SPORTELLO APPALTiMPRESE



GLI APPALTI DOPO IL DECRETO CURA ITALIA: FOCUS SUGLI AFFIDAMENTI DIRETTI

24 APRILE 2020

RELATORE: AVV. FRANCESCO MASCIA

SARDIGNA CHIRCAS
SARDEGNA RICERCHE

UNIONE EUROPEA
Fondo europeo di sviluppo regionale
REPUBBLICA ITALIANA
REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA
POR FESR SARDEGNA 2014-2020

L'iniziativa è cofinanziata dal POR FESR Sardegna 2014-2020
Linea d'Azione 1.3.1 – "Rafforzamento e qualificazione della domanda di innovazione della PA attraverso il sostegno ad azioni di Precommercial Procurement"

I provvedimenti incidenti sugli appalti pubblici adottati durante l'emergenza Covid 19

Avv. Francesco Mascia

Il Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18
cd. Decreto Cura Italia

Avv. Francesco Mascia

- Con Decreto Legge 17 marzo 2020 n. 18 sono state adottate “Misure di potenziamento del Servizio sanitario nazionale e di sostegno economico per famiglie, lavoratori e imprese connesse all’emergenza epidemiologica da COVID-19” (pubblicato in Gazzetta Ufficiale n. 70 del 17.03.2020)

- Il D.L. 18/2020 interviene anche nell’ambito della contrattualistica pubblica

Misure per l'internazionalizzazione del sistema Paese
(Art. 72)

- E' stato istituto un fondo presso il Ministero degli Esteri volto alla realizzazione di alcune iniziative:

- a) campagna straordinaria di comunicazione volta a sostenere le esportazioni italiane e l'internazionalizzazione del sistema economico nazionale nel settore agroalimentare e negli altri settori colpiti dall'emergenza derivante dalla diffusione del Covid-19;
- b) potenziamento dell'attività di promozione del sistema Paese realizzato dal Ministero degli esteri;
- C) cofinanziamento di iniziative di promozione dirette a mercati esteri;

- I lavori, servizi e forniture necessari per lo svolgimento delle sopra indicate iniziative potranno essere aggiudicati con la procedura di cui all'art. 63 comma 6 del D.Lgs. 50/2016

- Acquisti per lo sviluppo di sistemi informativi per la diffusione del lavoro agile e di servizi in rete per l'accesso di cittadini e imprese (Art. 75)

- Le amministrazioni aggiudicatrici potranno acquistare beni e servizi informatici e servizi di connettività

- 1) In deroga ad ogni disposizione di legge diversa da quella penale

- Si dovrebbe dunque derogare in particolare alle prescrizioni di cui alla Legge di stabilità 2016 (Legge 28 dicembre 2015, n. 208)

Obbligo di acquistare servizi informatici e di connettività tramite Consip, soggetti aggregatori, CUC regionali (art. 1 comma 512 della Legge Stabilità 2016)

- "*Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettivita', fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente, le amministrazioni pubbliche e le societa' inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, provvedono ai propri approvvigionamenti* ***esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione*** *di Consip Spa o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti…"* (art. 1 commi 512)

- Obbligo che poteva essere derogato al verificarsi dei seguenti presupposti (art. 1 comma 516 della Legge Stabilità 2016)

- bene o il servizio non disponibile
- bene o servizio non idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione
- casi di necessita' ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuita' della gestione amministrativa

- "*Le amministrazioni e le societa' di cui al comma 512 possono procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalita' di cui ai commi 512 e 514 esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessita' ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuita' della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del presente comma sono comunicati all'Autorita' nazionale anti-corruzione e all'Agid"* (art. 1 comma 516)

- 2) mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara ai sensi dell'articolo 63, comma 2, lett. c), del Codice

- "*Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata….nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*" (art. 63 comma 2 lett. c)

- 3) selezionando l’affidatario tra almeno quattro operatori economici, di cui almeno una «start-up innovativa» o un «piccola e media impresa innovativa», iscritta nell’apposita sezione speciale del registro delle imprese

- Procedura che si pone in deroga a quella disciplinata dall’art. 63 comma 6 del Codice
- “*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione*”

- 4) il contratto potrà essere stipulato:
- a) previa acquisizione di una autocertificazione dell’aggiudicatario attestante:
- il possesso dei requisiti generali e speciali;
- la regolarità del Durc;
- l’assenza di motivi di esclusione secondo segnalazioni rilevabili dal Casellario Anac;
- b) previa verifica del rispetto della normativa antimafia ex D.Lgs. 159/2011

- 5) il contratto potrà essere stipulato immediatamente in deroga al termine dilatorio di stand still (35 giorni)

- Importante: la procedura “emergenziale” è applicabile soltanto **fino al 31.12.2020** (art. 75 comma 1)

- Il comma 2 dell’art. 75 prevede inoltre che le amministrazioni che agiscono in deroga comunichino gli atti delle procedure adottate

- *“Le amministrazioni trasmettono al Dipartimento per la trasformazione digitale e al Dipartimento della funzione pubblica della Presidenza del Consiglio dei ministri gli atti con i quali sono indette le procedure negoziate*”

Misure urgenti per il ripristino della funzionalità degli Istituti penitenziari e per la prevenzione della diffusione del COVID-19

(Art. 86)

- Possibilità di eseguire i lavori di somma urgenza ex art. 163 D.Lgs. 50/2016 per il ripristino e la piena funzionalità delle condizioni di sicurezza degli istituti penitenziari danneggiati nel corso delle proteste dei detenuti

- L'affidamento dei lavori potrà avvenire:

- in deroga ai limiti di spesa previsti dall'art. 163 (fatto salvo il limite della soglia europea)
- In deroga ai termini di presentazione della perizia giustificativa dei lavori

(Disposizioni in materia ritardi o inadempimenti contrattuali derivanti dall'attuazione delle misure di contenimento e di anticipazione del prezzo in materia di contratti pubblici)

(Art. 91)

- L'art. 91 introduce delle modifiche al D.L. 6/2020 (Misure urgenti in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19) ed all'art. 35 comma 18 del D.Lgs. 50/2016

- All'art. 3 del D.L. 6/2020 viene aggiunto il comma 6 bis

- "*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*."

- Alcuni esempi di esclusione della responsabiltà dell'esecutore sono elencati, come ricorda anche l'Anac con Delibera n. 312 del 9.04.2020 l'Anac, nel protocollo del MIT del 23.02.2020 "regolamentazione per il contenimento della diffusione del covid – 19 nei cantieri edili"

- lavorazioni da eseguire in cantiere che impongono di lavorare a distanza interpersonale minore di un metro, non sono possibili altre soluzioni organizzative e non sono disponibili, in numero sufficiente, mascherine e altri dispositivi di protezione individuale (guanti, occhiali, tute, cuffie, ecc..) conformi alle disposizioni delle autorità scientifiche e sanitarie (risulta documentato l'avvenuto ordine del materiale di protezione individuale e la sua mancata consegna nei termini): **conseguente sospensione delle lavorazioni**

- accesso agli spazi comuni (ad esempio mense), non può essere contingentato, con la previsione di una ventilazione continua dei locali, di un tempo ridotto di sosta all'interno di tali spazi e con il mantenimento della distanza di sicurezza di 1 metro tra le persone che li occupano; non è possibile assicurare il servizio di mensa in altro modo per assenza, nelle adiacenze del cantiere, di esercizi commerciali, in cui consumare il pasto, non è possibile ricorrere ad un pasto caldo anche al sacco, da consumarsi mantenendo le specifiche distanze: **conseguente sospensione delle lavorazioni**

- caso di un lavoratore che si accerti affetto da COVID-19; necessità di porre in quarantena tutti i lavoratori che siano venuti a contatto con il collega contagiato; non è possibile la riorganizzazione del cantiere e del cronoprogramma delle lavorazioni: **conseguente sospensione delle lavorazioni**

- laddove vi sia il pernotto degli operai ed il dormitorio non abbia le caratteristiche minime di sicurezza richieste e/o non siano possibili altre soluzioni organizzative, per mancanza di strutture ricettive disponibili: **conseguente sospensione delle lavorazioni**

- indisponibilità di approvvigionamento di materiali, mezzi, attrezzature e maestranze funzionali alle specifiche attività del cantiere: **conseguente sospensione delle lavorazioni**

- L’art. 91 introduce delle modifiche anche all’art. 35 comma 18 del Codice, il quale viene integrato come segue

- *“Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20 per cento da corrispondere all'appaltatore entro quindici giorni dall'effettivo inizio della prestazione. L'erogazione dell'anticipazione,* ***consentita anche nel caso di consegna in via d’urgenza, ai sensi dell’articolo 32, comma 8, del presente codice,*** *è subordinata alla costituzione di garanzia fideiussoria bancaria o assicurativa…”*

Erogazioni liberali a sostegno del contrasto all'emergenza epidemiologica da COVID-19

(art. 99)

- Le aziende, agenzie e gli enti del Servizio sanitario nazionale possono acquistare beni e servizi da utilizzare nelle attività di contrasto dell'emergenza COVID-19:

- Utilizzando le donazioni provenienti da persone fisiche o giuridiche;
- Mediante affidamento diretto, senza previa consultazione di due o più operatori economici, per un importo non superiore alla soglia comunitaria
- A condizione che l'affidamento sia conforme al motivo di liberalità

Sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza

(art. 103)

- Sono sospesi i termini inerenti i procedimenti amministrativi (su istanza di parte o d'ufficio)

- Pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente al 23 febbraio 2020

- fino al 15 aprile 2020 (termine prorogato al **15 maggio 2020** dall'art. 37, comma 1 D.L. 23/2020 cd. Decreto Liquidità)

- Le pubbliche amministrazioni adottano, in ogni caso, ogni misura organizzativa idonea ad assicurare la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati

- Ai sensi del comma 4 dell'art. 103 la sospensione non si applica:

- ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo,
- emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture a qualsiasi titolo
- indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali
- contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese comunque denominati.

- *"1. Ai fini del computo dei termini ordinatori o perentori, propedeutici, endoprocedimentali, finali ed esecutivi, relativi allo svolgimento di procedimenti amministrativi su istanza di parte o d'ufficio, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data, non si tiene conto del periodo compreso tra la medesima data e quella del 15 aprile 2020. Le pubbliche amministrazioni adottano ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione dei procedimenti, con priorità per quelli da considerare urgenti, anche sulla base di motivate istanze degli interessati. Sono prorogati o differiti, per il tempo corrispondente, i termini di formazione della volontà conclusiva dell'amministrazione nelle forme del silenzio significativo previste dall'ordinamento" (art. 103 comma 1)*

- *"4. Le disposizioni di cui al comma 1 non si applicano ai pagamenti di stipendi, pensioni, retribuzioni per lavoro autonomo, emolumenti per prestazioni di lavoro o di opere, servizi e forniture a qualsiasi titolo, indennità di disoccupazione e altre indennità da ammortizzatori sociali o da prestazioni assistenziali o sociali, comunque denominate nonché di contributi, sovvenzioni e agevolazioni alle imprese comunque denominati" (art. 103 comma 4)*

L’applicazione dell’art. 103 del D.L. 18/2020 agli appalti pubblici secondo il Ministero delle Infrastrutture

- Con Circolare del 23.03.2020 il MIT ha ritenuto che l’art. 103 del D.L. 18/2020:

- Si applichi anche alle procedure di appalto e di concessione disciplinate dal D.Lgs. 50/2016

- Si applichi, in particolare, a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della lex specialis, quali a titolo esemplificativo: quelli relativi alla presentazione delle domande di partecipazione e/o delle offerte; quelli previsti dai bandi per l’effettuazione di sopralluoghi; quelli concessi per il “soccorso istruttorio”; quelli eventualmente stabiliti dalle commissioni di gara relativamente alle loro attività

- Sotto il profilo operativo i predetti termini relativi alle procedure di appalto o concessione sarebbero sospesi per 52 giorni, corrispondente al periodo 23 febbraio 15 aprile (in virtù della proroga di cui all'art. 37 D.L. 23/2020 i termini sarebbero sospesi per 82 giorni, corrispondente al periodo 23 febbraio 15 maggio)

- Un volta concluso il periodo di sospensione i termini sospesi comincerebbero nuovamente a decorrere

- Il soggetto onerato di osservare i predetti termini avrebbe comunque la facoltà di non avvalersi della sospensione e rispettare il termine originario, salvo poi usufruire della sospensione dei termini relativi alle attività successive

- "*Ovviamente, poiché la sospensione del termine è stata stabilita in favore del soggetto onerato di osservarlo, nulla vieta che quest'ultimo possa comunque validamente porre in essere l'attività prevista entro il termine originario ovvero in un termine inferiore rispetto a quello risultante dalla sospensione. In tale caso, rimane comunque ferma l'applicazione dell'articolo 103, comma 1, del decreto – legge n. 18/2020 per quanto concerne i termini relativi allo svolgimento delle attività conseguenti*" (Circolare MIT del 23.03.2020)

- Il MIT invita inoltre

- Ove possibile, a rispettare i termini originari per il compimento degli atti di competenza esclusiva dell'amministrazione ("*a valutare l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza dell'amministrazione aggiudicatrice, i termini endoprocedimentali, finali ed esecutivi originariamente previsti, nei limiti in cui ciò, al pari delle altre iniziative di carattere organizzativo ed amministrativo, sia compatibile con le misure di contenimento della diffusione del COVID-19*")

- A predisporre, in tutti i casi, quanto necessario per concludere rapidamente i procedimenti sospesi una volta terminato il periodo emergenziale "*a porre in essere, durante il periodo di sospensione, tutte le iniziative di carattere organizzativo ed amministrativo necessarie affinché possa pervenirsi, una volta cessato detto periodo, ad una rapida conclusione delle procedure in atto*" (Circolare MIT del 23.03.2020)

L’applicazione dell’art. 103 del D.L. 18/2020 agli appalti pubblici secondo l’Anac

- Con la Delibera n. 312 del 9.04.2020 l’Anac

- “*ritiene opportuno fornire delle indicazioni al fine di garantire, durante l’emergenza sanitaria, l’adozione di comportamenti omogenei ed uniformi da parte delle stazioni appaltanti nello svolgimento delle procedure di gara e nella relativa fase di esecuzione*”

- Le indicazioni dell'Anac si differenziano in ragione dello stato della procedura, distinguendo tra:

- 1) Procedure di gara per le quali non si è ancora addivenuti alla pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte

- 2) Procedure di selezione in corso di svolgimento

- 3) Fase di esecuzione del contratto

- 1) Procedure di gara per le quali non si è ancora addivenuti alla pubblicazione del bando di gara, dell'avviso o dell'invito a presentare offerte

- Le stazioni appaltanti valutano la necessità o l'opportunità di differire l'avvio delle procedure di gara già programmate tenendo conto:

- dell'urgenza di approvvigionamento
- della necessità di prevedere il sopralluogo o la consultazione sul posto di atti o documenti;
- della complessità delle operazioni richieste per la preparazione delle offerte,
- dell'esigenza di garantire, in ogni caso, la massima partecipazione alla procedura e di favorire l'agevole adempimento degli oneri di partecipazione,
- delle difficoltà organizzative interne connesse alla situazione di emergenza

- In altre parole, secondo l'Autorità, le amministrazioni dovrebbero avviare:

- soltanto le procedure di gara ritenute urgenti e indifferibili

- adottando tutte le cautele volte a favorire la massima partecipazione e garantire la par condicio tra i concorrenti

- e fornendo nei documenti di gara le informazioni riportate nei punti da 2.1 a 2.4 della Delibera 312 del 9.04.2020

2) Procedure di selezione in corso di svolgimento

- In relazione alle procedure pendenti l'amministrazione dovrà dare atto con avviso pubblico:

- della decisione di sospendere i termini

- che la sospensione si applica a tutti i termini stabiliti dalle singole disposizioni della lex specialis (iniziali, per i sopralluoghi, endoprocedimentali, etc)

- della nuova scadenza dei termini già assegnati, specificando che alla conclusione del periodo di sospensione (cioè dal 16 maggio 2020) i termini riprenderanno a decorrere per il periodo residuo;

- che la stazione appaltante adotterà ogni misura organizzativa idonea ad assicurare comunque la ragionevole durata e la celere conclusione della procedura, compatibilmente con la situazione di emergenza in atto

- valuterà l'opportunità di rispettare, anche in pendenza della disposta sospensione e limitatamente alle attività di esclusiva pertinenza della stessa, i termini originariamente previsti

- della possibilità per la stazione appaltante di determinarsi per la disapplicazione della sospensione di alcuni termini di gara previsti a favore dei concorrenti. Possibilità consentita, secondo l'Autorità,
- "*nelle procedure ristrette o negoziate, in cui sono noti i partecipanti, già a partire dal termine per la presentazione delle offerte e, per tutte le procedure, con riferimento ai termini relativi alle fasi successive di gara. Nel caso in cui le amministrazioni intendano avvalersi di tale previsione possono acquisire preventivamente la dichiarazione dei concorrenti in merito alla volontà di avvalersi o meno della sospensione dei termini disposta dal decreto-legge n. 18/2020, così come modificato dall'articolo 37 del decreto-legge n. 23 dell'8/4/2020*"

- Secondo la Delibera Anac, inoltre, le stazioni appaltanti:

- potrebbero concedere proroghe e/o differimenti ulteriori rispetto a quelli previsti dai D.L. 18 e 23/2020, anche su richiesta degli operatori economici, laddove l'impossibilità di rispettare i termini sia dovuta all'emergenza sanitaria;

- valutano la possibilità di svolgere le procedure di gara con modalità telematiche anche nel caso in cui tale previsione non fosse contenuta nel bando di gara, previa adeguata comunicazione ai concorrenti ed il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza

- Valutano la possibilità, per le procedure di gara svolte con modalità non telematiche, di svolgere le sedute pubbliche a distanza (ad esempio, in video-conferenza), concedendo ai concorrenti un congruo termine per le conseguenti attività organizzative e prevedendo adeguate forme di pubblicità della decisione

- Valutano la possibilità di rinunciare al sopralluogo obbligatorio previsto dalla lex specialis di gara nei casi in cui lo stesso non sia strettamente necessario per la formulazione dell'offerta.

- Qualora il sopralluogo dovesse essere assolutamente necessario le stazioni appaltanti valutano, caso per caso, una proroga dei termini di presentazione delle offerte al fine di consentire l'effettuazione del sopralluogo in data successiva al 15 maggio 2020.

- valutano la possibilità di prevedere lo svolgimento delle sedute riservate della commissione giudicatrice di cui all'articolo 77 del decreto legislativo n. 50 del 18/4/2016 in streaming o con collegamenti da remoto, anche laddove tale modalità non sia prevista nel bando di gara

- Valutano la possibilità di adottare modalità di adempimento degli obblighi connessi alla partecipazione alle procedure di affidamento compatibili con le misure restrittive in atto, ad esempio, consentendo il pagamento dell'imposta di bollo con modalità telematiche

3) Fase di esecuzione del contratto

- Durante lo svolgimento dell'appalto non possono essere addebitate responsabilità all'esecutore per ritardi, omissioni o inadempimenti conseguenti al rispetto delle misure di contenimento del contagio del Covid 19, ai sensi dell'art 3 comma 6-bis del D.L. 6/2020

- Al riguardo, il protocollo del MIT del 23.03.2020 recante la «regolamentazione per il contenimento della diffusione del Covid -19 nei cantieri edili», offre una tipizzazione dei possibili casi concreti di esclusione della responsabilità per il caso dei contratti di lavori

- L'esclusione della responsabilità ex art 3 comma 6-bis del D.L. 6/2020 si applica anche agli appalti di servizi e forniture

L’applicazione dell’art. 103 del D.L. 18/2020 agli appalti pubblici secondo l’ANCI

- Con nota del 8.04.2020 l’Anci ha ritenuto che

- Le indicazioni date dal MIT con la Circolare del 23.03.2020 abbiano una portata generale

- la sospensione dei procedimenti non sia automatica ma dovrà essere valutata caso per caso dalle amministrazioni

- La sospensione non dovrà essere applicata agli affidamenti urgenti

- *“Dunque, appare coerente con il dettato normativo che la sospensione, nella fattispecie considerata, non sia da considerarsi “ope legis” e gli enti locali possano effettuare una ricognizione delle procedure di gara avviate o da indire, valutando caso per caso la necessità di una loro sospensione e/o riprogrammazione cui, del caso, dovranno seguire i successivi atti conseguenti, con le adeguate forme di pubblicità. Le procedure urgenti possono invece essere sempre portate a termine, come già detto, soprattutto se legate all’emergenza in corso*” (Nota Anci del 8.04.2020)

La sospensione dei procedimenti Anac
Delibera n. 268 del 19.03.2020

Avv. Francesco Mascia

La sospensione dei procedimenti Anac

- Con Delibera n. 268 del 19.03.2020 l'Anac:

- ha sospeso fino al 15 aprile 2020 (ovvero fino al 15 maggio 2020 in applicazione dell'art. 37 D.L. 23/2020) tutti i termini relativi allo svolgimento dei procedimenti di vigilanza, sanzionatori, di precontenzioso e, in generale, consultivi di competenza dell'Autorità, pendenti alla data del 23 febbraio 2020 o iniziati successivamente a tale data (salvo motivi d'urgenza)

- Ha prorogato i termini previsti per la trasmissione dei dati all'Osservatorio (relativi all'aggiudicazione, modifiche contrattuali, Sal, sospensione, etc.)

- Ha fissato il termine di 90 giorni (anzichè di 30 giorni) per il rilascio del certificato di esecuzione lavori

Deroga ai tempi ed alle modalità di pubblicazione dei bandi di gara

Ordinanza n. 655 del 25 marzo 2020 della Presidenza del Consiglio dei Ministri Dipartimento della Protezione Civile

- Con Ordinanza n. 655 del 25.03.2020 la Presidenza del Consiglio dei Ministri ha stabilito una deroga ai tempi e alle modalità di pubblicazione dei bandi per l'indizione:

- Di una procedura aperta (art. 61)

- Di una procedura ristretta (art. 62)

- La deroga è diretta agli appalti di servizi e forniture indetti dagli Enti locali

- La deroga è concessa per dare attuazione ai provvedimenti normativi adottati in ragione dell'emergenza Covid-19 e per gestire ogni altra situazione connessa alla predetta emergenza epidemiologica

- Sarà possibile derogare pertanto (in base alla necessità del caso concreto):

- Procedura aperta: Al termine minimo di 35 giorni per la ricezione delle offerte; al termine di pubblicazione di un avviso di preinformazione (art. 61).
- Non sembra ammissibile, vista la Comunicazione della Commissione Europea 2020/C 108 I/01 del 1.04.2020, la diminuzione del termine già ridotto in caso di urgenza (15 giorni)

- Procedura ristretta: Al termine minimo di 30 giorni per la ricezione delle domande di partecipazione; al termine minimo di 30 giorni per la ricezione delle offerte; a termine di pubblicazione di un avviso di preinformazione) (art. 62)
- Non sembra ammissibile, vista la Comunicazione della Commissione Europea 2020/C 108 I/01 del 1.04.2020, la diminuzione del termine già ridotto in caso di urgenza (15 e 10 giorni)

- E’ prevista la deroga anche

- Alle modalità di pubblicazione dei bandi previste dagli art. 72, 73, 74 e D.M. 2.12.2016 (pubblicazione GUCE, GURI, quotidiani nazionali, locali, etc.)

- *“Gli enti locali, al fine di dare piena ed immediata attuazione ai provvedimenti normativi e di protezione civile emanati in relazione all'emergenza epidemiologica da COVID-19 ed in genere per assicurare la gestione di ogni situazione connessa all'emergenza epidemiologica, possono procedere ad appalti di servizi e forniture in deroga ai tempi e alle modalita' di pubblicazione dei bandi di gara di cui agli articoli 60, 61, 72, 73 e 74 del codice dei contratti pubblici*”

Comunicazione della Commissione Europea del 1.04.2020 (2020/c 108 i/01)

Orientamenti della Commissione europea sull'utilizzo del quadro in materia di appalti pubblici nella situazione di emergenza connessa alla crisi della Covid-19

- La Commissione Europea spiega quali siano le opzioni e i margini di manovra possibili a norma del quadro dell'UE in materia di appalti pubblici per l'acquisto di forniture, servizi e lavori necessari per affrontare l'emergenza Covid - 19

- Secondo la Commissione gli acquirenti pubblici potrebbero prendere in considerazione varie opzioni:

- in primo luogo, "*in caso di urgenza, avvalersi della possibilità di ridurre considerevolmente i termini per accelerare le procedure aperte o ristrette*"

- In seconda battuta, qualora le procedure aperte o ristrette non fossero sufficienti, "*ricorrere a una procedura negoziata senza previa pubblicazione"*

- In casi estremi potrebbe anche essere consentita "*l'aggiudicazione diretta a un operatore economico preselezionato, purché quest'ultimo sia l'unico in grado di consegnare le forniture necessarie nel rispetto dei vincoli tecnici e temporali imposti dall'estrema urgenza*"

- Prendere in considerazione *"la ricerca di soluzioni alternative e interagire con il mercato*".

- Nello specifico l'amministrazione aggiudicatrice potrebbe scegliere di aggiudicare l'appalto durante l'emergenza in corso seguendo

- Una procedura aperta o ristretta (articolo 26, paragrafo 2, della direttiva)

- In caso di procedura aperta: la Direttiva prevede un termine di 35 giorni per la presentazione delle offerte

- In caso di procedura ristretta: la Direttiva prevede un termine di 30 giorni per la presentazione delle domande di partecipazione, ed un termine di 30 giorni per la presentazione delle offerte

- Tali termini possono essere ridotti in caso di urgenza:

- Procedura aperta: riduzione fino a 15 giorni in casi di urgenza debitamente motivata

- Procedura ristretta: riduzione fino a 15 giorni per la presentazione della domanda di partecipazione; riduzione fino a 10 giorni per la presentazione dell'offerta

- Secondo la Commissione "*In casi di urgenza che non consentono di rispettare i termini minimi applicabili in circostanze normali, le amministrazioni aggiudicatrici possono ridurre i termini applicabili a una procedura di appalto aperta o ristretta in linea con la direttiva*"

- Oppure utilizzando una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando

- Secondo la Commissione le amministrazioni potrebbero affidare gli appalti con procedura negoziata senza pubblicazione
- "*nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non sono in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*" (articolo 32, paragrafo 2, lettera c), della direttiva)

- La Commissione precisa che:

- Tale procedura abbia una natura eccezionale;
- Debbano essere soddisfatte cumulativamente tutte le condizioni richieste
- Tutte le condizioni debbano essere interpretate restrittivamente

- Le condizioni cumulativamente richieste sono le seguenti:

- Eventi imprevedibili per l'amministrazione

- Secondo la Commissione *"Le esigenze specifiche degli ospedali e di altre istituzioni sanitarie in relazione alla fornitura di cure, dispositivi di protezione individuale, ventilatori polmonari, posti letto supplementari e infrastrutture ospedaliere e di terapia intensiva aggiuntive, comprese tutte le attrezzature tecniche, non potevano certamente essere previste e pianificate in anticipo e dunque costituiscono un evento imprevedibile per le amministrazioni aggiudicatrici"*

- Impossibilità di rispettare i termini di scadenza generali a causa dell'estrema urgenza

- Secondo la Commissione l'amministrazione dovrà fare una valutazione e dimostrare caso per caso l'impossibilità di rispettare i termini previsti per la procedura aperta o ristretta

- La deroga, infatti, "*non può essere invocata per l'aggiudicazione di appalti che richiedono più tempo di quanto sarebbe stato necessario per dare corso a una procedura trasparente, aperta o ristretta, compresa una procedura accelerata (aperta o ristretta)*"

-

- Nesso di causalità tra l’evento imprevedibile e l’estrema urgenza

- La Commissione non ha dubbi in ordine alla sussistenza del nesso di causalità tra la pandemia Covid – 19 e l’urgenza di acquistare beni, servizi o lavori

- Acquisto nella misura strettamente necessaria a colmare la lacuna nel periodo emergenziale

- La Commissione ricorda che le procedure negoziate senza previa pubblicazione possono dare la possibilità di soddisfare le esigenze immediate e "*servono a colmare la lacuna fino a quando non sarà possibile trovare soluzioni più stabili, quali contratti quadro di forniture e servizi aggiudicati tramite procedure regolari (comprese quelle accelerate)*"

- L’art. 32 comma 2 lett. c) della Direttiva citato dalla Commissione è stato recepito dall’art. 63 comma 2 lett. c) del nostro Codice

- “*Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata… nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici*”

- La Commissione osserva inoltre che al fine di accelerare gli appalti gli acquirenti pubblici potrebbero anche prevedere di:

- contattare i potenziali contraenti, nell'UE e al di fuori dell'UE, telefonicamente, via e-mail o di persona;

- incaricare agenti che abbiano contatti migliori sui mercati;

- inviare rappresentanti direttamente nei paesi che dispongono delle necessarie scorte e possono provvedere a una consegna immediata;

- contattare potenziali fornitori per concordare un incremento della produzione oppure l'avvio o il rinnovo della produzione.

- cercare soluzioni alternative e possibilmente innovative, che potrebbero già essere disponibili sul mercato o potenzialmente fruibili in tempi (molto) rapidi.

- individuare soluzioni e interagire con i potenziali fornitori al fine di valutare se tali alternative soddisfino le loro esigenze

- avvalersi di strumenti digitali innovativi al fine di suscitare un ampio interesse fra gli operatori economici in grado di proporre soluzioni alternative. Organizzando ad esempio eventi “per trovare nuove soluzioni che consentano di riutilizzare le mascherine protettive dopo idonea pulizia, per promuovere idee su come proteggere in modo efficace il personale medico e per individuare metodi di rilevamento del virus nell’ambiente ecc.”;

- Gli affidamenti in caso di somma urgenza ex art. 163 D.Lgs. 50/2016

- Il Consiglio di Stato con il Parere n.855 del 1° Aprile 2016 ha indicato la linea interpretativa da seguire affermando che

- *"Rispetto all'art. 63, gli affidamenti di cui all'art. 163 devono essere considerati ulteriormente eccezionali (secondo una "progressione di eccezionalità", se così si può dire) e quindi, tale ultima disposizione deve essere interpretata ed applicata in senso assolutamente rigoroso e restrittivo. E, invero, la previsione del legislatore delegante ("ad eccezione di singole fattispecie connesse a particolari esigenze dovute a situazioni emergenziali")* ***non sembra ancorare l'eccezionalità alla semplice situazione emergenziale, ma piuttosto alle (ulteriori e peculiari) esigenze collegate alle situazioni emergenziali"***

- Ambito oggettivo di applicazione

- L’art. 163 comma stabilisce che questo particolare affidamento possa essere utilizzato

- *“In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio”*

- L’amministrazione, pertanto, dovrà valutare attentamente se il caso specifico rientri in tale fattispecie astratta anche in considerazione di quanto affermato dal Consiglio di Stato con il Parere 855/2016

- Sono considerate circostanza di somma urgenza anche:

- il verificarsi degli eventi di cui all'articolo 2 comma 1 Legge 225/1992 (oggi abrogato e sostituito con l’art. 7 del D.Lgs. 1/2018 - Codice della protezione civile)
-
- “*a) emergenze connesse con eventi calamitosi di ori- gine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che pos- sono essere fronteggiati mediante interventi attuabili, dai singoli enti e amministrazioni competenti in via ordinaria;*

- *b) emergenze connesse con eventi calamitosi di ori- gine naturale o derivanti dall’attività dell’uomo che per loro natura o estensione comportano l’intervento coor- dinato di più enti o amministrazioni, e debbono essere fronteggiati con mezzi e poteri straordinari da impiegare durante limitati e predefiniti periodi di tempo, disciplinati dalle Regioni e dalle Province autonome di Trento e di Bolzano nell’esercizio della rispettiva potestà legislativa;*

Avv. Francesco Mascia

- c*) emergenze di rilievo nazionale connesse con eventi calamitosi di origine naturale o derivanti dall'atti- vità dell'uomo che in ragione della loro intensità o esten- sione debbono, con immediatezza d'intervento, essere fronteggiate con mezzi e poteri straordinari da impiega- re durante limitati e predefiniti periodi di tempo ai sensi dell'articolo 24"*

- ovvero la ragionevole previsione, ai sensi dell'articolo 3 della medesima legge, dell'imminente verificarsi di detti eventi

- A condizione che sia necessario adottare misure indilazionabili

- E nei limiti dello stretto necessario imposto da tali misure.

- In tali casi la circostanza di somma urgenza è ritenuta persistente

- “ *finché non risultino eliminate le situazioni dannose o pericolose per la pubblica o privata incolumità derivanti dall'evento, e comunque per un termine non superiore a quindici giorni dall’insorgere dell’evento, ovvero entro il termine stabilito dalla eventuale declaratoria dello stato di emergenza di cui all'articolo 5 della medesima legge n. 225 del 1992*

- *In tali circostanze* ed entro i medesimi limiti temporali
- “*le amministrazioni aggiudicatrici possono procedere all'affidamento di appalti pubblici di lavori, servizi e forniture con le procedure previste nel presente articolo*”

- Deroga

- L’affidamento diretto può essere disposto anche per importi superiori a € 200.000 qualora si verifichino i seguenti presupposti:

- Per un arco temporale limitato, e comunque non superiore a trenta giorni

- Solo per singole specifiche fattispecie eccezionali e indilazionabili

- Nei limiti massimi di importo stabiliti nelle Ordinanze adottate durante lo Stato di emergenza nei provvedimenti di cui alla legge n. 225 del 1992.

- L'affidamento diretto per i motivi di cui sopra non è comunque ammesso per appalti di valore pari o superiore alla soglia europea.

Protocollo MIT del 23.03.3020

Regolamentazione per il contenimento della diffusione del covid – 19 nei cantieri edili

Avv. Francesco Mascia

- In data 23.03.2020 il MIT ha adottato il “Protocollo condiviso di regolamentazione per il contenimento della diffusione del covid – 19 nei cantieri edili”

- Si tratto di indicazioni operative finalizzate a incrementare l’efficacia delle misure precauzionali di contenimento adottate per contrastare l’epidemia di COVID-19

- Riguardano i titolari del cantiere, tutti i subappaltatori e i subfornitori presenti in cantiere

- Il protocollo disciplina in sintesi:

- le modalità di comportamento da tenere;
- le modalità di accesso dei fornitori esterni;
- la pulizia e sanificazione;
- le precauzioni igieniche personali
- i dispositivi di protezione personale
- la gestione degli spazi comuni
- l'organizzazione del cantiere (turnazione, rimodulazione dei cronoprogramma delle lavorazioni)
- la gestione di una persona sintomatica
- la sorveglianza sanitaria

Regolarità DURC nel periodo emergenziale

Comunicazione INPS del 26.03.2020

Nota Inail n. 4250 del 26.03.2020

- Con messaggio n. 1374 del 25.03.2020 l'Inps ha fornito indicazioni operative sulla regolarità contributiva dopo il D.L. 18/2020
- Analoghe indicazioni sono state date dall'Inail con nota n. 4250 del 26.03.2020

- E' stato stabilito che l'art. 103 del D.L. 18/2020 secondo cui "*tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, in scadenza tra il 31 gennaio e il 15 aprile 2020, conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020*"

- Trovi applicazione anche al Durc

- Di conseguenza: Il Durc in scadenza tra il 31 gennaio ed il 15 aprile 2020 (prorogato al 15 maggio 2020) conserva la sua validità fino al 15 giugno 2020

Esenzione CIG e obbligo tracciabilità dei flussi finanziari buoni spesa per emergenza Covid-19

Anac Delibera n. 313 del 9 aprile 2020

Avv. Francesco Mascia

- L’Anac ha stabilito che non sono assoggettati all’obbligo di acquisizione del CIG, né ai fini della tracciabilità, né ai fini dell’assolvimento degli obblighi comunicativi in favore dell’Autorità

- i buoni spesa e/o i generi alimentari ed i prodotti di prima necessità

- acquistati dal Comune tramite lo stanziamento di € 400.000.000 di cui all’Ordinanza del Capo del Dipartimento della Protezione Civile n. 658 del 29 marzo 2020

- Secondo l’Anac infatti

- *“I buoni spesa e gli acquisti diretti di generi alimentari consentiti in base alla citata Ordinanza sono assimilabili ai voucher sociali, sostanziandosi in modalità di erogazione sostitutive di contributi economici in favore di soggetti che versano in stato di bisogno. Per l’effetto, si ritengono applicabili le indicazioni contenute nella determina n. 556 del 31/5/2017 sulla tracciabilità dei flussi finanziari, laddove è stabilito che «Per assenza dei presupposti soggettivi ed oggettivi di applicazione dell’art. 3 della legge n. 136/2010, la tracciabilità non si applica all’erogazione diretta, a titolo individuale, di contributi da parte della pubblica amministrazione a soggetti indigenti o, comunque, a persone in condizioni di bisogno economico e fragilità personale e sociale ovvero, ancora, erogati per la realizzazione di progetti educativi»*

- L’Anac specifica che il Cig dovrà però essere richiesto qualora il Comune affidi la gestione del processo di acquisizione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione di buoni spesa, ad un operatore economico

- “*Nel caso invece in cui il Comune affidi a soggetti terzi il servizio di gestione del processo di acquisizione, erogazione, monitoraggio e rendicontazione dei buoni spesa (ad es. acquistando voucher sociali sul MEPA), si configura un appalto di servizi. Tale affidamento, in applicazione della citata Ordinanza, potrà avvenire in deroga al decreto legislativo 18/4/2016 n. 50, ma resterà assoggettato all’obbligo di acquisizione del CIG ai soli fini della tracciabilità…..Da un punto di vista operativo, quindi, il Comune dovrà acquisire un CIG semplificato (smartCIG) qualunque sia l’importo del servizio affidato, rimanendo così esonerato da ogni altro obbligo contributivo e informativo verso l’Autorità”*

Comunicato del Presidente Anac del 04 marzo 2020

Misure di contrasto COVID-19. Pubblicato il comunicato del Presidente con cui si forniscono indicazioni in relazione alla proroga dei termini per il Sistema Qualificazione esecuzione lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro.

Avv. Francesco Mascia

- L’Autorità ha disposto la sospensione dell’istruttoria:

- relativa ai contratti di attestazione in scadenza al 31 marzo 2020

- fino ad un massimo di 150 gg

- per le imprese avente sede legale e operativa nelle Regioni individuate dal Dpcm 25.02.2020 (sospensione estesa dall’Autorità a tutte le imprese del territorio nazionale a seguito dell’adozione del Dpcm 9.03.2020)

Decreto Legge 8 aprile 2020 , n. 23
cd. Decreto Liquidità

-
- L’art. 37 del D.L. 23/2020 proroga il termine di sospensione dei procedimenti amministrativi al 15 maggio 2020

- “*1. Il termine del 15 aprile 2020 previsto dai commi 1 e 5 dell'articolo 103 del decreto-legge 17 marzo 2020, n. 18, è prorogato al 15 maggio 2020*” (art. 37 D.L. 23/2020)

La fase esecutiva degli appalti durante l'emergenza Covid 19

Avv. Francesco Mascia

➢ La sospensione dell'appalto

- ➢ Ai sensi dell'art. 107 comma 1 del D.Lgs. 50/2016
- "*In tutti i casi in cui ricorrano circostanze speciali che impediscono in via temporanea che i lavori procedano utilmente a regola d'arte, e che non siano prevedibili al momento della stipulazione del contratto,* ***il direttore dei lavori*** *può disporre la sospensione dell'esecuzione del contratto*"

- ➢ Ai sensi dell'art. 107 comma 2 del D.Lgs. 50/2016
- "*La sospensione può, altresì, essere* ***disposta dal RUP*** *per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica, disposta con atto motivato delle amministrazioni competenti..*"

- L’impossibilità di svolgere i lavori, servizi e forniture è dipesa dalla pandemia e dalla normativa nazionale e locale di contenimento del contagio del Covid-19

- Quindi una circostanza speciale che impedisce temporaneamente lo svolgimento dei lavori, servizi, forniture

- Il soggetto competente a disporre la sospensione dovrebbe essere il Direttore dei lavori/dell’esecuzione ex art. 107 comma 1 D.Lgs. 50/2016

- Ai sensi dell'art. 107 comma 6 del Codice

- "*Nel caso di sospensioni totali o parziali dei lavori disposte dalla stazione appaltante per cause diverse da quelle di cui ai commi 1, 2 e 4, l'esecutore può chiedere il risarcimento dei danni subiti*"

- La sospensione disposta a seguito dei provvedimenti normativi adottati per l'emergenza Covid 19 è da ritenersi conforme al comma 1 dell'art. 107 del Codice

- L'appaltatore non potrebbe avanzare richieste di risarcimento

- Omessa sospensione dell’appalto da parte dell’amministrazione

- Qualora l’amministrazione non avesse disposto la sospensione del lavoro, servizio o fornitura l’appaltatore non sarebbe comunque responsabile per inadempimenti, omissioni o ritardi conseguenti alle misure di contenimento Covid 19

- Ciò in virtù:

- dell’art. 1256 del c.c. in ordine all’ “Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea” il cui comma 2 dispone che “*Se l'impossibilità è solo temporanea, il debitore finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell'adempimento… omissis…*”

- Del comma 6 bis dell’art. 3 D.L. 6/2020, secondo il quale:

“*Il rispetto delle misure di contenimento di cui presente decreto è sempre valutata ai fini dell'esclusione, ai sensi e per gli effetti degli articoli 1218 e 1223 c.c., della responsabilità del debitore, anche relativamente all'applicazione di eventuali decadenze o penali connesse a ritardati o omessi adempimenti*”

- Si aggiunga che per effetto dell'attuale evento straordinario ed imprevedibile (emergenza Covid 19) l'appaltatore potrebbe applicare

- L'art.1467 c.c. (Contratto con prestazioni corrispettive) secondo il quale *"Nei contratti a esecuzione continuata o periodica ovvero a esecuzione differita, se la prestazione di una delle parti è divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili, la parte che deve tale prestazione può domandare la risoluzione del contratto, con gli effetti stabiliti dall'articolo 1458. [2] La risoluzione non può essere domandata se la sopravvenuta onerosità rientra nell'alea normale del contratto. [3] La parte contro la quale è domandata la risoluzione può evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto"*

- La stazione appaltante e l'appaltatore potrebbero anche valutare la possibilità di modificare le condizioni contrattuali

- L' 106 lett. c) punto 1 D.Lgs. 50/2016 (modifica dei contratti durante il periodo di efficacia), consente la modifica del contratto in corso di validità se determinata da circostanze e impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore, sempre che la modifica non alteri la natura generale del contratto;

- L' 165 co. 6 D.Lgs. 50/2016 (rischio ed equilibrio economico-finanziario nelle concessioni) prevede la revisione del contratto mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio nel caso in cui si verifichino fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario (per le concessioni).

- Il pagamento anticipato dei SAL

- Di norma il pagamento del Sal non può avvenire in deroga ai termini stabiliti nella lex specialis

- Secondo un primo orientamento dottrinario sarebbe invece possibile, nel periodo di emergenza Covid 19, pagare l'appaltatore indipendentemente dal fatto che si sia raggiunto l'importo previsto in contratto

- Ciò in applicazione dell'art. 106 comma 1 lett. e) del D.Lgs. 50/2016

- *"I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:*
- *… e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4.."*

- Ai sensi dell'art. 106 comma 4 del D.Lgs. 50/2016 una modifica è considerata sostanziale quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti e, in ogni caso, se una o più delle seguenti condizioni sono soddisfatte:

- *"a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati (o di offerenti - n.d.r.) diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata, oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;*
- *b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto o dell'accordo quadro a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;*
- *c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;*
- *d) se un nuovo contraente sostituisce quello cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore aveva inizialmente aggiudicato l'appalto in casi diversi da quelli previsti al comma 1, lettera d)"*

- Ovvero in applicazione dell'art. 106 comma 1 lett. c) del D.Lgs. 50/2016

- *"I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:*
- *…c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni, fatto salvo quanto previsto per gli appalti nei settori ordinari dal comma 7:*
- *1) la necessità di modifica è determinata da circostanze impreviste e imprevedibili per l'amministrazione aggiudicatrice o per l'ente aggiudicatore. In tali casi le modifiche all'oggetto del contratto assumono la denominazione di varianti in corso d'opera. Tra le predette circostanze può rientrare anche la sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità od enti preposti alla tutela di interessi rilevanti;*
- *2) la modifica non altera la natura generale del contratto;"*

- Diverse Regioni hanno adottato degli atti di indirizzo volti a sollecitare l'anticipazione del pagamento dell'attività effettivamente svolta dall'appaltatore (Campania, Puglia, Friuli Venezia Giulia, Sicilia)

- La Regione Sardegna ha adottato al riguardo la Direttiva n.1170 del 18.03.2020

Gli affidamenti sotto soglia ex art. 36

Art. 36 (contratti sotto soglia)

- Affidamento diretto per importi inferiori a € 40.000,00

- Nuove modalità di affidamento diretto:

- Lavori: da € 40.000 a € 149.999 previa valutazione di 3 preventivi
- Servizi e forniture: importi pari o superiori a € 40.000 e inferiori alla soglia comunitaria previa valutazione di 5 operatori economici

- Innalzamento soglia procedura negoziata per lavori con chiamata di almeno 10 operatori: da € 150.000 a € 349.999

- Innalzamento soglia procedura negoziata per lavori con chiamata di almeno 15 operatori: da 350.000 a 999.999 euro

- Utilizzo esclusivo della procedura aperta per lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 fino alla soglia comunitaria

L’affidamento diretto
ex art. 36 comma 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016

Avv. Francesco Mascia

Lavori forniture e servizi inferiori a 40.000 euro

- Per i lavori, servizi e forniture fino ad un importo inferiore a 40.000 euro resta confermata la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto;

- La legge 55/2019 infatti non modifica il comma 2, lettera a) dell'art. 36 del Codice Appalti.

- L’art. 36 comma 1 del D.Lgs. 50/2016 prevede che:

- *“L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 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'articolo 50*

- L’art. 36 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 prevede che:

- “*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità*:

- a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro:

- l’amministrazione potrà procedere, per lavori servizi e forniture, ”*mediante affidamento diretto ~~adeguatamente motivato~~* ***anche senza previa consultazione di due o più operatori economici”***

- per i lavori potrà procedere anche in amministrazione diretta;

- Art. 30. (Principi per l'aggiudicazione e l’esecuzione di appalti e concessioni)
- *“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** con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell’ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico”*

- a) principio di economicità: uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
- b) principio di efficacia: la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
- c) principio di tempestività: l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
- d) principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;

- e) principio di libera concorrenza: l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

- f) principio di non discriminazione e di parità di trattamento: una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

- g) principio di trasparenza e pubblicità: la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;

- h) principio di proporzionalità: l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;

- Nonché:

- **<u>Nel rispetto dell'Art. 34</u>**. (Criteri di sostenibilità energetica e ambientale)

- "1. *Le stazioni appaltanti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, a quanto specificamente previsto nell'articolo 144*;
- 2……
- 3……"

- **<u>Nel rispetto dell'Art. 42.</u>** (Conflitto di interesse)

- *"1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici*
- *2……*
- *3……*
- *4……*
- *5……."*

- In ordine al conflitto di interessi l'Anac ha pubblicato le

- Linee Guida n. 15

- recanti «Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici».

- Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 494 del 05 giugno 2019

- Le Linee Guida confermano l'applicazione della disciplina del conflitto di interessi agli affidamenti diretti
- "*L'articolo 42 del codice dei contratti pubblici si applica a tutte le procedure di aggiudicazione di appalti e concessioni nei settori ordinari, sopra e sotto soglia*"
-

➢ Il principio di rotazione

- Anche gli affidamenti diretti devono rispettare il principio di rotazione

- In particolare la rotazione degli **affidamenti**

- Ed in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese

- La ratio è quelle di evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;

- Principio che sembra essere messo in dubbio dal Tar Sardegna

- "*Innanzitutto va evidenziato che il "principio di rotazione" viene richiamato, specificamente, dal legislatore all' art. 36 comma 1° e comma 2°, lettere b)- c)-c bis), del Codice 50/2016 [non anche lett.a)], nell'ambito di una disposizione dedicata agli affidamenti di (soli) "lavori – forniture – servizi…."*.

- *"Ma va posto in evidenza il peculiare ambito oggettivo entro il quale il principio di rotazione è stato concepito come effettivamente "obbligatorio": affidamento di contratti per "lavori-servizi-forniture" nella fascia 40.000 euro-1.000.000 (cfr. lett. b-c-cbis dell'art. 36 del Codice 50/2016)*" (Tar Sardegna Sez. II 17.02.2020 n. 101)

- L’art. 36 comma 7 del Codice precisa che

- “*Con il regolamento di cui all’articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.* ***Nel predetto regolamento sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti*** *e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista*”

- **<u>L’art. 36 comma 1 stabilisce inoltre che le stazioni appaltanti possano applicare le disposizioni di cui all’art. 50</u>**

- Art. 50. (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi)

- *“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’articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell’importo totale del contratto”*

- Al riguardo l’Anac ha pubblicato le

  - Linee Guida n. 13

- recanti “La disciplina delle clausole sociali”

- approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 114 del 13.2.2019

Natura dei lavori servizi e forniture sotto soglia

- Le acquisizioni sotto soglia conservano una natura eccezionale e derogatoria
- Non tutti i lavori, servizi e forniture, possono essere affidati ai sensi dell'art. 36 del Codice
- L'amministrazione dovrà svolgere delle valutazioni(es. qualità della prestazione, destinazione, modalità di esecuzione, entità della spesa, urgenza)
- Solo se il ricorso alle procedure ordinarie sia impraticabile, antieconomico, pregiudizievole la p.a. potrà utilizzare tale procedura

- Sul punto l'ex Avcp si è espressa in passato in diverse occasioni

- «*Come è noto, anche in relazione ai contratti sottosoglia l'Autorità ha affermato la necessità che la stazione appaltante, pur quando sussistano i presupposti di legge per il ricorso alla procedura negoziata non preceduta dalla pubblicazione di un bando, dia adeguatamente conto delle ragioni che l'hanno indotta ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate e, in ogni caso, dia conto dei criteri seguiti per la scelta delle imprese alle quali è rivolto l'invito a presentare offerta, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e non discriminazione (***Parere n.159 del 9/10/2013;** A.V.C.P., determinazione 6 aprile 2011 n. 2; Id., determinazione 14 dicembre 2011 n. 8*)»

-

- La recente giurisprudenza afferma il principio opposto

- Il Tar Molise ad esempio ritiene che la disciplina dell'affidamento diretto sia un micro-sistema autosufficiente che prescinde da particolari formalità

- "*Fino all'importo dei 40 mila euro – ferma restando la cornice dei principi generali – il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che il Consiglio di Stato (nel parere n. 1903/2016) ha ritenuto come micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali, richiamati dall'articolo 36, comma 2, lett. a) non determinano particolari limiti*" (Tar Molise del 14.09.2018 n. 533)

- Il quale prescinderebbe dall'obbligo di adeguata motivazione

- *"Si è in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata "diretta" prevista nell'articolo 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l'assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore…….* ***di guisa che, nel caso degli importi inferiori ai 40 mila euro non si pone neppure il problema di coniugare l'affidamento diretto con l'esigenza di una adeguata motivazione***"

- Nello stesso senso si è espressa la giurisprudenza maggioritaria confermando che

- *"La giurisprudenza ha, infatti, chiarito come fino all'importo massimo di € 40.000 previsto del già richiamato comma 2 lett. a) dell'art. 36, il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che costituisce un micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali non determinano particolari limiti. Sicché nel caso dell'art. 36 comma 2 lett. a) si è "in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata "diretta" prevista dall'art. 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l'assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi all'unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno)*" (Tar Puglia 13.03.2020 n. 326; Tar Campania 18.04.2020 n. 1391)

- La sussistenza dei presupposti per l'affidamento sotto soglia non obbliga comunque la stazione appaltante ad utilizzare tale procedimento

- *L'art. 36 comma 2 specifica infatti che*

- *"Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38* ***e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie****, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità"*

- In tal senso si è sempre espressa la giurisprudenza previgente al nuovo Codice

- *“L'applicabilità del regime dell'affidamento in economia di beni, servizi, lavori, non può privare l'amministrazione della facoltà, in ragione delle peculiarità delle prestazioni da richiedere, di ricorrere alle procedure aperte regolate dal d.lgs. n. 163/06 (codice dei contratti pubblici) applicando quelle regole che, comunque, gli articoli 121 e, per gli appalti di servizi, 124 del suddetto codice impongono anche agli appalti sotto soglia comunitaria. Ne consegue che, nel caso di specie, è legittima la scelta del comune di affidare mediante procedura aperta e con il sistema dell'offerta economicamente più vantaggiosa ai sensi dell'art. 83 del d.lgs. n. 163/06, il servizio di brokeraggio assicurativo, sebbene, in astratto, data l'entità del servizio, l'ente locale avrebbe potuto seguire le regole dell'affidamento dei servizi in economia di cui all'art. 125 del codice dei contratti pubblici”* (Consiglio di Stato, Sez. V, 21/2/2011 n. 1082)

- L’art. 36 comma 2 evidenzia inoltre che

- “*Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38…..*”

- L’art. 37 comma 1 del Codice prevede che

- “*Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all’acquisizione di….*”

E che

- “*Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell’articolo 38*”

Il D.Lgs. 50/2016 disciplina le Centrali di committenza agli artt. 37 e 38

- Al riguardo l'art. 37 precisa che:

➢ le stazioni appaltanti (fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici) possano procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di:

- Forniture e Servizi: di importo inferiore a 40.000 euro

- Lavori: di importo inferiore a 150.000 euro

- "*nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza*"

- Gli “strumenti di acquisto” messi a disposizione dalle centrali di committenza sono definiti dall’art. 3, comma 1, lett. cccc) del Codice, come segue

- 1) le convenzioni quadro di cui all’articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, stipulate, ai sensi della normativa vigente, da CONSIP S.p.A. e dai soggetti aggregatori;

- 2) gli accordi quadro stipulati da centrali di committenza quando gli appalti specifici vengono aggiudicati senza riapertura del confronto competitivo;

- 3) il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo

- Per importi superiori a quelli sopra indicati le stazioni appaltanti devono essere in possesso della qualificazione ex art. 38

- In difetto procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica

La normativa che obbliga l'acquisto di beni e servizi secondo determinate modalità

- Art. 1 comma 450 legge 27 dicembre 2006, n. 296 modificato

- *"450. [Dal 1° luglio 2007,] le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonche' gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207……"*

- *"……Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo**, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonche' le autorita' indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328**. Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e [le universita' statali], tenendo conto delle rispettive specificita', sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'universita' e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra piu' istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma. A decorrere dal 2014 i risultati conseguiti dalle singole istituzioni sono presi in considerazione ai fini della distribuzione delle risorse per il funzionamento"*

Decreto legge 6 luglio 2012, n. 95 (conv. in Legge 7 agosto 2012, n. 135)
(c.d. Spending review 2)

- Viene sancita la nullità degli affidamenti adottati in violazione della normativa CONSIP (art. 1)

L’art. 1 comma 7 specifica alcune categorie di beni che debbono essere acquistate obbligatoriamente tramite CONSIP o centrali di committenza regionali

- I soggetti obbligati sono «*Le amministrazioni pubbliche e le societa' inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, a totale partecipazione pubblica diretta o indiretta*»

- Le categorie sono:

- energia elettrica
- gas
- carburanti rete
- carburanti extra-rete
- combustibili per riscaldamento
- telefonia fissa
- telefonia mobile
- **servizio sostitutivo di mensa**
- **autoveicoli**

- Per queste categorie le amministrazioni sono tenute ad approvvigionarsi

- attraverso le convenzioni o gli accordi quadro Consip

- attraverso le convenzioni o gli accordi quadro delle centrali di acquisto regionali

- ovvero ad esperire proprie autonome procedure utilizzando i sistemi telematici di negoziazione messi a disposizione dai soggetti sopra indicati

- Il legislatore prevede, tuttavia, la possibilità di derogare a tali vincoli e procedere in via ordinaria a condizione che il prezzo sia inferiore a quello stabilito da CONSIP o dalle centrali di acquisto regionali

- «*E' fatta salva la possibilita' di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalita', a condizione che gli stessi conseguano ad approvvigionamenti da altre centrali di committenza o a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori a quelli indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali*»

- Quindi le amministrazioni potrebbero procedere

- Ad acquistare da altre centrali di committenza (diverse da Consip o CAT)

- Adottare autonome procedure di evidenza pubblica

- Qualora i beni e servizi abbiano un costo inferiore a quello indicato nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali»

- I contratti stipulati in deroga dovranno essere risolti qualora le convenzioni CONSIP o quelle delle centrali di committenza regionali dovessero allineare il prezzo

- «*i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilita' per il contraente di adeguamento ai predetti corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilita' di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico. La mancata osservanza delle disposizioni del presente comma rileva ai fini della responsabilita' disciplinare e per danno erariale*»

- E’ inoltre stabilito che i contratti stipulati in violazione di quanto sopra sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa ed «ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, degli strumenti di acquisto di cui al precedente comma 7 e quello indicato nel contratto»

- Fino al 31.12.2016 tale deroga è stata limitata (art. 1 comma 494 della Legge di Stabilità 2016)

- Sarà possibile acquistare presso altre centrali di committenza diverse da Consip oppure autonomamente mediante gare ad evidenza pubblica beni o servizi avente ad oggetto telefonia, carburanti, energia elettrica e gas a condizione che l'amministrazione riduca la spesa
- Di almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche telefonia fissa e telefonia mobile
- Del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento

- Importante

- L’amministrazione deve trasmettere all’Anac i contratti stipulati autonomamente senza avvalersi di Consip o Cat

- “*Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi all'Autorita' nazionale anticorruzione” (Art. 1 comma 7* DECRETO-LEGGE 6 luglio 2012 n. 95)

- Nel triennio 2017-2019 è stata vietata qualsiasi deroga

- *"Al fine di concorrere al raggiungimento degli obiettivi di finanza pubblica attraverso una razionalizzazione delle spese delle pubbliche amministrazioni riguardanti le categorie merceologiche di cui al primo periodo del presente comma, in via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2019 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma».*

Obbligo di acquistare servizi informatici e di connettività tramite Consip, soggetti aggregatori, CUC regionali (art. 1 comma 512 della Legge Stabilità 2016)

- "*Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettivita', fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente, le amministrazioni pubbliche e le societa' inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della legge 31 dicembre 2009, n. 196, provvedono ai propri approvvigionamenti* ***esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione*** *di Consip Spa o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti…"* (art. 1 commi 512)

- Deroga a tale obbligo in caso di:

- bene o il servizio non disponibile
- bene o servizio non idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione
- casi di necessita' ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuita' della gestione amministrativa

- *"Le amministrazioni e le societa' di cui al comma 512 possono procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalita' di cui ai commi 512 e 514 esclusivamente a seguito di apposita autorizzazione motivata dell'organo di vertice amministrativo, qualora il bene o il servizio non sia disponibile o idoneo al soddisfacimento dello specifico fabbisogno dell'amministrazione ovvero in casi di necessita' ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuita' della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del presente comma sono comunicati all'Autorita' nazionale anti-corruzione e all'Agid"* (art. 1 comma 516)

- Il comma 516 dell'art. 1 precisa infine che la scelta di derogare all'obbligo di acquisizione tramite Consip o soggetti aggregatori debba essere comunicata all'Anac e all'Agenzia per l'Italia Digitale

- "*Gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del presente comma sono comunicati all'Autorita' nazionale anti-corruzione e all'Agid*"

- L’art. 36 comma 2 lett. a) afferma che l’affidamento diretto di importo inferiore a € 40.000 possa avvenire

- “*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”

L’affidamento diretto

- Per lavori, servizi o forniture inferiori a euro 40.000
- Anche in caso di affidamento diretto dovranno rispettarsi i principi comunitari di trasparenza, rotazione, non discriminazione etc.

- *“Anche in caso di affidamento diretto la norma (art. 62 del Regolamento della Merloni, approvato con d.P.R. n. 554 del 1999, ed art. 17, l. n. 109 del 1994) stabilisce che l'affidamento fiduciario avvenga previa adeguata pubblicità da garantire in forme idonee, onde assicurare il rispetto dei principi di concorrenzialità e trasparenza dell'azione amministrativa, anche alla luce di principi di diritto comunitario (nella fattispecie si trattava di un incarico di progettazione dietro corrispettivo di euro 4.000,00 per il cui affidamento l'amministrazione aveva omesso l'invio dell'informativa al locale Ordine degli Ingegneri e persino l'affissione sull'albo pretorio)” (T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 03 ottobre 2007, n. 2441)*

- Secondo un indirizzo giurisprudenziale l'amministrazione avrebbe dovuto effettuare un minimo confronto tra le imprese

- *«Rileva il Collegio che l'affidamento diretto di servizi di importo inferiore a 20.000 euro deve, comunque, avvenire nel rispetto delle disposizioni del codice dei contratti pubblici e dei principi generali di trasparenza e di contemperamento dell'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Nella controversia in esame, la pretermissione di un* ***sia pur informale confronto competitivo tra operatori economici interessati*** *all'affidamento evidenzia l'illegittimità degli atti impugnati»* (T.A.R. Marche – sez. I – sentenza 10 gennaio 2013 n. 28; T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 14/10/2013 n. 8797; **T.A.R. Brescia, (Lombardia), sez. II, 14/07/2015 n. 952**)

- Si tratta dell'indirizzo più cauto secondo il quale l'amministrazione avrebbe potuto procedere ad affidamento diretto in caso di:

- Pubblicazione di un avviso di manifestazione di interesse

- Esame delle manifestazioni di interesse presentate e le offerte

- Comparazione delle stesse

- Secondo un altro orientamento il confronto competitivo avrebbe potuto essere affievolito in caso di determinazione dei criteri di selezione

- «*In particolare i principi di rotazione, di non discriminazione e di parità di trattamento non impediscono la formazione di un elenco di potenziali affidatari fra cui effettuare gli affidamenti senza gara, in quanto sotto soglia, siano essi diretti che negoziati, ma esigono che vengano chiariti con precisione i criteri di attribuzione delle singole commesse, e specificamente l'ordine nella chiamata e il numero massimo di affidamenti per singola impresa……Anche se le modalità con cui viene applicata la rotazione tra i soggetti inseriti nell'albo fornitori non sono oggetto di una disciplina esplicitata preventivamente, cionondimeno l'affidamento del medesimo servizio nell'arco di più annualità alla medesima ditta costituisce di per sé violazione del quadro normativo delineato*» (TAR Campania 28.06.2012 n. 3089)

- Secondo questo indirizzo, quindi, l'amministrazione avrebbe potuto procedere ad un affidamento diretto puro in caso di:

- Istituzione di un elenco di fornitori

- Predeterminazione delle modalità di selezione degli stessi

- Predeterminazione di numero massimo di incarichi che lo stesso operatore potrebbe ottenere

- L'Avcp sembrava in un primo momento ammettere l'affidamento diretto puro senza condizioni

- «*Per quanto riguarda le modalità procedimentali per l'affidamento dei cottimi, è stabilita la regola che la procedura negoziata avvenga tra almeno cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per gli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro. E' previsto, poi, che le amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, istituiscano albi di operatori economici, soggetti ad aggiornamento almeno annuale, con iscrizione aperta agli operatori in possesso dei requisiti di qualificazione (comma 12 dell'articolo 125)……Per lavori di importo inferiore a 40.000 euro e per servizi e forniture di importo inferiore a 20.000 euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile unico del procedimento…..»* (**Avcp Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011**

- Si veda anche il Parere di Precontenzioso 124/2012 il quale in via incidentale osservava che

- «*Si tratta, invero, di un appalto di servizi di importo di gran lunga inferiore a 40.000 euro, per il quale l'art. 125, comma 11, del Codice dei contratti pubblici (così come modificato dall'art. 4 del d.l. n. 70 del 2011) consentirebbe finanche l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento. L'Amministrazione ha, tuttavia, legittimamente optato per l'esperimento di una procedura negoziata semplificata, chiedendo a sei ditte di formulare un'offerta economica*»(Avcp Parere n. 124 del 19/07/2012)

- Il Consiglio di Stato confermava che nell'affidamento diretto non ci sarebbe dovuto essere nessun confronto competitivo (a prescindere dall'istituzione di un elenco)

- Il caso oggetto della sentenza

- l'amministrazione pubblicava un avviso di manifestazione di interesse per l'affidamento diretto di un servizio di progettazione
- Pervenivano diverse manifestazioni di interesse
- L'amministrazione affidava il servizio ad uno di essi senza comparare le diverse richieste pervenute

- Secondo il Consiglio di Stato questo modo di operare sarebbe corretto in quanto

- «*il Comune non ha affatto promosso una procedura concorrenziale, governata da un disciplinare o da un capitolato – nell'epitome tecnica dalla c.d. lex specialis – sfociante nella redazione di una graduatoria di merito delle offerte: limitandosi, viceversa, a promuovere un avviso esplorativo benché – va sottolineato – l'art. 125, comma 11. d.lgs. 163/2006 per il "cottimo puro", relativo ad appalti di valore inferiore ai 40.000,00 euro, non lo richiedesse affatto, che in assenza di valutazione comparativa fra le offerte presentate, mirava, nell'intenzione espressamente palesata con la deliberazione richiamata, ad acquisire in modo trasparente e lineare i curricola dei professionisti eventualmente interessati ad eseguire l'incarico*» (Cons. Stato 18/06/2015 n. 3112)

- La sentenza prevede, ancora, che nessuna illegittimità avrebbe commesso il Comune nell'aver omesso di indicare «*…le ragioni per le quali è stata ritenuta preferibile l'offerta dei controinteressati, in comparazione con quella di altri professionisti interessati…*" posto che

- «*come già avuto modo di precisare – nessuna comparazione fra le offerte il Comune aveva inteso promuovere né ha di fatto effettuato*» (Cons. Stato 18/06/2015 n. 3112)

- La scelta del soggetto è stata in ogni caso motivata stante il fatto che

- «*…il RUP ha dato espressamente atto che la valenza estetica, architettoniche ed urbanistica della progettazione richiedeva un corredo professionale specifico che i controinteressati, architetti (mentre il ricorrente riveste la qualifica di geometra), alla stregua dei rispettivi curricula possedevano, sì da giustificare l'affidamento dell'incarico in loro favore*» (Cons. Stato 18/06/2015 n. 3112)

- L’art. 36 comma 2 lett. a) (versione iniziale)

- Le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalita':

- *“a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato……..”*

- L’art. 36 comma 2 lett. a) (versione attuale) sembrerebbe aver optato per questa impostazione affermando la possibilità di procedere

- “*per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*”

- In tal senso si esprime anche la giurisprudenza

- Tar Toscana con sentenza n. 1235 del 3.10.2018 (applicando addirittura le disposizioni dell'abrogato D.Lgs. 163/2006)

- Il caso sottoposto a giudizio

- L'amministrazione doveva procedere ad affidare un servizio di importo inferiore a € 40.000
- Affidava il servizio ad un operatore economico da lei scelto senza indagine di mercato e senza confronto competitivo con altri operatori economici
- Un operatore economico contestava l'affidamento in quanto lo stesso non sarebbe stato preceduto dal benché minimo confronto concorrenziale né da una semplice indagine di mercato, ma avvenuto in via diretta

- Il Tar Toscana respingeva il ricorso sostenendo che

- Nessun confronto competitivo sarebbe stata obbligata a fare l'amministrazione

- "*La norma risulta configurare, attraverso la evocazione di un <affidamento diretto>, una enclave di affidamenti contrattuali che, in ragione del loro importo assai contenuto,* ***non necessitano di un previo confronto comparativo tra più offerte****,* ***essendo attribuito al responsabile del procedimento il potere di procedere direttamente all'affidamento del servizio***"

- L’obbligo di un confronto competitivo sarebbe stato escluso anche dal legislatore

- “*Il significato proprio dell’affidamento diretto, come ambito contrapposto a quello del confronto comparativo necessario fra più offerte, è ora reso esplicito (dopo il decreto legislativo correttivo n. 57 del 2017) dall’art. 36, comma 2, lett. a) del d.lgs. n. 50 del 2016, laddove si afferma che con riferimento ai contratti di importo inferiore ai 40.000 euro è possibile un “affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. Si tratta infatti di esplicita enunciazione della circostanza che* ***l’affidamento diretto ben può essere svincolato da una valutazione comparativa tra più offerte***”

- Ragion per cui

- “*non può tuttavia trovare accoglimento una censura come quella qui esaminata, con la quale un <affidamento diretto> è censurato per mancanza di <confronto concorrenziale>, trattandosi di doglianza il cui accoglimento porterebbe a stravolgere la sostanza dell’affidamento diretto stesso*”

- Anche il Tar Sardegna si è espresso in tal senso affermando che

- *"nel suo complesso, l'art. 36 disciplina sia le procedure caratterizzate dal confronto tra più imprese invitate dalla stazione appaltante (al comma 2, lett. b), sia quelle* ***con "affidamento diretto" (al comma 2, lett. a), cioè non precedute da alcun confronto concorrenziale*** *(consentite per importi inferiori o pari a 40.000 euro), nelle quali la rotazione è, ovviamente, concepibile solo in relazione all'affidamento della commessa e non in relazione alla fase degli inviti, la quale, semplicemente, non esiste. In sostanza la disciplina complessiva dettata dall'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 è riassumibile nei termini seguenti:* ***se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale*** *e se ciò effettivamente accade il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (art. 36, comma 2, lett. a)"* (Tar Sardegna Sez. I 22.05.2018 n. 492)

- L’Anac ritiene invece ammissibile l’affidamento diretto senza indagine di mercato

- “*RITENUTO quindi che la stazione appaltante, nel caso di specie, correttamente ha seguito la strada dell’affidamento diretto e pur non avendo svolto un’indagine di mercato vera e propria ha comunque consultato più operatori*” (Anac Delibera n 899 DEL 17 ottobre 2018)

- L’Art. 32 comma 2 del D.Lgs. 50/2016 prevedeva che

- *“Nella procedura di cui **all’articolo 36, comma 2, lettera a**), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.*

- Tale disposizione è stata recepita a seguito di quanto stabilito dall'Anac con le Linee Guida n. 4

- L'Anac prevedeva che per l'affidamento diretto l'amministrazione avrebbe potuto procedere tramite determina a contrarre in modo semplificato

- "*Nel caso di affidamento diretto, o di lavori in amministrazione diretta, si può altresì procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici*"

- Le Linee Guida n. 4 (nella prima versione) erano precise al riguardo

- *"In determinate situazioni, **come nel caso dell'ordine diretto di acquisto sul mercato elettronico o di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura**, si può procedere a una determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale"*

- La Legge 55/2019 estende la possibilità di procedere con la determinazione a contrarre semplificata anche per la “nuova” tipologia di affidamenti diretti ex art. 36 comma 2 lett. b)

- Il comma 2 dell’art. 32 viene modificato come segue

- “*Prima dell’avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui ~~all’articolo 36, comma 2, lettera a)~~, **all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)**, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti*”

- Il comma 6 dell'art. 36 del Codice: la facoltà di utilizzo del mercato elettronico

- *"L'art. 36 comma 6 stabilisce che "Per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti **possono** procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni"*

- La verifica dei requisiti

- L’amministrazione dovrà procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale nei confronti dell’aggiudicatario

- Il comma 6-bis dell'art. 36 è stato sostituito dalla Legge 55/2019 come segue

- *"6-bis. Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica è effettuata attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza nei mercati elettronici"*

- E’ stato introdotto nell’art. 36 il comma 6 ter (sempre dalla Legge 55/2019)

- *“6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell’ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell’aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis”*

- L’art. 36 prevede al comma 9 bis

- *“9-bis. Fatto salvo quanto previsto all’articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all’aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa”*

- In sostanza:

- Per gli affidamenti diretti e per le procedure negoziate sotto soglia ex art. 36 del Codice può essere utilizzato discrezionalmente il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa

- Fatte salve le ipotesi previste dall'art. 95 comma 3 del Codice. In tal caso è fatto obbligo anche per gli affidamenti sotto soglia di utilizzare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

- Il Codice stabilisce che per per gli affidamenti diretti non debba essere rispettato il termine dilatorio di 35 giorni per la stipulazione del contratto

- Art. 32 comma 10 "*Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:…..nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)*"

Linee guida ANAC N. 4

“*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016

Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018

Aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.

- Le presenti Linee Guida sono state modificate nel 2019 ai soli fini dell'archiviazione della procedura di infrazione della Commissione Europea n. 2018/2273

- La procedura di infrazione n. 2018/2273 riguardava tre la altre cose:

- la violazione dell'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE in relazione alle opere di urbanizzazione a scomputo e ai criteri di affidamento per gli appalti che mostrano un interesse transfrontaliero certo.

- L'incompatibilità dell'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 con le disposizioni UE, in quanto si applica a prescindere dal fatto che l'appalto presenti o meno un interesse transfrontaliero certo e prevede una soglia riferita al numero delle offerte giudicata non sufficientemente elevata

Il contenuto delle Linee Guida Anac n. 4

- Con le presenti linee guida, redatte ai sensi dell'articolo 36, comma 7, del Codice, l'ANAC:

- Definisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici

- Indica le specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti

- Le Linee Guida n. 4 non sono vincolanti

- Lo ha precisato il Consiglio di Stato con il Parere della Commissione speciale del 30 agosto 2016 secondo cui

- *"Le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici "sotto-soglia" possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC **non vincolanti**, le quali, come il Consiglio ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti"*

- Le amministrazioni, tuttavia, potranno discostarsi dalle stesse soltanto previa adeguata motivazione

- "*In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, il Consiglio ha rilevato che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità,* ***devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione****, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa*" (Consiglio di Stato Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016)

- Ambito di applicazione

- L’affidamento diretto, le procedure negoziate e l’amministrazione diretta di cui all’art. 36 si applicano ai seguenti appalti

- a) settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all’architettura e all’ingegneria, i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all’allegato IX

- b) settori speciali, gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica), in quanto compatibile

- Prima di utilizzare le tipologie di affidamento previste per il sotto soglia l'amministrazione deve valutare la sussistenza dei presupposti per l'utilizzo degli altri istituti obbligatori

- "*Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza*"

- Determinazione del valore dell'appalto

- L'Anac ricorda che anche nel calcolo del valore degli appalti sotto soglia l'amministrazione debba fare riferimento all'art. 35 del Codice. Quindi si dovrà tenere conto ad esempio:

- di eventuali opzioni o rinnovi del contratto

- di premi o pagamenti per gli offerenti

- della proroga eventualmente prevista

- della somma dell'importo di più lotti

- **Principi comuni a tutte le procedure semplificate ex art. 36**

- Le procedure semplificate possono essere adottate soltanto se gli importi non superano i limiti fissati dall'art. 36

- Le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale

- L’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate deve avvenire nel rispetto dei principi di cui:

- all’art. 30 comma 1 “economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del principio di rotazione”

- all’art. 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale)

- all’art. 42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse)

- Le stazioni appaltanti possono applicare altresì:
- l’articolo 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali

- In particolare nell'espletamento delle procedure semplificate le stazioni appaltanti devono garantire in aderenza:

- a) al principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;

- b) al principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;

- c) al principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;

- d) al principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;

- e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

- f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

- g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;

- h) al principio di proporzionalità, l’adeguatezza e idoneità dell’azione rispetto alle finalità e all’importo dell’affidamento

- i) al principio di rotazione, degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico

- J) ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;

- k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l’adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall’ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza

- L’Autorità precisa inoltre che:

- Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall’art. 29 del Codice e l’avviso sui risultati della procedura di affidamento dovrà contenere l’indicazione dei soggetti che abbiano effettivamente proposto offerte e di quelli invitati

- Qualora ricorrano le condizioni di cui all’articolo 95, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, gli affidamenti possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo

- Il principio di rotazione

- *“Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento”*

- Secondo le Linee Guida il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti si applica

- a) Rispetto all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti

- b) Nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto:
- 1) una commessa rientrante nello stesso settore merceologico
- 2) ovvero una commessa rientrante nella stessa categoria di opere
- 3) ovvero una commessa rientrante nello stesso settore di servizi.

- c) Relativamente alla stessa fascia di importo

- L’Anac invita la stazione appaltante ad adottare un apposito regolamento in cui prevedere:

- a) Delle fasce suddivise per valore economico degli affidamenti, sulle quali applicare la rotazione

- b) Le fasce devono essere differenziate per forniture/servizi e lavori e i valori di riferimento devono essere opportunamente motivati e possono tenere conto per i lavori delle soglie previste per la qualificazione

- Così si esprime l'Autorità al punto 3.6

- "*Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi*"
-

- La giurisprudenza chiarisce che il principio di rotazione operi a prescindere dal fatto che l'operatore uscente sia stato aggiudicatario a seguito di una procedura aperta

- "*Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato*" (Consiglio di Stato, 12.06.2019 n. 3943)

- Inoltre, con riferimento alla verifica dell'analogia del nuovo affidamento con quello precedentemente aggiudicato il Consiglio di Stato afferma che

- "*ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) –* ***che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime"*** (Consiglio di Stato, sez. V, 05.03.2019 n. 1524)

- La rotazione non si applica invece

- laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinarie

- ovvero (secondo l'Anac e parte della gurisprudenza) in tutti i casi in cui la stazione appaltante, anche a seguito 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

- Di seguito il punto 3.6. delle Linee Guida

- “*La rotazione non si applica 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 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*”

- Principio inizialmente messo in dubbio dal Consiglio di Stato

- "*il suddetto avviso (pubblico) non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma un'indagine conoscitiva di mercato non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente: in definitiva, lo strumento della manifestazione di interesse, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, non rende affatto superflua la rotazione*" (Cons. Stato Sez. V 6.06.2019 n. 3831)

- Ma sempre sostenuto dai Giudici di primo grado

  - A partire dal Tar Sardegna

- *"In sostanza il principio di rotazione opera (e deve operare) nelle "procedure negoziate" in cui l'amministrazione appaltante "non" consente, alla fonte, la partecipazione da parte di "tutti" gli imprenditori alla gara, ma solo ad una parte "selezionata", da essa stessa…In tale contesto (e solo in tale contesto) la sussistenza di una "selezione ristretta" dei soggetti da invitare implica che , qualora nella rosa vi sia anche l'operatore uscente (con pretermissione di altri), scatta la tutela del principio di rotazione, per garantire l'avvicendamento.*" (Tar Sardegna, Sez. II, 2.01.2020 n. 8; TAR Cagliari, 17.12.2019 n. 891; TRGA Bolzano, 31 ottobre 2019, n. 263; conferma Tar Calabria, Catanzaro, 20 luglio 2019, n. 1457; Tar Veneto, Venezia, sez. I, 23 settembre 2019, n. 1021; Tar Liguria, Genova, sez. II, 22 ottobre 2019 n. 805)

- Successivamente confermato dal Consiglio di Stato

- *“Quanto al principio di rotazione, il giudice di prime cure ne ha escluso l’applicabilità laddove il nuovo affidamento avvenga, come nel caso di specie, tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539)*” (Consiglio di Stato, sez. III, 4.02.2020, n. 875)

- Nel caso di specie si trattava di una proceduta negoziata sotto soglia sul MEPA con invito di tutti gli operatori economici iscritti nella specifica categoria del bando di riferimento

- Il divieto di affidare o invitare il precedente affidatario o il precedente invitato

- Riguardo all'affidamento o al reinvito del contraente uscente

- Deve avere carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente

- *"La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento"*

- Secondo un orientamento giurisprudenziale sarebbe legittima l'ammissione dell'operatore uscente se disciplinato nella lex specialis

- Il caso di specie: L'avviso esplorativo stabiliva che solo al di sopra della soglia di cinque concorrenti si sarebbe applicato il principio di rotazione ("*Qualora il numero degli operatori economici che manifestassero il proprio interesse a partecipare alla procedura fosse superiore al numero di 5 [cinque], i candidati verranno individuati mediante scelta motivata del responsabile unico del procedimento e/o sorteggio nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione*") (TAR Brescia 13.03.2020 n. 187)

- Secondo il Tar Bresciano

- “*Poiché alla gara hanno partecipato solo due soggetti, compreso il gestore uscente, non vi erano ragioni di interesse pubblico legate alla gestione dalla procedura che imponessero la limitazione del numero dei concorrenti. Non vi erano neppure problemi di prequalificazione, in quanto la condizione di cooperativa sociale di tipo B non richiedeva alcuna valutazione discrezionale. Sussisteva invece un evidente interesse pubblico ad ammettere più di un soggetto, per conseguire i vantaggi della competizione*” (TAR Brescia 13.03.2020 n. 187)

- Riguardo all’affidamento o al reinvito del candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario

- Anche in questo caso l’amministrazione deve motivare

- La motivazione deve tenere conto dell’aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l’affidabilità dell’operatore economico e l’idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso

- Gli affidamenti di importo inferiore a € 1.000,00

- Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro l'Anac afferma che

- " *è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente*"

- Conforme il Consiglio di Stato in Adunanza della Commissione speciale del 26 gennaio 2018 n. 361

- "*Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente*"

- In quanto

- "*il carattere bagatellare degli affidamenti aventi valore inferiore ai mille euro attenua di molto il rischio che il precedente affidatario possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente prorogare, se non rinnovare, il relativo rapporto, al di fuori delle regole di legge*"

- Secondo il Tar Sardegna il principio di rotazione non sarebbe obbligatorio in caso di affidamento diretto di importo inferiore a € 40.000 (art. 36 comma 2 lett. a) del Codice)

- "*Innanzitutto va evidenziato che il "principio di rotazione" viene richiamato, specificamente, dal legislatore all' art. 36 comma 1° e comma 2°, lettere b)- c)-c bis), del Codice 50/2016 [non anche lett.a)], nell'ambito di una disposizione dedicata agli affidamenti di (soli) "lavori – forniture – servizi….".*

- *"Ma va posto in evidenza il peculiare ambito oggettivo entro il quale il principio di rotazione è stato concepito come effettivamente "obbligatorio": affidamento di contratti per "lavori-servizi-forniture" nella fascia 40.000 euro-1.000.000 (cfr. lett. b-c-cbis dell'art. 36 del Codice 50/2016)*" (Tar Sardegna Sez. II 17.02.2020 n. 101)

- Lo stesso Tar sardo ritiene che l'obbligo di rotazione non sarebbe un principio generale applicabile al di fuori dei casi previsti dall'art. 36 del Codice (ad es. alle concessioni)

- "*Ma va posto in evidenza il peculiare ambito oggettivo entro il quale il principio di rotazione è stato concepito come effettivamente obbligatorio": affidamento di contratti per "lavori-servizi-forniture" nella fascia 40.000 euro-1.000.000 (cfr. lett. b-c-cbis dell'art. 36 del Codice 50/2016). Ma per le concessioni la "selezione" della rosa di operatori da invitare non è subordinata al rispetto del principio di rotazione , previsione non richiamata dall'art. 30 (e neppure dalla lett. a dell'art. 36)*"

A. Avvio della procedura

- La procedura prende l'avvio con la delibera a contrarre, la quale deve prevedere:

- L'interesse pubblico che intende soddisfare l'amministrazione
- Le caratteristiche delle opere/beni/servizi che intende conseguire
- L'importo massimo stimato dell'affidamento e alla relativa copertura

- La procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni

- I criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte

- Le principali condizioni contrattuali.

- Con riferimento al criterio di aggiudicazione da utilizzare la giurisprudenza precisa che

- Le amministrazioni potranno utilizzare liberamente il criterio del prezzo più basso o quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa

- gli affidamenti ex art. 36 comma 2 lett. a) del Codice sono tenuti al rispetto dei principi generali menzionati all'art. 30 comma 1, ma non all'obbligo di utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ex art. 95 del codice

- In buona sostanza

- "*Tenuto conto della dianzi esposte considerazioni il Collegio ritiene che nel corso delle procedure di cui all'art. 36 comma 2 lett. a) del Codice, cioè le procedure finalizzate all'affidamento di un contratto di valore inferiore ai 40.000,00 Euro,* ***la stazione appaltante non è tenuta al rispetto dell'art. 95****, sia nel senso che* ***può liberamente disporre l'affidamento secondo il criterio del minor prezzo*** *anche nei casi in ciò sarebbe vietato dall'art. 95, sia nel senso che* ***può disporre l'affidamento secondo il criterio del miglior rapporto tra qualità e prezzo derogando ai principi dettati dall'art. 95****, tra i quali anche il principio secondo il quale il punteggio relativo alla offerta economica non può superare il 30% del punteggio totale*" (Tar Piemonte 22.03.2018 n. 353)

- L’Autorità precisa inoltre che

- *“Al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all’art. 30 d.lgs. 50/2016 e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari*”

B. Requisiti di carattere generale e speciale

- L’operatore economico deve essere in possesso:

- dei requisiti di carattere generale di cui all’art. 80 d.lg.50/2016

- L’operatore economico deve essere in possesso anche dei requisiti minimi di:

- idoneità professionale (ad es. il certificato di iscrizione al Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato o ad altro Albo)

- capacità economica e finanziaria (dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale o altra documentazione considerata idonea;)

- capacità tecniche e professionali (attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell’anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo ovvero il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico)

- C. I criteri di selezione, la scelta del contraente e l’obbligo di motivazione

- L’Anac stabilisce che la stazione appaltante dia congrua motivazione della scelta effettuata

- La motivazione si ritiene adeguata quando dia dettagliatamente conto

- del possesso da parte dell’operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre

- della rispondenza di quanto offerto all’interesse pubblico che la stazione appaltante intende soddisfare

- di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall’affidatario
- della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione
- del rispetto del principio di rotazione

- La motivazione relativa all'economicità dell'affidamento

- Secondo l'Autorità l'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento può essere soddisfatto (a titolo esemplificativo)

- mediante comparazione dei listini di mercato,
- mediante un confronto con la spesa per precedenti affidamenti identici o analoghi
- o mediante il confronto con il corrispettivo riconosciuto da altre amministrazioni per affidamenti analoghi
- mediante il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici la quale rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza.

- Di seguito quanto affermato dall'Anac:

- "*A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza*"

- In caso di richiesta di più preventivi deve essere rispettato il principio di segretezza

- "*anche nelle gare, come nella specie, relative agli appalti di importo inferiore a € 40.000,00, devono essere garantiti i principi di non discriminazione e di trasparenza di cui all'art. 30, comma 1, D.Lg.vo n. 50/2016, espressamente richiamati dall'art. 36, comma 1, dello stesso D.Lg.vo n. 50/2016, che disciplina i contratti di appalto sotto soglia (tali principi sono stati violati perché il Comune di Castelluccio Inferiore, anziché affidare la progettazione direttamente ad un professionista, ne ha contattati più di uno, non garantendo la segretezza delle offerte)*" (Tar Basilicata Sez. I 23.01.2020 n. 79)

- Secondo il Tar Sardegna il principio di segretezza nella procedure informali verrebbe garantito con la PEC

- Concetto espresso in sede di Ordinanza

- "*l'utilizzo di modalità e forme telematiche per la presentazione delle offerte (via PEC, senza l'utilizzo di sistemi di "cifratura") risultano appropriate e congrue (base d'asta 15.000 euro) , specie in considerazione del fatto che l'unica variabile era sostanzialmente il "prezzo" (unicamente offerta in aumento per la collocazione dei distributori –corrispettivo per l'utilizzo degli spazi pubblici-), senza alcuna valutazione comparativa fra offerte tecniche e offerte economiche (ma solo confronto fra preventivi*)" (Tar Sardegna Sez. II Ordinanza 25.10.2019 n. 270)

- E successivamente confermato in sentenza

- "*Il carattere informale della procedura di affidamento diretto, posta in essere dalla Stazione Appaltante (e preceduta dalla richiesta di tre preventivi), non comportava valutazioni comparative fra offerte tecniche ma un semplice confronto fra le proposte economicamente migliorative attinenti l'importo per il "canone" d'uso , nell'ambito di un contratto "attivo", con previsione di somme "in entrata" per l'Amministrazione. In questo peculiare contesto il previsto invio tramite PEC delle offerte risulta ammissibile e legittimo, non avendo tale formulazione inciso profili di tutela, giuridicamente rilevanti, in tema di mantenimento della segretezza delle offerte*" (Tar Sardegna Sez. II 17.02.2020 n. 101)

- La motivazione attenuata.

- L’obbligo di motivazione può essere attenuato per affidamenti di modico valore

- “*ad esempio inferiori a 1000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici,* ***la motivazione della scelta dell’affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell’atto equivalente redatti in modo semplificato***”

- La verifica dei requisiti

- Le Linee Guida n. 4 prevedono diverse modalità di verifica dei requisiti in ragione dell'importo dell'appalto

- Importi fino a 5.000,00 euro (**nel caso di affidamento diretto)**

- La stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto a seguito:

- di un'apposita autocertificazione dell'operatore economico ex D.P.R. n. 445/00, di attestazione del possesso dei requisiti di carattere generale e speciale

- della consultazione del casellario ANAC

- della verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC)

- della verifica della sussistenza dei requisiti speciali (ove previsti)

- della verifica delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. art. 1, comma 52, L. 190/2012)

- E’ previsto inoltre che il contratto preveda in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti

- alla risoluzione del contratto

- all’incameramento della cauzione definitiva, ove richiesta, o in alternativa l’applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto

- al pagamento delle sole prestazioni già eseguite e nei limiti dell’utilità ricevuta

- L’Anac prevede, inoltre, che:

- le amministrazioni effettuino sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell’affidamento diretto idonei controlli ai sensi dell’articolo 71 D.P.R. 445/2000

- a tal fine si dotino di apposito regolamento, od altro atto equivalente, nel quale sono definite una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

- Importi oltre 5.000,00 euro e non superiori a 20.000,00 euro (**nel caso di affidamento diretto)**

- La stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto a seguito

- di un'apposita autocertificazione dell'operatore economico ex D.P.R. n. 445/00, tramite DGUE, di attestazione del possesso dei requisiti di carattere generale e speciale

- della consultazione del casellario ANAC

- della verifica relativa ai requisiti di cui all'art. 80, commi 1, 4 e 5, lett. b) del Codice

- della verifica dei requisiti speciali

- della verifica delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. art. 1, comma 52, L. 190/2012)

- Anche in questo caso il contratto deve prevedere in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti:

- la risoluzione del contratto

- l'incameramento della cauzione definitiva, ove richiesta, o in alternativa l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto

- il pagamento delle sole prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta

- Anche in questo caso è sempre previsto che:

- le amministrazioni effettuino sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto idonei controlli ai sensi dell'articolo 71 D.P.R. 445/2000

- a tal fine si dotino di apposito regolamento, od altro atto equivalente, nel quale sono definite una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

- Per importi superiori a 20.000,00 euro (**nel caso di affidamento diretto**)

- L'amministrazione prima di stipulare il contratto:

- procede alle verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli speciali

- procede alle verifiche delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. art. 1, comma 52, L. 190/2012)

- D. Stipula contratto

- corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri

- Non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni per la stipula del contratto

- L’Anac con le faq del 3.07.2018 ha precisato che:

- In caso di affidamento diretto per importo fino a 5.000 euro:
- “*le stazioni possono acquisire, indifferentemente, il DGUE oppure un’autocertificazione ordinaria, nelle forme del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n.445*”

- Viceversa, per gli affidamenti diretti di importo superiore a € 5.000,00 e fino a 20.000 euro: “*è necessario acquisire il DGUE”*

- L’obbligo di acquisire il DGUE, ovvero l’autocertificazione ordinaria, si applica a tutti gli affidamenti sopra considerati, a prescindere da una soglia minima di spesa.

- Facoltà di non richiedere la garanzia provvisoria o quella definitiva

- *“In caso di affidamento diretto, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia provvisoria di cui all’art. 93, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. La stazione appaltante ha, altresì, la facoltà di esonerare l’affidatario dalla garanzia definitiva di cui all’art. 103 del Codice dei contratti pubblici, in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato art. 103”**

- Art. 103 comma 11 “*E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all’articolo 36, comma 2, lettera a), nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.*

- L’Anac con le faq del 3.07.2018 ha precisato che:

- “*La miglioria del prezzo di aggiudicazione è necessaria, in applicazione di quanto stabilito dall’articolo 103, comma 11, secondo periodo del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti determinano tale miglioria sentito l’affidatario e tenendo conto del valore del contratto, del presumibile margine d’utile e del costo che l’affidatario sosterrebbe per l’acquisizione della garanzia definitiva, allo scopo di soddisfare la reciproca esigenza delle parti al contenimento sostenibile dei costi. Le motivazioni circa l’esercizio di tale opzione sono formalizzate dalla stazione appaltante in apposito documento, da allegare agli atti del procedimento*”

“La Legge Regionale della Regione Autonoma della Sardegna del 13.03.2018 n. 8. ”

Avv. Francesco Mascia

Oggetto e ambito di applicazione della L.R. 8/2018

- La Regione Autonoma della Sardegna ha approvato con Legge n. 8 del 13.03.2018 le “Nuove norme in materia di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture”

- La Legge regionale n. 8 del 13.03.2018 è stata pubblicata nel BURAS il 15.03.2018 ed è entrata in vigore il 14.04.2018

- E’ stata modificata con Legge n. 41 del 05/11/2018

- La Corte Costituzionale con sentenza n. 166 del 21.05.2019 ha dichiarato l'incostituzionalità

- Dell'art. 37 "Commissione giudicatrice"

- Dell'art. 39 «Linee guida e codice regionale di buone pratiche"

- Dell'art. 45 "Qualificazione delle stazioni appaltanti"

- Ha invece ritenuto la legittimità costituzionale dell'art. 34 relativo alla figura del responsabile di progetto e dei responsabili di fase

Gli affidamenti diretti o con procedura negoziata di cui all’art. 36 del Codice

L‘affidamento ai giovani professionisti per importi inferiori a € 20.000

- Il comma 3 dell’art. 23 prevede che l’amministrazione:

- per gli appalti di importo inferiore a € 20.000

- e che non presentino aspetti di particolare complessità tecnica o esecutiva

- vengano affidati **preferibilmente** a giovani professionisti iscritti da meno di cinque anni al relativo albo o ordine professionale nel rispetto dell’art. 36 del Codice (o a soggetti aventi caratteristiche equivalenti in conformità alla legislazione dello Stato di appartenenza)

- Al riguardo si rammenta che l'art. 4 del D.M. 263/2016 considera "giovane" il professionista abilitato da meno di 5 anni all'esercizio della professione

- "*Ferme restando le disposizioni di cui all'articolo 48 del codice, per i raggruppamenti temporanei costituiti dai soggetti di cui all'articolo 46, comma 1, lettera e) del codice i requisiti di cui agli articoli 2 e 3 devono essere posseduti dai partecipanti al raggruppamento. I raggruppamenti temporanei, inoltre, devono prevedere la* ***presenza di almeno un giovane professionista, laureato abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della professione*** *secondo le norme dello Stato membro dell'Unione europea di residenza, quale progettista*"

- Ai sensi dell’art. 26 della L.R. 8/2018

- l’amministrazione affida agli operatori economici virtuosi iscritti nell’elenco, in via prioritaria:

- l’affidamento diretto dei lavori di importo inferiore a e 40.000 ex art. 36 comma 2 lett. a) del Codice

L’affidamento diretto alle micro imprese

- Ai sensi dell’art. 26 della L.R. 8/2018

- l’amministrazione affida alle micro imprese in possesso della sola iscrizione alla Camera di commercio, in via prioritaria:

- l’affidamento diretto dei lavori di importo inferiore a e 40.000 ex art. 36 comma 2 lett. a) del Codice

Aspetti critici

- La preferenza agli operatori virtuosi (art. 25 e 26) o ai giovani professionisti (art. 23) o alle micro imprese, potrebbe essere illegittimo per violazione del principio di parità di trattamento e tutela della concorrenza, in quanto:

- E' presente il principio stabilito dalla Corte Costituzionale secondo il quale le Regioni non possono emanare norme generali che disciplinino la procedura di gara, né disciplinare singoli profili di tale procedura, con norme che modifichino quelle poste dal legislatore statale, anche se si propongano di aumentare l'apertura del mercato e favorire la partecipazione degli operatori economici. La tutela della concorrenza non sopporta alcun intervento da parte dei legislatori regionali, i quali non possono porre in essere nemmeno interventi con finalità integrative o rafforzative degli standard posti dal legislatore statale

- Nello specifico la Corte Costituzionale 114/2011 ha sostenuto in un caso che

- "*È costituzionalmente illegittima per violazione dell'art. 117, comma 2, lett. e) ed l) della Costituzione la disposizione regionale secondo cui i servizi di ingegneria e di architettura di importo inferiore a 50.000 euro sono affidati sulla base di una «procedura selettiva mediante curricula tra tre soggetti individuati dal responsabile unico del procedimento secondo criteri di professionalità, rotazione e imparzialità». L'art. 91, comma 2, del d.lgs. n. 163/2006, relativo all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, infatti, prevede che l'invito debba essere rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono, in tale numero, aspiranti idonei.* ***La riduzione degli operatori economici abilitati a partecipare alla procedura selettiva comporta una diversità di disciplina idonea ad incidere negativamente sul livello complessivo di tutela della concorrenza nel particolare segmento di mercato preso in considerazione***".

- E in un altro caso che:

- “*proprio perché la promozione della concorrenza ha una portata generale, o "trasversale", può accadere che una misura che faccia parte di una regolamentazione stabilita dalle Regioni nelle materie attribuite alla loro competenza legislativa, concorrente o residuale, a sua volta abbia marginalmente una valenza pro-competitiva. Ciò deve ritenersi ammissibile, al fine di non vanificare le competenze regionali, sempre che tali effetti siano marginali o indiretti e non siano in contrasto con gli obiettivi delle norme statali che disciplinano il mercato, tutelano e promuovono la concorrenza*” (Corte Costituzionale, 14/12/2007, n. 430)

Affidamento diretto di cui all’art. 36 comma 2 lett. b)

- La lett b) viene abrogata

- “*~~b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati~~*”

- e sostituita con la seguente

- “***b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all’articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l’acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati***”

- Quindi

- Per lavori: affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi

- Per servizi e forniture: affidamento diretto previa valutazione di 5 operatori economici

- Per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro, l'articolo 36 prevedeva per lavori lo svolgimento di una procedura negoziata a cui dovevano essere invitati, se esistenti, almeno 10 operatori economici; la scelta di questi ultimi doveva avvenire tramite indagine di mercato o elenchi precostituiti, garantendo il principio della rotazione

- Per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori alla soglia comunitaria, l'articolo 36 prevedeva per i servizi e le forniture lo svolgimento di una procedura negoziata a cui dovevano essere invitati, se esistenti, almeno 5 operatori economici; la scelta di questi ultimi doveva avvenire tramite indagine di mercato o elenchi precostituiti, garantendo il principio della rotazione

- La legge 55/2019 introduce la possibilità per le stazioni appaltanti di procedere ad affidamento diretto anche per i contratti ricompresi tra i suddetti importi previa valutazione, se esistenti, di 3 preventivi (per lavori) o di 5 operatori economici (per servizi e forniture)

- La corretta applicazione della nuova disposizione non è ancora chiara

- Dall’esame della norma e dalla sua ratio sembrerebbe che:

- L’amministrazione debba osservare le regole previste per gli affidamenti diretti di cui all’art. 36 comma 2 lett. a)

- Con l’integrazione dell’obbligo di consultazione/verifica dei preventivi di almeno 3 operatori economici (per lavori) e di 5 operatori economici per servizi e forniture

- La nozione di preventivo

- Il Codice dei contratti pubblici non fornisce alcuna definizione del preventivo

- Secondo un indirizzo giurisprudenziale il preventivo costituirebbe un riscontro a una richiesta esplorativa dell' amministrazione, non ricondotta a una procedura competitiva tra operatori economici (Tar Calabria - Catanzaro, sezione I, sentenza n. 1801/2018)

- La valutazione dovrebbe intendersi nel senso di richiedere dei preventivi/offerte (nel rispetto dei principi di segretezza)

- In sostanza l'amministrazione procederà con l'affidamento diretto dopo aver esaminato i preventivi/offerte presentate da almeno 3 operatori economici (per lavori) o 5 operatori economici (per servizi e forniture)

- I preventivi/offerte saranno richieste agli operatori economici selezionati tramite un Avviso pubblico o un elenco (anche telematico)

- Secondo il Tar Sardegna l'affidamento diretto ex art. 36 comma 2 lett. b) (richiesta di 3 preventivi) avrebbe introdotto delle differenze rispetto alla vecchia procedura negoziata

- "*sono, in questa fase cautelare, da tenere in debito conto le esigenze imperative connesse a un interesse generale all' esecuzione dell'opera, esigenze che vanno raffrontate con* ***il bene della vita cui aspira la ricorrente che è costituito dalla riedizione della procedura che, dopo la legge 55/2019, è un affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi e non una procedura negoziata con le relative formalità***" (Tar Sardegna Decreto n. 212 del 30.08.2019)

- Il MIT con riferimento all'art. 36 comma 2 lett. b) ha distinto tra l'affidamento dei lavori e servizi/forniture

  - L'affidamento diretto dei lavori

- Al quesito "*E' corretto per l'affidamento di lavori procedere alla richiesta di tre preventivi contattando direttamente tre operatori economici, ovviamente nel rispetto del principio di rotazione, senza preventivamente fare una manifestazione di interesse ma ricercandoli sul mercato?*"

  - Il MIT rispondeva

- *Relativamente alla nuova formulazione della lettera b) dell'art. 36 a seguito delle modifiche di cui alla legge 14/06/2019 n. 55, la disposizione prevede per i lavori un'ipotesi di affidamento diretto senza necessità di avviso pubblico, disponendo la valutazione di tre preventivi, ove esistenti"* (Parere 524 del 7.08.2019)

-

- L’affidamento diretto di servizi/forniture

- Al quesito: “*Per quanto riguarda l'affidamento dei servizi/forniture /servizi ingegneria-architettura è necessario ricercare i cinque operatori economici previa indagine di mercato (manifestazione di interesse con avviso)?*”

  - Il MIT rispondeva

- “*Relativamente ai servizi e forniture, la stessa disposizione di cui all’articolo 36 comma 2 lettera b), al fine di individuare almeno cinque operatori economici prevede il ricorso alle indagini di mercato o agli elenchi di operatori, e pertanto la necessità di ricorrere a preventive forme di pubblicità (avviso pubblico) oppure il ricorso ad elenchi di operatori economici già costituiti e gestiti dalla stazione appaltante*” (Parere 524 del 7.08.2019)

- Il nuova art. 36 comma 2 lett. b) del Codice si applica anche ai servizi di ingegneria e architettura di importo inferiore a € 100.000

- Art. 157 comma 2

- "*Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, di direzione dell'esecuzione, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista* ***dall'articolo 36, comma 2, lettera b)****; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti*"

- Le Linee guida adottate dalla Regione Toscana

- La Giunta della Regione Toscana, con la delibera 842/2019, ha fornito le prime indicazioni in merito alle procedure di affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. 50/2016, dopo le modifiche introdotte dalla legge 55/2019, di conversione del c.d. "Decreto sblocca cantieri".

- La delibera in esame ha chiarito, in particolare, che gli affidamenti dei lavori ex art. 36, comma 2, lett. b) possano avvenire alternativamente, come segue

  - Opzione a)

- richiedere offerta economica, tramite il sistema telematico START, utilizzando l'apposita modulistica messa a disposizione dal Settore Contratti, ad un maggior numero di operatorie economici, scelti fra quelli operanti nel mercato di riferimento, al fine di acquisire almeno tre preventivi;
- nel caso in cui pervenga un numero inferiore di preventivi sarà necessario reiterarla richiesta ad altri operatori economici, facendo comunque salvi gli effetti della procedura già svolta.
- La scelta del miglior preventivo è effettuata sulla base del criterio del minor prezzo. A prescindere dal numero di offerte ricevute, non si applica l'art. 97 del D.Lgs.n. 50/2016, fatta salva la possibilità del Responsabile unico del procedimento di procedere ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo capoverso, del medesimo decreto legislativo

- Opzione b)

- acquisire in forma scritta, con modalità informale, almeno tre preventivi di spesa e, a seguito di una comparazione tra gli stessi, richiedere, tramite il sistema telematico START, utilizzando l'apposita modulistica messa a disposizione dal Settore Contratti, la conferma del preventivo ad uno degli operatori economici interpellati ed il rilascio delle dichiarazioni di cuiall'art.80 del Codice, ai fini dell'effettuazione dei controlli".

- In entrambi i casi, gli operatori economici saranno selezionati dal Dirigente responsabile del contratto, senza necessità di far ricorso a un avviso preventivo, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

- Gli uffici potranno procedere ad affidamento diretto tramite un unico decreto contenente gli elementi previsti dall'art. 32, comma 2, del D.Lgs. 50/2016, specificando le modalità (tra quelle precedentemente riportate) prescelte per l'acquisizione dei preventivi da valutare e i soggetti interpellati

La procedura negoziata per lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 euro e inferiore a 350.000

- La lett. c) viene abrogata

- "*~~c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati~~*"

- e sostituita con la seguente

- “***c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all’articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L’avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l’indicazione anche dei soggetti invitati***”

- Quindi:

- Lavori => 150.000 e < 350.000
- procedura negoziata ex art. 63 D.Lgs. 50/2016
- con consultazione di almeno 10 operatori economici
- Selezione tramite indagine di mercato o elenchi di operatori
- Rispetto del principio di rotazione

- La procedura negoziata di cui all'art. 63 comma 6 del D.Lgs. 50/2016

- "*Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione*"

La procedura negoziata per

lavori di importo pari o superiore a euro 350.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro

- Viene introdotta la lett. c-bis secondo cui

- ***"c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati"***

- Quindi:

- Lavori => 350.000 e < 1000.000
- procedura negoziata ex art. 63 D.Lgs. 50/2016
- con consultazione di almeno 15 operatori economici
- Selezione tramite indagine di mercato o elenchi di operatori
- Rispetto del principio di rotazione
- Si applica il termine dilatorio del 35 giorni

Lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 e inferiore alla soglia comunitaria

- Viene abrogata la lett. d)

- “~~per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall’articolo 95, comma 4, lettera a)~~”

- E sostituita con la seguente

- “***d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all’articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all’articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall’articolo 97, comma 8”***

- Quindi:

- Lavori => a € 1.000.000 fino a € 5.350.000
- Affidamento in via esclusiva con procedura aperta ex art. 60 del Codice
- Obbligo esclusione automatica delle offerte anomale in caso di sussistenza dei presupposti di cui all'art. 97 comma 8 del Codice

- Il comma 5 dell'art. 36 è stato abrogato

- ~~*5. Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito*~~

- Il comma 6 bis dell’art. 36 è stato abrogato

~~*6-bis. Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull’assenza dei motivi di esclusione di cui all’articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell’ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.*~~

Le fasi dell’affidamento della procedura negoziata ex art. 36 D.Lgs. 50/2016

- Il procedimento di affidamento può essere così schematizzato:

- determina a contrarre

- ricerca di mercato o elenchi di operatori e selezione di questi ultimi

- invio lettere d'invito

- presentazione delle offerte e scelta del miglior contraente, sulla base dei criteri di aggiudicazione dell'offerta indicati nella lettera di invito

La Determina a contrarre e la motivazione

- Il ricorso alla procedura negoziata deve essere preceduto dalla determina o decreto a contrattare

- E’ obbligatorio indicare la motivazione del ricorso a tale procedura

- *«Il ricorso alla procedura negoziata del cottimo fiduciario deve essere opportunamente limitato e motivato; la previsione, pertanto, di lavori da affidarsi in economia nell’ambito di un appalto, ove non adeguatamente motivata, costituisce una ingiustificata sottrazione di questi alle ordinarie procedure concorsuali, come nel caso di esecuzione di infissi in legno» (AVCP Deliberazione n. 4 del 28/01/2009*

La ricerca di mercato e selezione degli operatori da invitare

- Ai sensi dell'art. 36 del Codice l'amministrazione deve invitare almeno 10 operatori (per lavori di importo da € 150.000 / < € 350.000) o 15 operatori (per lavori di importo da € 350.000< € 1000.000)

- Questi operatori possono essere selezionati attraverso

- Un'indagine di mercato

- l'elenco degli operatori

- L’elenco degli operatori economici

- Le caratteristiche:

- L’amministrazione deve innanzitutto pubblicare un avviso di istituzione dell’elenco sul profilo committente

- Nell’avviso deve essere specificato in che modo verranno individuati e selezionati gli operatori

- La scelta dovrà essere effettuata nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento

- l’iscrizione a tale elenco non è condizione necessaria per essere invitati ad una procedura sotto soglia

- La stazione appaltante può escludere dagli elenchi soggetti che hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso grave errore nello svolgimento della loro attività professionale

- Gli elenchi sono sempre aperti per l'iscrizione degli operatori

- Sono aggiornati almeno annualmente

- Le stazioni appaltanti possono creare elenchi comuni di operatori economici oppure possono utilizzare elenchi predisposti da altre stazioni appaltanti

- La stazione appaltante può procedere in qualsiasi momento alla verifica del possesso dei requisiti dichiarati dall'operatore economico affidatario

- Nell'avviso devono essere precisati i requisiti di idoneità morale richiesti

- Nell'avviso devono essere precisati i requisiti tecnico-professionale ed economico-finanziari richiesti

- Possono iscriversi tutti gli operatori economici in possesso di tali requisiti

- L'Autorità precisava (con riferimento al cottimo fiduciario) che l'istituzione dell'elenco non fosse obbligatoria ma facoltativa

- «*L'istituzione e gestione di elenchi, di cui agli articoli 123, comma 1, e 125, comma 8, del Decreto legislativo n. 163/2006, non è obbligatoria, bensì riconosciuta come opzione alla stazione appaltante al fine di agevolare l'operato della stessa. La stazione appaltante, infatti, in tal modo, può più facilmente e celermente individuare i contraenti idonei, evitando le prescritte pubblicità ed indagini di mercato, da disporre di volta in volta per gli specifici appalti ed i conseguenti relativi oneri*» (Deliberazione Avcp n. 141/2007)

- Naturalmente la stazione appaltante non può riservare l'iscrizione agli elenchi di operatori economici alle imprese localizzate sul territorio

- «*Non è conforme ai principi di cui all'articolo 2, comma 1, del Decreto legislativo n. 163/2006, la stesura di un regolamento per l'acquisizione in economia di beni, servizi e lavori, che preveda quale requisito di iscrizione nell'elenco ufficiale dei fornitori e dei prestatori di servizi, quello di avere la sede operativa localizzata in una determinata area geografica*» (Deliberazione n. 43/2009)

- Il punto è stato trattato anche nel Comunicato del Presidente dell'Autorità del 20 ottobre 2010 in cui si afferma:

- l'illegittimità di clausole che pongano limitazioni territoriali ai fini della partecipazione alle gare pubbliche ed alla esecuzione dei relativi contratti

- L'illegittimità delle clausole adottate in applicazione di leggi regionali, in quanto queste ultime non possono ritenersi conformi ai principi di uguaglianza e di libera circolazione delle persone e dei servizi.

- Il criterio territoriale deve essere quindi utilizzato con la massima attenzione nel senso che

- Sicuramente non può essere considerato come condizione di partecipazione alla gara

- Potrebbe essere utilizzato come criterio di valutazione con i seguenti limiti

- "*al fine di renderne il contenuto compatibile con le disposizioni di rango costituzionale e comunitario esistenti in materia la clausola deve essere interpretata nel senso di consentire all'amministrazione locale interessata, in caso di parità sostanziale delle offerte pervenute, di preferire quella proveniente dall'istituzione avente maggiore vicinanza rispetto ai luoghi ove il servizio deve essere svolto ma non consente di escludere, a priori, le imprese che non posseggano il requisito ivi indicato*" (AVCP Deliberazione n. 31 del 21 marzo 2012; TAR Sicilia, Sez. III, n. 290/08, n. 1682/2007 e n. 1683/2007).

- L'indagine di mercato

- L’indagine di mercato deve essere svolta nel rispetto del principio di trasparenza

- Secondo la Commissione Europea (Comunicazione interpretativa G.U.U.E. 1 agosto 2006, n. C 179), ma anche secondo la Corte di Giustizia, l’obbligo di trasparenza si concretizza

- nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza
- Nel consentire ad un'impresa situata sul territorio di un altro Stato membro l’accesso ad informazioni adeguate relative all'appalto prima che esso sia aggiudicato, in modo tale che, se tale impresa lo desidera, sia in grado di manifestare il proprio interesse a partecipare a tale appalto

- La forma di pubblicità adeguata secondo la Commissione Europea consiste nella pubblicazione di un avviso pubblicitario (considerato come unica modalità rispettosa dell'obbligo di trasparenza) su:

- Internet (sito Internet dell'amministrazione aggiudicatrice; portali Internet creati specificamente per gli avvisi pubblicitari)

- Le Gazzette ufficiali nazionali

- I bollettini nazionali specializzati nella pubblicazione di annunci di appalti
- I quotidiani a diffusione nazionale o regionale
- Le pubblicazioni specializzate
- Mezzi di pubblicazione locali (quotidiani locali, bollettini d'informazione comunali albi pretori)
- Gazzetta ufficiale dell'Unione europea

- La scelta del mezzo pubblicitario da utilizzare spetta alle amministrazioni aggiudicatrici tenuto conto:

- del suo oggetto

- del suo importo

- delle pratiche abituali nel settore interessato

- Anche secondo l'Autorità la pubblicità dovrà essere proporzionata all'interesse dell'appalto

- «*In caso di pubblicazione di avviso preventivo, vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua "appetibilità" per i potenziali concorrenti» (*Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011)

- Forma di pubblicità inadeguata secondo la Commissione Europea

- Prendere contatto con un certo numero di potenziali offerenti (neanche se l'amministrazione aggiudicatrice si rivolge ad imprese di altri Stati membri o si sforza di entrare in contatto con l'insieme dei potenziali fornitori)

- Secondo la Commissione *«Un approccio selettivo di questa natura non può escludere qualunque discriminazione nei confronti dei potenziali offerenti di altri Stati membri, e in particolare dei nuovi arrivati sul mercato»*

- Pubblicità passiva (l'amministrazione non garantisce una pubblicità attiva, ma risponde alle richieste di informazioni provenienti da candidati che hanno scoperto con i loro mezzi la prevista aggiudicazione di un appalto)

➢ Il contenuto dell’avviso pubblicitario

➢ L’avviso pubblicitario può limitarsi

- a descrivere gli elementi essenziali dell'appalto da aggiudicare
- ad indicare la procedura di aggiudicazione
- ad invitare gli interessati a prendere contatto con l'amministrazione aggiudicatrice

- Non deve contenere un invito formale a presentare offerte

- Ciò che importa è che l'avviso sia in grado di permettere all'impresa di manifestare il proprio interesse per la partecipazione alla gara (***Corte giustizia CE, 21 luglio 2005*** **-** C-231/03)

- Anche secondo l’Autorità è sufficiente che l’avviso contenga gli elementi essenziali dell’appalto

- «*Quanto ai contenuti dell’avviso, lo stesso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell’appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante*» (Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011)

- L’avviso deve contenere, inoltre, i criteri e le modalità di selezione degli operatori economici da invitare

- *«La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l’individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. A titolo indicativo possono essere utilizzati come criteri, per esempio, le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell’impresa richiedente l’invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700), l’idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico*» (AVCP Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011)

- Con riferimento al sorteggio l’amministrazione deve tenere conto dell’art. 53 del Codice secondo il quale l’accesso agli atti dovrà essere differito

- *“nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all’elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l’accesso all’elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare”*

- Ulteriore modalità di indagine di mercato

- Il legislatore stabilisce che l'indagine di mercato possa avvenire anche attraverso la selezione delle imprese presenti nei cataloghi elettronici del mercato elettronico

- Ai sensi dell'art. 36 comma 6 del Codice

- *"Per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni"*

L’invio delle lettere di invito

- La lettera di invito contiene

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo massimo previsto, con esclusione dell'IVA;

- b) le garanzie richieste all'affidatario del contratto;

- La giurisprudenza riteneva che nel cottimo fiduciario non fosse obbligatoria la richiesta della cauzione provvisoria ma solo di quella definitiva

- *«Nell'ambito delle procedure di acquisizione in economia di servizi e forniture la stazione appaltante non è tenuta a richiedere ai partecipanti la presentazione di garanzia provvisoria, come risulta dall'art. 125, commi 11, 12 e 14, del codice dei contratti, disposizioni che non contengono alcun richiamo all'istituto della cauzione provvisoria né alcun rinvio all'art. 75 del codice dei contratti; viceversa, proprio il comma 14 dell'art. 125 cit. affida al regolamento di esecuzione del codice (approvato con il D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207) la ulteriore disciplina degli acquisti in economia: e l'art. 334, comma 1, lett. b), del regolamento prevede la presentazione di garanzia solo per l'affidatario del contratto»* (TAR Sardegna 09/03/2012 n. 275)

- Il nuovo Codice invece sembrerebbe escludere l'obbligo di richiesta della cauzione provvisoria soltanto per gli affidamenti diretti

- Art. 93 comma 1 (Garanzie per la partecipazione alla procedura)

- "*Nei casi di cui all'art. 36 comma 2 lettera a) è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie di cui al presente articolo*"

- c) il termine di presentazione delle offerte;

- d) il periodo in giorni di validita' delle offerte stesse;

- e) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;

- f) il criterio di aggiudicazione prescelto

- g) Gli elementi di valutazione, nel caso si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa con il rapporto qualità/prezzo

- h) l'eventuale clausola che preveda di non procedere all'aggiudicazione nel caso di presentazione di un'unica offerta valida;

- i) la misura delle penali, determinata in conformita' delle disposizioni del codice e del presente regolamento;

- l) l'obbligo per l'offerente di dichiarare nell'offerta di assumere a proprio carico tutti gli oneri assicurativi e previdenziali di legge, di osservare le norme vigenti in materia di sicurezza sul lavoro e di retribuzione dei lavoratori dipendenti, nonche' di accettare condizioni contrattuali e penalita';

- m) l'indicazione dei termini di pagamento;

- n) i requisiti soggettivi richiesti all'operatore economico, e la richiesta allo stesso di rendere apposita dichiarazione in merito al possesso dei requisiti soggettivi richiesti

➢ Ossia

- i requisiti di ordine generale
- i requisiti di ordine economico-finanziario
- I requisiti di ordine tecnico-professionali
- I requisiti di idoneità professionale

Presentazione delle offerte e scelta del miglior contraente

- I soggetti ammessi

- Negli affidamenti sotto soglia possono chiedere di essere invitati e presentare offerta tutti i soggetti di cui all'art. 45 del Codice

- gli imprenditori individuali, anche artigiani, le società commerciali, le società cooperative;

- i consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro costituiti a norma della legge 25 giugno 1909, n. 422 e del decreto legislativo del Capo provvisorio dello Stato 14 dicembre 1947, n. 1577, e successive modificazioni, e i consorzi tra imprese artigiane di cui alla legge 8 agosto 1985, n. 443

- i consorzi stabili, costituiti anche in forma di società consortili ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile, tra imprenditori individuali, anche artigiani, società commerciali, società cooperative di produzione e lavoro;

- i raggruppamenti temporanei di concorrenti, costituiti dai soggetti di cui alle lettere a), b) e c), i quali, prima della presentazione dell'offerta, abbiano conferito mandato collettivo speciale con rappresentanza ad uno di essi, qualificato mandatario, il quale esprime l'offerta in nome e per conto proprio e dei mandanti;

- i consorzi ordinari di concorrenti di cui all'articolo 2602 del codice civile, costituiti tra i soggetti di cui alle lettere a), b) e c) del presente comma, anche in forma di società ai sensi dell'articolo 2615-ter del codice civile;

- i soggetti che abbiano stipulato il contratto di gruppo europeo di interesse economico (GEIE) ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240;

- le aggregazioni tra le imprese aderenti al contratto di rete ai sensi dell'articolo 3, comma 4-ter, del decreto-legge 10 febbraio 2009, n. 5, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 aprile 2009, n. 33;

- I concorrenti invitati singolarmente possono successivamente riunirsi in A.T.I. per presentare l'offerta

- Questo principio è stato ribadito anche recentemente dal Consiglio di Stato in relazione al cottimo fiduciario

- Ciò in applicazione dell'art. 37, c. 12, d.lgs. 163/2006 (oggi art. 48 comma 11 D.Lgs. 50/2016) secondo il quale

- *"In caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti»*

- Secondo il Consiglio di Stato

- «*La norma in questione (art. 37 comma 12 D.Lgs. 163/2006), ha una ratio profondamente proconcorrenziale, consentendo un più ampio accesso al mercato dei contratti pubblici anche a soggetti che singolarmente non avrebbe i requisiti necessari per risultare aggiudicatari. Ne consegue che, nel caso di procedure ristrette o negoziate, le imprese ammesse singolarmente, possono partecipare alla gara sotto forma di riunioni temporanee*»

- Chiarendo inoltre che

- «*Il principio di immodificabilità soggettiva viene in rilievo soltanto all'indomani della presentazione dell'offerta e non nelle fasi di gara a questa precedente*» **(Consiglio di Stato, Sez. IV, 31/3/2014 n. 1548;)**

- L’utilizzo dell’avvalimento negli affidamenti in economia

- Orientamento contrario alla possibilità di applicazione dell’istituto dell’avvalimento

- *«Non è possibile ricorrere all'istituto dell'**avvalimento** nella procedura semplificata preventiva alla stipulazione di un contratto con il sistema del **cottimo** fiduciario, atteso che l'idoneità del soggetto da invitare al confronto deve sussistere al momento della spedizione degli inviti e non integrarsi successivamente al momento della sua eventuale partecipazione al confronto»* (T.A.R. Trento (Trentino-Alto Adige) 05/12/2012 n. 357)

- Orientamento favorevole all'applicazione dell'istituto dell'avvalimento

- Secondo la dottrina l'istituto dell'avvalimento potrebbe essere utilizzato anche negli affidamenti in economia. Ciò in quanto

- L'avvalimento è un istituto di derivazione comunitaria che trae origine dall'elaborazione giurisprudenziale della Corte di Giustizia

➢ Pubblicità delle sedute

- L’amministrazione deve procedere alla verifica dell’integrità dei plichi contenenti la documentazione amministrativa, l’offerta tecnica, l’offerta economica e alla loro apertura in seduta pubblica

- Vige il principio di trasparenza
- *“Il principio di pubblicità della gara risponde all'esigenza di garantire la trasparenza delle operazioni di gara ed opera, indipendentemente dal fatto che il bando lo preveda, in tutte le ipotesi in cui all'aggiudicazione si pervenga attraverso un'attività di tipo procedimentale, ancorché semplificata e quindi anche in relazione ai cottimi fiduciari. L'applicazione del detto principio implica che la fase concernente l'apertura dei plichi contenenti la documentazione amministrativa e tecnica, quella di verifica della detta documentazione, e quella di apertura delle buste con le offerte economiche, debbano sempre avvenire in seduta pubblica, così da assicurare a tutti i partecipanti la possibilità di assistere alle relative operazioni a tutela del corretto svolgimento della procedura” (TAR Sardegna, sez. I, 10/3/2011 n. 212)*

Il possesso dei requisiti di ordine generale (art. 80 del Codice)

- Viene dimostrato dal concorrente con la mera dichiarazione ex D.P.R. 445/2000

- L'amministrazione in questa sede non può verificare il contenuto delle autodichiarazioni (la verifica si farà successivamente all'aggiudicazione provvisoria)

- L'amministrazione farà esclusivamente una verifica formale delle dichiarazioni

I requisiti di ordine speciale

- Il possesso dei requisiti di ordine speciale

- Viene dimostrato dal concorrente con la mera dichiarazione ex D.P.R. 445/2000

- L'amministrazione in questa sede non può verificare il contenuto delle autodichiarazioni (la verifica si farà successivamente all'aggiudicazione provvisoria)

- L'amministrazione farà esclusivamente una verifica formale delle dichiarazioni

- I requisiti di ordine speciale devono essere determinati entro i limiti della logicità, della proporzionalità

-

- *«Le determinazioni in materia di requisiti soggettivi di partecipazione alle gare non devono essere illogiche, arbitrarie, inutili o superflue e devono essere rispettose del principio di proporzionalità, il quale esige che ogni requisito individuato sia al tempo stesso necessario ed adeguato rispetto agli scopi perseguiti; Nella scelta dei requisiti di partecipazione, quindi, il ricordato principio di non discriminazione impone che la stazione appaltante debba ricorrere a quelli che comportino le minori turbative per l'esercizio dell'attività economica. In definitiva, l'intero impianto dell'avviso non deve costituire una violazione sostanziale dei principi di libera concorrenza, "par condicio", non discriminazione e trasparenza di cui all'articolo 2, comma 1, del D.lg. n. 163 del 2006»* (T.A.R. Roma (Lazio) sez. II 08/06/2012 n. 5221;T.A.R. Lazio-Roma, sez. II, 7 ottobre 2010, n. 32717).

- Verifica dell’offerta tecnica

- L’apertura della busta avverrà in seduta pubblica mentre la verifica dell’offerta avverrà in seduta riservata

- La nomina della Commissione di gara dovrà avvenire successivamente alla data di scadenza delle offerte

- *«Nelle gare pubbliche, la regola della necessaria posteriorità della nomina dei componenti della commissione rispetto alla data fissata per la presentazione delle offerte, imposta dall'art. 84 comma 10, d.lg. 12 aprile 2006 n. 163, costituisce espressione di un principio di ordine generale, rispondente ad esigenze di imparzialità della procedura comparativa, allo scopo di evitare collusioni tra commissari e concorrenti, ed in quanto tale è applicabile ad ogni specie di competizione» (*Parere di Precontenzioso n. 47 del 10/04/2013; *Consiglio di Stato sez. V 10/09/2012 n. 4769; T.A.R. Puglia Bari, sez. I, 26 marzo 2009, n. 676; T.A.R. Lazio, 13 febbraio 2008, n. 1268)*

- Oneri di sicurezza aziendali

- La giurisprudenza riteneva (con riferimento al cottimo fiduciario) che salvo particolari esigenze non potesse richiedersi l'indicazione degli oneri di sicurezza aziendali a pena di esclusione

- "*E' fortemente discutibile che possa trovare rigida applicazione l'obbligo discendente dall'art. 87, comma 4, del codice dei contratti pubblici, invocato dall'appellante, che concerne la dichiarazione specifica degli oneri sostenuti per la sicurezza aziendale, quantomeno nel senso di imporre una tale dichiarazione a pena di esclusione. È preferibile ritenere che la regola, così come intesa dalla giurisprudenza formatasi in materia di appalti sopra soglia comunitaria, possa eccezionalmente applicarsi ai suddetti affidamenti quando, in considerazione di particolari e specifiche esigenze, la lettera d'invito contempla espressamente un richiamo in tal senso, specificando la conseguente esclusione dalla procedura per la mancata dichiarazione*" **(Consiglio di Stato, sez. III, 21/10/2015 n. 4810;** TAR Lombardia, Brescia, sez. I, n.450 del 2015 **)**

- Le prime pronunce giurisprudenziali relative al Nuovo Codice ritengono invece che gli oneri di sicurezza aziendali debbano essere indicati, pena l'esclusione, negli appalti sotto soglia ex art. 36 del Codice

- *"in presenza di una gara espressamente indetta ai sensi della sopravvenuta normativa di cui al d. lgs. n. 50/2016, secondo quanto inequivocabilmente indicato nel disciplinare di gara, e tenuto conto che lo ius superveniens rende pacificamente obbligatoria l'immediata dichiarazione dei costi della sicurezza già in sede di predisposizione dell'offerta economica, il mancato aggiornamento delle schede di offerta presenti nella procedura informatica del MEPA non può giustificare un affidamento incolpevole, essendo ben riconoscibile ad un operatore medio che nella specie si trattava di mancato adeguamento formale del richiamo normativo presente nella scheda di offerta economica, come confermato dal fatto che la procedura informatica prevedeva un apposito campo ove dichiarare, per l'appunto, i costi relativi alla sicurezza" (Tar Campobasso Ordinanza 31.10.2016 n. 147)*

- Verifica della soglia di anomalia esame giustificazioni

- Secondo l'Autorità l'art. 97 del Codice sarebbe applicabile anche agli affidamenti sotto soglia (Relazione AIR sulle Linee Guida "sotto soglia")

- La giurisprudenza ritiene invece che l'obbligo di verifica dell'anomalia dell'offerta non si applichi alle procedure sotto soglia

- "*Il Collegio osserva, al riguardo, che, versandosi in ipotesi di appalto sottosoglia (art.36 d.lgs. n.50/2016), non sussisteva l'obbligo per la stazione appaltante di attivare il procedimento di anomalia secondo la disciplina di cui all'art.97 d.lgs. n.50/2016 e che, nel caso di specie, si è avuto solo il legittimo esercizio del potere della stazione appaltante di valutare la convenienza dell'offerta*" (Tar Campania 26.01.2017 n. 564; conferma TAR Abruzzo sez. I, 18 settembre 2019, n. 457; TAR Toscana, 03/04/2019 n. 490)

- Aggiudicazione dell’appalto

- E’ controverso se anche negli affidamenti semplificati trovi applicazione la distinzione tra proposta di aggiudicazione e aggiudicazione

- Secondo una parte della dottrina troverebbe applicazione la distinzione tra proposta di aggiudicazione e aggiudicazione, essendo di competenza del responsabile del servizio l'individuazione dell'affidatario in via definitiva

- Secondo un orientamento giurisprudenziale non dovrebbe invece trovare applicazione

- La verifica dei requisiti

- L’amministrazione dovrà procedere alla verifica dei requisiti di ordine generale e speciale

- La verifica dei requisiti dovrà essere effettuate obbligatoriamente nei confronti dell’aggiudicatario e facoltativamente nei confronti degli altri partecipanti

- L’Art. 36 comma 5 viene sostituito con il seguente:

- “*~~5. Ai fini dell'aggiudicazione, nei casi di cui al comma 2, lettere a) e b), le stazioni appaltanti verificano esclusivamente i requisiti di carattere generale mediante consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali richiesti nella lettera di invito o nel bando di gara”~~* ***Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene esclusivamente sull’aggiudicatario. La stazione appaltante può comunque estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito***”

Stipulazione del contratto

- L’art. 32 comma 14 del Codice precisa che il contratto possa essere stipulato

- *“in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l’uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri”*

- Il Codice stabilisce che per questi affidamenti non debba essere rispettato il termine dilatorio di 35 giorni per la stipulazione del contratto

- Art. 32 comma 10 "*Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:…..nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico e nel caso di affidamenti effettuati ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)*"

Linee guida ANAC N. 4

“*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016

Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018

Aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.

- La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'art. 35

- Avvio della procedura

- Determina a contrarre: con la Determina a contrarre le amministrazioni aggiudicatrici definiscono

- L'interesse pubblico che intende soddisfare l'amministrazione

- Le caratteristiche delle opere/beni/servizi che intende conseguire

- L’importo massimo stimato dell’affidamento e alla relativa copertura
- La procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni
- I criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte
- Le principali condizioni contrattuali.

- Secondo le Linee Guida la procedura si articolerebbe in tre fasi:

- a) lo svolgimento di indagini di mercato o la consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;

- b) il confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e scelta dell'affidatario

- c) stipulazione del contratto

- Art. 5.2 e 5.3 della Linee Guida Anac n. 4:

- *"La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, e contiene informazioni analoghe a quelle di cui al punto 4.1.2.*
- *5.3 Successivamente la procedura si articola in tre fasi: a) svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo; b) confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e scelta dell'affidatario; c) stipulazione del contratto*"

a) L’indagine di mercato

- L’indagine di mercato (promossa dal responsabile unico del procedimento) è preordinata:

- a conoscere l’assetto del mercato di riferimento
- i potenziali concorrenti
- gli operatori interessati
- le relative caratteristiche soggettive
- le soluzioni tecniche disponibili

- le condizioni economiche praticate

- le clausole contrattuali generalmente accettate

➢ Secondo l'Autorità "*Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura*"

- L’Autorità suggerisce alle amministrazioni di dotarsi di un regolamento in cui vengono disciplinate:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo;

- b) le modalità di costituzione dell’elenco dei fornitori, eventualmente distinti per categoria e fascia di importo;

- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall’elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

- Modalità di svolgimento dell'indagine di mercato

- secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante

- differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità

- anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre amministrazioni aggiudicatrici

- La stazione appaltante dovrà comunque assicurare l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato *"scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici"*

- A tal fine:

- pubblica un avviso sul profilo di committente oppure ricorre ad altre forme di pubblicità

- *"La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in quindici giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni"*

- Contenuto dell’avviso

- il valore dell’affidamento

- gli elementi essenziali del contratto

- i requisiti di idoneità professionale

- i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione

- il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedure

- i criteri di selezione degli operatori economici

- le modalità per prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante

- L’avviso di indagine sul mercato inoltre potrà prevedere che la stazione appaltante si riservi la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia.

La consultazione di elenchi

- La stazione appaltante può individuare gli operatori economici selezionandoli da elenchi di operatori

- Gli elenchi devono essere costituiti a seguito di avviso pubblico

- L'avviso deve specificare che dall'elenco potranno essere tratti i nomi degli operatori da invitare

- L'avviso dovrà essere reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ad altre forme di pubblicità

- Contenuto dell’avviso

- L’avviso indica:

- modalità di selezione degli operatori economici da invitare
- i requisiti generali di moralità desumibili dall’art. 80 del Codice
- le eventuali categorie e fasce di importo in cui l’amministrazione intende suddividere l’elenco
- gli eventuali requisiti minimi, richiesti per l’iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo

- L’Autorità precisa che:

- *“La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell’amministrazione allegati all’avviso pubblico, eventualmente facendo ricorso al DGUE”*

- L’iscrizione degli operatori economici è consentita senza limitazioni temporali

- L’operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445.

- L’amministrazione procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di trenta giorni dalla ricezione dell’istanza

- Una volta costituito l’elenco, l’amministrazione aggiudicatrice prevede le modalità di revisione dello stesso, con cadenza prefissata

- Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale

- **Possono essere del pari esclusi quegli operatori economici che non presentino offerte a seguito di tre inviti nel biennio**

- Gli elenchi sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante

- Gli elenchi di operatori economici vigenti possono continuare ad essere utilizzati purché compatibili con il Codice e con le linee guida

B. Il confronto competitivo

- Conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante:

- "*seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a dieci per i lavori e a cinque per i servizi e le forniture, sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre*"

- La modalità di selezione dei soggetti da invitare

- La stazione appaltante è tenuta al rispetto del criterio di rotazione degli inviti

- Può invitare anche l'aggiudicatario uscente. Tale invito ha tuttavia "*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 (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento*"

- La stazione appaltante dovrà scegliere i 10 o i 15 operatori sulla base dei requisiti posseduti dai soggetti che chiedono di essere invitati

- Qualora i soggetti da invitare non si possano scegliere sulla base dei predetti requisiti

- la stazione appaltante può procedere al sorteggio

- a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativa o nell'avviso di costituzione di elenco

- Nell’ipotesi di utilizzo del sorteggio

- l’amministrazione aggiudicatrice rende tempestivamente noto , con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio

- Adotta gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte

Modalità di partecipazione

- Una volta selezionati gli operatori economici gli stessi sono invitati a presentare offerta a mezzo di posta elettronica certificata ovvero, quando ciò non sia possibile, tramite lettera (art. 75, comma 3) oppure mediante le specifiche modalità previste dal singolo mercato elettronico

- Gli operatori economici devono essere invitati contemporaneamente.

- Obbligo dell'utilizzo delle gare telematiche dal 18 ottobre 2018

- Ai sensi dell'art. 40 comma 2 del D.Lgs. 50/2016

- "*A decorrere dal 18 ottobre 2018, le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte dalle stazioni appaltanti sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici*"

- Deroga: Le procedure per l'affidamento di appalti di importo inferiore a € 1.000,00 possono svolgersi ancora con lo strumento cartaceo

- L’invito deve contenere almeno:

- a) l’oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;

- b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell’elenco;

- c) il termine di presentazione dell’offerta ed il periodo di validità della stessa;

- d) l’indicazione del termine per l’esecuzione della prestazione;
- e) il criterio di aggiudicazione e, nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;
- f) la misura delle penali;
- g) l’indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- **h) l’eventuale richiesta di garanzie;**
- i) il nominativo del RUP

- j) la volontà di procedere alla verifica dell’anomalia dell’offerta ai sensi dell’art. 97, comma 8, d.lgs. 50/2016, con l’avvertenza, che in ogni caso la stazione appaltante valuta la conformità di ogni offerta, che in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa;

- k) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti

- Verifica dei requisiti

- Il possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico nel corso della procedura, è verificato dalla stazione appaltante

- La verifica è obbligatoria nei confronti del solo aggiudicatario

- E' fatta salva la facoltà della stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti di altri soggetti, conformemente ai principi in materia di autocertificazione

- Stipula contratto

- Ai sensi dell’art. 32, comma 14, del Codice, la stipula del contratto avviene, a pena di nullità,

- con atto pubblico notarile informatico

- ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante

- in forma pubblica amministrativa a cura dell’Ufficiale rogante della stazione appaltante

- o mediante scrittura privata

- ovvero mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.

- E' esclusa l'applicazione del termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto

- Pubblicità:

- *“all’esito della procedura negoziata la stazione appaltante pubblica le informazioni relative alla procedura di gara, previste dalla normativa vigente, tra le quali gli esiti dell’indagine di mercato e l’elenco dei soggetti invitati motivando adeguatamente sulle scelte effettuate”*

SPORTELLO APPALTIMPRESE

SARDIGNA CHIRCAS
SARDEGNA RICERCHE

AVV. FRANCESCO MASCIA

www.sportelloappaltimprese.it

info@sportelloappaltimprese.it
consulenza@sportelloappaltimprese.it
assistenza@sportelloappaltimprese.it

UNIONE EUROPEA
Fondo europeo di sviluppo regionale
REPUBBLICA ITALIANA
REGIONE AUTÒNOMA DE SARDIGNA
REGIONE AUTONOMA DELLA SARDEGNA
POR FESR SARDEGNA 2014-2020

L'iniziativa è cofinanziata dal POR FESR Sardegna 2014-2020
Linea d'Azione 1.3.1 – "Rafforzamento e qualificazione della domanda di innovazione della PA attraverso il sostegno ad azioni di Precommercial Procurement"