allegato B del D. Lgs. n. 163/2006, è illegittima la clausola del bando che escluda il ricorso all'istituto dell'avvalimento, in quanto contrastante con la normativa nazionale e comunitaria, (cfr. AVCP Determinazione n. 2/2012, Parere n. 174/2012 e n. 22/2011, cfr. anche ex multis C. di S. Sez. III, n. 6040/2011).

Nel Parere di Precontenzioso n. 128 del 17/07/2013 - rif. PREC 119/13/F d.lgs 163/06 Articoli 20, 49 - Codici 20.1, 49.1, 49.1.1, è chiarito che in assenza di un espresso richiamo nel bando di gara, non potrebbe farsi automatica e diretta applicazione dell'obbligo formale sancito dall'art. 49, secondo comma, del D. Lgs. n. 163/2006, qualora si tratti di procedura avente ad oggetto l'affidamento di un appalto di servizi rientrante nell'Allegato II-B al D. Lgs. n. 163/2006. Resta comunque fermo il dovere della stazione appaltante di procedere, prima della stipula del contratto, alla verifica d'ufficio circa l'assenza di precedenti penali e di altre circostanze impeditive a carico di tutti gli altri amministratori e direttori tecnici della società ausiliaria.

- Altra questione dibattuta è rappresentata dal tema della certificazione di qualità. L'AVCP con la Determina n. 2 del 2012, aveva evidenziato la necessità di confermare la posizione già espressa dall'Autorità (Cfr. parere AVCP n. 254 del 10 dicembre 2008; parere AVCP n. 64 del 20 maggio 2009; parere AVCP n. 80 del 5 maggio 2011; parere AVCP n. 97 del 19 maggio 2011), nel senso dell'inammissibilità del ricorso all'avvalimento per la certificazione di qualità ... Sotto questo profilo, si sottolinea che la certificazione di qualità non è compresa né tra i requisiti concernenti la capacità economico-finanziario né tra quelli concernenti la capacità tecnico-organizzativa dell'operatore economico di cui agli artt. 41 e 42 del Codice, ma risulta disciplinata da un altro articolo del Codice, l'art. 43. In secondo luogo, si rappresenta che tale articolo qualifica in termini sostanziali la certificazione in esame come attestazione dell'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità". Le norme a cui fa riferimento la predetta disposizione sono quelle identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001 che definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, ma non disciplinano il modo in cui l'imprenditore deve realizzare le proprie lavorazioni. La certificazione di qualità ISO 9001 non copre, quindi, il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma testimonia semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi. Ciò permette di assimilare la certificazione di qualità ad un requisito soggettivo in quanto attinente ad uno specifico "status" dell'imprenditore.

Un ulteriore argomento dibattuto attiene alla possibilità di ricorrere all'avvalimento per i requisiti di cui all'art. 39 del Codice. Anche in tal caso, si ritiene che gli stessi, inerendo alla disciplina pubblica delle attività economiche ed essendo connotati da un elevato tasso di "soggettività", configurino uno "status" e non possano essere oggetto di avvalimento (Cfr. T.A.R. - Puglia Lecce, sez. III - sentenza 28 marzo 2012 n. 559 in cui si afferma che i requisiti di cui agli artt. 38 e 39 non possono formare oggetto di avvalimento, nello stesso senso cfr. T.A.R. Basilicata, 3 maggio 2010, n. 220). In particolare, con riguardo all'iscrizione al registro delle imprese, tenuto presso le Camere di commercio, si osserva che essa rappresenta l'adempimento di un obbligo posto dagli artt. 2195 e ss. del codice civile che garantisce la pubblicità legale delle imprese e di tutti gli atti ad esse connessi. La mancata iscrizione non può, quindi, essere supplita tramite l'iscrizione di altra impresa, attesa la natura squisitamente soggettiva dell'adempimento richiesto dalla norma. Per quanto concerne l'iscrizione agli albi professionali, si rileva che essi costituiscono un insieme disomogeneo in quanto i requisiti per le relative iscrizioni differiscono sensibilmente. In via generale, si precisa che, ove l'iscrizione vada ad impattare sulla disciplina pubblica delle attività economiche e, pertanto, sia legata al possesso di requisiti personali attinenti all'idoneità professionale e/o sia sottoposta a limitazioni circa i soggetti in grado di esercitare quell'attività, per esempio attraverso un meccanismo autorizzatorio basato sul possesso di condizioni strettamente personali, allora non sarà possibile ammettere il ricorso all'avvalimento, altrimenti si finirebbe per sovvertire e vanificare le scelte operate dal legislatore, che ha prescritto, per l'esercizio di determinate attività, una regolamentazione ad hoc.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 97 del 19/05/2011 - rif. PREC 305/10/F D.lgs 163/06 Articoli 43 - Codici 43.1, è detto ancora che l'art. 43 del D.Lgs. n. 163/2006 qualifica in termini sostanziali la certificazione in esame come attestazione dell'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di



garanzia di qualità". Le norme a cui fa riferimento la predetta disposizione sono quelle identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001, le quali definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, ma non disciplinano il modo in cui l'imprenditore deve realizzare le proprie lavorazioni. Va, quindi, sgombrato il campo da un possibile equivoco: la certificazione di qualità ISO 9001 non copre il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma attesta che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi. Ne deriva, quindi, che la certificazione in esame è un requisito soggettivo, in quanto attiene ad uno specifico "status" dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative, preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità. Muovendo da tale premessa, si ritiene di dover confermare l'indirizzo già espresso dall'Autorità, secondo cui, in assenza dell'espressa menzione della certificazione di qualità nell'ambito dell'art. 49 del D.Lgs. n. 163/2006, è preferibile interpretare quest'ultima norma nel senso di ritenere che la stessa non consente l'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001 (cfr. Avcp pareri n. 64 del 20 maggio 2009 e n. 254 del 10 dicembre 2008). Simile orientamento, infatti, risulta quello più conforme ai criteri di interpretazione della legge fissati dall'art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile, in quanto, da un lato in ossequio al criterio letterale, tiene conto del dato testuale del diritto comunitario e nazionale, che, come sopra evidenziato, circoscrivono l'avvalimento ai soli requisiti speciali, e dall'altro in ossequio al criterio logico-sistematico, tiene conto sia della natura sostanziale della certificazione in questione, come sopra ricostruita, sia della circostanza che il legislatore comunitario e nazionale disciplinano la certificazione di qualità in una disposizione distinta rispetto a quelle relative all'avvalimento. L'indirizzo dell'Autorità, inoltre, è condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa maggioritaria, che qualifica la certificazione in esame come requisito soggettivo, preordinato a garantire all'amministrazione appaltante la qualità dell'esecuzione delle prestazioni contrattuali dovute (Cons. di Stato, Sez. V, n. 4668 del 25.7.2006, Cons. Stato, 18.10.2001 n. 5517, Tar Sardegna, Sez. I, 27.3.2007 n. 556, TAR Lazio, Sez. II Ter, n. 923 del 6.2.2007) e precisa che tale "obiettivo, per essere effettivamente perseguito, richiede necessariamente che la certificazione di qualità riguardi direttamente l'impresa appaltatrice" (Tar Sardegna, Sez. I, 6.4.2010 n. 665). Tanto è vero che, ai fini del dimezzamento della cauzione provvisoria ai sensi dell'art. 75, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006, il giudice ha ritenuto sufficiente per il concorrente produrre la certificazione di qualità della propria controllante, solo nell'ipotesi in cui nella suddetta certificazione sia previsto espressamente che la stessa copra tutte le società controllate (TAR Veneto, Sez. I, 1.10.2010 n. 5257).

- In materia l'AVCP, nella più recente Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 BANDO TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4bis e 46, comma 1bis, del Codice dei contratti pubblici, 2.3 Norme a garanzia della qualità e norme di gestione ambientale, ha chiarito che, ai sensi degli art. 43 e 44 del Codice, le amministrazioni possono richiedere quale requisito di partecipazione la presentazione di certificati rilasciati da organismi indipendenti per attestare l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia della qualità. Massime classificate per il nodo "Garanzia della qualità e della gestione ambientale in genere". A tal fine il Parere di Precontenzioso n. 115 del 22/06/2011 - rif. PREC 21/10/S d.lgs 163/06 Articoli 43, 49 - Codici 43.1, 49.1, chiarisce che la certificazione di qualità non è annoverata né tra i requisiti speciali, per i quali è consentito l'avvalimento, né tra i requisiti generali, per i quali non è consentito l'avvalimento, conseguentemente la vexata quaestio può trovare una soluzione soltanto delineando la natura giuridica della certificazione di qualità. Al riguardo va osservato che quest'ultima conosce sia a livello europeo (art. 49 Direttiva 18/2004/CE) sia a livello nazionale (art. 43 D.Lgs. 163/2006) una disciplina specifica e distinta rispetto a quella dettata per i requisiti di partecipazione, volta in primo luogo a chiarire che il documento in questione attesta "l'ottemperanza dell'operatore economico a determinate norme in materia di garanzia di qualità" (cfr. art. 49 Direttiva 2004/18 e art. 43 d.lgs. n. 163/2006). Tali norme sono identificate a livello europeo con l'acronimo ISO 9001 e definiscono i principi che l'imprenditore deve seguire nel sistema di gestione per la qualità dell'organizzazione, senza limitare la libertà organizzativa dell'imprenditore. Ne deriva che la certificazione di qualità ISO 9001 non copre il prodotto realizzato o il servizio/la lavorazione resi, ma attesta che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene alla qualità dei processi produttivi della propria azienda. La certificazione in esame, quindi, è astrattamente qualificabile come un requisito soggettivo, in quanto attiene ad uno specifico "status" dell'imprenditore; ma che trova fondamento e radici nella concreta organizzazione aziendale, consistendo nell'aver ottemperato alle prescrizioni normative preordinate a garantire la qualità nell'esecuzione delle prestazioni contrattuali. Muovendo da tale premessa, si ritiene di interpretare l'art.



49 del D.Lgs. n. 163/2006 come non ostativo all'avvalimento della certificazione di qualità ISO 9001 soltanto ove insieme alla stessa certificazione venga "prestata" l'organizzazione aziendale che ne funge da presupposto oggettivo. Questo indirizzo appare condiviso anche dalla giurisprudenza amministrativa più recente (Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2344 del 18.4.2011, Tar Piemonte, Sez. I, n. 224 del 15.1.2010), che ha ammesso l'avvalimento della certificazione di qualità a condizione che quest'ultima non sia avulsa dalle risorse alle quali è collegata.

- La Giurisprudenza in merito sembra orientarsi anche se in modo ancora oscillante per la possibilità di utilizzare lo strumento. Vedasi Consiglio di Stato sez. IV, del 03/10/2014, n. 4958, secondo la quale nelle gare pubbliche, nel caso di avvalimento, l'impresa ausiliata può legittimamente utilizzare tutti i requisiti afferenti alla capacità economica e tecnica dell'impresa ausiliaria, non esclusa la certificazione di qualità. Il Consiglio di Stato sez. V, 11/07/2014, n. 3574, afferma che nelle gare pubbliche, nel caso di avvilimento, l'impresa ausiliaria si deve impegnare a mettere a disposizione dell'impresa ausiliata le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti); inoltre l'avvalimento, così come configurato dalla legge, deve essere reale e non formale, nel senso che non può considerarsi sufficiente prestare la certificazione posseduta assumendo impegni assolutamente generici, giacché in questo modo verrebbe meno la stessa essenza dell'istituto, finalizzato non già ad arricchire la capacità tecnica ed economica del concorrente, bensì a consentire a soggetti, che ne siano sprovvisti, di concorrere alla gara ricorrendo ai requisiti di altri soggetti, garantendo l'affidabilità dei lavori, dei servizi o delle forniture appaltati. Il T.A.R. Salerno sez. I, 20/12/2013, n. 2517, afferma che nelle gare pubbliche la certificazione di qualità, essendo connotata dal precipuo fine di valorizzare gli elementi di eccellenza dell'organizzazione complessiva, è da considerarsi anch'essa requisito di idoneità tecnico organizzativa dell'impresa, da inserirsi tra gli elementi idonei a dimostrarne la capacità tecnico professionale assicurando che l'impresa, cui sarà affidato il servizio o la fornitura, sarà in grado di effettuare la prestazione nel rispetto di un livello minimo di qualità accertato da un organismo a ciò predisposto; di conseguenza, afferendo essa alla capacità tecnica dell'imprenditore, può formare oggetto dell'avvalimento quale disciplinato con l'art. 49, d.lg. n. 163 del 2006. Il T.A.R. Catanzaro sez. I, 20/03/2014, n. 431, conferma che la funzione pro-concorrenziale dell'avvalimento - bilanciata dalla esigenza di garantire nei confronti della stazione appaltante il "buon esito" dell'appalto - ha comportato progressivamente l'estensione degli ambiti applicativi dell'istituto, con riguardo alle "categorie" di requisiti suscettibili di "circolazione" - così annoverando il fatturato, l'esperienza pregressa, il numero dei dipendenti a tempo indeterminato, il capitale sociale minimo (ritenendo quest'ultimo requisito di natura economica) - fino a ricomprendere, da ultimo, tra quelli di carattere organizzativo, anche la "certificazione di qualità"; ne consegue che eventuali limiti posti dalla "lex specialis" in una specifica gara alla sua sfera di applicabilità non possono che essere specifici ed "espressi" e, in ogni caso, sottoposti all'eventuale sindacato giudiziale in termini di proporzionalità e coerenza rispetto all'oggetto specifico dell'appalto; concorrendo in tale direzione interpretativa sia il principio "guida" in materia di appalti pubblici, della più ampia partecipazione possibile alla gara, sia la funzione specifica dell'avvalimento che, già nella sua origine storica, costituisce una delle applicazioni operative di quel principio. Il Consiglio di Stato sez. III, 25/02/2014, n. 887, conferma ancora che nelle gare pubbliche la certificazione di qualità rientra tra i requisiti soggettivi di carattere tecnico-organizzativo che in astratto può essere oggetto di avvalimento, pur essendo in concreto difficile, se non impossibile, dimostrare l'effettiva disponibilità di un requisito che, per le sue caratteristiche, è collegato all'intera organizzazione dell'impresa, alle sue procedure interne, al bagaglio delle conoscenze utilizzate nello svolgimento delle attività. Il T.A.R. Venezia sez. I, 30/01/2014, n. 128, sostiene che l'istituto dell'avvalimento è di immediata e generale applicazione, sicché deve ritenersi che ben può l'avvalimento riferirsi anche alla certificazione di qualità di altro operatore economico, attenendo essa ai requisiti di capacità tecnica. Vedasi ancora Consiglio di Stato sez. V, 20/12/2013, n. 6125, T.A.R. Salerno sez. I, 20/12/2013, n. 2517, T.A.R. Palermo sez. I, 03/12/2013, n. 2347.

- Nel Parere di Precontenzioso n. 18 del 30/01/2014 - rif. PREC 204/13/S d.lgs 163/06 Articoli 20 - Codici 20.1, è detto che nell'individuazione della figura del broker, le stazioni appaltanti devono valorizzare adeguatamente le capacità tecniche di consulenza a scapito della pura intermediazione, considerato che la sua attività, diversamente dal settore privato, non può spingersi alla ricerca della controparte assicurativa, rimessa in esclusiva alle stazioni appaltanti dal D. Lgs. n. 163/2006. Al contrario, risultano ancora frequenti i casi in cui le stazioni appaltanti selezionano l'intermediario e la polizza assicurativa tramite un'unica gara, o affiancano all'incarico di brokeraggio anche la scelta dell'impresa affidataria del servizio assicurativo. Detti accordamenti, sebbene attuati per esigenze di economicità, non appaiono



corretti sia in quanto idonei a svolgere il ruolo del broker (avendo la stazione appaltante già effettuato scelte che invece dovrebbero essere fatte a seguito dell'attività precontrattuale svolta dallo stesso), sia in quanto i due servizi (di intermediazione e copertura assicurativa) appartengono a mercati distinti. (cfr. Avcp Determinazione n. 2 del 13 marzo 2013).

- Un ulteriore aspetto riguarda la possibilità di prevedere il rinnovo della gara e la proroga. Il rinnovo è regolato all'art. 57 comma 5, lettera b) del D.Lgs 163/2006, e in attuazione di quanto prescritto dal recente art. 5 della Direttiva 2014/24/UE del 26 febbraio 2014 e della Giurisprudenza (Tar Piemonte, sez. I, con la sentenza n. 1029 del 12 giugno 2014; C.d.S. n. 3580/2013; C.d.S. sez. III, n. 942 del 28.2.2014), ma fino ad un importo complessivo che va valutato rispetto agli oneri di pubblicità e procedura diversi in caso di superamento della soglia comunitaria (€ 207.000,00, iva esclusa, pari alla attuale soglia comunitaria di cui all'art.28 del Codice (dal 1° gennaio 2014 Regolamento (CE) n. 1336/2013 che modifica la Direttiva 2004/17/CE, la Direttiva 2004/18/CE e la Direttiva 2009/81/CE). La convenienza nel rinnovo potrà derivare dalla qualità del servizio reso, dalla conoscenza acquisita dall'appaltatore, dalla comprovata affidabilità professionale dell'operatore economico, nonché dalla persistenza della convenienza economica del rapporto contrattuale. Nel caso in cui si reputi non conveniente la prosecuzione del rapporto, è lasciata libera facoltà all'Amministrazione di reperire sul mercato condizioni migliori. Alla scadenza la proroga tecnica del servizio può essere determinata inoltre ai sensi dell'art. 125, comma 10, lettera c), del Codice appalti. E' escluso il rinnovo tacito.

Dato atto che tutto quanto sopra riportato rende estremamente difficile approntare una procedura corretta nei tempi previsti prima della scadenza del servizio, sia per i carichi di lavoro attuali, sia per la dotazione organica sguarnita di professionalità a supporto del Direttore, sia per le difficoltà sopra evidenziate in merito alla corretta redazione di moduli, formulari o altro alla luce delle recenti modifiche approntate dalla normativa;

che l'art. 6 del PIANO TRIENNALE DI PREVENZIONE DELLA CORRUZIONE DI CUI ALL'ART. 1, COMMI 5 E 60, DELLA L. N. 190 DEL 2012 - 2014-2016 prevede infatti che "L'Azienda procede, **compatibilmente con i carichi di lavoro**, prima della scadenza dei contratti aventi per oggetto la fornitura dei beni e servizi e lavori, alla aggiudicazione delle procedure di selezione secondo le modalità indicate dal D.lgs. n. 163/2006, fatto salvo quanto previsto all'art.125, comma 10, lettera c, del medesimo Decreto e dal Disciplinare aziendale per l'uso della cassa economica e delle spese in economia";

ai sensi dell'art.11, comma 2, del D.lgs. n. 163 del 2006 "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte".

Considerato che:

- la Delibera della Giunta Regionale n. 184 del 18.6.2013, con cui sono state approvate Le Linee di indirizzo e di programmazione diritto allo studio universitario anno 2013/2014, nonché la Delibera della Giunta Regionale n. 221 del 27.6.2014, con cui sono state approvate Le Linee di indirizzo e di programmazione diritto allo studio universitario anno 2014/2015.
- il Piano 2014 delle attività annuali e pluriennali dell'Adisu (Art. 21, comma 2, lett. d), Legge Regionale 21/2002), è stato approvato dal CDA con delibera n. 43 del 09/05/14.

Dato atto che:

- la Corte dei Conti in alcune pronunce ha chiarito che la procedura degli appalti va seguita nei casi di servizi che rientrano nei due allegati A e B del Codice appalti di cui al D.lgs. n. 163 del 2006 (vedasi sezione Regionale di controllo per la Calabria delibera n. 144 del 2008 e sezione Regionale di controllo per il Veneto n. 7 del 2009);
- ai sensi dell'art. 19, comma 1, lettera e), del D.lgs. n. 163 del 2006 il codice degli appalti non si applica ai contratti pubblici concernenti contratti di lavoro;
- ai sensi dell'art.27 del codice suddetto l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto;
- ai sensi del Documento dell'Autorità AVCP " Obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8 DEL D.LGS. n. 163/06, pubblicato sul sito (Aggiornamento al 22 luglio 2010), in

merito ai quesiti di natura generale (vedasi quesiti 17 e 18) si specifica che nel caso di affidamento di servizi elencati nell'allegato II B del Codice dei contratti pubblici, il regime giuridico applicabile nella fattispecie è quello previsto dall'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006, ai sensi del quale tali servizi risultano disciplinati "esclusivamente" dall'art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento) e dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati). Tuttavia, ai sensi dell'art. 27 dello stesso Codice, l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione del Codice, deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. Si tratta, quindi, di servizi sottratti all'applicazione del Codice dei contratti pubblici ma assoggettati a principi di evidenza pubblica e di buon andamento della pubblica amministrazione, i quali prescindono dalla qualificazione della tipologia della prestazione da appaltare, e quindi dal settore di appartenenza. In linea con il dettato normativo e coerentemente alla "Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179, l'Autorità ha peraltro già elaborato alcune indicazioni in merito con il Comunicato del Presidente in data 30 novembre 2007 evidenziando, tra l'altro, l'esigenza che tali affidamenti siano comunque preceduti da "un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione". Alla stregua di ciò, gli appalti in questione sono, quindi, da assoggettare all'obbligo di versamento del contributo all'Autorità e di trasmissione dei relativi dati. Per il calcolo del valore complessivo dell'appalto da assumere come base d'asta, e per la quantificazione della contribuzione all'Autorità ci si può utilmente riferire a quanto disciplinato dall'art. 29 del Codice dei contratti. Tale fattispecie, per la quale non si è allo stato tenuti alla comunicazione dei dati nelle forme espressamente previste nel comunicato presidenziale del 4 aprile 2008, risulta comunque assoggettata agli obblighi informativi di cui all'art. 7, comma 8, II periodo del Codice, per i quali l'Autorità si è riservata di render note successivamente le specifiche modalità di trasmissione dei dati;

- la sezione regionale di controllo Lombardia, con delibera n. 236 del 2013 ha chiarito la natura della prestazione di servizi che si atteggia con carattere di complessità e continuità tali da richiedere una stabile organizzazione imprenditoriale, che risulta esclusa in caso di unicità, singolarità e puntualità dell'incarico, nonché dalla determinatezza dell'arco temporale, con assunzione del rischio di esecuzione dell'opera a carico dell'assuntore della prestazione;
- nell'appalto, oggetto della prestazione non potrà mai essere un'obbligazione di mezzi, ma sempre di risultato (Cfr. Consiglio di Stato, V[^] sezione sent. n. 8/2009. Circa il superamento sul piano probatorio della diversificazione concettuale fra obbligazione di mezzi e di risultato in tema di colpa medica, cfr. Cass. SS.UU. sent. n.15781/2005 e n.577/2008);

Accertato, altresì, che:

1. l'art. 6-bis, comma 1, del Codice appalti dispone che dal 1° gennaio 2013 la documentazione comprovante il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal Codice sia acquisita presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici (BDNCP), istituita presso l'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici;
2. con Deliberazione n. 111 del 20 dicembre 2012 (Attuazione dell'art. 6-bis del dlgs 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012) l'AVCP:
 - a. individua i dati concernenti la partecipazione alle gare e la valutazione delle offerte da inserire nella BDNCP al fine di consentire alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori di verificare il possesso dei requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei contratti pubblici;
 - b. istituisce il nuovo sistema di verifica dei requisiti attraverso la BDNCP, denominato AVCPASS (Authority Virtual Company Passport), dotato di apposite aree dedicate ad operatori economici e a stazioni appaltanti/enti aggiudicatori;
 - c. stabilisce i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati.

Ai sensi dell'art. 6-bis del d.lgs. 163/2006 introdotto dall'art. 20, comma 1, lettera a), legge n. 35 del 2012:



- a. la verifica del possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario avviene, ai sensi dell'articolo 6-bis del Codice, attraverso l'utilizzo del sistema AVCPASS, reso disponibile dall'Autorità, fatto salvo quanto previsto dal comma 3 del citato art. 6-bis;
- b. tutti i soggetti interessati a partecipare alla procedura devono obbligatoriamente registrarsi al sistema accedendo all'apposito link sul Portale AVCP (Servizi ad accesso riservato - AVCPASS) secondo le istruzioni ivi contenute;
- c. i concorrenti devono obbligatoriamente a pena di inammissibilità inserire nella busta il codice PassOE rilasciato dal sistema AVCPass

Dato atto che ai sensi dell'art.11, comma 2, del D.lgs. n. 163 del 2006 "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte";

Ritenuto, dunque, prendere atto di tutto quanto sopra riportato e adeguare dunque i prossimi atti di gara fino all'attivazione della stazione unica appaltante.

Accertato che:

l'art.20 del D.lgs. n. 163 del 2006 stabilisce che "L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'*allegato II B* è disciplinata esclusivamente dall'*articolo 68* (specifiche tecniche), dall'*articolo 65* (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'*articolo 225* (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)".

L'art. 27 stabilisce che "L'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità. L'affidamento deve essere preceduto da invito ad almeno cinque concorrenti, se compatibile con l'oggetto del contratto ... Si applica altresì l'articolo 2, commi 2, 3 e 4. Le amministrazioni aggiudicatrici stabiliscono se è ammesso o meno il subappalto, e, in caso affermativo, le relative condizioni di ammissibilità. Se le amministrazioni aggiudicatrici consentono il subappalto, si applica l'articolo 118".

il Disciplinare per l'acquisizione in economia di forniture e servizi necessari per lo svolgimento delle attività delle Aziende, approvato con delibera di CDA n. 140 del 08.09.2011 ne prevede il procedimento;

Visti:

- il D. Lgs. 165/2001 "Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche" e in particolare gli artt.4, comma 2, 16 e 17;
- la propria competenza per effetto della Deliberazione Consiliare n. 45 del 9.5.2014 e dell'art. 27, comma 5, della L.R. n. 21/2002;
- il D.lgs. n. 163 del 2006;
- il Disciplinare per l'acquisizione in economia di forniture e servizi necessari per lo svolgimento delle attività delle Aziende approvato con delibera di CDA n. 140 del 08.09.2011;
- la direttiva Bolkestein, formalmente direttiva 2006/123/CE, relativa ai servizi nel mercato interno recepita dall'Italia mediante il decreto legislativo 26 marzo 2010, n. 59, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 94 del 23 aprile 2010;
- il DPGR n.58 del 24 Marzo 2010 che approva il Regolamento N. 7/2010 di attuazione della Legge regionale n. 3 del 27 febbraio 2007 - Disciplina dei lavori pubblici, dei servizi - e delle forniture in Campania;
- il DPR n. 207 del 2010 e gli artt.329 e ss. che disciplinano le procedure in economia;
- la nota dell'Assessore al Diritto allo studio pervenuta al prot. n. 2011/1996 del 5.4.2011 relativa alla clausola della risoluzione anticipata;
- il regolamento sull'ordinamento del personale all'art.10;
- tutta la normativa e gli atti sopra richiamati;

DISPONE



per le motivazioni di cui alla parte espositiva, che qui si hanno per integralmente ripetute e trascritte,

1. di dare atto ai sensi dell'art.11, comma 2, del D.lgs. n. 163 del 2006 "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte";
2. di dare atto che fino alla attivazione della stazione unica appaltante di cui al comma 15 dell'articolo 6 della legge regionale 24 dicembre 2003 n. 28, come modificato ad agosto del 2014, questa Azienda continuerà a svolgere autonomamente le procedure di scelta del contraente;
3. di dare atto che dalle prossime procedure di selezione si dovrà tenere conto di tutto quanto sopra riportato in preambolo e motivazione definendo delle soluzioni tecnico giuridiche in coerenza, per quanto possibile con l'ermeneutica riportata;
4. di dare atto che la procedura per la scelta del contraente quando ci sia la necessità per legge di individuare un numero utile a garantire la concorrenza, secondo quanto previsto nel Disciplinare per l'acquisizione in economia di forniture e servizi necessari per lo svolgimento delle attività aziendali, sia effettuata mediante sorteggio nel rispetto di quanto riportato nella Determina dell'AVCP n. 2 del 6 aprile 2011 al punto 2.5, prevedendo che tra le ditte da invitare ci sia anche la ditta aggiudicataria uscente in base alla Giurisprudenza sopra richiamata;
5. di dare atto che in adempimento della normativa sopra citata l'aggiudicazione per i servizi di cui all'allegato IIB e per le concessioni di servizio (vedasi ristorazione) verrà comunicata sul sito con il relativo Allegato C - Attestato AI SENSI DELL'ARTICOLO 331, COMMA 3, DEL DPR N. 207 DEL 2010 (Autorità dei Contratti Pubblici nel documento "Obblighi informativi verso l'Autorità di cui all'articolo 7, comma 8, del D.LGS. n. 163/06 (Aggiornamento al 22 luglio 2010), sul sito, quesito A17 - Comunicazione interpretativa per l'aggiudicazione degli appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive appalti pubblici" pubblicata nella Gazzetta Ufficiale della U.E. del 1° agosto 2006, n. C 179 - AVCP Comunicato del Presidente in data 30 novembre 2007);
6. di dare atto che la pubblicazione degli atti terrà conto delle **Linee guida** in materia di trattamento di dati personali contenuti anche in atti e documenti amministrativi effettuato da soggetti pubblici per finalità di pubblicazione e diffusione sul web - approvate con provvedimento del Garante Privacy n. 243 del 15 maggio 2014 (Gazzetta Ufficiale n. 134 del 12 giugno 2014);
7. di dare atto che **il Servizio AA.GG. e il Supporto legale al RUP** supporteranno il RUP negli obblighi informativi all'Osservatorio dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture di cui all'art. 7, comma 8 del D.Lgs. 163/2006, sistema SITAR;
8. di dare mandato **all'ufficio AA.GG.** per l'invio di nota di trasmissione a firma del Direttore per trasmissione copia della presente al Collegio dei Revisori ai sensi dell'art.24, comma 4, della L.R. n. 21 del 2002.

*Il Direttore Amministrativo
Dott. Giuseppe Pagliarulo*