

# Osservatorio delle Autorità indipendenti

**Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici  
a cura di Domenico Galli e Claudio Guccione**

## CONTRATTI PUBBLICI

AUTOSTRADA PEDEMONTANA. CONCESSIONE  
DI COSTRUZIONE E GESTIONE: POSSIBILITÀ  
DI RIMODULAZIONE DEL PIANO ECONOMICO FINANZIARIO  
DELLA CONCESSIONE

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - Parere 6  
marzo 2013, n. AG 39/2012

**Il parere in questione si sofferma sui limiti entro i quali è ammissibile la rimodulazione del Piano economico e finanziario (Pef) nella concessione di lavori pubblici; in particolare, l'Avcp discute l'ammissibilità, ai sensi della disciplina dei contratti pubblici, di una rimodulazione della erogazione dei fondi pubblici da corrispondersi al concessionario nell'ambito della concessione di costruzione e gestione della c.d. Autostrada Pedemontana Lombarda.**

Il parere richiama le disposizioni di cui all'art. 143, c. 8 del Codice appalti così come sostituito dall'art. 42, c. 4, l. n. 214 del 2011. Tale norma prevede, tra l'altro, che «[...] le variazioni apportate dalla stazione appaltante [...], nonché le norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività previste nella concessione, quando determinano una modifica dell'equilibrio del piano, comportano la sua necessaria revisione, da attuare mediante rideterminazione delle nuove condizioni di equilibrio, anche tramite la proroga del termine di scadenza delle concessioni.»

Alla luce di questa norma l'Autorità, pur non prevedendo un'assoluta cristallizzazione del Pef, ritiene che i casi in cui sia possibile operare una revisione dello stesso siano solo due:

a) variazioni apportate dalla stazione appaltante, mediante modalità di revisione stabilite nel contratto di concessione, secondo quanto indicato anche dall'Autorità nella determinazione n. 2/2010;

b) variazioni necessarie a seguito di nuove norme legislative e regolamentari che stabiliscano nuovi meccanismi tariffari o nuove condizioni per l'esercizio delle attività oggetto della concessione.

A tali ipotesi si dovrebbe poi aggiungere quella di eventi straordinari sopraggiunti alla conclusione del contratto di cui all'art. 1467 c.c., richiamato dall'art. 2, c. 4, del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 e s.m.i.: «Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domanda-

re la risoluzione del contratto» L'evento straordinario deve essere imprevedibile, secondo la diligenza professionale e più qualificata di cui all'art. 1176, c. 2, c.c., al momento della conclusione del contratto, non dovuto a colpa di chi lo invoca e oggettivo.

Gli istanti, nella richiesta di parere, lamentavano che la grave congiuntura economica nazionale, intervenuta successivamente alla data di stipula della Convenzione Unica di concessione, avrebbe reso eccessivamente oneroso il conseguimento, da parte della concessionaria, dei necessari finanziamenti ed anche dell'attivazione del prefinanziamento da parte del General Contractor incaricato dalla concessionaria stessa (società Pedelombarda S.c.p.a.). Pertanto, sulla base di queste giustificazioni, essi invocavano la possibilità di modificare il Pef. Con tale parere, l'Avcp chiarisce che tale fenomeno non rientri in alcuna delle fattispecie eccezionali che legittimano una rimodulazione del piano nell'ambito di una concessione di costruzione e gestione.

INDICAZIONI INTERPRETATIVE CONCERNENTI LA FORMA  
DEI CONTRATTI PUBBLICI AI SENSI DELL'ART. 11, C. 13  
DEL CODICE

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - Determinazione 13 febbraio 2013, n. 1

**L'Autorità ha pubblicato una determinazione che fornisce chiarimenti alle stazioni appaltanti ed agli operatori economici sull'applicazione delle nuove disposizioni relative alla stipula dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che hanno modificato l'art. 11, c. 13 del Codice dei contratti (art. 6, c. 3, del decreto legge 18 ottobre 2012, n. 179, convertito con modificazioni dalla legge 17 dicembre 2012, n. 221, il cd. decreto sviluppo bis).**

Il d.l. n. 179 del 18 ottobre 2012 ha sostituito, dal 1° gennaio 2013, il c. 13 dell'art. 11 del Codice dei Contratti Pubblici. Tale norma, ora prevede che, «Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o mediante scrittura privata.» La *ratio* della modifica è stata quella di rendere cogente per il settore dei contratti pubblici l'utilizzo delle modalità elettroniche nella stipulazione dei contratti.

Innanzitutto l'Autorità ha sancito che il ricorso alle modalità elettroniche deve essere circoscritto alla *species* di contratti pubblici di cui all'art. 3 del Codice, con esclusione, quindi, dei contratti sottratti all'applicazione del Codice stesso (ad esempio i contratti di compravendita o locazione immobiliare stipulati dalle pubbliche amministrazioni).

Inoltre, l'Autorità ha evidenziato che la stipulazione del contratto conseguente all'atto di aggiudicazione possa assumere, a seconda dei casi, una delle seguenti forme:

- atto pubblico notarile informatico, ai sensi della legge sul-

l'ordinamento del notariato e degli archivi notarili (legge 16 febbraio 1913, n. 89 e s.m.i.);

- forma pubblica amministrativa, solo con "modalità elettronica" secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;

- scrittura privata, per la quale resta ammissibile la forma cartacea e le forme equipollenti ammesse dall'ordinamento, seppure è chiaramente nella facoltà delle parti sottoscrivere il contratto con firma digitale.

La determinazione chiarisce, dopo i dubbi sollevati dall'Associazione Nazionale Costruttori Edili (Ance) in merito alle concrete modalità applicative della nuova norma, che la "modalità elettronica" della forma pubblica amministrativa può essere assolta anche attraverso l'acquisizione digitale, o meglio scannerizzazione, della sottoscrizione autografa, nel rispetto di quanto prescritto dall'art. 25, c. 2 del d.lgs. 7 marzo 2005 n. 82 (cosiddetto "Codice dell'Amministrazione Digitale"), ferma restando, però, l'attestazione dell'Ufficiale rogante che la firma dell'operatore è stata apposta in sua presenza, previo accertamento della sua identità.

La determina, tuttavia, non chiarisce ulteriori profili di criticità, quali ad esempio quelli relativi alla registrazione ed alla conservazione degli atti, operazioni anch'esse, a rigor di logica, da effettuarsi attraverso modalità elettroniche.

ISTANZA DI PARERE, AI SENSI DELL'ART. 69, C. 3,  
DEL DLGS N. 163/2006, FORMULATA DAL COMUNE DI ASTI -  
CLAUSOLA SOCIALE DI PRIORITARIO ASSORBIMENTO  
DI PERSONALE DEL PRECEDENTE AGGIUDICATARIO

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - Parere 23 gennaio 2013, n. AG 41/12.

**In tale parere l'Autorità di vigilanza valuta la compatibilità con il diritto dell'Unione europea della c.d. clausola sociale, inserita dalla Stazione appaltante nel Capitolato di un appalto pubblico, con cui si prevede l'obbligo per l'impresa aggiudicataria di prioritario assorbimento e utilizzo del personale già impiegato dal precedente affidatario per il periodo di durata dell'appalto.**

L'art. 69 del Codice dei contratti pubblici prevede che le stazioni appaltanti possano esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, purché queste siano compatibili con il diritto comunitario, con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'oneri. Tali condizioni possono attenersi, in particolare, a esigenze sociali o ambientali e possono essere comunicate all'Avcp, al fine di ottenere una pronuncia sulla compatibilità con il diritto comunitario.

Le norme comunitarie e la disciplina di recepimento prevedono espressamente che debba trattarsi di condizioni di esecuzione, con ciò chiarendo implicitamente che le stesse non possono costituire barriere all'ingresso, nella forma della richiesta di elementi di ammissibilità dell'offerta.

Le stazioni appaltanti devono quindi effettuare un'attenta valutazione della conformità delle condizioni particolari di esecuzione richieste ai principi del Trattato Ue, concernenti la libera circolazione delle merci e la libera prestazione dei servizi, al fine di evitare discriminazioni, dirette o indirette, tra gli offerenti, e di scongiurare il rischio che le stesse possano avere effetti pregiudizievole sulla reale ed effettiva concor-

renza tra le imprese. Proprio al fine di favorire tale valutazione, si è già fatto riferimento alla facoltà per le stazioni appaltanti di richiedere all'Autorità una pronuncia su tale aspetto delle clausole del bando contemplanti "particolari condizioni di esecuzione del contratto", onde evitare che le disposizioni in esse contenute incidano negativamente sulle condizioni di concorrenzialità del mercato andando a violare i principi sanciti a livello comunitario.

L'Autorità chiarisce che, la c.d. clausola sociale non sembra prevedere, per come formulata, automatismi nell'applicazione dell'istituto, ma una priorità tanto nell'assorbimento quanto nell'utilizzo in fase esecutiva, escludendo un obbligo assoluto di totale riassorbimento dei lavoratori del pregresso appalto. In altri termini, l'appaltatore subentrante deve prioritariamente assumere gli stessi addetti che operavano alle dipendenze dell'appaltatore uscente, soltanto a condizione che il loro numero e la loro qualifica siano armonizzabili con l'organizzazione d'impresa prescelta dall'imprenditore subentrante e sempre nel rispetto dei principi del Trattato Ce.

DELIBERAZIONE DELL'AUTORITÀ PER LA VIGILANZA  
SUI CONTRATTI PUBBLICI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE  
EX ART. 6 BIS DEL D.LGS. N. 163/2006

Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici - Deliberazione 20 dicembre 2012, n. 111.

**Il nuovo art. 6 bis del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, introdotto dal decreto legge 9 febbraio 2012, n. 5, dispone che, dal 1° gennaio 2013, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori verifichino il possesso dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario per la partecipazione alle procedure disciplinate dal Codice esclusivamente tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita presso l'Autorità. La Deliberazione dell'Autorità cerca, pertanto, di stabilire i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione ai quali è obbligatoria l'inclusione della documentazione nella Banca dati, nonché i termini e le regole tecniche per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati.**

La delibera dell'Avcp definisce i dati concernenti la partecipazione alle gare in relazione ai quali sarà obbligatoria la verifica da parte delle stazioni appaltanti attraverso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, ("Bdncp"), nonché le procedure e le istruzioni per l'acquisizione, l'aggiornamento e la consultazione dei predetti dati. I dati così riscontrati consentiranno alle stazioni appaltanti la verifica dei requisiti di carattere generale, tecnico-organizzativo ed economico-finanziario previsti per la partecipazione alle procedure pubbliche per l'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture.

Occorre ricordare, però, che tale modalità di verifica dei requisiti mediante Banca Dati non cambia in alcun modo la disciplina vigente in tema di autocertificazione e di condizioni per la partecipazione alle gare. Si tratta, semplicemente, di un meccanismo telematico di verifica dei requisiti che andrà a sostituire l'attuale richiesta della documentazione da parte della stazione appaltante ai soggetti detentori della documentazione stessa.

Il sistema informativo di cui le stazioni appaltanti dovranno munirsi è denominato AVCPass. Esso consente, inoltre, agli operatori economici di inserire nel sistema, tramite l'apposita area dedicata, i documenti la cui produzione è a proprio carico e di poterli riutilizzare per ciascuna delle procedure di

affidamento alle quali partecipa entro il periodo di validità dei documenti stessi. A tal proposito, la Banca dati nazionale dei contratti pubblici è formata da due fonti: da una parte, le informazioni, messe a disposizione della stazione appaltante, attraverso l'Autorità stessa (tra cui l'attestato Soa) e da altri Enti (ad. la Prefettura); dall'altra, le informazioni, che sono nell'esclusiva disponibilità dell'operatore economico, da questi inserite nella c.d. "Libreria Virtuale". Indipendentemente dalla tipologia d'impresa e dal settore di appartenenza, il sistema AVCPass prevede che tutti gli operatori economici, concorrenti a gare per l'affidamento di contratti pubblici, creino on line un proprio "Fascicolo Virtuale dell'Operatore Economico", cui potranno accedere le stazioni appaltanti per la verifica dei requisiti.

Riguardo all'obbligatorietà del sistema AVCPass, l'Autorità, recependo le osservazioni fatte dall'Ance, dalle altre Associazioni di categoria, dai principali operatori del mercato e dalle

Stazioni Appaltanti, ha previsto un arco temporale più ampio al fine di consentire agli operatori economici e le stazioni appaltanti di adeguarsi gradualmente alle nuove modalità di verifica dei requisiti. In particolare, all'art. 9 della delibera è previsto che il sistema AVCPass sia facoltativo dal 1° gennaio 2013 per gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a 20 milioni di euro; facoltativo dal 1° marzo 2013 per gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a 40 mila euro; obbligatorio dal 1° luglio 2013 per tutti gli appalti di importo a base d'asta pari o superiore a 40 mila euro, con l'eccezione di quelli svolti attraverso procedure interamente gestite con sistemi telematici, sistemi dinamici di acquisizione ed il ricorso al mercato elettronico nonché per i settori speciali.

Dall'esame dell'art. 9, si ricava che, il sistema dell'AVCPass rimane ancora escluso per gli appalti di importo inferiore a 40 mila euro, per i quali continuerà ad applicarsi la normativa vigente.