

**REGIONE SICILIANA****PRESIDENZA****Dipartimento della Programmazione**

Servizio Risorse

Umane, Ricerca, Politiche

Trasversali

Unità operativa di base III

Data, 13 luglio 2005

Risposta a

del

Prot. n. ...2157.....

ALLEGATI: N.....

Oggetto: Programma Operativo Regionale Sicilia 2000-2006 - Procedure di gara di appalti pubblici - Clausole di autotutela.

Ai Dirigenti Generali
responsabili di Misura

Al Dirigente responsabile
dell'Ufficio Speciale per i
Controlli di II° Livello

Al Nucleo di Valutazione e
Verifica Investimenti Pubblici

e.p.c.

All'On.le Presidente della
Regione Siciliana

All'On.le Assessore destinato alla
Presidenza della Regione

LORO SEDI

Il quadro degli interventi per la trasparenza dei flussi di finanziamento e la loro salvaguardia dalle infiltrazioni criminali, previsti dall'Accordo di Programma Quadro "Sicurezza e Legalità per lo Sviluppo della Regione Siciliana - Carlo Alberto Dalla Chiesa" tra la Regione Siciliana ed i Ministeri dell'Interno e dell'Economia e delle Finanze, include il Protocollo di Legalità stipulato il 12 luglio 2005 tra la Regione Siciliana, il Ministero dell'Interno, le Prefetture dell'Isola, l'Autorità di Vigilanza sui lavori pubblici, l'INAIL e l'INPS, teso a rafforzare le condizioni di legalità e sicurezza nella gestione degli appalti pubblici,

Il Protocollo in parola stabilisce, tra l'altro, l'impegno della Regione Siciliana a porre in essere quanto di sua competenza affinché i bandi di gara prevedano espressamente alcune clausole di autotutela, che prescrivono ulteriori obblighi a carico dei soggetti concorrenti rispetto a quelli

Presidenza della Regione Siciliana - Dipartimento della Programmazione - P.zza Luigi Sturzo, n. 36

90139 Palermo - Tel. 0917070217/034/129/116 - Fax 0917070041

E-mail-massimo.galli@regione.sicilia.it

Sito INTERNET :www.regione.Sicilia.it/presidenza/programmazione

stabiliti dalla normativa per la partecipazione e l'aggiudicazione di appalti di lavori pubblici, allo scopo precipuo di contrastare comportamenti idonei a violare le regole della concorsualità tra gli operatori e della segretezza e serietà delle offerte: regole che rappresentano la traduzione dei principi generali di legalità, buon andamento ed imparzialità dell'azione amministrativa, secondo il disposto dell'art. 97 della Costituzione, ed il cui rispetto costituisce la migliore garanzia dell'interesse dell'Amministrazione, consentendole di individuare il miglior contraente, in conformità ai criteri di qualità, efficienza ed efficacia sanciti dall'art.1 della legge quadro in materia di lavori pubblici.

Tali clausole, inizialmente elaborate dall'Associazione "Transparency International Italia", dal 2001 sono state positivamente valutate ed adottate da alcuni tra i più importanti Comuni italiani, quali Milano, Genova e Palermo, che ne hanno fatto oggetto di appositi Patti d'Integrità, allegati ai bandi di gara come parti integranti degli stessi, che ogni impresa partecipante è tenuta a sottoscrivere e rispettare, pena la possibile applicazione di sanzioni sia interdittive che pecuniarie prescritte nei Patti medesimi.

L'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, pronunciatisi sulla legittimità dei Patti d'Integrità e delle clausole ivi stabilite, ne ha rinnovato la versione, includendole in 11 protocolli d'intesa stipulati con altrettante amministrazioni e diretti a contrastare accordi interni tra le imprese, aventi il fine illecito di predeterminare gli esiti della gara, con effetti distorsivi sulla regolarità della procedura di affidamento, alterando la competizione tra i soggetti concorrenti (determinazione n. 14 del 15/10/2003).

Le norme pattizie in questione rappresentano uno strumento di deterrenza preventiva, la cui fonte è la legge di gara (*lex specialis*), che si affianca alle misure previste dal legislatore, sia dalla normativa sui lavori pubblici (art. 10, c.1-bis della legge n. 109/94 e art. 18 della legge n.55/90 e s.m.i.) che, principalmente, dalla normativa sull'infiltrazione mafiosa; esse sono di immediata applicazione e non aggravano gli adempimenti procedurali per le ditte partecipanti, né comportano per esse alcun costo o onere aggiuntivo.

Le clausole prescrivono, in particolare, che l'impresa concorrente dichiari espressamente di impegnarsi a conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti, che non si è accordata e non si accorderà con altri partecipanti alla gara, per limitare od eludere in alcun modo la concorrenza e che l'offerta è improntata a serietà, integrità, indipendenza e segretezza.

Le situazioni di collegamento in parola non sono disciplinate espressamente dalla legge, realizzandosi con modalità diverse rispetto alle fattispecie individuate dall'art. 2359 c.c., quindi vanno valutate, caso per caso, dalla stazione appaltante attraverso l'individuazione di elementi di fatto dai quali possano trarsi indizi oggettivi gravi, precisi e concordanti, che fanno presupporre tra i concorrenti una relazione idonea a consentire un flusso informativo in merito alla fissazione dell'offerta ovvero agli elementi valutativi alla stessa sottostanti, tale da far sì che le imprese siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi, verificandosi così un inquinamento della gara per la violazione del principio di segretezza dell'offerta (TAR Basilicata, 4/11/1998, n.347, TAR Lombardia, sez. Milano, 29/09/2004, n.4204).

La giurisprudenza ha elaborato due tipologie di indizi sintomatici, desumibili documentalmente, da apprezzare quali prove sufficienti di una situazione di controllo o collegamento sostanziale

- indizi e caratteristiche formali delle offerte presentate;
- l'intreccio personale dei componenti le società (C.d.S., V, 4/05/2004, n.2722; IV, 4/02/2003, n.560; v, 1/07/2002, n. 3601).

In ordine alla prima tipologia di indizi di un collegamento sostanziale tra ditte concorrenti, essi vanno dedotti dalla compresenza di più elementi estrinseci e formali delle offerte il cui

accertamento oggettivo ed accurato è tale da ritenere presumibile che le offerte stesse siano imputabili ad un unico centro decisionale. In tale casistica rientrano l'identità dei caratteri dattiloscritti o dell'impostazione grafica, identici errori di presentazione delle offerte, il ripetersi di identici errori di battitura nei medesimi documenti. Inoltre, allo scopo di accertare l'esistenza di connessioni a fini illeciti tra imprese concorrenti, può ritenersi utile aggiungere agli elementi formali sopra indicati altre circostanze di natura sintomatica, quali la comune spedizione postale o l'identità della data di effettuazione di talune dichiarazioni.

Nell'Atto di Regolazione n.27 del 9/06/2000 l'Autorità di Vigilanza ha precisato le ipotesi ricollegabili al secondo genus di indizi idonei a far ritenere violate la clausole di tutela in argomento:

- a) il caso in cui la determinazione dell'offerta rientri nella competenza di diversi soggetti, tutti dotati del potere di rappresentanza disgiunta di una società, uno dei quali sia anche amministratore o legale rappresentante di altra società concorrente;
- b) la seconda ipotesi deriva dalla prima e riguarda il caso di intreccio di organi amministrativi, di rappresentanza e tecnici tale da far sì che il soggetto firmatario dell'offerta condivida detto potere con un altro soggetto legittimato a firmare l'offerta per altra società (TAR Toscana, Sez.II, 18/12/1998, n.1085, TAR Friuli Venezia Giulia, 18/01/2000, n. 49).

Qualora la stazione appaltante nel corso del procedimento di gara riscontri elementi di fatto che presentano indizi gravi, precisi e concordanti che inducono a ritenere provata la sussistenza di una situazione di collegamento sostanziale tra ditte concorrenti, le clausole stabiliscono a carico delle ditte responsabili l'applicazione di sanzioni interdittive di natura accessoria rispetto alle penalità amministrative già previste dall'ordinamento nei casi di infrazione delle condizioni per la partecipazione alle gare di appalto.

Si rappresenta che di recente il Consiglio di Stato si è più volte espresso favorevolmente sulla legittimità dei Patti d'Integrità e sulle clausole in essi contenute, che si inquadrano "nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito." (C.d.S., V anno 2003 n. 1258/05; C.d.S., V, 8/02/2005 n. 343; C.d.S. V, 12/04/2005 n. 1644). Il Collegio, pertanto, non ha ravvisato preclusioni nell'ordinamento positivo riguardo le clausole suddette, poiché conformi a principi già considerati dalla normativa di settore e già assistiti da responsabilità patrimoniale, quali la buona fede e la correttezza nelle trattative contrattuali.

Altra misura tesa a prevenire rapporti collusivi tra imprese concorrenti idonei a ledere le regole basilari della concorsualità, della segretezza e della serietà delle offerte, è la c.d. "Clausola di gradimento", in forza della quale la ditta partecipante alla gara si impegna, in caso di aggiudicazione dei lavori, a non subappaltare lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara, essendo consapevole che, in caso contrario, tali contratti derivati non saranno autorizzati dalla stazione appaltante.

In proposito, con determinazione n.14/03 del 15 ottobre 2003, l'Autorità per la Vigilanza sui lavori pubblici, premettendo che la clausola non trova riscontro esplicito nella norma che disciplina l'istituto del subappalto, ha ritenuto che le stazioni appaltanti, alla luce dell'orientamento costante della giurisprudenza amministrativa, abbiano piena facoltà "...di individuare nel bando di gara ulteriori adempimenti purché proporzionati alle finalità dell'amministrazione...": in ragione di ciò legittimamente esse possono inserire nei bandi, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all'adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la su espressa clausola di divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara.

In effetti la ratio della prescrizione nasce dal ragionevole sospetto che il contratto derivato tra l'impresa aggiudicataria dell'appalto ed imprese partecipanti alla medesima gara possa essere

frutto di accordi segreti illeciti, idonei ad imputare più offerte ad un unico centro decisionale, con conseguenti effetti distorsivi della gara. Tale clausola, analogamente alla Dichiarazione di salvaguardia della concorrenza, si ritiene che vada legittimamente inquadrata "nell'ambito dell'autonomia negoziale dell'amministrazione, nell'invito a contrattare, e di chi aspiri a diventare titolare di un futuro contratto, con l'accettazione dell'invito."

Per quanto fin qui illustrato questa Autorità di Gestione, coerentemente alle finalità di assicurare condizioni di legalità all'utilizzo dei Fondi strutturali ed alle relative operazioni finanziarie, ritiene necessario, nelle more che siano definiti gli adempimenti procedurali conseguenti alla stipula del Protocollo di Legalità per la sua effettiva applicazione, che siano adottate le clausole di autotutela sopra indicate nelle procedure di affidamento di lavori, di forniture e di servizi tramite avvisi o bandi di gara.

Pertanto, in ragione dei compiti e dei poteri attribuiti dal Programma Operativo Regionale e dalla legge regionale n.32/2000, si invita ad inserire nei bandi di gara in corso di predisposizione, riguardanti sia le procedure aperte che quelle ristrette e, compatibilmente, nei contratti, le seguenti considerazioni e clausole:

- "- **considerato** che la possibilità di inserire le clausole di autotutela nei bandi di gara, finalizzate a prevenire i fenomeni di devianza e di vulnerazione dei principi di concorrenza "sostanziale" e trasparenza, oltre a trovare riscontro nella giurisprudenza amministrativa (sentenza del C.d.S. n. 5903 del 3/11/2000 che ha stabilito " in materia di contratti della pubblica amministrazione il potere di non aggiudicazione"; decisioni del C.d.S., V, n. 2317 e n. 1644, rispettivamente del 22/04/2004 e del 12/04/2005 che hanno sancito l'esclusione dalla gara per collegamento sostanziale idoneo a violare in concreto i principi a tutela della libera concorrenza, della segretezza delle offerte e della par condicio dei contraenti), può ben trovare fondamento, in via generale, in specifiche ragioni di pubblico interesse, nonché nella "legittimità, per le amministrazioni appaltanti di annullare una gara in presenza di significativi indici sostanziali di collegamento rilevabili dall'andamento delle offerte" (C.G.R.S. - decisione 409/01 Reg. Ord. del 6.5.2004);
- "- **considerato** che l'art. 90, comma 8, del D.P.R. n.554/99, consente all'Amministrazione aggiudicatrice di sospendere la procedura di gara prima o dopo l'apertura delle offerte economiche;

Causola n.1

Qualora la commissione di gara rilevi anomalie in ordine alle offerte, considerate dal punto di vista dei valori in generale, della loro distribuzione numerica o raggruppamento, della provenienza territoriale, delle modalità o singolarità con le quali le stesse offerte sono state compilate e presentate ecc., il procedimento di aggiudicazione è sospeso per consentire alla stazione appaltante di svolgere in tempi rapidi gli accertamenti ritenuti necessari per determinarsi sulla esclusione o meno dalla gara delle ditte partecipanti per collegamento sostanziale idoneo a violare in concreto i principi della libera concorrenza, della segretezza e dell'autonomia delle offerte e della par condicio dei contraenti.

Gli eventuali provvedimenti di esclusione saranno adottati tempestivamente, subito dopo la stazione appaltante darà corso al procedimento di aggiudicazione dell'appalto.

Clausola n.2

“Il/la sottoscritto/a offerente dichiara di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti e che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alle gare.”

Clausola n.3

“Il/la sottoscritto/a offerente dichiara che non subappalterà lavorazioni di alcun tipo ad altre imprese partecipanti alla gara - in forma singola o associata - ed è consapevole che, in caso contrario, tali subappalti non saranno autorizzati.”

(In proposito, con determinazione n.14/03 del 15 ottobre 2003, l’Autorità ha chiarito che le stazioni appaltanti possono inserire nei bandi di gara, anche sulla base delle singole situazioni ambientali che abbiano già condotto all’adozione di formali iniziative con gli organismi istituzionalmente preposti, la suespressa clausola sul divieto di affidare il subappalto ad imprese che hanno presentato autonoma offerta alla medesima gara, clausola che estrinseca una più puntuale definizione del principio della segretezza delle offerte, nel rispetto dell’articolo 1, comma 1, della legge 109/1994 e s.m.)

Clausola n.4

(Dichiarazione di salvaguardia della concorrenza, quale condizione rilevante per la partecipazione alla gara) “Il/la sottoscritto/a offerente dichiara espressamente e in modo solenne che l’ offerta è improntata a serietà, integrità, indipendenza e segretezza, che si impegna a conformare i propri comportamenti ai principi di lealtà, trasparenza e correttezza, che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alla gara per limitare od eludere in alcun modo la concorrenza.”

Clausola n.5

“Qualora la stazione appaltante accerti, nel corso del procedimento di gara ed attraverso indizi gravi, precisi e concordanti, una situazione di collegamento sostanziale in violazione delle summenzionate clausole, le imprese verranno escluse con la sanzione accessoria del divieto di partecipazione per un anno alle gare d’appalto bandite in ambito regionale.”

Stante i primari interessi che la presente intende tutelare, si chiede di formulare nota di assicurazione sulla puntuale e tempestiva osservanza della direttiva medesima.

Il Capo Dipartimento
Gabriella Palocci
(firmato)