



VADEMECUM SUGLI APPALTI PUBBLICI

di

Francesco A. Caputo

Hanno collaborato: Laura Pagliaro

Silvia Rimondi

Stefano Marano

I.E.O.P.A. (www.ieopa.it)

Quaderni A.G.C.I. Solidarietà

Roma, aprile 2008

“La tendenza delle legislazioni positive, a regolare secondo moduli procedimentali l’azione di un numero sempre maggiore di pubbliche autorità, può spiegarsi innanzi tutto in funzione della tutela degli interessi di chiunque possa essere inciso dai risultati dell’azione medesima”.

(Federico Tedeschini, 1986)

“...le cooperative non possono avere di mira, sempre e comunque, il conseguimento del maggior utile possibile, ma ciò non comporta, d’altro canto, ch’esse rinuncino all’economicità di gestione. Si tratta di realizzare la (non facile) sintesi tra efficienza, requisito ineliminabile di ogni tipo di impresa e che presuppone l’agire secondo criteri di economicità, e interessi collettivi, che nell’impresa si innestano”.

(Francesco Castiello, 1984)

INDICE

Presentazione di Maurizio Zaffi

Introduzione di Laura Pagliaro

Capitolo I

Il quadro normativo di riferimento

1.1	Premessa	pag.	1
1.2	<i>Excursus</i> normativo e regolamentativo in materia di appalti pubblici	pag.	4
1.3	Il parto interrotto del Regolamento <i>ex art.</i> 5, D.Lgs. 163/06	pag.	12

Capitolo II

L'operatore economico al cospetto delle regole di gara

2.1	Cosa deve fare un'Amministrazione aggiudicatrice per bandire una gara e aggiudicare un appalto	pag.	14
	- Modello di bando di gara	pag.	21
	- Modello di avviso di gara	pag.	31
	- Modello di estratto di bando	pag.	33
2.2	Il dialogo tecnico	pag.	34

2.3	Cosa fare contro un bando sproorzionato: precontenzioso e tutela <i>ante causam</i>	pag.	38
	- Modello di istanza ex art. 6, comma 7, lett. n), D.Lgs. 163/06	pag.	46
	2.3.1 L'interesse a "segnalare" ed ad impugnare da parte di un'Associazione	pag.	51
2.4	Il Raggruppamento Temporaneo d'Impresa (RTI) negli appalti di servizi e forniture: cosa scrivere nell'impegno ad associarsi	pag.	52
	2.4.1 L'art. 37, D.Lgs. 163/06 e cosa scrivere nell'impegno ad associarsi	pag.	52
	2.4.2 Il parziale recepimento del comma 3, dell'art. 47 e del comma 4, dell'art. 48, della Direttiva Comunitaria 2004/18/CE	pag.	53
	- Modello di richiesta di concorrere in Raggruppamento	pag.	57
	2.4.3 La specifica delle parti del servizio e della fornitura	pag.	58
	2.4.4 Altri consigli pratici in tema di RTI	pag.	61
2.5	L'istituto dell'avvalimento	pag.	65
	2.5.1 Il fondamento e le ragioni dell'istituto, nonché la modifica apportata all'originario testo circa l'ausiliario - subappaltatore	pag.	65
	2.5.2 La sentenza del TAR Piemonte, Sez. II, 22 maggio 2007, n. 2218 e gli ultimi approdi giurisprudenziali	pag.	66
	2.5.3 Contratto di avvalimento ai sensi dell'art. 49, comma 2, lett. f)	pag.	71
	- Modello di contratto di avvalimento	pag.	73

Capitolo III

L'operatore economico al cospetto dell'espletamento della gara

- 3.1 Il principio di eterointegrazione del bando e della massima partecipazione alle procedure ad evidenza pubblica: altre linee di comportamento pag. 75
- 3.2 Il confezionamento, il contenuto e l'invio delle buste pag. 82
- 3.2.1 Il confezionamento dell'offerta: perché la valutazione dell'offerta tecnica deve essere immune dalla conoscenza dell'offerta economica pag. 82
- 3.2.2 La predisposizione dell'offerta economica pag. 84
- 3.2.3 L'inoltro dell'offerta pag. 87
- 3.3 I requisiti di ammissione a concorrere e l'art. 46, D.L. 163/06: completare non significa supplire alle manchevolezze. La necessità della presenza alla seduta di verifica della documentazione amministrativa e come comportarsi pag. 91
- 3.4 Le cooperative sociali di tipo b) e gli appalti riservati pag. 96

Capitolo IV

La "terzietà" della Commissione giudicatrice

- 4.1 La nomina della Commissione giudicatrice ed il suo insediamento pag. 104
- 4.2 La sequela procedimentale e la definizione dei lavori della Commissione giudicatrice pag. 111
- 4.3 Verifica oggettiva e verifica soggettiva pag. 117
- 4.4 L'incidenza sul contratto del procedimento ad evidenza pubblica: la decisione delle SS.UU. 28 dicembre 2007, n. 27169 di fronte agli ultimi dettati del Legislatore comunitario pag. 126

Capitolo V

L'accesso ai documenti nelle procedure ad evidenza pubblica

5.1	Che cos'è un'istanza di accesso: come si fa	pag. 131
	- Modello di istanza di accesso agli atti	pag. 133
5.2	L'accesso ai documenti di gara: i confini e i limiti della norma speciale; la prevalenza dell'interesse di giustizia rispetto alla privacy tecnico-commerciale	pag. 138
5.2.1	Cenni introduttivi ed "appalti segreti"	pag. 138
5.2.2	Il differimento dell'estrazione e la relativa inosservanza	pag. 140
5.2.3	Il divieto dell'ostensione	pag. 146
5.2.4	Il divieto temperato all'ostensione: la prevalenza dell'interesse di giustizia, rispetto alla privacy tecnico – commerciale attraverso l'estrazione in copia	pag. 151
5.2.5	L'accesso nel dialogo competitivo e nel <i>project financing</i>	pag. 155
5.2.6	L'accesso ai verbali di gara: la peculiarità provvedimentoale dell'inibizione a concorrere	pag. 158
5.3	Il caso della cooperativa sociale "Mano Amica"	pag. 161

Capitolo VI

Suggerimenti e raccomandazioni

6.1	Venti comandamenti di sintesi per le imprese cooperative	pag. 166
-----	--	----------

Appendice

- Direttiva 2007/66/CE dell'11 dicembre 2007 pag. 177
- Decisione della Commissione delle Comunità Europee del 31 gennaio 2008. Procedura di infrazione 2007/2309 ex art. 226 Trattato CE. Incompleta trasposizione del "Codice appalti" (stralcio) pag. 197
- Determinazione Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, 5 marzo 2008, n. 3 pag. 202

PRESENTAZIONE

Ho aderito di buon grado all'invito dell'Autore, dott. *Francesco Caputo*, a scrivere una breve presentazione del volume da Lui redatto: ciò in virtù sia dell'amicizia che ci lega da diversi anni e della reciproca stima, sia del comune convincimento che fosse allo stato necessario un testo di riordino delle normative in materia di appalti, in cui si facesse il punto della disciplina vigente, gettando luce su tutte le sue articolazioni ed orientando nel contempo il lavoro di chi, all'atto pratico, è chiamato a confrontarsi con essa.

La naturalezza, direi, con cui Egli riesce a trattare una materia tanto ostica, in ragione di un *corpus* normativo non del tutto organico e peraltro in continua evoluzione, si riflette positivamente sulla coerenza e sull'intelligibilità del testo, che tuttavia non può non scontare a tratti la frammentarietà di disposizioni farraginose e non sempre coordinate tra loro, talvolta anche sospese nella loro efficacia, cosicché risulta oltremodo difficoltosa l'elaborazione di compendi definitivi ed esaustivi, potendosi procedere soltanto per approssimazioni successive.

Ma la necessità di un testo di riferimento e di orientamento fra i meandri di una normativa talvolta nebulosa ed accompagnata da una serie di non trascurabili criticità, rappresenta soltanto la prima delle motivazioni dell'interesse di A.G.C.I. in questa "impresa"; la pubblicazione del volume è stata invero suggerita ed indotta anche dal recente protagonismo delle cooperative negli ambiti che costituiscono oggetto del presente studio, che le rende meritevoli di un'attenzione specifica.

Le società cooperative, nel nostro sistema socio-economico, hanno infatti assunto via via una diffusione ed un'importanza tali da assurgere al ruolo di interlocutori rilevanti anche nel settore dei lavori, servizi e forniture, ove si distinguono ormai come soggetti qualificati e competitivi nel contesto delle gare pubbliche d'appalto.

Da qui, l'esigenza di affrontare il fenomeno nei suoi vasti e complessi aspetti giuridici che, nonostante il recente intervento di semplificazione e razionalizzazione attuato dal legislatore con il cosiddetto "Codice de Lise", restano ancora in parte caratterizzati da incertezza e nebulosità, così prestandosi all'apertura di filoni interpretativi differenti, oltre che a controverse applicazioni pratiche.

Il presente Vademecum riunisce in sé, in una trattazione organica - che non disdegna però, nei punti più delicati della materia, di dilungarsi su alcuni argomenti a mo' di approfondimento, né di fornire i commenti del caso, opportunamente suffragati dalla giurisprudenza amministrativa e dalle attente analisi della dottrina - sia il profilo teorico/normativo, sia quello delle connesse implicazioni concrete, con una completezza ed ampiezza che non vanno comunque a discapito della chiarezza e dell'accessibilità.

Resta sempre ferma infatti la convinzione che, in quanto Associazione di rappresentanza di imprese, per di più connotate da peculiarità specifiche ed irrinunciabili, primo nostro dovere sia quello di rispondere alle concrete esigenze dei sodalizi aderenti, ovvero di approntare gli strumenti utili ad accompagnarli ed a supportarli nella precipua attività sul mercato: strumenti certamente teorici in primo luogo, ma con i necessari collegamenti con l'esperienza, per così dire, "sul campo".

In quest'ottica ed al fine di rendere il testo, oltre che teoricamente valido, anche utile e fruibile dagli operatori, l'Autore lo ha corredato dei moduli e dei formulari in uso che, inseriti nel contesto dei singoli argomenti trattati, riproducono le principali operazioni ed i consueti adempimenti burocratici che le società partecipanti alle gare di appalto sono chiamate ad effettuare nel rispetto delle procedure vigenti: non è stato quindi perseguito lo scopo di confezionare un contributo fine a se stesso, ovvero un riepilogo commentato della disciplina in vigore, ma appunto quello di essere fedeli alla volontà di offrire a tutti - ed in particolare alle imprese cooperative - un utile strumento di servizio e qualche ulteriore spunto di riflessione.

L'esperienza del dott. *Caputo* - avvocato, esperto di contenzioso amministrativo e di questioni attinenti alle pubbliche gare, da tempo collaboratore della cattedra di Istituzioni di Diritto Pubblico della Facoltà di Sociologia dell'Università *La Sapienza* di Roma, relatore in numerosi convegni e seminari dedicati al tema degli appalti, nonché autore di diversi saggi sulle materie suindicate - si è qui dimostrata una sponda sicura per l'approdo all'obiettivo sopra descritto.

Ne è nata, a parere di chi scrive, un'opera di supporto - aggiornata, corredata di significativi esempi e cenni a casi reali, il cui taglio pratico permea anche la descrizione delle disposizioni normative ed è tale da fornire indicazioni e soluzioni operative - che crediamo possa essere di valido ausilio agli studiosi della materia, agli operatori ed a tutti coloro che, a vario titolo, ne risultino interessati.

Maurizio Zaffi
Presidente Nazionale A.G.C.I.

INTRODUZIONE

A me, dunque, il compito - e insieme il piacere - di introdurre questo *Vademecum*, che risponde al duplice ed ammirevole proposito, da un lato, di fornire agli operatori uno strumento di rapida consultazione della disciplina vigente, a mo' di mappa tramite la quale sia agevole orientarsi potendone altresì trarre consigli pratici sulla falsariga di percorsi già sperimentati e, dall'altro, di configurarsi quale opportunità di approfondimento tecnico-scientifico della materia, specie con riferimento agli aspetti più controversi della stessa, suscettibili di interpretazioni non univoche.

Il volume, con tutta evidenza, non costituisce pertanto una mera raccolta di norme o un commento, articolo per articolo – alla stregua dei già numerosi compendi in commercio – del nuovo *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture* (Decreto Legislativo n. 163 del 12 aprile 2006), con cui il legislatore ha tentato di riunire, in un insieme coerente, quella che si presentava piuttosto come una confusa congerie di disposizioni non coordinate e talora persino contrastanti.

Si tratta, invece, di un'analisi dell'attuale complesso legislativo concernente gli appalti, specificamente rivolta agli operatori del settore, in favore dei quali intende tracciare una sorta di tragitto guidato, rispettoso delle procedure di gara, finalizzato a rendere meno insormontabili gli ostacoli, a dipanare le criticità senza eluderle e a semplificare la comprensione dei meccanismi rivisitati dai recenti provvedimenti, anche alla luce degli istituti di nuova introduzione, per lo più di derivazione comunitaria.

Infatti, il Codice de Lise ha sì riordinato oltre cent'anni di stratificazioni normative, allineando il diritto interno a quello europeo, nonché alla

giurisprudenza della Corte di giustizia e dei Tribunali amministrativi, eppure le imprese e le Stazioni Appaltanti si trovano ancora ad agire in un clima di tangibile incertezza, che rischia di mettere in seria difficoltà uno dei più importanti volani di sviluppo economico del Paese, tale da richiedere invece indirizzi chiari, non lacunosi e di immediata applicazione, che assicurino il rispetto delle regole della concorrenza, la correttezza dell'investimento pubblico e le garanzie necessarie a favorire il miglior risultato possibile per la cittadinanza, nella quasi totalità dei casi destinataria finale delle opere.

Se la lettura risulta impegnativa, lo si deve sostanzialmente al fatto che il citato Codice costituisce tuttora, per così dire, un *work in progress*: esso contiene più di 250 articoli e numerosi allegati, reca una razionalizzazione di un insieme di norme di difficile ricognizione, recepisce Direttive di carattere sovranazionale senza provvedere sempre ai necessari adeguamenti al nostro ordinamento e, in ultima analisi, espone il fianco ad ulteriori interventi correttivi, peraltro in atto, che si sovrappongono a Regolamenti applicativi per questo superati già al momento della pubblicazione. A fronte di tutto ciò, va quindi dato atto all'Autore di essere riuscito ad enucleare i nodi più critici del quadro normativo, ovvero gli aspetti che richiedono particolare cura ed attenzione, in un compendio aggiornato all'ultima ora, ma – come sarà a questo punto immediato intuire – certamente non definitivo.

Lo studio che qui si introduce è strutturato in sei parti.

Il primo capitolo contiene un *excursus* normativo - indispensabile per condurre il lettore, con cognizione di causa, nel vivo della successiva analisi - che dà conto anche dell'emanando Regolamento di attuazione ex articolo 5 del Codice, del quale ad oggi il relativo schema provvisorio non è entrato in vigore.

La seconda sezione, spaziando dalla descrizione della figura del Raggruppamento Temporaneo d'Impresa (RTI) alle implicazioni connesse all'istituto dell'avvalimento, illustra le procedure previste per bandire una gara ed aggiudicare un appalto, include la relativa modulistica e prende in esame le più ricorrenti criticità, facendo leva sui contributi della dottrina, della giurisprudenza, dell'Autorità di Vigilanza, degli Ordini professionali, delle Associazioni di categoria, etc.

Nel terzo capitolo, l'Autore si cala nei panni dell'operatore economico al momento dell'espletamento della gara, quindi a partire dall'emanazione del bando fino all'individuazione della condotta più opportuna nella fase di controllo della documentazione amministrativa, passando in rassegna i requisiti di ammissione a concorrere, nonché le convenienti modalità di confezionamento e di invio delle buste.

Interessante anche la ricostruzione dei lavori della Commissione giudicatrice, con specifico riguardo alle operazioni di verifica che essa è incaricata di compiere, cui segue la disamina delle condizioni di accesso ai documenti di gara.

Completa il volume l'elencazione di una serie di brevi raccomandazioni rivolte agli operatori economici e specificamente alle imprese cooperative, che riepilogano, sotto forma di sintetici comandamenti e in guisa di promemoria inclusivo di utili linee-guida, gli adempimenti previsti ed i comportamenti più consoni nelle diverse fasi di svolgimento delle gare.

In qualità di Presidente Nazionale di *A.G.C.I. Solidarietà*, ritengo opportuno ed anzi doveroso dedicare qualche riga, a conclusione di queste pagine introduttive, al ruolo di attori primari del *Welfare*, riconosciuto alle cooperative sociali di tipo b) - unico soggetto privato che svolga un *munus*

pubblico, ovvero la funzione di inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati – con riferimento all’ipotesi dei cosiddetti appalti riservati.

Poiché, nel momento in cui questo Vademecum va in stampa, il dibattito al riguardo è appena iniziato e quindi più che mai aperto, mi sembra d’obbligo, in particolare, un richiamo all’art. 52 del più volte menzionato Codice, che ha posto problemi di interpretazione ancora irrisolti, nonostante la determinazione dell’*Autorità per la Vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture* del 23 gennaio 2008 abbia recato parziali chiarimenti sulle nebulose nozioni di “laboratorio protetto” e di “programmi di lavoro protetti”.

La sopra citata disposizione introduce una riserva di partecipazione alle gare, in virtù del perseguimento di un superiore obiettivo di natura sociale, nel caso in cui il “soggetto giuridico” rispetti determinate condizioni, tra cui quella di avvalersi di una maggioranza di lavoratori disabili: ebbene, le difficoltà applicative – originate, alla base, da differenze concettuali, di cui il legislatore italiano non ha tenuto conto nel recepimento delle Direttive europee, tra i termini “disagio”, “svantaggio”, “disabilità” come intesi nel nostro ordinamento rispetto al significato agli stessi attribuito in ambito comunitario – sono legate soprattutto alla individuazione del momento in cui occorre attestare il possesso del predetto requisito: nella fase di esecuzione del contratto? Oppure alla formulazione dell’offerta? O avendo riguardo magari agli ultimi tre anni? O, ancora, contestualmente alla pubblicazione del bando?

A fronte di queste o altre domande aperte ed in attesa, quindi, di un intervento chiarificatore da parte dei preposti Organi legislativi, che ponga rimedio alle superficialità ed al *deficit* di iniziativa finora dimostrati, ad evi-

tare che le definizioni restino scatole vuote non applicabili nella realtà empirica, non resta che esprimere ulteriori perplessità circa la possibilità di portare adeguatamente a termine commesse di portata talvolta rilevante nei tempi stabiliti contando su una percentuale di lavoratori disabili superiore al 50%.

In questo contesto, sembra allora più ragionevole – e concludo davvero – concentrarsi sulla salvaguardia della legislazione speciale delle cooperative sociali (la cui applicazione è fatta salva dal nuovo Codice degli appalti), la quale, all’articolo 5 della Legge 381/1991, prevede la possibilità di convenzionamento diretto con le Pubbliche Amministrazioni. Ciò con l’auspicio che si chiarisca come il dettato del citato articolo 52 possa conciliarsi con la peculiarità del richiamato art. 5 e senza che ne risulti compromesso il riconoscimento dell’importante ruolo della cooperazione sociale di tipo b) e del valore aggiunto che essa genera, a vantaggio della collettività, attraverso l’inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati: e sottolineo “svantaggiati” perché si tratta di una categoria di disagio sociale ben più ampia ed eterogenea rispetto alla disabilità cui fa riferimento invece il legislatore comunitario.

Insomma, il materiale per un ulteriore lavoro di riflessione al passo con le novità che si susseguono - ed anche per eventuali elaborazioni propositive - non manca certamente, ma non si può in ogni caso prescindere da una preventiva disamina della normativa vigente e da un attento studio delle interpretazioni più accreditate della stessa, per cui questo Vademecum può costituire davvero una valida risorsa.

Laura Pagliaro

Presidente Nazionale A.G.C.I. Solidarietà

