

**L'affidamento dei contratti
pubblici sotto e sopra
soglia
dopo lo «sblocca cantieri»**

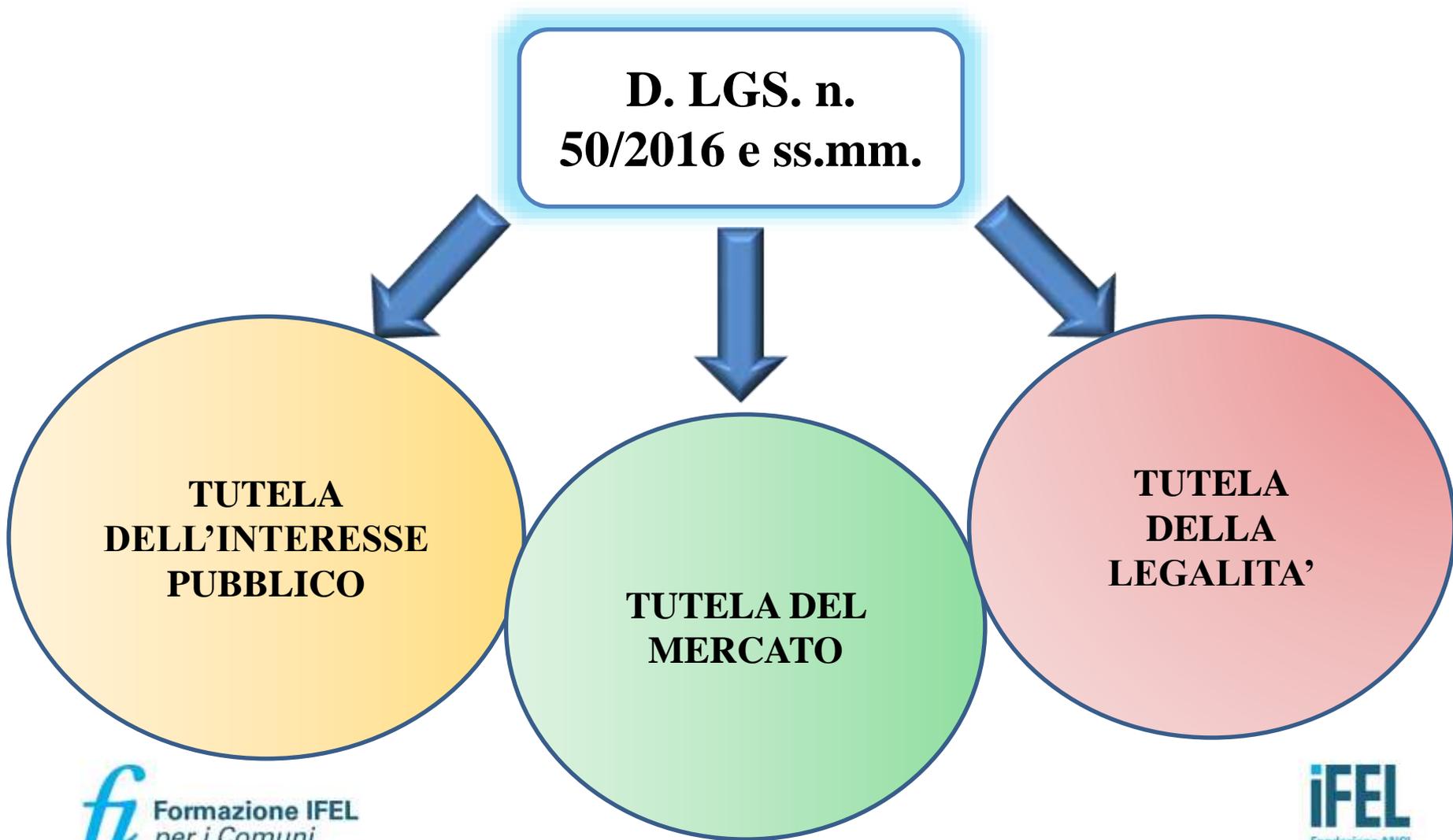
a cura di Luciano Gallo
Manziana, 28 novembre 2019



Indice

- ❑ Il principi degli affidamenti (focus: il principio di rotazione)
- ❑ **Le procedure e i contratti sotto soglia**
 - Valore del contratto e soglie di rilevanza comunitaria
 - I contratti sotto soglia
 - Criteri di aggiudicazione
- ❑ **Gestione del fabbisogno**
 - Il MePA
 - Programmazione degli acquisti
 - Progettazione dei servizi
 - Consultazioni preliminari di mercato
- ❑ **Strumenti ed elementi della procedura di gara**
 - Il R.U.P.
 - I controlli
 - La verifica di anomalia
 - I patti d'integrità
 - Le clausole sociali
 - Le cause di esclusione
 - Avvalimento
 - Soccorso istruttorio
 - Subappalto

Il Codice dei contratti pubblici: strumenti e criteri



I principi degli affidamenti pubblici

Principi in materia di trasparenza (art. 29)

c.1 «*Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori [...] devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente, nella sezione “Amministrazione trasparente”*»

Principi per l’aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni (art. 30)

c.1 «*L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di **economicità, efficacia, tempestività e correttezza**. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di **libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità [...]»***



**ORIENTATIVI DELL’ATTIVITA’ AMMINISTRATIVA LATO SENSU
E DELLA SCELTA DEL CONTRAENTE**

Il principio di rotazione degli inviti

- Corollario della libera concorrenza e tutela del mercato
- Affidamenti aventi medesimo oggetto
- Affidamento o re-invito del gestore/operatore uscente ad una procedura di affidamento diretto: carattere eccezionale e motivazione stringente
- Non si applica se l'affidamento avviene tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato
- Negli affidamenti <1000 euro è consentito derogare previa sintetica motivazione nella determina a contrarre o atto equivalente (cfr. Linee guida n. 4)
- La rotazione degli inviti, criterio portante delle Linee Guida ANAC n. 4 (affidamenti sotto soglia).

Il principio di rotazione degli inviti

Cons. Stato n. 1524/2019

Il principio di rotazione «*non trova applicazione laddove il nuovo affidamento avvenga **tramite procedure ordinarie** o comunque **aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa amministrazione in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*».



LA REGOLA

La scelta di limitare la concorrenza (sotto soglia), in qualsiasi modalità avvenga per scelta dell'Amm.ne procedente, darà sempre luogo all'obbligo di applicare il principio di rotazione.

Il principio di rotazione degli inviti

Consiglio di Stato n. 435/2019 e n. 1524/2019:

Il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento

Il principio di rotazione degli inviti

Su MePA

ORDINE DIRETTO DI ACQUISTO

Nel caso di selezione mediante il criterio del prezzo più basso (non ponendosi alcuna limitazione numerica agli operatori offerenti, in quanto presenti su MePA), non è necessario applicare il principio di rotazione

Nel caso di selezione mediante altri criteri, ricorre l'obbligo di rotazione

RICHIESTA DI OFFERTA

Ove la medesima sia volta ad un affidamento diretto, l'obbligo di applicazione del principio di rotazione dipenderà dalle modalità in concreto adottate in sede di indagine di mercato:

- Se non è stata operata limitazione, invitando tutti i soggetti interessati, la rotazione non si applica
- Se è stata operata una limitazione, invitando solo talune delle imprese che abbiano manifestato interesse, la rotazione si applica

Il principio di rotazione degli inviti

Da ultimo **Cons. Stato n. 7539/2019 del 05/11/19**):

Il principio di rotazione «costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (...)

Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione (...)

*Esso ha l'obiettivo di **evitare la formazione di rendite da posizione e persegue l'effettiva concorrenza**, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio.*

Il principio di rotazione degli inviti

TAR Marche, Ancona, 20/11/2019, n. 707

la pur doverosa applicazione del principio di rotazione **non può dar vita ad una ulteriore causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica** e dunque il principio in parola non impone alla stazione appaltante il divieto assoluto di invitare alla nuova gara l'appaltatore uscente [...]

Il principio di rotazione **non trova applicazione qualora la stazione appaltante inviti tutti gli operatori che hanno risposto all'avviso di acquisizione di manifestazioni di interesse e la procedura di gara richieda obbligatoriamente l'iscrizione a piattaforme informatiche o portali (MEPA)**. Il progresso tecnologico ha infatti determinato il progressivo diffondersi di procedure ad evidenza pubblica svolte con sistemi telematici (le quali sono peraltro incoraggiate dalla direttiva 2014/24/UE), il cui utilizzo da parte dei concorrenti non implica peraltro soverchie difficoltà tecniche o costosi adempimenti amministrativi.

Il principio di rotazione degli inviti

TAR Liguria, 22/10/2019, n. 805

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art.36 co.1 d.lgs.n.50/2016, non trova applicazione nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia fatto precedere l'invito da **un'indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione; una diversa interpretazione altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis - in senso anti-concorrenziale**

Il principio di rotazione degli inviti

TAR Veneto, Venezia, 23/09/2019, n. 1021

Allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che **non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo.**

Il principio di rotazione degli inviti

Cons. Stato, 17/01/2019, n. 435

La precipua tutela connessa al principio di rotazione negli affidamenti "sotto soglia" è quella, anticipata, mirante all'obiettivo di **evitare che la gara possa essere falsata**, a danno degli altri partecipanti, **dalla partecipazione di un soggetto che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento**. Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto nel motivo, **l'esclusione del gestore uscente**, ove l'Amministrazione, come nel caso di specie, non abbia motivato in ordine alla ricorrenza di specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo comunque a partecipare alla gara, **non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta**, che è presupposta direttamente dalla legge.



PROCEDURE E CONTRATTI SOTTO SOGLIA

Valore del contratto e soglie di rilevanza comunitaria: l'art. 35

Dal valore del contratto dipende l'individuazione della corretta modalità di affidamento:

Affidamento di valore SUPERIORE alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 35): procedura aperta o ristretta (limiti alle procedure negoziate in quanto restrittive della concorrenza)

Affidamento di valore INFERIORE alle soglie di rilevanza comunitaria (art. 36): ferma restando la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie (aperta o ristretta), la s.a. può ricorrere all'affidamento diretto o alla procedura negoziata.

Determinazione del valore del contratto

Il calcolo del valore dell'appalto è basato sull'importo totale pagabile, al netto di IVA, valutato dall'amm.ne giudicatrice.

Se previste dagli atti di gara eventuali opzioni, rinnovi o premialità, il valore costituito dall'importo massimo stimato

Il valore stimato è quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara, o al momento in cui l'amm.ne aggiudicatrice avvia la procedura di affidamento del contratto

Determinazione del valore del contratto

Cons. Stato, 18/10/2016, n. 4343

Ai fini dell'affidamento di una **concessione di servizi** il relativo valore da porre a base di gara va parametrato al **fatturato complessivo che si prevede possa derivare dalla fornitura dei servizi** a favore della massa degli utenti.

Non è quindi legittimo determinare tale valore prendendo come riferimento il canone dovuto dal concessionario, che peraltro rappresenta un elemento eventuale del rapporto concessorio. Questa modalità, infatti, non appare coerente con la natura della concessione di servizi, il cui tratto essenziale è che la controprestazione a favore del concessionario è costituita principalmente dai proventi della gestione del servizio (fatturato), che a sua volta rappresenta il nucleo centrale dell'istituto.

Determinazione del valore del contratto

Delibera ANAC n. 813/2018

Ai fini del calcolo del valore dell'affidamento di servizi o forniture, gli importi dei pagamenti effettuati nel medio periodo (circa un anno), aventi medesimo oggetto e inferiori ai 40.000, vanno sommati.

La procedura da seguire è quella negoziata previa consultazione di almeno 5 operatori (ove superino complessivamente i 40.000)

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

SOGLIA COMUNITARIA= 135.000 (amm.ni gov. centrali) 209.000 (amm.ni sub-centrali)

SERVIZI E FORNITURE

<40.000: affidamento diretto

40.000-144.000/221.000: affidamento diretto previa valutazione di almeno **5 operatori economici**, nel rispetto del criterio di **rotazione degli inviti**, mediante **indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**.

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

SOGLIA COMUNITARIA= 5.548.000

LAVORI

<40.000: affidamento diretto o amministrazione diretta, senza preve consultazioni

40.000-150.000: affidamento diretto previa valutazione di almeno 3 preventivi o in amm.ne diretta.

150.000-350.000: procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori

350.000-1.000.000: procedura negoziata previa consultazione di almeno 15 operatori

1.000.000-5.548.000: mediante procedura aperta ed art. 60

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

Art. 36, comma 1

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** e in modo da assicurare **l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese**. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'art. 50.

Le nuove soglie comunitarie dal 01/01/2020

I 4 Regolamenti UE 2019 n.ri 1827, 1828, 1829, 1830 del 30/10/2019 modificano, a partire da gennaio 2020, le soglie di rilevanza comunitaria



5.350.000 appalti pubblici di lavori e per le concessioni

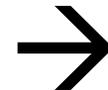
139.000: amm.ni governative centrali

214.000: amministrazioni sub-centrali

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

TAR Sardegna, Cagliari, decreto n. 212/2019

Nel respingere la domanda cautelare presentata dal ricorrente, il giudice adito sottolinea, relativamente all'art. 36, comma 2, lett. b) – affidamenti 40.000-135.000 - che la procedura ivi riportata *«dopo la legge 55/2019, è un affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi e non una procedura negoziata con le relative formalità»*



I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

LA PROCEDURA NEGOZIATA

Cons. Stato, 12/09/2019, n. 6160

La procedura negoziata si struttura «in una **prima fase di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco** di operatori economici precedentemente costituito, e una **seconda fase, di vera e propria contrattazione**, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare»

La procedura descritta si distingue «dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

L’AFFIDAMENTO «DIRETTO» PREVIA VALUTAZIONE DI ALMENO CINQUE PREVENTIVI

CRITICITA’: La semplificazione rischia di essere solo apparente



- 1) La fase di manifestazione interesse è comunque presente;
- 2) La «valutazione» implica l’individuazione di un criterio valutativo (es. una commissione)

I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

L'INDAGINE DI MERCATO

Assicurare opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, mediante **avviso** nella sezione «amm.ne trasparente» ovvero altre forme pubblicitarie, per un periodo minimo di 15 giorni

L'avviso indica gli elementi essenziali dell'affidamento (valore, requisiti di idoneità professionale e capacità economico finanziaria), nonché i **criteri di selezione**

L'ELENCO DEGLI OPERATORI ECONOMICI

Sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della s.a. di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti gli operatori da invitare.

Pubblicazione dell'avviso nella sezione «amm.ne trasparente» o altre forme di pubblicità, che indica i requisiti generali, le modalità di selezione degli operatori da invitare, le categorie e fasce di importo.

L'operatore può richiedere l'iscrizione a una o più fasce di importo, o a singole categorie.

L'elenco definisce i **criteri di selezione**.

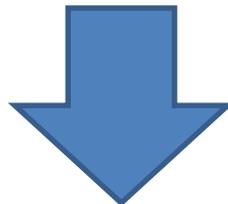
I contratti sotto soglia alla luce delle modifiche del Decreto Sblocca Cantieri

Fase del CONFRONTO COMPETITIVO

- Al termine dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi, la s.a. seleziona gli operatori da invitare in numero pari a quanto sancito dall'art. 36.
- Rispetto del principio di rotazione
- A parità di requisiti posseduti dagli operatori, si procede con sorteggio
- Agli operatori così selezionati viene comunicato **l'invito** a formulare l'offerta
- Si verifica il possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario
- Fase della stipula: **per le procedure di affidamento diretto (lett. a e b, comma 1 art. 36) non si applica il termine dilatorio di 35 giorni prima di procedere alla stipula.**

Criteri di aggiudicazione sotto soglia

NOVITA' SBLOCCA CANTIERI



Per gli affidamenti sotto soglia, la scelta del criterio di aggiudicazione (minor prezzo / offerta economicamente più vantaggiosa) è del tutto discrezionale

(restano ferme le prescrizioni di cui all'art. 95, c. 3, relativamente agli affidamenti da effettuarsi solo sul criterio dell'O.E.V.)

→ *Nel decreto non convertito la S.A. doveva motivare adeguatamente nel Caso di affidamento sotto soglia mediante il criterio dell'O.E.V.*



GESTIONE DEL FABBISOGNO

Il MePA

Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione

Mercato elettronico: *strumento di acquisto e negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica (art. 3, c.1, lett. bbbb)*

Il MePA: strumento di acquisto e negoziazione della p.a, che assicura l'integrità e riservatezza delle offerte e domande di partecipazione e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al Codice dei contratti pubblici.



Con la legge di bilancio 2019 (L. n. 145/2018) la soglia obbligatoria per l'utilizzo del MePA ai fini degli affidamenti di pubblici servizi e forniture passa da 1.000 a **5.000 euro**

Il MePA

Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione

DL n. 95/2012 (disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica):
NULLITA' dei contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionamento tramite gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A.; costituiscono **illecito disciplinare** e sono causa di **responsabilità amministrativa** innanzi alla Corte dei Conti.

LE IPOTESI DI ACQUISTI FUORI MEPA:

- a) Il bene o servizio non è ivi presente;
- b) pur disponibile manca di qualità essenziali, risultando inidoneo rispetto alle necessità dell'amm.ne
- c) Per gli acquisti <5.000 euro permane la possibilità di procedere informalmente, senza ricorso alla procedura telematica

La motivazione dovrà riportare in modo puntuale le ragioni del mancato ricorso al MePA.

Il MePA

Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione

Un arresto della Corte dei Conti, sez. contr. Emilia Romagna, del. n. 286 del 2013:

Il Collegio, richiamata la ratio della normativa finalizzata alla revisione ed ottimizzazione della spesa pubblica, ammette la possibilità di acquistare fuori dal MePA quando i prezzi risultino più convenienti per la p.a.

Ciò «nella indispensabile giustificazione delle oggettive motivazioni del mancato esperimento della procedura della richiesta di offerta e/o della mancata adesione alla procedura da parte dell'offerente migliore, che dovrà, comunque, rispettare i requisiti di idoneità professionale previsti dagli art. 38 e 39 del codice dei contratti pubblici»

Il MePA

Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione

Cons. Stato n. 5833/2018

Anche quando la S.A. è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico [...] essa non è esonerata dall'obbligo di esperire una indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori

«L'obbligo di procedere all'acquisto mediante il "Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione - MEPA" non implica il venire meno delle regole concorrenziali che sono alla base delle procedure di acquisto e, quindi, l'Ente procedente è tenuto ad effettuare la preventiva procedura diretta finalizzata ad individuare gli operatori economici iscritti al MEPA da invitare alla procedura negoziata ovvero ad indicare i criteri in base ai quali sono stati scelti gli operatori da invitare alla procedura».

La programmazione degli acquisti

D. Lgs. n. 50/2016

Art. 32

«Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti».

Art. 21, comma 1

«Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatici e in coerenza con il bilancio e, per gli enti locali, secondo le norme che disciplinano la programmazione economico finanziaria»

La programmazione degli acquisti

Art. 21, comma 6

*«Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 euro. Nell'ambito del programma, le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati. **Le amministrazioni pubbliche comunicano, entro il mese di ottobre, l'elenco delle acquisizioni di forniture e servizi d'importo superiore a 1 milione di euro che prevedono di inserire nella programmazione biennale al Tavolo tecnico dei soggetti (aggregatori) di cui all'articolo 9, comma 2, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 giugno 2014, n. 89, che li utilizza ai fini dello svolgimento dei compiti e delle attività ad esso attribuiti. [...]**»*

La programmazione degli acquisti

D.M. n. 14/2018 recante il Regolamento per la redazione e la pubblicazione del programma triennale dei lavori pubblici, e del programma biennale per l'acquisizione di beni e servizi

Art. 6: «*Le amministrazioni [...] adottano [...] il programma biennale degli acquisti di forniture e servizi nonché i relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali sulla base degli schemi-tipo allegati al presente decreto e parte integrante dello stesso*»

SCHEDA A:

Indicazione del **quadro delle risorse** necessarie alle acquisizioni previste e della **fonte del finanziamento** per annualità;

SCHEDA B:

Elencazione acquisti del programma e indicazione degli elementi essenziali per la loro individuazione

SCHEDA C:

Elencazione acquisti del biennio precedente, **che non vengono riproposti** nella programmazione successiva

La programmazione degli acquisti³⁰

DM n. 14/2018, art. 6

1. «[...] Le amministrazioni, ai fini della predisposizione del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali, **consultano, ove disponibili, le pianificazioni delle attività dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza**, anche ai fini del rispetto degli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa».

Art. 8

1. «Negli elenchi annuali [...] le amministrazioni indicano per ciascun acquisto l'obbligo, qualora sussistente, ovvero l'intenzione di ricorrere ad una centrale di committenza o ad un soggetto aggregatore per l'espletamento della procedura di affidamento; a tal fine le amministrazioni consultano, ai sensi di quanto previsto dall'articolo 6, comma 1, ultimo periodo, la pianificazione dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza e **ne acquisiscono il preventivo assenso o ne verificano la capienza** per il soddisfacimento del proprio bisogno».



COORDINAMENTO TRA S.A. E C.D.C.

Progettazione dei servizi

D. Lgs. n. 50/2016

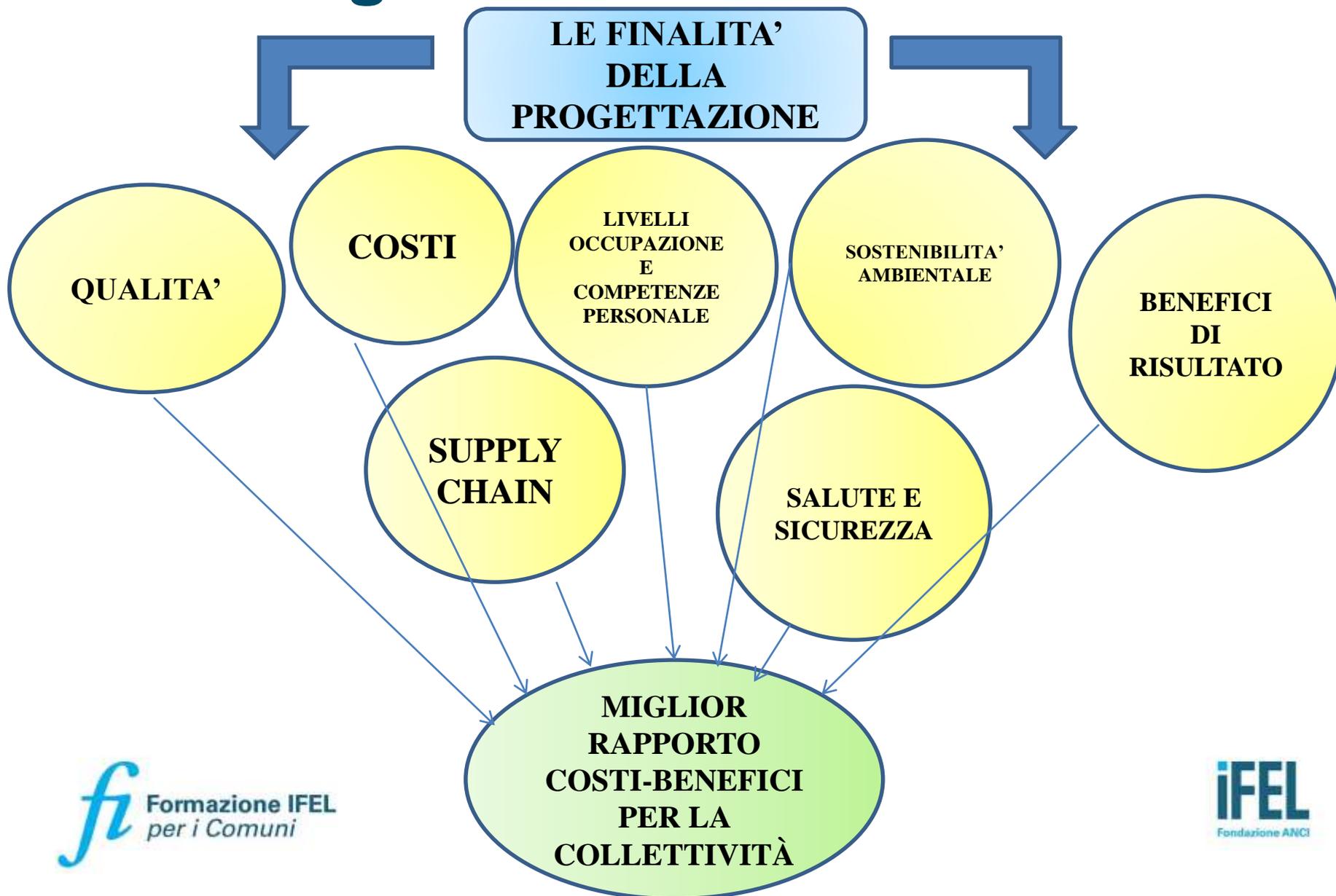
Art. 23, comma 14

«La progettazione di servizi e forniture è articolata, di regola, in un **unico livello** ed è predisposta dalle stazioni appaltanti, di regola, mediante propri dipendenti in servizio. In caso di concorso di progettazione relativa agli appalti, la stazione appaltante **può prevedere che la progettazione sia suddivisa in uno o più livelli di approfondimento** di cui la stessa stazione appaltante individua requisiti e caratteristiche.

Art. 23, comma 15

Per quanto attiene agli appalti di servizi, **il progetto deve contenere: la relazione tecnico-illustrativa** del contesto in cui è inserito il servizio; le indicazioni e disposizioni per la stesura dei **documenti inerenti alla sicurezza** di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo n. 81 del 2008; il **calcolo degli importi** per l'acquisizione dei servizi, con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso; il **prospetto economico degli oneri** complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi; il **capitolato speciale** descrittivo e prestazionale, comprendente le specifiche tecniche, l'indicazione dei requisiti minimi che le offerte devono comunque garantire e degli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa e conseguentemente, i **criteri premiali** da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara, l'indicazione di **altre circostanze** che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità, fermo restando il divieto di modifica sostanziale. Per i servizi di gestione dei patrimoni immobiliari, ivi inclusi quelli di gestione della manutenzione e della sostenibilità energetica, i progetti devono riferirsi anche a quanto previsto dalle pertinenti norme tecniche.

Progettazione dei servizi



Le consultazioni preliminari di mercato

Art. 66, D.Lgs. 50/2016

1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici **possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto** e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi
2. [...] le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e trasparenza

Le consultazioni preliminari di mercato

Linee Guida ANAC n. 14

- ❖ Scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della s.a., servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati
- ❖ La consultazione si svolge dopo la programmazione e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente
- ❖ Le consultazioni vanno preferite quando l'appalto presenta **carattere di novità**
- ❖ Possono essere svolte **indipendentemente dal valore** della commessa
- ❖ Si distinguono sia dal dialogo competitivo (autonoma procedura di scelta contraente) che dalle indagini di mercato (v. slide 25 – le quali costituiscono mera procedura volta alla selezione degli operatori da invitare al procedimento di gara)
- ❖ Può riguardare **ogni aspetto tecnico** ritenuto utile o prodromico alla preparazione del procedimento selettivo
- ❖ Vi possono partecipare tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste (inclusi portatori di interessi collettivi o diffusi)

Le consultazioni preliminari di mercato

IL PROCEDIMENTO

- 1) Pubblicazione **avviso di consultazione preliminare**, il quale specifica le **esigenze informative o conoscitive** della s.a.;
- 2) Assimilazione dei contributi da parte della s.a., esame critico degli stessi, valutazione oggettiva e comparativa, e successiva utilizzazione ai fini dell'eventuale procedimento selettivo;
- 3) Individuazione di misure adeguate a garantire la **par condicio competitorum** (sarebbe falsata la concorrenza ove si consentisse di partecipare a soggetti coinvolti nella consultazione)
- 4) **Messa a disposizione** delle informazioni scambiate o acquisite, a richiesta dei potenziali concorrenti, nel rispetto dei principi di trasparenza e par condicio
- 5) **Esclusione** del soggetto che abbia partecipato alla consultazione, ove la s.a. non riesca altrimenti a garantire la parità di trattamento (art. 67 del Codice)

Le consultazioni preliminari di mercato

Cons. Stato, 23/09/2019, n. 6302

«L'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una **semplice pre-fase di gara**, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde **acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore** consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi (...)».



STRUMENTI ED ELEMENTI DELLA PROCEDURA DI GARA

II R.U.P.

- ✓ **Nomina:** con atto del responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale.
- ✓ **Compiti:** «Svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione non attribuite ad altri soggetti (L.n.241/90)
- ✓ **Formula** proposte circa la predisposizione dei programmi di acquisizione lavori, servizi e forniture
- ✓ **Controlla** il livello di qualità, di prezzo, e di tempistiche delle prestazioni
- ✓ Cura lo svolgimento delle procedure
- ✓ **Segnala** disfunzioni e impedimenti
- ✓ **Esclude** gli operatori che non abbiano i requisiti, abbiano commesso gravi negligenze o operino in violazione (o senza previa sottoscrizione) delle clausole e patti di integrità.
- ✓ soggetto operativo di raccordo tra l'amm.ne aggiudicatrice e il mercato di riferimento
- ✓ È il dominus della procedura di gara (TAR Veneto, n. 695/2018)

I controlli negli affidamenti diretti

Il RUP effettua le verifiche escludendo gli operatori:

- che abbiano commesso gravi negligenze, malafede o grave errore nell'esecuzione delle prestazioni affidate in precedenza
- che non posseggano i requisiti di moralità di cui all'art. 80
- Che non abbiano sottoscritto o che operino in violazione delle clausole o dei patti di integrità predisposti dall'Amm.ne

I controlli negli affidamenti diretti

del. N. 206/2018 Anac

I controlli sono semplificati e diversificati in funzione del valore dell'affidamento. Si individuano **3 fasce di valore**:

Fascia 1) <5000: la s.a. procede sulla base di **un'autodichiarazione** dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale (art. 80) e speciale, ove previsti. Prima della stipula la p.a. verifica:

- Casellario ANAC;
- Il DURC;
- Eventuale sussistenza requisiti speciali;
- Eventuale comunicazione antimafia in caso di attività a rischio infiltrazione

I controlli negli affidamenti diretti

del. N. 206/2018 Anac

Fascia II) 5.000-20.000: previa autocertificazione dell'operatore, la s.a. verifica:

- Casellario ANAC
- Assenza di condanne di cui all'articolo 80 comma 1 del Codice;
- Assenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse (articolo 80 comma 4)
- Assenza di violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali (articolo 80 comma 4)
- Assenza di stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110 (articolo 80 comma 5 lett. b);
- Comunicazione antimafia in caso di attività a rischio di infiltrazione;

Fascia III) 20.000-40.000: la s.a. svolge tutti i controlli già elencati, senza semplificazioni.

II R.U.P. compiti

Cons. Stato, 05/02/2018, n. 738

L'art. 31, comma 4, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 prevede tra i compiti del RUP la cura del "corretto e razionale svolgimento delle procedure"; la procedura si svolge in modo "razionale" se sviluppata mediante fasi logicamente correlate che conducono alla realizzazione dell'obiettivo perseguito (l'acquisizione dell'opera, del servizio o della fornitura).

Rientra, allora, nei compiti del RUP intervenire per fare in modo che il passaggio da una fase all'altra della procedura avvenga nei tempi giusti evitandone l'ingiustificata dilatazione con eccessivo differimento del momento in cui l'amministrazione può conseguire l'opera o il servizio dal privato. Ciò potrà fare anche imponendo ai privati il compimento delle attività necessarie entro termini perentori

II R.U.P. compiti

TAR Friuli, Trieste, 29/10/2019, n. 450

Una ditta eccepiva l'incompetenza di un soggetto (presidente e a.d. di Autovie Venete) ad adottare un provv. di esclusione a seguito di verifica sulla congruità di una dichiarazione resa in soccorso istruttorio.

*«L'attribuzione al RUP delle competenze afferenti all'adozione dei **provvedimenti di esclusione** trova piena corrispondenza nel particolare ruolo attribuito a tale figura, nel contesto della gara, e alle **funzioni di garanzia e di controllo** che ad esso sono intestate, anche in ragione dei tempi e delle modalità della sua preposizione, che è sempre anteposta all'avvio della procedura di affidamento, così da collocarlo in una posizione di originaria terzietà e separazione nel corso dell'intero ciclo dell'appalto»*

II R.U.P. compiti

ORIENTAMENTO CONSOLIDATO

Cons. Stato n.ri 5760/2014, 2274/2015, 2983/2017

La doglianza con la quale l'appellante sostiene che il **responsabile del procedimento** non è competente in ordine all'esclusione delle partecipanti alla gara deve essere respinta

II R.U.P.

Incompatibilità RUP/membro commissione giudicatrice

Cons. Stato, 14/01/2019, n. 283

L'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50 del 2016 va interpretato tenendo conto della ratio legis volta ad evitare la partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti, interni o esterni, alla stazione appaltante che abbiano avuto un **ruolo significativo**, tecnico o amministrativo, **nella predisposizione degli atti di gara, tale cioè che possa condizionare, sotto il profilo della soggettiva interpretazione delle regole di gara ovvero dell'imparzialità, lo svolgimento della procedura di gara o l'attività valutativa delle offerte;**

in particolare, va escluso che sia sufficiente a provocare l'incompatibilità di cui alla citata disposizione **la mera conoscenza del contenuto degli atti di gara** acquisita per ragioni d'ufficio o di servizio. In sintesi, la situazione di incompatibilità va valutata **in concreto**, tenendo conto della portata della funzione o dell'incarico svolti dal singolo commissario e della relativa incidenza nello svolgimento della determinata procedura di gara.

II R.U.P.

Incompatibilità RUP/membro commissione giudicatrice

Cons. Stato, 26/10/2018, n. 6082

La situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente

II R.U.P.

Verifica dell'anomalia

Cons. Stato, 19/09/2019, n. 6248

Il RUP è l'organo titolare della competenza a condurre il sub-procedimento di verifica dell'anomalia, potendo avvalersi di esperti non appartenenti all'ente per meglio formulare il proprio giudizio tecnico sulla congruità delle offerte, purché tali soggetti si limitino a prestare attività di consulenza e di assistenza

Cons. Stato, 17/01/2018, n. 268

Al procedimento di verifica dell'anomalia è istituzionalmente preposto il RUP, il quale - nelle procedure selettive da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa - ha la facoltà di scegliere, a seconda delle specifiche esigenze di approfondimento richieste dalla verifica, se procedere personalmente ovvero affidare le relative valutazioni alla Commissione giudicatrice

L'anomalia dell'offerta

Art. 97, comma 1:

Gli operatori economici forniscono, su richiesta della stazione appaltante, spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse, sulla base di un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta.

NOVITA' SBLOCCA CANTIERI: IL PARAMETRO CUI RAPPORTARE IL GIUDIZIO DI ANOMALIA CAMBIA A SECONDA DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE ()

- PREZZO PIU' BASSO: la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata;
- OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA: congruità valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara

L'anomalia dell'offerta

Determina ANAC n. 475/2018

- Natura globale e sintetica del giudizio di anomalia, vertendo sull'attendibilità dell'offerta **nel suo insieme** (non riferita, quindi, alle singole voci dell'offerta);
- Accerta la sostenibilità, affidabilità, serietà della proposta;
- Garanzia di pieno contraddittorio** con l'offerente, anche orale;
- Minimo formalismo** e massima collaborazione
- Natura **non sanzionatoria** del procedimento
- Ammissibile il **soccorso istruttorio**: è possibile modificare e/o integrare giustificazioni durante lo scambio

L'anomalia dell'offerta

Cons. Stato, 20/11/2019, n. 7927

nelle gare pubbliche il giudizio di verifica dell'anomalia dell'offerta - finalizzato alla verifica dell'attendibilità e serietà della stessa ovvero dell'accertamento dell'effettiva possibilità dell'impresa di eseguire correttamente l'appalto alle condizioni proposte - **ha natura globale e sintetica e costituisce espressione di un tipico potere tecnico-discrezionale riservato alla Pubblica amministrazione e insindacabile in sede giurisdizionale, salvo che nelle ipotesi di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza dell'operato della Commissione di gara;**

- il giudice amministrativo può sindacare le valutazioni della Pubblica amministrazione sotto il profilo della logicità, ragionevolezza ed adeguatezza dell'istruttoria, **senza poter tuttavia procedere ad alcuna autonoma verifica della congruità dell'offerta** e delle singole voci, ciò rappresentando un'inammissibile invasione della sfera propria della Pubblica amministrazione;
- anche l'esame delle giustificazioni prodotte dai concorrenti, a dimostrazione della non anomalia della propria offerta, rientra nella discrezionalità tecnica della Pubblica amministrazione, con la conseguenza che **soltanto in caso di macroscopiche illegittimità**, quali gravi ed evidenti errori di valutazione oppure valutazioni abnormi o inficiate da errori di fatto, **il giudice di legittimità può esercitare il proprio sindacato**, ferma restando l'impossibilità di sostituire il proprio giudizio a quello della Pubblica amministrazione;
- la valutazione favorevole circa le giustificazioni dell'offerta sospetta di anomalia non richiede un particolare onere motivazionale, mentre **è richiesta una motivazione più approfondita laddove l'amministrazione ritenga di non condividere le giustificazioni offerte dall'impresa**, in tal modo disponendone l'esclusione

L'anomalia dell'offerta

Carattere discrezionale

Cons. Stato, n. 604/2018

L'Amm.ne dispone di una **discrezionalità quanto mai ampia** in ordine alla scelta **se** procedere a verifica facoltativa della congruità dell'offerta, il cui esercizio (o mancato esercizio) non necessita di una particolare motivazione e può essere sindacato solo in caso di macroscopica irragionevolezza o di decisivo errore di fatto.

Cons. Stato, n. 211/2016

Il giudizio sull'anomalia delle offerte presentate in una gara è un giudizio ampiamente discrezionale, espressione paradigmatica di discrezionalità tecnica, **sindacabile solo in caso di manifesta e macroscopica erroneità o irragionevolezza.**

L'anomalia dell'offerta

giudizio negativo di anomalia: onere di motivazione

Tar Sicilia, Catania, 27/08/2019, n. 2075

Pur essendo condivisibile l'orientamento secondo cui la valutazione di congruità è espressione di potere discrezionale, ciò non toglie che la stazione appaltante deve motivare le proprie scelte; limitarsi a dare conto della circostanza che l'offerta è anormalmente bassa non chiarisce l'iter logico valutativo seguito dalla stazione appaltante, ma ne espone solamente il risultato.

I patti di integrità (L. 180/2012, art. 1 comma 17)

I patti di integrità e i protocolli di legalità rappresentano un sistema di condizioni la cui accettazione viene configurata dalla stazione appaltante come presupposto necessario e condizionante la partecipazione dei concorrenti ad una gara d'appalto (Piano Naz. Anticorruzione, Del. ANAC n. 72/2013)

La norma: «Le stazioni appaltanti possono prevedere negli avvisi, bandi di gara o lettere di invito che il mancato rispetto delle clausole contenute nei protocolli di legalità o nei patti di integrità costituisce **causa di esclusione dalla gara**»

Regime sanzionatorio in caso di violazione: esclusione dalla procedura, revoca dell'affidamento e risoluzione del contratto, cancellazione dell'operatore dagli elenchi e albi

CLAUSOLA ANTI PANTOUFLAGE (c.d. *revolving doors*):

Mira ad evitare fenomeni corruttivi , precludendo ai dipendenti pubblici, che abbiano esercitato funzioni di responsabilità, di instaurare rapporti di lavoro (per un periodo di tre anni) con i soggetti privati destinatari dell'attività della p.a. di appartenenza

I patti di integrità

la struttura generale

- Si stabilisce l'obbligazione reciproca di improntare la propria condotta su principi di **lealtà, trasparenza e correttezza**.
- Può essere prevista la risoluzione del contratto nel caso di rinvio a giudizio per concussione di uno dei soggetti che abbiano avuto peso nella stipula o esecuzione del contratto
- La s.a. può subordinare la risoluzione del contratto all'ipotesi di rinvio a giudizio di componenti della compagnia sociale per reati contro la p.a.
- Si definiscono le **sanzioni** nel caso di violazione del patto, sia in fase precedente che successiva all'aggiudicazione
- Si stabilisce la durata del patto ed il foro competente per la risoluzione delle controversie

Le clausole sociali

Art. 50

1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi **diversi da quelli aventi natura intellettuale**, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad **alta intensità di manodopera**, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione Europea, **specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato**, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'art. 51 del D.Lgs. n. 81/2015

Le clausole sociali

Linee Guida ANAC n. 13

- ❖ Promozione della stabilità occupazionale del personale impiegato
- ❖ Vi sono esclusi i servizi intellettuali, gli appalti di fornitura e quelli di natura occasionale
- ❖ Possono essere previste **anche per affidamenti sotto soglia**
- ❖ L'accettazione espressa della clausola è riportata nel contratto stipulato
- ❖ L'obbligo è subordinato a **due condizioni**:
 - a) Il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere;
 - b) L'applicazione della clausola non comporta un indiscriminato e generalizzato obbligo di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente.
Necessaria armonizzazione con l'organizzazione aziendale
- ❖ Allegazione da parte del concorrente nell'offerta di un **progetto di riassorbimento**. Mancata allegazione = mancata accettazione della clausola
- ❖ Il CCNL di riferimento è quello indicato dalla s.a.
- ❖ La mancata accettazione della clausola determina **l'esclusione dalla gara**

Le clausole sociali

Cons. Stato, 12/09/2019, n. 6148

La clausola sociale contenuta nel disciplinare di gara formulata in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario, formulata in questi termini, è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale **l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto.**

E' stato, così, escluso che una clausola sociale possa consentire alla stazione appaltante di imporre agli operatori economici l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori e dipendenti da assorbire

Le cause di esclusione

Art. 80, D.Lgs. 50/2016

- 1) La condanna (o provvedimento assimilabile) a talune tipologie di reati, consumati o tentati
- 2) Sussistenza di preclusioni connesse alla normativa antimafia, ovvero a tentativi di infiltrazione mafiosa
- 3) Violazioni gravi, definitivamente accertate, in ordine ad obblighi di pagamento di imposte, tasse o contributi previdenziali
- 4) Gravi infrazioni in materia di salute e sicurezza sul lavoro
- 5) Fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo
- 6) Gravi illeciti professionali
- 7) Influenze indebite sul processo decisionale della s.a., tentativo di ottenere informazioni riservate; aver fornito informazioni false o fuorvianti alla s.a.; omissione di informazioni dovute

Le cause di esclusione

- 8) Significative e persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente appalto
- 9) Grave inadempimento nei confronti dei subappaltatori
- 10) Partecipazione che determina un conflitto di interessi
- 11) Distorsione della concorrenza derivante dal coinvolgimento dell'operatore nella fase delle consultazioni preliminari di mercato
- 12) Operatore soggetto a sanzioni interdittive
- 13) Documentazione e dichiarazioni mendaci
- 14) Iscrizione nel casellario ANAC per aver presentato false dichiarazioni o documentazione nelle procedure di gara o affidamenti subappalti
- 15) Iscrizione nel casellario ANAC per aver presentato false dichiarazioni o documentazioni ai fini rilascio attestazione di qualificazione

Le cause di esclusione

16) Violazione del divieto di intestazione fiduciaria

17) Mancata presentazione della certificazione o autodichiarazione del rispetto normativa lavoro disabili

18) Mancata denuncia da parte dell'o.e. di essere vittima dei reati di concussione o estorsione

19) Situazione di controllo di un operatore rispetto a un altro partecipante (unico centro decisionale)

→ Verificata la sussistenza di una di queste ipotesi, **esclusione dalla procedura in qualsiasi momento** (comma 6)

Le cause di esclusione

Sblocca Cantieri e art. 80

- «**Condanna riferita ad un subappaltatore**» → previsione soppressa dal Decreto, poi reintrodotta dalla L. di conversione (ma **sospesa sino al 31.12.2020**)
- «**violazioni fiscali gravi e definitivamente accertate**» → il Decreto aveva escluso la necessità di definitivo accertamento, modifica non confermata dalla L. di conversione
- «**grave inadempimento nei confronti dei subappaltatori**» → novità Sblocca cantieri
- **Coordinamento della causa di esclusione relativa alle procedure concorsuali con il nuovo codice dell'insolvenza, in vigore dal 14.08.2020**

Le cause di esclusione

Conflitto di interessi

Cons. Stato, 12/09/2019, n. 6150

«Sufficiente il carattere anche solo potenziale **dell'asimmetria informativa** di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante [...]»
Ritenuto dirimente il fatto che «il collegamento con la società risulta sostanzialmente continuo» sembrando «innegabile la capacità, almeno potenziale, di incidere sulla stessa formulazione dell'offerta»

Le cause di esclusione «mezzo adeguato» all'accertamento della grave infrazione

Cons. Stato, 28/10/2019, n. 7387

Può essere considerato “mezzo adeguato” all'accertamento della “grave infrazione” delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro, ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. a) del codice dei contratti pubblici, ogni documento, anche se proveniente dall'autorità amministrativa (e non solo dall'autorità giudiziaria), che **consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta.**

Le cause di esclusione

Infiltrazione mafiosa

Cons. Stato, 25/05/2018, n. 3138

A rilevare non è il dato in sé che un'impresa possa avere alle proprie dipendenze soggetti pregiudicati oppure sospettati di essere contigui ad ambienti mafiosi, quanto piuttosto che **la presenza degli stessi possa essere ritenuta indicativa, alla luce di una quadro indiziario complessivo, del potere della criminalità organizzata di incidere sulle politiche assunzionali dell'impresa e, mediante ciò, di inquinare e la gestione a propri fini [...]** e si adotta questa prospettiva risulta chiaro perché questa Sezione, in alcuni propri precedenti, abbia annoverato fra gli elementi indiziari del tentativo di infiltrazione mafiosa **“l'assunzione esclusiva o prevalente, da parte di imprese medio-piccole, di personale avente precedenti penali gravi o comunque contiguo ad associazioni criminali»**

Avvalimento

Art. 89

1. L'operatore [...] per un determinato appalto, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale [...] **avvalendosi** delle capacità di altri soggetti [...]

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità di altri soggetti allega, oltre all'eventuale attestazione SOA dell'impresa ausiliaria, una dichiarazione sottoscritta dalla stessa attestante il possesso da parte di quest'ultima dei requisiti generali di cui all'articolo 80, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento [...]

3. La stazione appaltante verifica [...] se i soggetti delle cui capacità l'operatore economico intende avvalersi, soddisfano i pertinenti criteri di selezione o se sussistono motivi di esclusione ai sensi dell'articolo 80 [...]

Avvalimento

Secondo l'ANAC

- ✓ Pro-concorrenzialità
- ✓ Non può prescindere dal contratto tra il concorrente e l'ausiliaria, che statuisce l'obbligo di quest'ultima nei confronti sia del concorrente che della s.a.
- ✓ Una semplice dichiarazione non è sufficiente. Necessario un **contratto**, indicativo dei requisiti tecnici e risorse messe a disposizione
- ✓ la clausola «condizionante» vizia il contratto di avvalimento e lo invalida ove sia di tipo potestativo, non consentendo la certezza dell'impegno contenuto nel contratto
- ✓ L'ausiliaria può essere permanente, ma deve possedere i requisiti di ordine generale
- ✓ Per i **requisiti di carattere speciale**, la regola è che non possono formare oggetto di avvalimento ove connessi alla capacità soggettiva dell'operatore economico (es. iscrizione ad albi professionali. Per le **certificazioni di qualità**, l'autorità è orientata nel senso di ammetterle a condizione che l'ausiliaria metta a disposizione della concorrente l'intera organizzazione aziendale)

Avvalimento

Cons. Stato, 05/04/2019, n. 2243

«l'istituto dell'avvalimento [...] è finalizzato a conseguire l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza nella misura più ampia possibil [...]

esigenza, riconosciuta dalla consolidata giurisprudenza al fine di evitare che il rapporto di avvalimento si trasformi in una sorta di “scatola vuota”, che **l'ausilio contrattualmente programmato e prefigurato sia effettivo e concreto, essendo inidonei impegni del tutto generici**, che svuoterebbero di significato l'essenza dell'istituto»

Avvalimento

Distinzione tra avvalimento tecnico e di garanzia

Cons. Stato 28/02/2018, n. 1216

avvalimento di garanzia, che ricorre nel caso in cui l'ausiliaria metta a disposizione dell'ausiliata la propria solidità economica e finanziaria, rassicurando la stazione appaltante sulle sue capacità di far fronte agli impegni economici conseguenti al contratto d'appalto, anche in caso di inadempimento: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di carattere economico - finanziario e, in particolare, il fatturato globale o specifico;

avvalimento tecnico od operativo, che ricorre, per contro, nel caso in cui l'ausiliaria si impegni a mettere a disposizione dell'ausiliata le proprie risorse tecnico - organizzative indispensabili per l'esecuzione del contratto di appalto: tale è l'avvalimento che abbia ad oggetto i requisiti di capacità tecnico - professionale tra i quali, ad esempio, la dotazione di personale.

Avvalimento operativo

TAR Toscana, 30/10/2019, N. 1469

l'**avvalimento** c.d. "operativo" [...] può riferirsi anche al possesso del fatturato specifico utilizzato dalla stazione appaltante quale indice dimostrativo della capacità tecnica e dell'esperienza necessarie per eseguire l'appalto secondo un adeguato standard qualitativo, con la precisazione che, in tale evenienza, dal contratto di **avvalimento** deve risultare la messa a disposizione dell'impresa ausiliata di tutti i fattori produttivi e delle risorse aziendali che hanno consentito all'impresa ausiliaria di conseguire il requisito, nonché delle competenze tecniche acquisite con le precedenti esperienze, non potendosi l'**avvalimento** risolvere nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto

Avvalimento attestazione SOA

TRGA, Trentino Alto Adige, 01/10/2019, n. 121

L'indicazione dei mezzi aziendali messi a disposizione per l'esecuzione dell'appalto è necessaria a pena di esclusione anche se l'avvalimento riguarda l'attestazione SOA [...]

il possesso da parte dell'impresa ausiliaria dell'attestazione SOA non accompagnato da un contratto che indichi specificamente quali mezzi e risorse vengono messi a disposizione dell'ausiliata non consente che la stazione appaltante possa confidare su un impegno contrattuale certo e vincolante per le proprie aspettative di buona esecuzione del servizio.

L'avvalimento di attestazione in questione non può risolversi in un prestito meramente cartolare e astratto del requisito di partecipazione, ma deve essere soddisfatto concretamente e con **specificazioni controllabili dalla stazione appaltante**

Avvalimento Limiti

Cons. Stato, 23/8/2019, n. 5834

Deve essere considerata **nulla la clausola «escludente»** posta negli atti di gara **che prescrive l'obbligo per l'operatore economico di possedere un'attestazione SOA, senza potersi avvalere di quella di altro operatore.**

Ciò costituirebbe un vero e proprio divieto (di fatto) di ricorrere a tale istituto, incompatibile con la norma cogente attualmente prevista dall'art. 89 del Codice dei contratti pubblici

Il soccorso istruttorio

Art. 83 comma 9

Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, in caso di **manca**za, **incompletezza e di ogni altra irregolarità essenziale** degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'art. 85, **con esclusione di quelle afferenti all'offerta economica e all'offerta tecnica**, 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 di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.



RATIO: evitare che irregolarità e inadempienze meramente formali possano pregiudicare operatori meritevoli.

Valutazione caso per caso su ammissibilità (casistica varia)

Il soccorso istruttorio

Secondo l'ANAC

- ✓ Privilegio del dato sostanziale del requisito rispetto a quello formalistico
- ✓ Legittimo anche se la lex specialis non lo prevedeva espressamente e, in mancanza dei requisiti, comminava l'esclusione dalla gara
- ✓ Non è consentito per precisare o integrare elementi dell'offerta tecnico economica, né è possibile acquisire dichiarazioni integrative dell'offerente al fine di rettificare l'offerta errata
- ✓ **Mancata sottoscrizione offerta:** sanabile secondo ANAC (questione dibattuta in giurisprudenza)
- ✓ **Oneri sicurezza:** esperibile s.i. solo se il concorrente abbia indicato un prezzo già comprensivo degli oneri, senza tuttavia distinguerli e chiarirne l'importo; esperibile se la disciplina di gara è fuorviante o poco chiara in relazione ai suddetti oneri
- ✓ **Dichiarazione possesso requisiti generali:** sanabile con s.i.
- ✓ **Dichiarazione possesso requisiti carattere speciale:** la dichiarazione può essere oggetto di s.i., ma la verifica dell'effettivo possesso deve essere verificata al momento fissato dalla legge di gara

Il soccorso istruttorio comprova dei requisiti speciali

Cons. Stato, 09/07/2019, n. 4787

«Non può ammettersi il soccorso istruttorio in sede di comprova dei requisiti, attesa non solo l'inesistenza della carenza di un elemento formale della domanda, ma anche la natura perentoria del relativo termine, con conseguenze immediatamente escludenti, laddove, al contrario, il soccorso istruttorio equivarrebbe ad una sostanziale rimessione in termini»

→NB

Tale pronuncia non esclude la generale applicazione dell'istituto alla fase di comprova dei requisiti, che è pur ammissibile, ma si riferisce al caso peculiare di una **specificata carenza** riscontrata in capo all'operatore nel caso concreto

Il soccorso istruttorio

DGUE in formato elettronico

Cons. Stato, 05/11/2019, n. 7545

Non è ammissibile il soccorso istruttorio in relazione a DGUE in formato elettronico, il quale costituiva unico documento richiesto dal bando ai fini della prequalifica, non essendo prevista né richiesta la produzione di domande o altre dichiarazioni.

Nella fattispecie sussistono elementi obiettivi del tutto peculiari che, trascendendo i limiti della mera incompletezza formale della documentazione, depongono, univocamente, per la manifesta ultroneità del ricorso alla procedura del soccorso istruttorio.

Il soccorso istruttorio

errori materiali

TAR Lazio, Roma, 14/02/2019 n. 1965

«Risulta legittimo il **potere di rettifica di errori materiali** o refusi, ma soltanto se circoscritto alle **ipotesi in cui l'effettiva volontà negoziale sia stata comunque espressa nell'offerta** e risulti palese che la dichiarazione discordante non è voluta, ma è frutto di un errore ostativo, da rettificare in applicazione dei principi civilistici contenuti negli artt. 1430-1433 del codice civile»

Il soccorso istruttorio mancata sottoscrizione

TAR Lazio, Roma, 04/07/2019, n. 8849

L'omissione della firma dei partecipanti alla gara su un elemento dell'offerta tecnica, proprio in quanto **incidente sulla certezza della provenienza** e della piena assunzione di responsabilità in ordine ai contenuti della dichiarazione nel suo complesso, non può essere considerata mera irregolarità formale sanabile con il soccorso istruttorio ai sensi dell'art. 83 comma 9 del d.lgs. n. 50/2016, essendo ciò anche coerente con il principio di **par condicio tra i concorrenti**, e senza che sia necessaria ai fini dell'esclusione una espressa previsione della legge di gara

Il soccorso istruttorio

Incompletezza sottoscrizione

TAR Liguria, 19/07/2019, n. 655

La non integrale sottoscrizione dell'offerta economica contenuta su fogli separati, per essere la sottoscrizione stata apposta esclusivamente in calce al secondo e ultimo foglio, costituisce, alla luce altresì degli insegnamenti giurisprudenziali che il Collegio ritiene di fare propri, una mera irregolarità sanabile.

TAR Sardegna, n. 34/2019

il difetto parziale della sottoscrizione delle offerte (firma di un unico rappresentante invece dei due legittimati) integra una «mera incompletezza» e non un vizio tale da determinare l'esclusione del concorrente. In queste fattispecie, il responsabile unico del procedimento deve consentire l'integrazione all'appaltatore interessato.

Il soccorso istruttorio DURC

TRGA Trentino Alto Adige, 14/11/2019, n. 153

«non essendo in discussione in questa sede la regolarità contributiva della controinteressata, ritiene il Collegio che la stazione appaltante, una volta riscontrata la mancata allegazione del DURC, abbia correttamente chiesto l'integrazione della documentazione mancante [...]»

In definitiva - considerato che la regolarità contributiva non attiene all'offerta economica, né all'offerta tecnica, e considerato che la controinteressata, nel sottoscrivere il modello di dichiarazione sostitutiva di certificazione denominato "V.I.T. titolo IV", ha espressamente dichiarato "*di essere in possesso di regolarità contributiva*", sicché non si configura una carenza della documentazione che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della dichiarazione - la stazione appaltante, riscontrata la mancata allegazione del DURC, ha correttamente attivato il c.d. soccorso istruttorio

Subappalto

Art. 105, c.2

« Il subappalto è il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto. Costituisce, comunque, subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera, quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo, se singolarmente di importo superiore al 2 per cento dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 per cento dell'importo del contratto da affidare

Subappalto

LE NOVITA' DELLO SBLOCCA CANTIERI

- 1) Ai sensi della L. di conversione, in vigore dal 18/06/2019, il subappalto è indicato dalle s.a. nel bando di gara e non può superare la **quota del 40%** dell'importo complessivo fino al **31/12/2020** (anziché il 30%)
- 2) **Sospensione fino al 31/12/2020 dell'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori** di cui al comma 6
- 3) Il Decreto aveva ridimensionato i limiti al subappalto di cui al comma 4 (es. consentendo l'affidamento di subappalto a soggetto che abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto), **tali modifiche NON SONO STATE CONFERMATE** dalla L. di conversione

Subappalto

La lettera della Commissione Europea e la procedura d'infrazione n. 2273/2018

*«nelle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto [del 30 per cento] limite obbligatorio all'importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, **le direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto.** Conformemente a tale approccio, l'articolo 63, paragrafo 2, della direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere.»*

Subappalto

Corte di Giustizia, 26/09/2019, causa C-63/189

*la normativa nazionale di cui al procedimento principale vieta in modo generale e astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa dell'appalto pubblico in parola, cosicché tale divieto si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto di cui trattasi, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori. Inoltre, **un siffatto divieto generale non lascia alcuno spazio a una valutazione caso per caso da parte dell'ente aggiudicatore [...]***

*Ne consegue che, nell'ambito di una normativa nazionale come quella di cui trattasi nel procedimento principale, per tutti gli appalti, **una parte rilevante dei lavori, delle forniture o dei servizi interessati dev'essere realizzata dall'offerente stesso, sotto pena di vedersi automaticamente escluso dalla procedura di aggiudicazione dell'appalto, anche nel caso in cui l'ente aggiudicatore sia in grado di verificare le identità dei subappaltatori interessati e ove ritenga, in seguito a verifica, che siffatto divieto non sia necessario al fine di contrastare la criminalità organizzata nell'ambito dell'appalto in questione***

Subappalto

**INCOMPATIBILITA' del diritto interno
CON LE DIRETTIVE EUROPEE**, le quali
ostano a una normativa nazionale che
limita al 30% la parte dell'appalto che
l'offerente è autorizzato a subappaltare a
terzi

Subappalto

ATTO DI SEGNALAZIONE ANAC 13/11/2019, N. 8

«Il recente pronunciamento della CGUE richiede una urgente modifica della disciplina di riferimento affinché la normativa nazionale sia riportata in sintonia con i principi stabiliti dal legislatore e dal Giudice europeo»

I punti evidenziati dall'ANAC:

- ❖ Valutare il mantenimento del divieto di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante (indirizzo che non sembrerebbe in contrasto con la disciplina europea)
- ❖ Occorre «individuare nuovi equilibri nel bilanciare le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva per gli operatori incaricati della commessa con una adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi, collusivi, e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione».
- ❖ L'eventuale previsione di un limite al subappalto è ipotizzabile per i contratti sotto soglia (salvo quelli aventi carattere transfrontaliero)



Subappalto

CONCLUSIONI ANAC:

Alla luce di tutto quanto sopra esposto, **si segnala a Governo e Parlamento la necessità di un intervento normativo urgente al fine di allineare la disciplina interna in materia di subappalto di cui all'art. 105 con le indicazioni provenienti dalla sentenza della Corte di Giustizia**, valutando le proposte sopra illustrate, formulate dall'Autorità nell'ottica della leale collaborazione istituzionale. Si auspica, altresì, un intervento normativo a carattere organico, che affronti cioè anche le altre problematiche sollevate sul subappalto in sede di procedura di infrazione, pervenendo così a una disciplina coerente in materia.

Formazione IFEL
per i Comuni

IFEL
Fondazione ANCI

Grazie per l'attenzione

Luciano Gallo

