

**RASSEGNA SOMMARIA DELLE NORME
SULLE PROCEDURE SEMPLIFICATE DEGLI APPALTI PUBBLICI
NEI SETTORI ORDINARI**

(aggiornata alle modifiche introdotte dalla Legge di Bilancio 2019)

A cura di:

- Angelo Di Palma, già direttore generale della Provincia di Matera
- Federica Fiore, avvocato, funzionario presso APAC (Agenzia provinciale per gli appalti e contratti della Provincia Autonoma di Trento)
- Valerio Di Palma, avvocato, perfezionato in “amministrazione e finanza degli enti locali” presso l'Università Federico II di Napoli”

INTRODUZIONE

Il presente lavoro, formulato anche alla luce delle novità introdotte dalla recente Legge di Bilancio per il 2019, mira, senza pretese di indubitabilità ed esaustività, ad apprestare - attingendo anche a ben più qualificati autori e a fonti di informazione del settore - un elementare e spedito supporto per chi si avvicini alla materia.

Spesso, anomalie nella condotta negoziale delle p.a. (ingiustificabili affidamenti “diretti”, proroghe e rinnovi “seriali”, indebiti “frazionamenti”, vizi e difformità di lavori da poco completati senza evocare la “garanzia dell’appaltatore”, etc.) discendono da incomplete “conoscenze” di chi opera.

Ciò ci si permette affacciare per il caso particolare degli operatori delle stazioni appaltanti di minima consistenza (piccoli Comuni, piccole “partecipate” soggette al Codice, etc.), nelle quali chi vi è addetto - spesso con limitate possibilità di approfondimento ed aggiornamento, in quanto onerati di impegnative mansioni promiscue - si trova, non di rado, al cospetto di problematiche di non facile soluzione.

In aggiunta, la normativa è fin troppo ampia e complessa: basti pensare solo alle incertezze e timori connessi alla possibilità di scelta diretta del contraente, al divieto di frazionamento dell’appalto e alla parallela (e apparentemente contraddittoria) prescrizione della suddivisione in lotti, agli appalti alle cooperative sociali, per non dire della revisione dei prezzi e del sub-appalto.

Non a caso, è stata già annunciata, dal comma 912 dell’art.1 della predetta L. 145/2018, la complessiva revisione del vigente Codice e, da ciò, gli operatori non possono che attendersi almeno -come già efficacemente osservato - *“semplicità di linguaggio e ragionevoli proporzioni dimensionali”*.

Per restare nell’ambito degli enti di piccola dimensione, altro stimolo alla pubblicazione è stato il considerare che la recente liberalizzazione dell’utilizzo degli avanzi di amministrazione “disponibili” (da tempo quiescenti nei bilanci), lo sgravio dall’obiettivo di “stabilità” della annosa penalizzazione del ricorso a mutui per spese in c/capitale, la messa a immediata disposizione, a favore di tutti i Comuni fino a 20.000 abitanti, di fondi per limitati interventi straordinari da iniziarsi, a pena di revoca, entro il prossimo 15 maggio, produrranno sicuri e diffusi nuovi acquisti di beni, servizi e lavori e, quindi, nuovi appalti da proceduralizzare.

In ogni caso, senza dubbio utile si presenta, in attesa della riforma, la rilettura almeno del contenuto essenziale delle principali norme in materia di procedure semplificate degli affidamenti fiduciari nei settori ordinari, di interesse più che attuale perché, come si sa, la legge di stabilità, per accelerare la ripresa economica, ha ampliato, ancorché transitoriamente per il 2019, le possibilità di scelta già previste dal Codice.

Alla elencazione delle norme, si accompagnano, in più casi, brevi considerazioni e richiami ritenuti di connessa rilevanza, con riguardo principale alla “produzione” dell’Autorità Nazionale Anticorruzione.

E’ doveroso, infine, segnalare i seguenti riferimenti, per ogni utile commento o notizia, nonché per le necessarie correzioni che si vogliano loro indirizzare: *enniodipalma@gmail.com*

Gennaio 2019

- I N D I C E -

I- ALCUNI ASPETTI PRELIMINARI

1)	ambito di applicazione ed esclusione del Codice [d.lgs. 50/2016 e s.m.i]	pag. 5
2)	funzioni particolari e poteri dell’Autorità Nazionale Anti-Corruzione [art. 213]	pag. 6
3)	programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici [art. 21]	pag. 9
4)	motivi di esclusione dalle attività negoziali [art. 80]	pag. 10
5)	“clausole sociali” dei bandi di gara e degli avvisi [art. 50]	pag. 17
6)	tutela della concorrenza e principi connessi	pag. 18
7)	salvaguardia del diritto alla retribuzione del personale dell’appaltatore o del subappaltatore [art. 30]	pag. 20
8)	predisposizione degli atti relativi alla gara	pag. 21
9)	caso di eguali migliori offerte in gara	pag. 21

II- ALCUNI ASPETTI SPECIFICI

10)	l’affidamento diretto o di seguito ad inviti (con le ampliate facoltà previste per il 2019 dalla legge di stabilità), con particolare riguardo al principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti	pag. 22
11)	della ipotesi di operatore economico non invitato a presentare offerta ma in possesso dei requisiti - legittimazione alla presentazione di offerta	pag. 26
12)	l’affidamento diretto di lavori in caso di “somma urgenza”	pag. 26
13)	l’affidamento di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a € 40.000,00 e inferiore alle soglie di rilevanza “comunitaria”	pag. 28
14)	la stipulazione del contratto dopo la gara e la clausola del “termine dilatorio”	pag. 29
15)	accesso agli atti di gara	pag. 30
16)	cenni sul ricorso a “consip” e al “mepa” e il recesso dal contratto quando l’appaltatore non acconsente alla modifica delle condizioni economiche secondo i parametri migliorativi delle convenzioni Consip	pag. 31
17)	beni e servizi informatici e di connettività	pag. 34
18)	limitazioni alle procedure di gara autonome [art. 63]	pag. 35
19)	uso della procedura negoziata senza la previa pubblicazione di un bando di gara	pag. 36
20)	affidamenti a cooperative sociali	pag. 40
21)	il frazionamento del valore dell’appalto	pag. 43
22)	del particolare caso in cui il regolamento interno preveda ancora il vecchio limite, per gli affidamenti diretti di forniture, lavori e servizi, di € 20.000,00	pag. 47

23)	criteri di aggiudicazione dell'appalto [art. 95]	pag. 48
24)	offerte anormalmente basse [art. 97]	pag. 50
25)	ritardi nell'esecuzione e penali	pag. 51
26)	possibilità di controllare a posteriori la regolarità dell'appalto	pag. 51
27)	proroga e rinnovo del contratto	pag. 52
28)	procedure di affidamento in caso di fallimento dell'esecutore o di risoluzione del contratto e misure straordinarie di gestione [art. 110]	pag. 53
29)	il subappalto [art. 105]	pag. 54
30)	la modifica dei contratti durante il periodo di efficacia -comprese le "varianti", la cessione dei crediti dell'appaltatore e la revisione prezzi [art.106]	pag. 57
31)	la sospensione dei lavori [art. 107]	pag. 60
32)	la risoluzione del contratto [art. 108]	pag. 61
33)	il recesso dal contratto [art. 109]	pag. 63
34)	cenni sulla giurisdizione nelle controversie sui contratti pubblici	pag. 63

1) AMBITO DI APPLICAZIONE ED ESCLUSIONE DEL CODICE

(D.LGS. 50/2016 E S.M.I)

Per quanto qui di interesse, va ricordato che il Codice si applica alle pubbliche amministrazioni (quindi anche agli Enti locali) nonché alle società partecipate nella ipotesi che queste siano “*organismi di diritto pubblico*” (soggetti, cioè, che, sebbene con veste giuridica di diritto comune, siano stati istituiti per soddisfare esigenze di interesse generale/bisogni pubblici aventi carattere non industriale e commerciale).

Ai sensi dell’art. 17, le disposizioni del Codice non si applicano (tra gli altri) agli appalti e alle concessioni di servizi concernenti:

a) l'acquisto o la locazione...di terreni, fabbricati... [per questi si applica la norma della “Contabilità di Stato”];

b) ...

c) servizi d'arbitrato e di conciliazione;

d) i servizi legali (d.1: rappresentanza legale da parte di avvocato anche in arbitrati e conciliazioni; d.2: consulenza legale in preparazione dei procedimenti di cui al punto d.1);

e) i servizi finanziari relativi all'emissione, all'acquisto, alla vendita e al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari...;

f) i servizi concernenti i prestiti, a prescindere dal fatto che siano correlati all'emissione, alla vendita, all'acquisto o al trasferimento di titoli o di altri strumenti finanziari;

NOTA- Per l’affidamento dei servizi legali, di non secondario rilievo per i Comuni più piccoli, in genere privi di avvocatura interna, l’Autorità Nazionale Anticorruzione (Anac) aveva sostenuto che essi vanno sempre assoggettati alle regole della concorrenza, non essendo mai giustificabile l’affidamento diretto, senza preventiva selezione competitiva.

Diverso avviso è stato espresso nei pareri del Consiglio di Stato e del Consiglio Nazionale Forense, nel senso che:

- la disciplina del Codice (e quindi l’obbligo di confronto competitivo) si applica senz’altro ai servizi legali seriali di patrocinio, consulenza etc., questi implicando rilevante “organizzazione di mezzi”;

- il singolo incarico di patrocinio, più caratterizzato dalla componente fiduciaria e “personale”, esula, invece, dalla disciplina del Codice, sebbene, come ha osservato il Consiglio di Stato, in tali casi, la

individuazione dell'avvocato non possa essere sorretta solo in maniera generica (caso tipico è, a sintetica motivazione, indicata la "chiara fama" dell'avvocato prescelto): pertanto, l'individuazione fiduciaria deve essere specificamente motivata, peraltro, preferibilmente, attingendo ad un albo interno, sempre "aperto" e formato per "sezioni-materie".

L'ANAC di recente ha accolto i predetti avvisi e si è così espressa: *"L'affidamento dei servizi legali costituisce appalto, con conseguente applicabilità dell'allegato IX e degli articoli 140 e seguenti del Codice dei contratti pubblici, qualora la stazione appaltante affidi la gestione del contenzioso in modo continuativo o periodico al fornitore nell'unità di tempo considerata (di regola il triennio); l'incarico conferito ad hoc costituisce invece un contratto d'opera professionale, consistendo nella trattazione della singola controversia o questione, ed è sottoposto al regime di cui all'articolo 17 (contratti esclusi). ...Rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 1 gli incarichi di patrocinio legale conferiti in relazione ad una specifica e già esistente lite. Rientrano nella disposizione di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d), n. 2 i servizi di assistenza e consulenza legale preparatori ad un'attività di difesa in un procedimento di arbitrato, di conciliazione o giurisdizionale, anche solo eventuale..."*

Di contro, in ordine a singoli incarichi di patrocinio, orientamenti più restrittivi - riassumibili nell'obbligo di espletare una preventiva selezione comparativa e, più in generale, di attingere ad elenco interno di professionisti accreditatisi di seguito a pubblico avviso - possono leggersi dalla delibera/parere n° 144/2018 della Corte dei Conti Emilia Romagna - Sez. Contr.).

Sul punto, è utile segnalare pure, che, di recente, il giudice amministrativo ha censurato - per l'evidente disdoro della professione - l'avviso pubblico di un Comune che, per istituire e popolare l'Albo, pretendeva la sottomissione dei candidati a risibili compensi.

2) FUNZIONI PARTICOLARI E POTERI DELL'AUTORITÀ NAZIONALE ANTI-CORRUZIONE [ART. 213]

5. ... *l'Autorità [Nazionale Anti-Corruzione] può disporre ispezioni, anche su richiesta motivata di chiunque ne abbia interesse, avvalendosi eventualmente della collaborazione di altri organi dello Stato nonché dell'ausilio del Corpo della Guardia di Finanza, che esegue le verifiche e gli accertamenti richiesti agendo con i poteri di indagine ad esso attribuiti ai fini degli accertamenti relativi all'imposta sul valore aggiunto e alle imposte sui redditi.*

6. *Qualora accerti l'esistenza di irregolarità, l'Autorità trasmette gli atti e i propri rilievi agli organi di controllo e, se le irregolarità hanno rilevanza penale, alle competenti Procure della Repubblica. Qualora*

accerti che dalla esecuzione dei contratti pubblici derivi pregiudizio per il pubblico erario, gli atti e i rilievi sono trasmessi anche ai soggetti interessati e alla Procura generale della Corte dei conti.

Art. 211 c. 1-ter. L'ANAC, se ritiene che una stazione appaltante abbia adottato un provvedimento viziato da gravi violazioni del presente codice, emette, entro sessanta giorni dalla notizia della violazione, un parere motivato nel quale indica specificamente i vizi di legittimità riscontrati. Il parere è trasmesso alla stazione appaltante; se la stazione appaltante non vi si conforma entro il termine assegnato dall'ANAC, comunque non superiore a sessanta giorni dalla trasmissione, l'ANAC può presentare ricorso, entro i successivi trenta giorni, innanzi al giudice amministrativo

Art. 211 c.1. Su iniziativa della stazione appaltante o di una o più delle altre parti, l'ANAC esprime parere, previo contraddittorio, relativamente a questioni insorte durante lo svolgimento delle procedure di gara, entro trenta giorni dalla ricezione della richiesta. Il parere obbliga le parti che vi abbiano preventivamente acconsentito ad attenersi a quanto in esso stabilito.

A titolo esemplificativo e non esaustivo, sono di competenza dell'Autorità le segnalazioni aventi ad oggetto:

- contratti pubblici (affidamento ed esecuzione di lavori, servizi e forniture)
- misure anticorruzione (in particolare controlli su adozione, applicazione ed efficacia dei piani triennali di prevenzione della corruzione e trasparenza)
- obblighi di trasparenza sui siti web istituzionali
- inconfiribilità e incompatibilità di incarichi
- casi di pantouflage (divieto, per i dipendenti che, negli ultimi tre anni di servizio, hanno esercitato poteri autoritativi o negoziali per conto delle pubbliche amministrazioni di svolgere, nei tre anni successivi alla cessazione del rapporto di pubblico impiego, attività lavorativa o professionale presso i soggetti privati destinatari dell'attività della pubblica amministrazione svolta attraverso i medesimi poteri. I contratti conclusi e gli incarichi conferiti in violazione di quanto previsto dal presente comma sono nulli ed è fatto divieto ai soggetti privati che li hanno conclusi o conferiti di contrattare con le pubbliche amministrazioni per i successivi tre anni con obbligo di restituzione dei compensi eventualmente percepiti e accertati ad essi riferiti)
- whistleblowing (il sistema dell'Anac per la segnalazione di condotte illecite è indirizzato al whistleblower, inteso come dipendente pubblico che intende segnalare illeciti di cui sia venuto a conoscenza in ragione del rapporto di lavoro. Per “dipendente pubblico” si intende il dipendente delle

amministrazioni pubbliche ivi compreso il dipendente di un ente di diritto privato sottoposto a controllo pubblico ai sensi dell'art. 2359 del codice civile.)

- Ambiti di cui l'autorità anticorruzione non si occupa

Sono oggetto di archiviazione le segnalazioni anonime (senza firma, con firma illeggibile o che non consentano di identificare con certezza l'autore) e dal contenuto generico. A titolo esemplificativo, non vengono prese in considerazione per manifesta incompetenza:

- accertamento di responsabilità penali o erariali (la competenza è dell'Autorità giudiziaria o della Corte dei conti)
- procedure selettive e concorsi (la competenza è della giustizia amministrativa)
- irregolarità nelle nomine se non riguardano casi di incompatibilità o inconfiribilità degli incarichi (la disciplina dei casi di inconfiribilità e incompatibilità di incarichi presso le pubbliche amministrazioni e presso gli enti privati in controllo pubblico è prevista dal d.lgs. 39/2013)
- rivendicazioni sindacali
- casi di malasanità
- assenteismo dal lavoro
- conflitti politico-istituzionali all'interno di enti
- anomalie nella gestione di istituti di credito o finanziari
- abusi edilizi

Merita, poi, particolare menzione la applicazione della misura di *“straordinaria e temporanea gestione, sostegno e monitoraggio di cui all'art. 32, d.l. n. 90/2014”*.

“Detta misura presuppone l'esistenza di un contratto pubblico in corso di esecuzione; la pendenza di un procedimento penale per i delitti di matrice corruttiva ovvero di rilevanti situazioni anomale e comunque sintomatiche di condotte illecite o eventi criminali attribuibili al soggetto aggiudicatario dell'appalto; il fumus boni iuris, relativamente all'accertamento dell'illecito; la gravità dei fatti contestati”.

Se venutone, per sua parte, a conoscenza, *“il presidente dell'ANAC ne informa il procuratore della Repubblica e, in presenza di fatti gravi e accertati, propone al Prefetto del luogo in cui ha sede la stazione appaltante, alternativamente:*

- a) *di ordinare la rinnovazione degli organi sociali mediante la sostituzione del soggetto coinvolto e, ove l'impresa non si adegui nei termini stabiliti, di provvedere alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto d'appalto*
- b) *di provvedere direttamente alla straordinaria e temporanea gestione dell'impresa limitatamente alla completa esecuzione del contratto di appalto.*

Il Prefetto ... valutata la particolare gravità dei fatti oggetto dell'indagine, intima all'impresa di provvedere al rinnovo degli organi sociali sostituendo il soggetto coinvolto e ove l'impresa non si adegui nel termine di trenta giorni ovvero nei casi più gravi, provvede nei dieci giorni successivi con decreto alla nomina di uno o più amministratori, in numero comunque non superiore a tre, in possesso dei requisiti di professionalità e onorabilità di cui al regolamento adottato ai sensi dell'articolo 39, comma 1, del decreto legislativo 8 luglio 1999, n. 270. Il predetto decreto stabilisce la durata della misura in ragione delle esigenze funzionali alla realizzazione dell'opera pubblica, al servizio o alla fornitura oggetto del contratto e comunque non oltre il collaudo.”

Per citare casi verificatisi, il fumus boni iuris è stato ricavato “dal compendio probatorio del procedimento penale incardinatosi, dal quale si è evinto, inequivocabilmente, l’alterazione della procedura di gara, attraverso la sostituzione della documentazione della gara nonché la sussistenza di un chiaro nesso sinallagmatico tra l’affidamento dell’appalto alla società e il riconoscimento di utilità economiche in favore dei pubblici ufficiali indagati”.

3) PROGRAMMA DEGLI ACQUISTI E PROGRAMMAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI [ART. 21]

1. Le amministrazioni aggiudicatrici adottano il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali. I programmi sono approvati nel rispetto dei documenti programmatori e in coerenza con il bilancio ...

2. Le opere pubbliche incompiute sono inserite nella programmazione triennale di cui al comma 1, ai fini del loro completamento ovvero per l'individuazione di soluzioni alternative quali il riutilizzo, anche ridimensionato, la cessione a titolo di corrispettivo per la realizzazione di altra opera pubblica, la vendita o la demolizione.

3. Il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali contengono i lavori il cui valore stimato sia pari o superiore a 100.000 € e indicano... i lavori da avviare nella prima annualità, per i quali deve essere riportata l'indicazione dei mezzi finanziari stanziati ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici. Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 €, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, le amministrazioni aggiudicatrici approvano preventivamente il progetto di fattibilità tecnica ed economica.

4. *Nell'ambito del programma di cui al comma 3, le amministrazioni aggiudicatrici individuano anche i lavori complessi e gli interventi suscettibili di essere realizzati attraverso contratti di concessione o di partenariato pubblico privato.*

5. *Nell'elencazione delle fonti di finanziamento sono indicati anche i beni immobili disponibili che possono essere oggetto di cessione.*

6. *Il programma biennale di forniture e servizi e i relativi aggiornamenti annuali contengono gli acquisti di beni e di servizi di importo unitario stimato pari o superiore a 40.000 €. ..Per le acquisizioni di "beni e servizi informatici e di connettività" le amministrazioni aggiudicatrici tengono conto di quanto previsto dall'articolo 1, comma 513, della legge 28 dicembre 2015, n. 208. (ved. avanti).*

7. *Il programma biennale degli acquisti di beni e servizi e il programma triennale dei lavori pubblici, nonché i relativi aggiornamenti annuali sono pubblicati sul profilo (cioè il sito istituzionale) del committente, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e dell'Osservatorio di cui all'articolo 213, anche tramite i sistemi informatizzati delle regioni ...*

4) MOTIVI DI ESCLUSIONE ALLE ATTIVITÀ NEGOZIALI [ART. 80]

1. *Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, per uno dei seguenti reati:*

a) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 416, 416-bis del codice penale ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto articolo 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'articolo 74 del decreto del Presidente della Repubblica 9 ottobre 1990, n. 309, dall'articolo 291-quater del decreto del Presidente della Repubblica 23 gennaio 1973, n. 43 e dall'articolo 260 del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'articolo 2 della decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio;

b) delitti, consumati o tentati, di cui agli articoli 317, 318, 319, 319-ter, 319-quater, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 del codice penale nonché all'articolo 2635 del codice civile; b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli articoli 2621 e 2622 del codice civile;

c) frode ai sensi dell'articolo 1 della convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d)...

e) delitti di cui agli articoli 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 del codice penale, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'articolo 1 del decreto legislativo 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni;

f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il decreto legislativo 4 marzo 2014, n. 24;

g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione.

2. Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'articolo 67 del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli articoli 88, comma 4-bis, e 92, commi 2 e 3, del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia.

3. L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima.

4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e

tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602. [NOTA- L'importo attuale è di € 5.000,00, da considerarsi al netto dell'iva, per potersi verificare pure, a cura del competente ufficio dell'ente e prima dell'emissione del mandato di pagamento, "se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento", con obbligo di sospensione, nell'affermativa, del pagamento e di segnalazione all'agente della riscossione per il recupero delle somme iscritte a ruolo]. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015, ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

5. Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora:

a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'articolo 30, comma 3 del presente codice;

b) l'operatore economico si trovi in stato di fallimento, di liquidazione coatta, di concordato preventivo, salvo il caso di concordato con continuità aziendale, o nei cui riguardi sia in corso un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'articolo 110;

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità;

c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito,

anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione [NOTA- Precisazioni su detta causa di esclusione si rilevano dal parere del Consiglio di Stato n°2616/2018, in merito all'aggiornamento delle linee guida n°6 elaborate dall'ANAC, recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e carenze esecutive di precedente contratto di appalto significative per l'esclusione di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) del d.lgs. n. 50 del 2016".];

c-ter) l'operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa;

d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile;

e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive;

f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'articolo 9, comma 2, lettera c) del decreto legislativo 8 giugno 2001, n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere;

f-ter) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico;

g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione;

h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'articolo 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non é stata rimossa;

i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito;

l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica procedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio;

m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale.

NOTA- Le previsioni di cui alle lettere c, c-bis e c-ter sono state riscritte dall'art.5, comma 1° del d.l. 14/12/2018 n°135 - c. detto decreto "semplificazioni", al momento in corso di esame per la relativa conversione.

6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1, 2, 4 e 5.

7. Un operatore economico, o un subappaltatore, che si trovi in una delle situazioni di cui al comma 1, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, o al comma 5, é ammesso a provare di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti.

8. *Se la stazione appaltante ritiene che le misure di cui al comma 7 sono sufficienti, l'operatore economico non è escluso dalla procedura d'appalto; viceversa dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico.*

9. *Un operatore economico escluso con sentenza definitiva dalla partecipazione alle procedure di appalto non può avvalersi della possibilità prevista dai commi 7 e 8 nel corso del periodo di esclusione derivante da tale sentenza.*

10. *Se la sentenza di condanna definitiva non fissa la durata della pena accessoria della incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione, ovvero non sia intervenuta riabilitazione, tale durata è pari a cinque anni, salvo che la pena principale sia di durata inferiore, e in tale caso è pari alla durata della pena principale e a tre anni, decorrenti dalla data del suo accertamento definitivo, nei casi di cui ai commi 4 e 5 ove non sia intervenuta sentenza di condanna.*

11. *Le cause di esclusione previste dal presente articolo non si applicano alle aziende o società sottoposte a sequestro o confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356 o degli articoli 20 e 24 del decreto legislativo 6 settembre 2011 n. 159, ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario o finanziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento.*

12. *In caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne dà segnalazione all'Autorità' che, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto ai sensi del comma 1 fino a due anni, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia.*

13. *Con linee guida l'ANAC, da adottarsi entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente Codice, può precisare, al fine di garantire omogeneità di prassi da parte delle stazioni appaltanti, quali mezzi di prova considerare adeguati per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui al comma 5, lettera c), ovvero quali carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto siano significative ai fini del medesimo comma 5, lettera c).*

14. *Non possono essere affidatari di subappalti e non possono stipulare i relativi contratti i soggetti per i quali ricorrano i motivi di esclusione previsti dal presente articolo.*

Si presentano di particolare interesse le precisazioni dell'ANAC, di seguito al d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 (correttivo del d.lgs. 50/2016), in relazione, tra l'altro:

- al motivo di esclusione dalla partecipazione alla gara in presenza di condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale, per individuare a quali dei relativi membri del consiglio di amministrazione, da un lato, e degli organi con poteri di direzione e vigilanza, dall'altro, si applichi l'inibitoria;
- alla verifica delle dichiarazioni sull'assenza dei motivi di esclusione e sulla presenza delle condizioni di partecipazione.

Quanto, invece, al motivo dell'esclusione dalla partecipazione dei soggetti che, responsabili di grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dal committente, come di un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale, interessanti notazioni possono leggersi nello scritto di Matteo Monnanni *"I motivi di esclusione dalle procedure di gara. Focus sui gravi illeciti professionali"* su www.diritto24.ilsole24ore.com".

Sulla causa d'esclusione predetta, rilevano anche le indicazioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 6, di attuazione del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti *«Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione.»*

Quanto al motivo di esclusione riferito alla violazione grave, definitivamente accertata, rispetto agli obblighi relativi al pagamento dei contributi previdenziali, interessanti aspetti sono segnalati, a proposito della sent. 11-13 luglio 2018 n. 36 del Tar Valle d'Aosta - Sezioni Unica - nel commento a firma di Rocco Vampa *"I Giudici valdostani si pongono in contrasto con principi precedenti"* (TELEMAT- Guida al diritto, 10/8/2018). Con la sentenza in esame è stato *"ritenuto illegittima la revoca della aggiudicazione definitiva di un appalto, motivata con il semplice riferimento a un Durc negativo successivo all'aggiudicazione. Il Tar ha reputato la inapplicabilità del provvedimento di esclusione ex articolo 80 del decreto legislativo 50/2016 dopo la aggiudicazione definitiva. Da quel momento, e fino alla stipulazione del contratto, la stazione appaltante può solo esercitare la potestà di autotutela, al ricorrere delle condizioni di cui agli articoli 21- quinquies e 21- nonies della legge 241/1990, dando all'interessato la possibilità di "sanare" la irregolarità. Di qui la illegittimità di un provvedimento di revoca della aggiudicazione definitiva privo di una adeguata motivazione e, comunque, adottato allorquando l'impresa aveva proceduto alla "regolarizzazione postuma" della posizione contributiva."*

Quanto alla previsione di ulteriori esclusioni introdotte dalla l. 3/2019, si rimanda al pregevole intervento di Domenico Irollo (*“Potenziate le misure di contrasto ai reati contro la P.A.: tutte le novità della legge “Spazzacorrotti”*), appena pubblicato sul sito della “ASSOCIAZIONE G.B. VIGHENZI” e tratto da *“quotidianopa.leggiditalia.it”*.

5) CLAUSOLE SOCIALI DEL BANDO DI GARA E DEGLI AVVISI [ART. 50]

1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono....specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore..... 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.

Come noto, alcuni contratti collettivi prevedono l'obbligo del riassorbimento nel caso di cessazione dell'appalto (es. pulizie/servizi integrati/multiservizi; turismo, ristorazione e mense aziendali; vigilanza privata e servizi fiduciari).

Come pure si sa, nel vecchio Codice, la previsione della “clausola sociale” nell'avviso di gara era facoltativa e, peraltro, sottoposta all'obbligo di notifica all'Autorità, ai fini della relativa verifica di compatibilità con il diritto comunitario.

Nelle linee guida elaborate in proposito dall'Anac, si specifica che l'obbligo di riassorbimento delle maestranze alle dipendenze dell'appaltatore uscente va proporzionato alla consistenza delle prestazioni richieste dal nuovo appalto da affidarsi e che, in caso di riduzione delle medesime, potrà promuoversi, per i lavoratori che non trovano collocazione nella nuova organizzazione, l'applicazione e - nel rispetto delle procedure sindacali - delle tutele apprestate dagli ammortizzatori sociali previsti dalla legge.

Segnatamente, si è prospettato, da una pur possibile prospettiva “restrittiva”, che la clausola sociale tende essenzialmente alla stabilità occupazionale del personale dell'impresa uscente e, che, generando obblighi costitutivi di imponibile di manodopera, rappresenta un istituto di carattere eccezionale, in quanto tale derogatorio del principio della libera iniziativa economica di cui all'art. 41 della Costituzione e, perciò, utilizzabile solo a fronte di un'espressa previsione, di fonte normativa o collettiva.

Le stazioni appaltanti devono, comunque, considerare la disciplina recata dai contratti collettivi nazionali di lavoro, osservando la prescrizione - ove in essi dedotta - relativa all'assorbimento del personale uscente, anche a prescindere dalla previsione ad hoc inserita nella lex specialis.

Riferiscono, pure, le citate linee guida, che qualora la stazione appaltante accerti in gara che l'impresa concorrente rifiuta, senza giustificato motivo, di accettare la clausola, si impone l'esclusione dalla gara stessa. L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa.

6) TUTELA DELLA CONCORRENZA E PRINCIPI CONNESSI

- comma 1°: ...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”*.

[NOTA- Quanto all'obbligo di pubblicità, si ricorda che gli atti e notizie delle procedure negoziali devono essere pubblicati sul sito dell'ente, alla pagina “amministrazione trasparente”, nella sottosezione “bandi di gara e contratti”, prevista dalla mappa di cui all'allegato 1 alla delibera (già) C.i.V.I.T. n° 50/2013 e alla successiva delibera ANAC n°1310/2016].

- comma 2°: *“Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.”*

Art. 36, comma 1°:

“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 [cioè le “clausole sociali”]”

NOTA- Le soglie di rilevanza comunitaria, di cui all'art. 35, sono attualmente stabilite in € 5.548.000,00 per i lavori; € 221.000,00 per i beni e i servizi ed € 750.000,00 per i servizi sociali e gli altri servizi di cui all'all.to IX al Codice, quali i servizi sanitari, di ristorazione scolastica, etc.).

Norme richiamate dall'art. 36, comma 1°:

- art. 30 c. 1 (trascritto sopra);

- art. 34, comma 1° riguarda l'obbligo di *“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).”*

NOTA- Ne sono stati introdotti già alcuni per settori vari, es. edilizia, arredi per interni, prodotti tessili, etc.).

- art. 42 (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...”

2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione...”

Va tenuto presente che, secondo l'art. 42 citato, le misure adeguate di contrasto si riferiscono prioritariamente al rischio potenziale cui è esposta la procedura di gara da svolgere e pertanto esso deve essere valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa, vale a dire in fase preventiva. Le apposite linee guida poste in consultazione pubblica dall'ANAC mirano ad *“agevolare le stazioni appaltanti nell'attività di individuazione, prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse nelle procedure di gara favorendo la standardizzazione dei comportamenti e la diffusione delle buone pratiche nonché favorire la regolarità delle procedure di gara”*. Vi si legge, tra l'altro, che *“Ad esempio, un dipendente pubblico preposto all'ufficio gare, il cui figlio sia titolare di un'impresa che opera in un particolare settore e che potrebbe essere aggiudicataria di contratti pubblici, al momento dell'assegnazione all'ufficio sarà tenuto a dichiarare la sussistenza di un conflitto di interesse potenziale che deriva dal rapporto di parentela. Detto conflitto di interesse diventerà attuale nel*

momento in cui il dipendente dovesse essere incaricato di svolgere una qualsiasi attività nell'ambito di un procedimento di aggiudicazione avente ad oggetto prestazioni rientranti nel settore di attività dell'impresa del figlio. In tal caso, fin dalle fasi iniziali della procedura, ancor prima che siano noti i nominativi dei concorrenti, si configurerebbe l'obbligo di astensione, atteso che il rapporto di parentela potrebbe essere percepito come una minaccia all'imparzialità del funzionario.-”.

Ci si permette, qui, di suggerire al Responsabile Prevenzione Corruzione dell'ente di far sì che sia sempre preventivamente rilasciata, dai componenti le commissioni di gara, in relazione alla procedura cui si partecipa, apposita dichiarazione di insussistenza di situazioni, anche potenziali, di conflitto di interessi. Le dichiarazioni acquisite, come pure suggerisce il documento dell'Anac, andrebbero, poi, protocollate e conservate all'interno del fascicolo relativo alla singola procedura.

7) SALVAGUARDIA DEL DIRITTO ALLA RETRIBUZIONE DEL PERSONALE DELL'APPALTATORE O DEL SUBAPPALTATORE [ART. 30]

- *comma 4: “Al personale impiegato nei lavori, servizi e forniture oggetto di appalti pubblici e concessioni é applicato il contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore ...”*
- *commi 5, 5 bis, 6: “In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale ..., il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105.”*

Si legge, utilmente, nello scritto a firma di Chiara Forneris (su “PERCORSI di secondo welfare”, nov. 2017) che l'obbligo di “tutela dei lavoratori nel nuovo codice appalti, nella prima

formulazione del nuovo Codice Appalti, era stabilito solo per il settore dei lavori, ma il decreto correttivo n. 56/2017, entrato in vigore il giugno scorso, l'ha esteso anche ai servizi ed alle forniture. Oggi, pertanto, nell'esecuzione di qualsiasi contratto pubblico, l'appaltatore è tenuto ad applicare al personale impiegato il Contratto Collettivo Nazionale relativo alla zona di esecuzione ed al settore.”

8) PREDISPOSIZIONE DEGLI ATTI RELATIVI ALLA GARA

L'Ente, di norma, non può affidare a terzi soggetti, pubblici o privati, la predisposizione dei documenti di gara. Fa eccezione, secondo la relativa previsione del Codice, il caso di affidamento a centrali uniche di committenza di inerenza; del pari, è consentito l'affidamento della predisposizione degli atti alla Provincia, ai sensi dell'art. 1, comma 88° della L. 56/2014-c.d. L. Del Rio, in tal senso traducendosi la previsione di cui all'art. 19, comma 1°, lett. l del d.lgs. 267/2000, che allo stesso ente affida la “*assistenza tecnico-amministrativa agli enti locali*”.

9) CASO DI EGUALI MIGLIORI OFFERTE IN GARA

(T.A.R. Campania, Napoli, 24 marzo 2016, n. 1560 da “giurisprudenza giustizia amministrativa”, aprile 2016) “*L'esperimento del tentativo di miglioria delle offerte, di cui al primo comma dell'art. 77 del R.D. 23 maggio 1924, n. 827, va in ogni caso ammesso da parte del seggio di gara, prima che possa procedersi al sorteggio tra le offerte eguali; e ciò quand'anche la lex specialis di gara indicasse nel sorteggio l'unica modalità di scioglimento della parità tra più offerte. Secondo tale orientamento, la definitiva parità tra le offerte deve ritenersi realizzata solo ove non si siano avute, per qualsiasi causa, offerte migliorative, ... potendosi procedere al sorteggio solo in tali ipotesi. La norma, contenuta nel regolamento di contabilità generale dello Stato, non è stata mai abrogata né implicitamente né esplicitamente ..., essendo, pertanto, suscettibile di applicazione in tutte le procedure di gara.”*

II - ALCUNI ASPETTI SPECIFICI

10) L’AFFIDAMENTO DIRETTO O DI SEGUITO AD INVITI (CON LE AMPLIATE FACOLTÀ PREVISTE PER IL 2019 DALLA LEGGE DI STABILITÀ), CON PARTICOLARE RIGUARDO AL PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI E DEGLI INVITI

Come già detto, le soglie di rilevanza comunitaria, di cui all’art. 35 sono stabilite, dall’1/1/2018, in € 5.548.000,00 per i lavori; € 221.000,00 per i beni e i servizi ed € 750.000,00 per i servizi sociali e gli altri servizi di cui all’all.to IX al Codice, quali i servizi sanitari, di ristorazione scolastica, etc.

art. 36 (contratti sotto soglia), comma 2°:

“- ...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, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;

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, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi (interni) di operatori economici. nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti...”

NOTA- La legge di stabilità per l’anno 2019 - L. n°145/2018 -, al comma 912, introduce, nelle more della revisione del vigente codice dei contratti, una deroga ai predetti limiti, da valere per il solo anno 2019:

a- per importi pari o superiori a 40 mila € e inferiore a 150 mila € si può procedere con affidamento diretto previa consultazione, se esistenti, di tre operatori economici;

b- per importi pari o superiori a 150 mila € e inferiori a 350 mila € mediante procedura negoziata previa consultazione, sempre ove esistenti, di almeno 10 operatori economici.

Pare a chi qui scrive che detta ampliata facoltà di affidamenti fiduciari non rilevi per i contributi una tantum, fino a 100.000,00 €, ai Comuni fino a 20.000 abitanti, ex art. 1 c. 107 e segg. della stessa legge, quando impiegati per lavori ed interventi di manutenzione straordinaria (tra l’altro da ritenere pressoché totalizzanti, atteso che per siffatti limitati importi, di fatto, non è, in genere, possibile realizzare nuove opere).

Infatti, il comma 108 dello stesso art. 1 della legge stabilisce che, per detti finanziamenti straordinari *"I lavori e gli interventi di manutenzione straordinaria sono affidati ai sensi degli articoli 36, comma 2, lettera b), e 37, comma 1, del citato decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50."*

Pertanto, per tali specifici lavori assistiti da quei finanziamenti, quando di importo pari o superiore a 40.000 € e fino a € 100.000,00, si dovrà ricorrere alla consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici e non sarà possibile, quindi, il ricorso alla deroga di cui al citato comma 912.

In definitiva, la norma del c. 108 sembra ulteriormente "speciale" rispetto a quella del c. 912, nel senso che la seconda si pone in termini di "generalità" rispetto alla prima.

Segue il comma 2° dell'art. 36:

"L'avviso [da pubblicare sul sito] sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

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 (interni) di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie
6. 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." [per Consip e Mepa ved. avanti]

Art. 32, comma 2°: *"Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) [quindi per gli affidamenti per importi inferiori a € 40.000,00] 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."*

NOTA- Il possesso dei requisiti tecnico-professionali non può costituire oggetto "di sommaria dichiarazione" ma derivare da "preventivo e dimostrato accertamento".

Le Linee Guida dell'ANAC n. 4, recanti "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 e aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018, precisano:

- per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 €, pur in presenza della facoltà di affidamento diretto, *"qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale"* i principi di economicità e libera concorrenza prevalgono quando il mercato suggerisca, per il miglior esito dell'affidamento, un confronto tra più offerte (può, qui, porsi l'esempio dell'acquisto di una "utilitaria", in presenza, a maggior ragione se in loco, di più operatori economici che le trattino).
- il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti va inteso nel senso che si applica *"...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. 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. 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. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a*

quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.

Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano 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. La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, 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. 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;

- *Per gli affidamenti per importi fino a 20.000,00 euro, “in caso di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi e per gli effetti del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti. Prima della stipula del contratto, la stazione appaltante procede alla verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC) e alla consultazione del casellario ANAC”.*

NOTA- *In questo, risultano “stato di liquidazione o cessazione di attività; eventuali procedure concorsuali pendenti; eventuali episodi di grave negligenza nell'esecuzione di lavori ovvero gravi inadempienze contrattuali, anche in riferimento all'osservanza delle norme in materia di sicurezza e degli obblighi derivanti da rapporto di lavoro, comunicate dalle stazioni appaltanti; eventuali sentenze di condanna passate in giudicato o di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'articolo 444 del codice di procedura penale a carico dei legali rappresentanti, degli amministratori delegati o dei direttori tecnici per reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica o il patrimonio; eventuali provvedimenti di esclusione dalle gare adottati dalle stazioni appaltanti; eventuali falsità nelle dichiarazioni rese in merito ai requisiti e alle condizioni rilevanti per la partecipazione alle procedure di gara”;*

- Per gli affidamenti per importi superiori a 20.000,00 euro, nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante, prima di stipulare il contratto, procede alle verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici;
- la stipula del contratto per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro può avvenire mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere (anche via P.E.C.).

Art. 36, comma 3: “Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2”.

11) DELLA IPOTESI DI OPERATORE ECONOMICO NON INVITATO A PRESENTARE OFFERTA MA IN POSSESSO DEI REQUISITI - LEGITTIMAZIONE ALLA PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA

È di interesse quanto ha recentemente pronunciato, sul punto, il Consiglio di Stato (Sez. V, n°3989/2018): “se, in ragione del potere riconosciuto all'amministrazione di individuare gli operatori economici idonei a partecipare e pertanto invitati a partecipare alla gara, un operatore economico non possa vantare alcun diritto ad essere invitato a partecipare a tale tipo di gara (potendo eventualmente, qualora sussista una posizione legittimante e l'interesse, ricorrere nei confronti della scelta discrezionale della amministrazione appaltante dell'individuazione dei soggetti da invitare), non può negarsi ad un operatore economico, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati) e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento....”.

12) L'AFFIDAMENTO DIRETTO DI LAVORI IN CASO DI SOMMA URGENZA DI PROTEZIONE CIVILE [ART. 163]

1. In circostanze di somma urgenza che non consentono alcun indugio, il soggetto fra il responsabile del procedimento e il tecnico dell'amministrazione competente che si reca prima sul luogo, può

disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori necessari per rimuoverlo, la immediata esecuzione dei lavori entro il limite di 200.000 euro ...per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità.

- 2. L'esecuzione dei lavori di somma urgenza può essere affidata in forma diretta ad uno o più operatori economici individuati dal responsabile del procedimento o dal tecnico dell'amministrazione competente.*
- 3. Il corrispettivo delle prestazioni ordinate è definito consensualmente con l'affidatario; in difetto di preventivo accordo la stazione appaltante può ingiungere all'affidatario l'esecuzione delle lavorazioni o la somministrazione dei materiali sulla base di prezzi definiti mediante l'utilizzo di prezziari ufficiali di riferimento, ridotti del 20 per cento, ...; ove l'esecutore non iscriva riserva negli atti contabili, i prezzi si intendono definitivamente accettati.*
- 4. Il responsabile del procedimento o il tecnico dell'amministrazione competente compila entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei lavori una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, unitamente al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori. Qualora l'amministrazione competente sia un ente locale, la copertura della spesa viene assicurata con le modalità previste dall'articolo 191, comma 3, e 194 comma 1, lettera e), del decreto legislativo 18 agosto 2000 n. 267 e successive modificazioni e integrazioni.*

NOTA- Si ricorda che dette norme del T.U.E.L. stabiliscono che *“la Giunta, qualora i fondi specificamente previsti in bilancio si dimostrino insufficienti, entro venti giorni dall'ordinazione fatta a terzi, su proposta del responsabile del procedimento, sottopone al Consiglio il provvedimento di riconoscimento della spesa con le modalità previste dall'articolo 194, comma 1, lettera “e” (vale a dire nei limiti degli accertati e dimostrati utilità ed arricchimento per l'ente) prevedendo la relativa copertura finanziaria nei limiti delle accertate necessità per la rimozione dello stato di pregiudizio alla pubblica incolumità. Il provvedimento di riconoscimento é adottato entro 30 giorni dalla data di deliberazione della proposta da parte della Giunta, e comunque entro il 31 dicembre dell'anno in corso se a tale data non sia scaduto il predetto termine.”*

In materia, la legge di stabilità 2019, al comma 901, prevede che la Giunta possa sottoporre alla deliberazione consiliare il riconoscimento della legittimità dei debiti fuori bilancio derivanti da tali spese anche nell'ipotesi in cui non ricorra la circostanza della dimostrata insufficienza dei fondi specificamente previsti in bilancio per tali finalità, con ciò potendo la stessa Giunta meglio garantire

la copertura “amministrativa” della decisione. E’ il caso, qui, di ricordare pure che nella predetta ipotesi di cui all’art. 194, c. 1°, lett. e), secondo la norma civilistica dell’arricchimento senza causa, dal corrispettivo da riconoscere al fornitore andrebbe espunto l’utile d’impresa.

5. Qualora un'opera o un lavoro, ordinato per motivi di somma urgenza, non riporti l'approvazione del competente organo dell'amministrazione, la relativa realizzazione è sospesa immediatamente e si procede, previa messa in sicurezza del cantiere, alla sospensione dei lavori e alla liquidazione dei corrispettivi dovuti per la parte realizzata.

7. Qualora si adottino le procedure di affidamento in condizioni di somma urgenza previste dal presente articolo, nonché, limitatamente ad emergenze di protezione civile, le procedure di cui all'articolo 63, comma 2, lettera c), e vi sia l'esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, gli affidatari dichiarano, mediante autocertificazione, resa ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, il possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo.... L'amministrazione aggiudicatrice dà conto.... della sussistenza dei relativi presupposti; in ogni caso non è possibile procedere al pagamento, anche parziale, in assenza delle relative verifiche positive.

10. Sul profilo del committente sono pubblicati gli atti relativi agli affidamenti di cui al presente articolo, con specifica dell'affidatario, delle modalità della scelta e delle motivazioni che non hanno consentito il ricorso alle procedure ordinarie. Contestualmente, e comunque in un termine congruo compatibile con la gestione della situazione di emergenza, vengono trasmessi all'ANAC per i controlli di competenza, fermi restando i controlli di legittimità sugli atti previsti dalle vigenti normative.

13) L’AFFIDAMENTO DI CONTRATTI DI SERVIZI E FORNITURE DI IMPORTO PARI O SUPERIORE A € 40.000,00 E INFERIORE ALLE SOGLIE DI RILEVANZA “COMUNITARIA”

In ordine alla individuazione degli operatori da invitare a gara nelle procedure negoziate:

- le modalità per compiere, caso per caso, l’esplorazione del mercato per individuare, come detto, gli operatori da invitare, sono precisate ai punti 5.1.4 e 5.1.5 delle predette linee guida n°4 dell’ANAC “La stazione appaltante assicura l’opportuna pubblicità dell’attività di esplorazione del mercato,....A tal fine la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è ... 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. L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno 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 procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante”.

- in luogo della esplorazione del mercato da compiere caso per caso, l'Ente può ricorrere ad elenchi interni, appositamente formati, di operatori da invitare, “in cui vengono disciplinate:

- le modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici, distinti per categoria e fascia di importo;

- i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A.”

Più precise indicazioni relative a detti elenchi interni si rilevano dai punti da 5.1.6 a 5.1.11 delle predette linee guida).

Si ricorda ancora che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento, da pubblicare sulla pagina “Amministrazione Trasparente” del sito istituzionale deve contenere anche l'elenco dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati.

Caso delle cooperative sociali: la legge 190/2014 non consente più l'affidamento diretto, ampiamente utilizzato in precedenza, alle cooperative sociali - se ne parlerà meglio avanti.

14) LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO, DOPO LA GARA E LA CLAUSOLA DEL “TERMINE DILATORIO” [ART. 32]

“Divenuta efficace l'aggiudicazione ...la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ha luogo entro i successivi sessanta giorni... Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine [anche diverso, se fissato consensualmente], l'aggiudicatario può, ...sciogliersi da ogni vincolo... All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisorie. ...L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa

esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

9. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione [NOTA- La norma tiene conto, quindi, del diritto dei controinteressati a contestare e/o impugnare entro 30 giorni la stessa aggiudicazione.]

10. Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:

a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o dell'inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;

b) ...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) [cioè per affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 € nonché per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 € e inferiore a 150.000 € per i lavori, pari o superiore a 221.000,00 € per beni e servizi].

15) ACCESSO AGLI ATTI DI GARA [ART. 53]

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. ...

2. . . .il diritto di accesso è differito:

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) 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....

c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;

d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

5... sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:

a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;

b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;

c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a) [vale a dire in presenza di dichiarati segreti tecnici e commerciali] è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Sono frequentissimi i casi, specie nelle gare per l'affidamento di servizi, in cui l'aggiudicatario oppone alla richiesta di accesso agli atti dell'offerta, proveniente in genere dal secondo classificato, la sussistenza di "segreti tecnici e commerciali", escludenti, di norma, il diritto di accesso. Il TAR PUGLIA, Sez. III sent. N. 00679/2017 - 20/06/2017, si è pronunciato consentendo l'accesso, proprio con il richiamo alla previsione del citato comma 6, secondo cui, come già detto, "è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto."

16) CENNI SUL RICORSO ALLA "CONSIP" E AL "MEPA" E IL RECESSO DAL CONTRATTO QUANDO L'APPALTATORE NON ACCONSENTE ALLA MODIFICA DELLE CONDIZIONI ECONOMICHE SECONDO I PARAMETRI MIGLIORATIVI DELLE CONVENZIONI CONSIP

- Art. 26 l. 488/1999 (legge finanziaria anno 2000):

c.3 *Le amministrazioni pubbliche possono ricorrere alle convenzioni stipulate ai sensi del comma 1 [convenzioni CONSIP] ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità, come limiti massimi, per l'acquisto di beni e servizi comparabili... [quindi sono ammessi acquisti "extra Consip", ma non deve superarsi - salvo quanto si dirà appresso - il prezzo possibile secondo i listini in essa dedotti]. La stipulazione di un contratto in violazione del presente comma è causa di responsabilità amministrativa; ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo previsto nelle convenzioni e quello indicato nel contratto. Le disposizioni di cui al presente*

comma non si applicano ai comuni con popolazione fino a 1.000 abitanti e ai comuni montani con popolazione fino a 5.000 abitanti.

3.bis) I provvedimenti con cui le amministrazioni pubbliche deliberano di procedere in modo autonomo a singoli acquisti di beni e servizi sono trasmessi alle strutture e agli uffici preposti al controllo di gestione, per l'esercizio delle funzioni di sorveglianza e di controllo... [in merito occorre ricordare che, ai sensi dell'art. 1, c.1, del d.l. 95/2012, convertito dalla l. 135/2012, "I contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli" ...];

- Art.1 del d.l. 95/2012, convertito dalla l. 135/2012

c. 7....., le amministrazioni pubbliche e le società inerite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate..... relativamente alle seguenti categorie merceologiche: energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile [N.B. a queste categorie si é poi aggiunta quella dei "buoni pasto"], sono tenute ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni o gli accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A.E' fatta salva la possibilità di procedere ad affidamenti, nelle indicate categorie merceologiche, anche al di fuori delle predette modalità, a condizione che gli stessi conseguano ...a procedure di evidenza pubblica, e prevedano corrispettivi inferiori almeno del 10 per cento per le categorie merceologiche, telefonia fissa e telefonia mobile e del 3 per cento per le categorie merceologiche carburanti extra-rete, carburanti rete, energia elettrica, gas e combustibili per il riscaldamento rispetto ai migliori corrispettivi indicati nelle convenzioni e accordi quadro messi a disposizione da Consip S.p.A. e dalle centrali di committenza regionali... Tutti i contratti stipulati ai sensi del precedente periodo devono essere trasmessi alla Autorità nazionale anticorruzione. In tali casi i contratti dovranno comunque essere sottoposti a condizione risolutiva con possibilità per il contraente di adeguamento ai migliori corrispettivi nel caso di intervenuta disponibilità di convenzioni Consip e delle centrali di committenza regionali che prevedano condizioni di maggior vantaggio economico in percentuale superiore al 10 per cento rispetto ai contratti già stipulati... In via sperimentale, dal 1° gennaio 2017 al 31 dicembre 2018 non si applicano le disposizioni di cui al terzo periodo del presente comma.

Non si ha, qui, certezza della intervenuta effettività, dall'1/1/2019, della norma predetta e, nel dubbio, non può che consigliare cautela negli acquisiti extra Consip, attenendosi, quindi, per tutta sicurezza, alla più stringente norma.

c. 13- *Le amministrazioni pubbliche che abbiano validamente stipulato un autonomo contratto di fornitura o di servizi hanno diritto di recedere in qualsiasi tempo dal contratto previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite,nel caso in cui...i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A... successivamente alla stipula del predetto contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto stipulato e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica delle condizioni economiche tale da rispettare ... [cioè il prezzo Consip di seguito intervenuto].*

Ogni patto contrario alla presente disposizione è nullo. Il diritto di recesso si inserisce automaticamente nei contratti in corso ai sensi dell'articolo 1339 c.c., anche in deroga alle eventuali clausole difformi apposte dalle parti. Nel caso di mancato esercizio del detto diritto di recesso l'amministrazione pubblica ne dà comunicazione alla Corte dei conti, entro il 30 giugno di ogni anno, ai fini del controllo successivo sulla gestione del bilancio e del patrimonio di cui all'articolo 3, comma 4, della legge 14 gennaio 1994, n. 20.

NOTA- Sul punto, ci si permette di suggerire che, periodicamente, almeno per i contratti di somministrazione più corposi, debbano confrontarsi i prezzi Consip via via vigenti con quelli dedotti nei contratti stipulati, in precedenza, con il fornitore scelto autonomamente, ovviamente verificando che il mancato profitto che si riconoscerebbe all'uscente - pari, come detto, al 10 % del valore delle prestazioni non ancora eseguite - sia complessivamente inferiore al vantaggio economico possibile con il migliore fornitore Consip.

- CENNI SUL MEPA.

Il Mercato Elettronico della P.A. (Me PA) è un mercato digitale dove possono essere effettuate negoziazioni dirette, veloci e trasparenti per acquisti sotto la soglia comunitaria.

Si tratta di un vero e proprio mercato in cui i fornitori che hanno ottenuto l'abilitazione offrono i propri beni e servizi direttamente on-line; i compratori registrati (le Pubbliche Amministrazioni ed organismi assimilati) possono consultare il catalogo delle offerte ed emettere direttamente ordini d'acquisto o richieste d'offerta.

Le procedure di acquisto (affidamento diretto, confronto competitivo, etc.) vengono scelte di volta in volta dalla p.a. ("*punto ordinante*").

Gli affidamenti diretti sono realizzabili, quindi, mediante Ordine Diretto o attraverso un confronto concorrenziale tra i fornitori abilitati cui sia stata rivolta una richiesta di offerta (*Rdo*).

Da ultimo, occorre evidenziare che La Legge di Stabilità per l'anno 2019 ha innovato la disciplina dell'acquisizione di beni e servizi tramite il Me PA innalzando la relativa soglia da 1.000,00 a 5.000,00 €.

In particolare, per effetto della modifica di cui al comma 130 dell'art. 1 della legge di cui sopra, il comma 450 della legge 27 dicembre 2006 n° 296, viene così a disporre con decorrenza 1/1/2019 "*Le amministrazioni statali., ...le altre amministrazioni pubbliche di cui all'art. 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001 n°165 (quindi anche gli enti locali)... per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000,00 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione....ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento...*"

La richiamata previsione normativa introduce, dunque, una importante novità in materia di mercato elettronico poiché a differenza del passato le stazioni appaltanti dovranno ora ricorrere al ME PA solo per l'affidamento di quei beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000,00 €, con la conseguenza che al di sotto della soglia appena richiamata gli affidamenti saranno effettuati con verifiche semplificate sull'affidatario.

In particolare, entro i 5.000,00 € (soglia questa che si allinea con quella di cui alle linee guida ANAC n. 4 recanti "*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*"), la stazione appaltante potrà procedere ad affidamenti di beni e servizi con determina a contrarre semplificata anche nelle motivazioni, richiedendo all'operatore economico il rilascio di una dichiarazione di cui al D.P.R. 445/2000 attestante l'assenza di cause di esclusione ex art. 80 d.lgs. 50/2016, verificando che l'affidatario sia in possesso del DURC regolare, che non abbia particolari annotazioni sul Casellario dell'ANAC e che sia in possesso dei requisiti di idoneità professionale e di carattere speciale ove previsti.

Inoltre, per detti acquisti al di sotto dei 5.000,00 €, potrà non applicarsi il recente obbligo di ricorrere alle comunicazioni elettroniche di cui all'art. 40, comma 2, d.lgs. 50/2016.

17) BENI E SERVIZI INFORMATICI E DI CONNETTIVITÀ

L'art. 1, c. 512 e segg., della l. 208/2015 stabilisce "*Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, ... le amministrazioni pubbliche e le società..., provvedono ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa ...per i beni e i servizi disponibili. Le amministrazioni e*

le società di cui al comma 512 possono procedere ad approvvigionamenti al di fuori delle modalità 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 necessità ed urgenza comunque funzionali ad assicurare la continuità della gestione amministrativa. Gli approvvigionamenti effettuati ai sensi del presente comma sono comunicati all'Autorità nazionale anti-corruzione e all'Agid.”

Art. 1 c. 517. “La mancata osservanza delle disposizioni dei commi da 512 a 516 rileva ai fini della responsabilità disciplinare e per danno erariale.”

18) LIMITAZIONI ALLE PROCEDURE DI GARA AUTONOME [ART. 37]

1. Le stazioni appaltanti ... possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro...

2. Salvo quanto previsto al comma 1 per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 [cioè € 221.000,00] nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 ... [possono, in pratica, procedere autonomamente]

3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 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

4. Se la stazione appaltante è un comune non capoluogo di provincia, fermo restando quanto previsto al comma 1 e al primo periodo del comma 2, procede secondo una delle seguenti modalità:

a) ricorrendo a una centrale di committenza...;

b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ...

c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province,

11. ...Ciascuna stazione appaltante è responsabile dell'adempimento degli obblighi derivanti dal presente Codice unicamente per quanto riguarda le parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto.

- FAQ ANAC (Aggregazione e centralizzazione delle committenze)

“... i Comuni non capoluogo di provincia possono procedere all’acquisizione di servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro direttamente e autonomamente, nonché attraverso l’effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza.

Per svolgere procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, l’Ente deve essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell’articolo 38, che, nel periodo transitorio, si intende sostituita dall’iscrizione all’Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti di cui all’art. 33-ter del d.l. 18/12/2012 n. 179 convertito dalla legge 17/12/2012, n. 221. In particolare, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all’art. 35, nonché per l’acquisto di lavori di manutenzione ordinaria d’importo superiore a 150.000 e inferiore a 1 milione di euro i Comuni non capoluogo di provincia, se iscritti all’AUSA, possono procedere all’affidamento mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente, se disponibili.

Al di fuori delle ipotesi sopra richiamate, detti Comuni devono procedere secondo una delle modalità individuate al comma 4 dell’art. 37.”

19) USO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO DI GARA [ART. 63]

1. Nei casi e nelle circostanze indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici possono aggiudicare appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

2. Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, ne’ alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta.... Un’offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l’appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata... Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l’operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell’articolo

80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83;

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

c) *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.*

3. *Nel caso di appalti pubblici di forniture, la procedura di cui al presente articolo è, inoltre, consentita nei casi seguenti:*

b) *nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni*

c)

d) *per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.*

4. ...

5. *La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1 [cioè di gara]; il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari.... La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.*

- L'ANAC sull'art. 63, con riguardo alla infungibilità del prodotto o servizio da acquistare.

La questione riveste diffuso interesse, in quanto frequentissimo è il ricorso ad un certo operatore in quanto ritenuto l'unico capace di soddisfare la necessità dell'ente.

L'Autorità, con il provvedimento 13.09.2017 (Linee guida n. 8 recanti: «*Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili*») ha ben precisato i complessi aspetti connessi a detta scelta della stazione appaltante.

Vi si legge, che «*In via preliminare appare opportuno ricordare che, da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno. In altri termini, un bene può essere sostituibile a un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo. Un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso.*

Ciò posto, vi si legge ancora: «*Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersenespetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del*

prodotto o servizio che si intende acquistare..... Ne consegue, pertanto, che qualora...vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 d.lgs. 50/2016 (cioè di gara);

Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della Information and Communications Technology (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione europea ha recentemente fornito la seguente definizione di lock-in per gli appalti nel settore informatico: «Il lock-in si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente».

La stazione appaltante deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore. La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, per un periodo non inferiore a quindici giorni.

Nella delibera o determina a contrarre la stazione appaltante dà puntuale riscontro degli esiti della consultazione preliminare di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio.”

Vale la pena di segnalare che il recente decreto “sicurezza” (decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113 convertito in legge 1° dicembre 2018 n° 132) ha introdotto un nuovo caso di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara di cui all'art. 63 del d.lgs. 50/2016, ma solo per un periodo limitato e per lavori di importo inferiore alla soglia comunitaria.

All'art. 2, comma 2, si legge: “Al fine di assicurare la tempestiva esecuzione dei lavori per la costruzione, il completamento, l'adeguamento e la ristrutturazione dei centri di cui all'art. 14, comma 1, del decreto legislativo 25 luglio 1998 n. 286 [centri di permanenza per il rimpatrio, per un periodo non superiore ai tre anni a decorrere dalla data di entrata in vigore del presente decreto, e per lavori di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è autorizzato il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara di cui all'art. 63 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, l'invito contenente l'indicazione dei criteri di aggiudicazione è rivolto ad almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei”.

In conclusione, sull'argomento, è pure utile assumere la posizione del Tar Lombardia (sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500), il quale segnala che *“per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, ...occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione”*.

20) AFFIDAMENTI A COOPERATIVE SOCIALI

Art. 1. L. 381/1991 *“1. Le cooperative sociali hanno lo scopo di perseguire l'interesse generale della comunità alla promozione umana e all'integrazione sociale dei cittadini attraverso:*

a) la gestione di servizi socio-sanitari ed educativi ...

a) lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - ma finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate.”

Art. 5. L. 381/91 *“Gli enti pubblici..., e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b),...per la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1. Le convenzioni di cui al presente comma sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ...;*

2. Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1.

4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio- sanitari ed educativi [quindi per la fornitura di tutti gli altri beni e servizi] il cui importo stimato al netto dell'IVA sia pari o superiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, gli enti pubblici compresi quelli economici, nonché le società di capitali a partecipazione pubblica, nei bandi di gara di appalto e nei capitolati d'onere possono inserire, fra le condizioni di esecuzione, l'obbligo di eseguire il contratto con l'impiego delle persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1, e con l'adozione di specifici

programmi di recupero e inserimento lavorativo...” [alla gara possono partecipare, quindi, anche i comuni operatori, purché in possesso dei requisiti generali].

- Le precisazioni dell'ANAC in materia.

“L'art. 5, comma 1, della legge 8 novembre 1991, n. 381 dispone che gli enti pubblici e le società a partecipazione pubblica possano stipulare convenzioni con le cd. cooperative sociali, finalizzate alla fornitura di determinati beni e servizi - diversi da quelli socio-sanitari ed educativi - in deroga alle procedure di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 ..., purché detti affidamenti siano di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria [quindi, si fa riferimento a quelle di tipo “B”, destinate, come già detto, all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate].

Le cooperative sociali di tipo B, per l'applicazione del comma in questione, devono avere in organico almeno il 30 per cento dei lavoratori (soci o non) costituito da persone svantaggiate, come prescritto dall'art. 4 della stessa legge, secondo cui sono considerati tali “gli invalidi fisici, psichici e sensoriali, gli ex degenti di ospedali psichiatrici, anche giudiziari, i soggetti in trattamento psichiatrico, i tossicodipendenti, gli alcolisti, i minori in età lavorativa in situazioni di difficoltà familiare, le persone detenute o internate negli istituti penitenziari, i condannati ...ammessi alle misure alternative alla detenzione e al lavoro all'esterno...”

L'oggetto delle convenzioni con le cooperative sociali di tipo B è definito dall'art. 5, comma 1, della legge n. 389/1991, secondo cui le stesse possono essere stipulate per la “fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1”.

La deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici, contemplata nella disposizione in esame, va comunque letta alla luce dell'ultimo periodo del comma 1 (aggiunto dalla l. 190/2014), il quale - come in precedenza sottolineato - dispone che ai fini dell'affidamento delle convenzioni in parola, deve essere svolta una selezione volta ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, non discriminazione ed efficienza, richiamati dalla norma.

Tale ultima modifica recata all'art. 5, comma 1, della l. 381/1991 esclude, quindi, che si possa procedere ad affidamenti “diretti” di contratti pubblici in favore delle cooperative sociali di tipo b), richiedendo la norma stessa un previo confronto concorrenziale, ancorché in deroga alle specifiche procedure di aggiudicazione contemplate nel Codice.

8.2 Limiti oggettivi degli affidamenti a cooperative sociali.

La deroga di cui all'art. 5, l. 381/1991, è finalizzata a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate ed è prevista solo per gli affidamenti aventi ad oggetto la fornitura di beni e servizi diversi da quelli socio-sanitari, di importo inferiore alle soglie comunitarie. Conseguentemente, benché lo spettro delle attività che possono essere svolte dalle cooperative sociali di tipo B sia più ampio, l'oggetto della convenzione non può essere costituito dall'esecuzione di lavori pubblici, né dalla gestione di servizi pubblici locali di rilevanza economica.

L'utilizzo dello strumento convenzionale è, quindi, ammesso per la fornitura di beni e servizi strumentali, cioè svolti in favore della pubblica amministrazione e riferibili ad esigenze strumentali della stessa.

Occorre procedere alla pubblicazione, sul proprio profilo committente, di un avviso pubblico, atto a rendere nota la volontà di riservare parte degli appalti di determinati servizi e forniture alle cooperative sociali di tipo B, per le finalità di reinserimento lavorativo di soggetti svantaggiati....., l'ente, ove sussistano più cooperative interessate alla stipula della convenzione, promuove l'esperimento di una procedura competitiva di tipo negoziato tra tali soggetti

Per l'affidamento di servizi sociali, l'Autorità ha segnalato tutte le norme di riferimento (L. 8 novembre 2000 n. 328 sul sistema integrato di servizi sociali e decreto attuativo d.p.c.m. 30 marzo 2001; Legge quadro sul volontariato 11 agosto 1991 n. 266; L. 30 dicembre 1995 n. 563 e relativo regolamento attuativo d. m. 233 del 2 gennaio 1996, in materia di accoglienza degli immigrati irregolari; d.lgs. 25 luglio 1998 n. 286 e L. 30 giugno 2002 n. 189 in materia di accoglienza agli stranieri regolarmente soggiornanti; L. 26 luglio 1975, n. 354, come modificata dalla L. 10 ottobre 1986, n. 663 e dalla L. 22 giugno 2000 n. 1938., in materia di recupero dei soggetti detenuti).

Riferisce pure l'Anac che "Le disposizioni di settore in materia di servizi sociali summenzionate, prevedono la possibilità di effettuare affidamenti ai soggetti del terzo settore in deroga all'applicazione del Codice dei Contratti,Trattandosi di previsioni derogatorie, le stesse possono trovare applicazione nei soli casi espressamente consentiti dalla normativa,

Ai sensi dell'art. 128 del d.lgs. 112/1998, per «servizi sociali» si intendono tutte le attività relative alla predisposizione ed erogazione di servizi, gratuiti e a pagamento, o di prestazioni economiche destinate a rimuovere e superare le situazioni di bisogno e di difficoltà che la persona incontra nel corso della propria vita, escluse soltanto quelle assicurate dal sistema previdenziale e da quello sanitario.

- Affidamenti ad organizzazioni di volontariato

Sempre l'Anac precisa che *“Le convenzioni possono essere stipulate solo con organizzazioni di volontariato selezionate tra soggetti moralmente affidabili che siano in possesso dei requisiti soggettivi previsti dall'art. 3 della L. 266 dell'11 agosto 1991 (assenza di fini di lucro, elettività e gratuità delle cariche associative, gratuità delle prestazioni fornite dagli aderenti, obbligo di formazione del bilancio) e di adeguata attitudine e capacità tecnica e professionale.*

Le prestazioni erogate dalle organizzazioni di volontariato nell'ambito di convenzioni devono essere a titolo gratuito. I rimborsi possono avere ad oggetto i soli costi fatturati e rendicontati, con esclusione di qualsiasi attribuzione a titolo di maggiorazione, accantonamento, ricarico o simili. Il rimborso dei costi indiretti è consentito limitatamente alla quota parte imputabile direttamente all'attività oggetto di affidamento.”

21) IL FRAZIONAMENTO DEL VALORE DELL'APPALTO

Art. 35 c. 6: *“... La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. Un appalto non può essere frazionato allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino.”*

Art. 51 (Suddivisione in lotti)

c. 1°, 3° p. *“E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.”*

NOTA- La norma di principio vieta, quindi, il frazionamento, però solo quando è artificioso e perciò elusivo. Invero, i tentativi di elusione sono frequenti: una ricorrente, quanto indebita, prassi nell'affidamento dei servizi fraziona, ad esempio, artificialmente, il relativo periodo di “somministrazione”, proprio per potere rimanere al di sotto dell'importo di € 40.000,00 e potere così affidare l'appalto in via diretta e fiduciaria, senza il confronto competitivo che, di contro, ci sarebbe considerando il valore connesso al periodo “naturale”.

La ragionevole durata del periodo della somministrazione è, invece, spesso agevolmente determinabile proprio se si ha riguardo alla sua “naturale” consistenza: si pensi, ad esempio, all'affidamento del servizio di ristorazione scolastica come del trasporto scolastico, per i quali la unità temporale è senz'altro - e salvo particolari casi - l'intero anno scolastico (di contro, spezzettando la

ordinaria durata per anno scolastico del servizio, l'intento, evidentemente, è quello di restare sotto la soglia dei 40.000,00 €).

Art. 51 (Suddivisione in lotti)

1) *...al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg...*

NOTA- Medie imprese sono le imprese che hanno meno di 250 occupati ed un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro; piccole imprese quelle che hanno meno di 50 occupati ed un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro; microimprese quelle che hanno meno di 10 occupati ed un fatturato annuo oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro).

Segue comma 1:

Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito ... [vi è, quindi, un obbligo di suddividere in lotti, che, quando inosservato, richiede specifica motivazione];

2. Le stazioni appaltanti indicano altresì [ovviamente nel caso di avvenuta suddivisione], nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti.

3. Le stazioni appaltanti [nella stessa ipotesi di avvenuta suddivisione] possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente... [sia stato prestabilito]

NOTA- Definizione lotto funzionale: *“uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti”;*

- Definizione lotto prestazionale: *“uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”;*

L'ANAC, in un recente intervento sanzionatorio a proposito di un Comune, ha segnalato che se è vero che la suddivisione in lotti funzionali è da preferire, non è consentito lo spaccettamento quando le singole parti sono componenti di una complessiva opera o servizio che può assumere valore ed utilità solo unitariamente considerata.

Cosa si è voluto dire? Evidentemente, nel caso, ad esempio, della ristrutturazione ed adeguamento di un edificio scolastico, se è vero che, funzionalmente, l'impianto idrico-sanitario, quello elettrico, e quello antincendio, per non dire la pitturazione, anche se appaltati e realizzati "piano per piano" dell'edificio, sono suscettibili di carattere e funzionalità distinti, il relativo valore e senso, di contro, si configurano solo se l'immobile è unitariamente ed interamente fruibile. Alla luce di tali precisazioni, può dedursi che diverso sarebbe il caso della costruzione, per plessi fisicamente separati di un istituto scolastico onnicomprensivo (es. plesso della scuola materna, plesso della scuola elementare, plesso della scuola media e plesso della palestra, come pure sarebbero ammissibili distinti lotti per le suppellettili delle aule, gli arredi d'ufficio, le attrezzature informatiche, gli attrezzi della palestra e quelli della cucina).

Timori sorgono, comprensibilmente, negli operatori, con riguardo pure al possibile intervento del magistrato finanziario, quando si ipotizza di suddividere l'appalto in lotti, per il rischio connesso di perdere il vantaggio economico che l'appalto unico solitamente assicura.

In merito, opposte e convincenti considerazioni, che lumeggiano bene anche la scelta del legislatore del nuovo Codice di preferire la "suddivisione", si leggono in uno scritto di R. Caponigro, che tratta anche della connessa ipotesi che imprese "controllate" e "collegate" partecipino a più lotti.

Vi si legge *"Il settimo comma dell'art. 30 del Codice dispone che "i criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e medie imprese". Nella disciplina previgente, la suddivisione in lotti era subordinata alla condizione della convenienza economica, nella nuova disciplina tale condizione sparisce, con la conseguenza che la suddivisione in lotti diventa una regola generale, che ben difficilmente può essere disattesa. Va da sé che alla più ampia ripartizione in lotti...maggiore sarà il numero atteso dei partecipanti alla procedura ... Di converso, l'aumento del numero dei lotti comporta inevitabilmente un incremento dei costi del processo a carico della stazione appaltante.*

La considerazione che un'impresa sfornita dei requisiti di partecipazione possa concorrere in Raggruppamento Temporaneo di Imprese o ricorrendo all'avvalimento non soddisfa l'esigenza della più ampia partecipazione possibileessendo necessaria anche una coincidente volontà (dell'impresa ausiliata e della impresa ausiliaria). La suddivisione in lotti, come più volte evidenziato, mira ad assicurare una maggiore possibilità di partecipazione alle piccole e medie

imprese. Tuttavia, non può escludersi che, ove la stazione appaltante avesse indetto una gara unica, il singolo offerente, verosimilmente un player del mercato, avrebbe potuto formulare un'offerta più conveniente di quanto risultante dalla somma delle offerte proponibili per i diversi lotti in cui l'appalto è ripartito.

Tali considerazioni, tuttavia, valgono con riferimento alla singola gara, vale a dire in un'ottica di brevissimo periodo.

In un'ottica temporale più ampia, invece, occorre rilevare che solo dalla possibilità che le gare siano aggiudicate ad imprese diverse dai player di mercato può conseguire un ulteriore impulso all'apertura della concorrenza, atteso che solo in tal mondo diviene possibile per le imprese di non grandi dimensioni acquisire le qualificazioni ed i requisiti necessari alla partecipazione ad un numero sempre più ampio di competizioni.

Sull'altro aspetto, l'autore segnala che, di recente (Consiglio di Stato, V, 12 gennaio 2017, n. 52), si è ritenuto che “*l'unicità del centro decisionale, che legittima l'esclusione delle imprese appartenenti a tale centro, postula la partecipazione delle imprese controllate o collegate ad una specifica e determinata gara perché solo in presenza di tale circostanza può essere ravvisata la lesione del principio della concorrenza e un potenziale condizionamento all'esito della procedura*”.

NOTA- L'autore si riferisce al divieto, in generale, di partecipare alla stessa gara a carico di imprese controllate o collegate in quanto riconducibili ad un unico centro decisionale - es. holding. Siffatte “controllate” o “collegate”, quindi, non possono partecipare, nella descritta ipotesi di vincolo di partecipazione, alla stessa e unica gara ma possono partecipare, singolarmente, a gare per lotti distinti).

Spunti di interesse si rilevano da una verifica dell'ANAC sulla attività negoziale di un Comune, in merito al denunciato frazionamento dell'appalto (si era in vigenza del d.lgs. 163/2006, ma la questione è comunque attuale anche secondo il nuovo codice).

Si legge “*I lavori di riqualificazione dell'intera area delle grotte prevedono la suddivisione degli stessi in 4 stralci funzionali (suddivisi anche nel Computo Metrico Estimativo):*

- 1. riqualificazione dei percorsi interni alle grotte;*
- 2. riqualificazione dell'area esterna e parcheggi;*
- 3. Forniture degli arredi urbani. [...]*

Nel sistema degli appalti pubblici, il "lotto di gara" identifica una specifica parte dell'oggetto dell'appalto la cui realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti (Cons. Stato, sez. II, 7/11 /2007, n. 2803).

La scelta di frazionare gli appalti, mediante una suddivisione in lotti di gara, è stata fatta già in fase di progettazione operando una corretta pianificazione degli interventi e valutando se le "parti" di un intervento, singolarmente considerate, possiedono un'autonoma funzionalità ed utilità correlata all'interesse pubblico, indipendentemente dalla realizzazione dell'opera complessiva.

Pertanto, sin dalla redazione del progetto esecutivo, è stato applicato l'art. 2 comma 1-bis del D. Lgs 163/2006 "Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali".

Si é, pertanto, ritenuta legittima la procedura adottata e, quindi, non sanzionabile.

22) DEL PARTICOLARE CASO IN CUI IL REGOLAMENTO INTERNO PREVEDA ANCORA IL VECCHIO LIMITE, PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI DI FORNITURE, LAVORI E SERVIZI, DI € 20.000,00

L'ANAC ha ritenuto che, sebbene il limite legale attuale è per importo fino a 40.000,00 €, il regolamento interno - in quel caso disponente il vecchio limite di € 20.000,00 - debba continuare a valere, avendo voluto, in sostanza, l'Amministrazione, come ben poteva (e ancora può), limitare il potere discrezionale dei dirigenti-agenti.

Chi qui scrive senz'altro deve concordare sulla circostanza che, in presenza di siffatta previsione regolamentare interna, il limite per l'affidamento diretto è quello in esso indicato (nel caso € 20.000,00) e non deve, perciò, tenersi conto del più elevato valore (fino a € 40.000,00) previsto dalla norma intervenuta successivamente alla approvazione del regolamento, proprio perché l'Amministrazione volutamente non l'ha adeguato.

Infatti, intervenuta la norma di legge che ha elevato quel limite, nulla impone(va) all'Amministrazione di innalzarlo, proprio perché si intende(va) indurre gli agenti a procedure comparative per valori superiori, in disparte il pur possibile ricorso a Consip.

A tutto concedersi, nel caso indicato, comunque potrebbe, a parere di chi qui scrive, "superarsi" il regolamento interno solo se quel (più basso) limite era espressamente riferito alla norma in quel

momento vigente, talché, intervenuta la norma di adeguamento, questa abbia, da sé, conformato il regolamento.

23) CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO [ART. 95]

3. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) *i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1 [cioè quelli per i quali il costo della mano d'opera raggiunge almeno il 50 % del corrispettivo contrattuale complessivo] fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) [cioè gli affidamenti diretti per importo inferiore a 40.000,00 euro];*

b) *i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;*

4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) *...per i lavori di importo pari o inferiore a 2.000.000 di euro,*

b) *....*

c) *per i servizi e le forniture di importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e sino alla soglia di cui all'articolo 35 solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.*

6. *I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi...*

Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

a) *la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti ..., contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative...;*

b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso;

c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti ...

e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto;

f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;

g) il termine di consegna o di esecuzione.

8. I documenti di gara ...il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, ...

9. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 8 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d). [La norma citata prescrive che il costo del personale da impiegare non sia inferiore ai minimi salariali retributivi].

10-bis. ... la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.

12. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito.

13. ...le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità e di impresa dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le

microimprese, piccole e medie imprese, per i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente ivi inclusi i beni o prodotti da filiera corta o a chilometro zero.

14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità / prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni: a) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. ...in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque collegate all'oggetto dell'appalto”

24) OFFERTE ANORMALMENTE BASSE [ART. 97]

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

2. Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata..., il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi..... [N.B. Se ne prevedono 5 e la verifica é effettuata solo ove il numero delle offerte ammesse sia pari almeno a cinque].

3. Quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai quattro quinti dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara [in pratica, ipotizzando che si siano previsti, ad esempio, per il prezzo, un tetto di 30 punti e, per la qualità tecnica del progetto di servizio, un tetto di 70 punti, il sospetto di anomalia si configura - e va verificato - se l'offerta riceve almeno 24 punti per il prezzo e almeno 56 punti per la qualità del progetto. Nelle ipotesi predette, vengono chieste ai concorrenti giustificazioni, per la evidente necessità di accertare come mai ad un prezzo molto basso si accompagni un'offerta tecnica eccellente].

In aggiunta, l'art. 97 prevede che nelle gare a prezzo più basso per importi inferiori alle soglie comunitarie, la S.A. può prevedere l'esclusione automatica (senza possibilità, quindi, di giustificazioni da parte dell'offerente) delle offerte “anormali”, determinate con uno dei 5 procedimenti predetti, senza, perciò, il procedimento di richiesta e valutazione delle giustificazioni

del divario eccedente la soglia di anomalia. La facoltà in argomento deve essere condizionata, nel bando o avviso, alla presenza di meno di 10 offerte.

L'Ance ha redatto un utile documento tecnico sui 5 metodi di considerazione delle offerte "anomale" di cui all' art. 97 c. 2 del 50-2016. Sul punto, inoltre, va considerato anche il comunicato del Presidente dell'Anac in data 5/10/2016, in merito alle modalità di calcolo, con alcuni dei diversi sistemi consentiti, della soglia di anomalia nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

25) RITARDI NELL'ESECUZIONE E PENALI

In caso di ritardo negligente dell'appaltatore nella esecuzione, viene messo a sua disposizione un tempo congruo per eseguire i lavori necessari; se, però, lo stesso non ottempera, si configura un caso di grave inadempimento e di conseguente risoluzione da parte della stazione appaltante.

Quanto alle "penali" (cioè le sanzioni conservative) da applicarsi, fino all'aprile 2016 valevano le misure della normativa allora vigente (fino all'uno per mille a giorno di ritardo e per non più, complessivamente, del 10% dell'importo dell'appalto), mentre con il nuovo Codice, le penali non sono misurate. Occorre quindi individuarle e prevederle con il contratto, tenendo conto anche dell'art. 1382 c.c. (*riduzione dell'eventuale risarcimento per l'effetto di clausole penali stabilite in contratto e applicate*).

26) POSSIBILITÀ DI CONTROLLARE A POSTERIORI LA REGOLARITÀ DELL'APPALTO

L'art. 99 del Codice stabilisce che le Amministrazioni *"garantiscono la conservazione di una documentazione sufficiente a giustificare decisioni adottate in tutte le fasi della procedura di appalto, quali la documentazione relativa alle comunicazioni con gli operatori economici e le deliberazioni interne, la preparazione dei documenti di gara, ... la selezione e l'aggiudicazione dell'appalto. La documentazione è conservata per almeno cinque anni a partire dalla data di aggiudicazione dell'appalto, ovvero, in caso di pendenza di una controversia, fino al passaggio in giudicato della relativa sentenza."*

27) PROROGA E RINNOVO DEL CONTRATTO

La differenza è ben nota agli operatori.

Il TAR Lazio / Roma (n° 9212/2018) si è così espresso: “*Va ricordato che la differenza tra rinnovo e proroga di contratto pubblico sta nel fatto che il primo comporta una nuova negoziazione con il medesimo soggetto, che può concludersi con l'integrale conferma delle precedenti condizioni o con la modifica di alcune di esse in quanto non più attuali; la seconda ha, invece, come solo effetto il differimento del termine finale del rapporto, il quale rimane per il resto regolato dall'atto originario”.*

- La possibilità di proroga (art. 106, c. 11.)

*“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti **in corso** di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.”*

- Sulla proroga (da delib. Anac 739/2018):

“Al di fuori dei casi strettamente previsti dalla legge la proroga dei contratti pubblici costituisce una violazione dei principi ... La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro. Una volta scaduto un contratto, quindi, l'amministrazione, qualora abbia ancora necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazione, deve effettuare una nuova gara (Cons. di Stato n. 3391/2008). ...Relativamente alle proroghe poste in essere nella vigenza del d.lgs. 50/2016, occorre riferirsi all'art. 106 comma 11 dello stesso decreto, che disciplina l'unica forma di proroga di appalti ammissibile, ovvero l'opzione di proroga tecnica limitata al tempo strettamente necessario allo svolgimento delle procedure di gara, che deve essere espressamente prevista nel bando e deve essere computata ai fini del calcolo del valore stimato dell'appalto...La proroga costituisce un rimedio eccezionale teso ad assicurare la prosecuzione del servizio senza soluzione di continuità, nelle more della stipula del nuovo contratto (cfr. Deliberazione n. 36 del 10/9/2008, Deliberazione n. 86/2011), con gara che, peraltro, dovrebbe essere già avviata al momento dell'adozione della proroga (Parere ANAC AG n° 33/2013).

Utili elementi si rilevano anche da TAR Roma, 2018 n. 9212. “*E' noto che in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige il principio inderogabile, ...in forza del quale, salve espresse*

previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica

La proroga è teorizzabile ...nei soli limitati ed eccezionali casi in cui per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente” (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882).

“.....sono considerate legittime le clausole di proroga inserite ab origine nella lex specialis (Cons. Stato, sez. III, 5 luglio 2013, n. 3580; sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459; sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 850), giacché in tal modo non è configurabile una violazione della par condicio;se la stazione appaltante procedesse a prorogare il contratto oltre i limiti delle previsioni della lex specialis ovvero, in assenza di tali previsioni, alla scadenza naturale del contratto, sussisterebbe un'illegittima fattispecie di affidamento senza gara”.

Inoltre, “...il rapporto tra la regola, cioè la gara, e l'eccezione, cioè la possibilità di - limitata - proroga, se prevista, si riflette sul contenuto della motivazione, giacché ove l'amministrazione opti per l'indizione di una nuova procedura, nessuna particolare motivazione è necessaria; per contro, solo nell'ipotesi in cui l'amministrazione si determini alla proroga del rapporto tale determinazione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali l'ente ritiene di discostarsi dal principio generale (Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194).”

28) PROCEDURE DI AFFIDAMENTO IN CASO DI FALLIMENTO DELL'ESECUTORE O DI RISOLUZIONE DEL CONTRATTO E MISURE STRAORDINARIE DI GESTIONE [ART. 110]

1. *Le stazioni appaltanti, in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore, o di risoluzione del contratto ai sensi dell'articolo 108ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture.*
2. *L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta.*

3. *Il curatore del fallimento, autorizzato all'esercizio provvisorio, ovvero l'impresa ammessa al concordato con continuità aziendale, su autorizzazione del giudice delegato, possono:*
- a) *partecipare a procedure di affidamento di concessioni e appalti di lavori, forniture e servizi ovvero essere affidatario di subappalto;*
- b) *eseguire i contratti già stipulati dall'impresa fallita o ammessa al concordato con continuità aziendale.*
4. *L'impresa ammessa al concordato con cessione di beni o che ha presentato domanda di concordatopuò eseguire i contratti già stipulati, su autorizzazione del giudice delegato*
5. *L'ANAC, sentito il giudice delegato, può subordinare la partecipazione, l'affidamento di subappalti e la stipulazione dei relativi contratti alla necessità che il curatore o l'impresa in concordato si avvalgano di un altro operatore in possesso dei requisiti di carattere generale, di capacità finanziaria, tecnica, economica, che si impegni nei confronti dell'impresa concorrente e della stazione appaltante a mettere a disposizione, per la durata del contratto, le risorse necessarie all'esecuzione dell'appalto e a subentrare all'impresa ausiliata nel caso in cui questa nel corso della gara, ovvero dopo la stipulazione del contratto, non sia per qualsiasi ragione più in grado di dare regolare esecuzione all'appalto o alla concessione...”*

29) IL SUBAPPALTO [ART. 105]

1. *I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice eseguono in proprio le opere o i lavori, i servizi, le forniture compresi nel contratto. Il contratto non può essere ceduto a pena di nullità.....*
5. *L'eventuale subappalto non può superare la quota del 30 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture.*
2. *L'affidatario comunica alla stazione appaltante, prima dell'inizio della prestazione, per tutti i sub-contratti che non sono subappalti, stipulati per l'esecuzione dell'appalto, il nome del sub-contraente, l'importo del sub-contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati... [NOTA- Viene in rilievo, quindi, la figura del mero sub-prestatore, da tenere distinta da quella del sub-appaltatore].*
3. *Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:*

a) *l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi, per le quali occorre effettuare comunicazione alla stazione appaltante;*

b) *la subfornitura a catalogo di prodotti informatici;*

4. *I soggetti affidatari dei contratti di cui al presente codice possono affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante purché:*

a) *l'affidatario del subappalto non abbia partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;*

b) *il subappaltatore sia qualificato nella relativa categoria;*

c) *all'atto dell'offerta siano stati indicati i lavori o le parti di opere ovvero i servizi e le forniture o parti di servizi e forniture che si intende subappaltare;*

d) *il concorrente dimostri l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. [NOTA- E' comunque consentita la sostituzione dei subappaltatori privi dei necessari requisiti. La stazione appaltante provvede al rilascio dell'autorizzazione ... entro trenta giorni dalla relativa richiesta; ...Trascorso tale termine senza che si sia provveduto, l'autorizzazione si intende concessa.]*

6). *E' obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. [NOTA- trattasi: a) di trasporto di materiali a discarica per conto di terzi; b) di trasporto e smaltimento di rifiuti per conto di terzi; c) di estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti; d) di confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume; e) di noli a freddo di macchinari; f) di fornitura di ferro lavorato; g) di noli a caldo; h) di autotrasporti per conto di terzi; i) di guardiania dei cantieri.]*

8. *Il contraente principale è responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante. L'aggiudicatario è responsabile in solido con il subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi Nelle ipotesi di cui al comma 13, lettere a) e c) [cioè quando la Stazione appaltante paga direttamente il sub appaltatore] l'appaltatore è liberato dalla responsabilità solidale di cui al primo periodo.*

9. *L'affidatario è tenuto ad osservare integralmente il trattamento economico e normativo stabilito dai contratti collettivi nazionale e territoriale in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni. E', altresì, responsabile in solido dell'osservanza delle norme anzidette da parte dei subappaltatori nei confronti dei loro dipendenti per le prestazioni rese nell'ambito del subappalto. L'affidatario e, per suo tramite, i subappaltatori, trasmettono alla stazione appaltante prima dell'inizio dei lavori la documentazione di avvenuta denuncia agli enti previdenziali, inclusa la Cassa edile, ove presente, assicurativi e antinfortunistici,Ai fini del pagamento delle prestazioni rese nell'ambito dell'appalto o del subappalto, la stazione appaltante acquisisce d'ufficio il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità relativo all'affidatario e a tutti i subappaltatori.*

10. *Per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, in caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale dipendente dell'esecutore o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi, nonché in caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva, si applicano le disposizioni di cui all'articolo 30, commi 5 e 6. [comma 5: "In caso di inadempienza contributiva risultante dal documento unico di regolarità contributiva relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile." - comma 6: "In caso di ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale di cui al comma 5, il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi quindici giorni. Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate, detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105"]*

13. La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore ... l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) *quando il subappaltatore... è una microimpresa o piccola impresa;*
- b) *in caso di inadempimento da parte dell'appaltatore;*
- c) *su richiesta del subappaltatore e se la natura del contratto lo consente.*

[NOTA- In tali casi di pagamento "diretto" al subappaltatore, non sorge, quindi, alcun rapporto contrattuale tra la p.a. committente l'opera e il sub-appaltatore, bensì una ipotesi di mera

“delegazione” di pagamento. Il sub-appaltatore “fattura” senza Iva all’appaltatore che a sua volta “fattura” con l’integrazione dell’IVA, secondo il meccanismo fiscale della “inversione contabile”].

14. L'affidatario deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento ... L'affidatario corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso; la stazione appaltante ... provvede alla verifica dell'effettiva applicazione della presente disposizione. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore degli adempimenti, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza previsti dalla normativa vigente.

15. Per i lavori, nei cartelli esposti all'esterno del cantiere devono essere indicati anche i nominativi di tutte le imprese subappaltatrici.

19. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

- Le pene per i subappalti illeciti

Il citato decreto “sicurezza” ha inasprito le sanzioni per i subappalti illeciti “*chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la pubblica amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse, senza l'autorizzazione dell'autorità competente ... reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell'opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell'opera ricevuta in appalto*”.

Nei confronti del subappaltatore la sanzione passa alla reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell’opera ricevuta in subappalto o in cottimo.

**30) LA MODIFICA DEI CONTRATTI DURANTE IL PERIODO
DI EFFICACIA – COMPRESSE LE “VARIANTI”, LA CESSIONE DEI CREDITI
DELL’APPALTATORE E LA REVISIONE DEI PREZZI [ART. 106]**

La nuova norma disciplina anche le varianti in corso d’opera, la “revisione dei prezzi” e la “cessione del credito” dell’appaltatore

“1. Le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità devono essere autorizzate dal RUP con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante cui il RUP dipende.

I contratti di appalto possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi... Per i contratti relativi ai lavori, le variazioni di prezzo in aumento o in diminuzione possono essere valutate, sulla base dei prezzari di cui all'articolo 23, comma 7, solo per l'eccedenza rispetto al dieci per cento rispetto al prezzo originario e comunque in misura pari alla metà [NOTA- La norma, come visto, riguarda i soli lavori; invece, per la revisione dei prezzi delle forniture di beni e servizi, la Stazione Appaltante deve definirne, preventivamente, le modalità di determinazione);

c) ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

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 [NOTA- a queste cause, ammesse per le varianti, devono senz'altro aggiungersi quelle previste dal codice civile per l'appalto di diritto comune, vale a dire "le difficoltà di esecuzione derivanti da cause geologiche, idriche e simili, non previste dalle parti, che rendano notevolmente più onerosa la prestazione].

e) se le modifiche non sono sostanziali ai sensi del comma 4. [c. 4. Una modifica di un contratto ... durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale, con conseguente caducazione del contratto, se: a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati 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 ... a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale];

2. I contratti possono parimenti essere modificati, oltre a quanto previsto al comma 1, senza necessità di una nuova procedura a norma del presente codice [quindi, con la sopravvivenza del contratto] se il valore della modifica è al di sotto di entrambi i seguenti valori:

a) le soglie fissate all'articolo 35;

b) il 10 per cento del valore iniziale del contratto per i contratti di servizi e forniture ...

Qualora la necessità di modificare il contratto derivi da errori o da omissioni nel progetto esecutivo, che pregiudicano in tutto o in parte la realizzazione dell'opera o la sua utilizzazione, essa è consentita solo nei limiti quantitativi di cui al presente comma, ferma restando la responsabilità dei progettisti esterni [oltre i limiti predetti, perciò, il contratto si caduca].

8. La stazione appaltante comunica all'ANAC le modificazioni al contratto di cui al comma 1, lettera b) [cioè per lavori, servizi o forniture, supplementari che sconsiglino la ricerca di un nuovo contraente] e al comma 2 [appena sopra riportato] entro trenta giorni dal loro perfezionamento. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'Autorità irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo. L'Autorità pubblica sulla sezione del sito Amministrazione trasparente l'elenco delle modificazioni contrattuali comunicate, indicando l'opera, l'amministrazione o l'ente aggiudicatore, l'aggiudicatario, il progettista, il valore della modifica.

9. I titolari di incarichi di progettazione sono responsabili per i danni subiti dalle stazioni appaltanti in conseguenza di errori o di omissioni della progettazione di cui al comma 2. Nel caso di appalti aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, l'appaltatore risponde dei ritardi e degli oneri conseguenti alla necessità di introdurre varianti in corso d'opera a causa di carenze del progetto esecutivo [NOTA- L'appaltatore provvede anche alla progettazione nella ipotesi di “affidamento congiunto della progettazione e dell'esecuzione dei lavori”, come ad esempio nella “finanza di progetto”].

10. Ai fini del presente articolo si considerano errore o omissione di progettazione l'inadeguata valutazione dello stato di fatto, la mancata od erronea identificazione della normativa tecnica vincolante per la progettazione.....la violazione delle regole di diligenza nella predisposizione degli elaborati progettuali. [NOTA- In sostanza la norma esige l'elevata qualità della progettazione, attesa la ristrettissima possibilità di introdurre varianti “migliorative”, ma data la frequenza, nella pratica, di errori ed omissioni progettuali, si deve avere cura di verificare almeno le situazioni di tutta evidenza che debbano dare luogo a rivalsa favore dell'ente, attesa la sussistenza della garanzia assicurativa in capo ai professionisti esterni].

12. La stazione appaltante, qualora in corso di esecuzione si renda necessario un aumento o una diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza del quinto dell'importo del contratto, può imporre all'appaltatore l'esecuzione alle stesse condizioni previste nel contratto originario. In tal caso l'appaltatore non può far valere il diritto alla risoluzione del contratto [si tratta della regola, comunemente conosciuta, del “sesto quinto”].

13. (cessione dei crediti derivanti dall'appalto) Si applicano le disposizioni di cui alla legge 21 febbraio 1991, n. 52 [vale a dire “il cessionario deve essere una banca o un intermediario finanziario o altro soggetto disciplinato dal testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia”].

Ai fini dell'opponibilità alle stazioni appaltanti, le cessioni di crediti devono essere stipulate mediante atto pubblico o scrittura privata autenticata e devono essere notificate alle amministrazioni debtrici. Fatto salvo il rispetto degli obblighi di tracciabilità, le cessioni di crediti da corrispettivo di appalto, concessione, concorso di progettazione, sono efficaci e opponibili alle stazioni appaltanti che sono amministrazioni pubbliche qualora queste non le rifiutino con comunicazione da notificarsi al cedente e al cessionario entro quarantacinque giorni dalla notifica della cessione. Le amministrazioni pubbliche, nel contratto stipulato o in atto separato contestuale, possono preventivamente accettare la cessione da parte dell'esecutore di tutti o di parte dei crediti che devono venire a maturazione... [sul punto, si veda anche la l. 1991, n. 52/1991].

- Disciplina della cessione dei crediti di impresa.

14. *Per gli appalti ...di importo inferiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, nonché quelle di importo inferiore o pari al 10 per cento dell'importo originario del contratto relative a contratti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, sono comunicate dal RUP all'Osservatorio di cui all'articolo 213, tramite le sezioni regionali, entro trenta giorni dall'approvazione.... Per i contratti pubblici di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, le varianti in corso d'opera di importo eccedente il dieci per cento dell'importo originario del contratto.... sono trasmesse dal RUP all'ANAC, unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad una apposita relazione del responsabile unico del procedimento, entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante.*

31) LA SOSPENSIONE DEI LAVORI [ART. 107]

1. *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, compilando, se possibile con l'intervento dell'esecutore o di un suo legale rappresentante, il verbale di sospensione, con l'indicazione delle ragioni che hanno determinato l'interruzione dei lavori..... Il verbale è inoltrato al responsabile del procedimento entro cinque giorni dalla data della sua redazione.*

2. 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. Qualora la sospensione, o le sospensioni, durino per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, o comunque quando superino sei mesi complessivi, l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi.

4. Ove successivamente alla consegna dei lavori insorgano, per cause imprevedibili o di forza maggiore, circostanze che impediscano parzialmente il regolare svolgimento dei lavori, l'esecutore è tenuto a proseguire le parti di lavoro eseguibili, mentre si provvede alla sospensione parziale dei lavori non eseguibili, dandone atto in apposito verbale ... Quando la sospensione supera il quarto del tempo contrattuale complessivo il responsabile del procedimento dà avviso all'ANAC. In caso di mancata o tardiva comunicazione l'ANAC irroga una sanzione amministrativa alla stazione appaltante di importo compreso tra 50 e 200 euro per giorno di ritardo.

5. L'esecutore che per cause a lui non imputabili non sia in grado di ultimare i lavori nel termine fissato può richiederne la proroga... Sull'istanza di proroga decide il responsabile del procedimento, sentito il direttore dei lavori, entro trenta giorni dal suo ricevimento. L'esecutore deve ultimare i lavori nel termine stabilito dagli atti contrattuali, decorrente dalla data del verbale di consegna ... L'esecutore non ha diritto allo scioglimento del contratto né ad alcuna indennità qualora i lavori, per qualsiasi causa non imputabile alla stazione appaltante, non siano ultimati nel termine contrattuale e qualunque sia il maggior tempo impiegato.

6. 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.

7. Le disposizioni del presente articolo si applicano, in quanto compatibili, ai contratti relativi a servizi e forniture.

32) LA RISOLUZIONE DEL CONTRATTO [ART. 108]

3. Quando il direttore dei lavori o il responsabile dell'esecuzione del contratto, se nominato, accerta un grave inadempimento alle obbligazioni contrattuali da parte dell'appaltatore, tale da comprometterne la buona riuscita delle prestazioni, invia al responsabile del procedimento una relazione particolareggiata,

corredata dei documenti necessari, indicando la stima dei lavori eseguiti regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore. Egli formula, altresì, la contestazione degli addebiti all'appaltatore, assegnando un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle proprie controdeduzioni al responsabile del procedimento. Acquisite e valutate negativamente le predette controdeduzioni, ovvero scaduto il termine senza che l'appaltatore abbia risposto, la stazione appaltante su proposta del responsabile del procedimento dichiara risolto il contratto.

4. Qualora, al di fuori di quanto previsto al comma 3, l'esecuzione delle prestazioni ritardi per negligenza dell'appaltatore rispetto alle previsioni del contratto, il direttore dei lavori o il responsabile unico dell'esecuzione del contratto, se nominato gli assegna un termine, che, salvo i casi d'urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni, entro i quali l'appaltatore deve eseguire le prestazioni. Scaduto il termine assegnato, e redatto processo verbale in contraddittorio con l'appaltatore, qualora l'inadempimento permanga, la stazione appaltante risolve il contratto, fermo restando il pagamento delle penali.

5...7...8. ...in sede di liquidazione finale dei lavori, servizi o forniture riferita all'appalto risolto, l'onere da porre a carico dell'appaltatore è determinato anche in relazione alla maggiore spesa sostenuta per affidare ad altra impresa i lavori ove la stazione appaltante non si sia avvalsa della facoltà prevista dall'articolo 110, comma 1 [NOTA- questo dispone, come già visto, che in caso di fallimento, di liquidazione coatta e concordato preventivo, ovvero procedura di insolvenza concorsuale o di liquidazione dell'appaltatore.....ovvero in caso di dichiarazione giudiziale di inefficacia del contratto, si interpellano progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori, servizi o forniture. L'affidamento avviene alle medesime condizioni già proposte dall'originario aggiudicatario in sede in offerta. In tali casi, quindi, non v'è “maggior spesa” ripetibile da parte della p.a.].

A proposito della imperfetta esecuzione del contratto, che spesso affiora, nel caso dei lavori, a certa distanza dalla conclusione della prestazione e a motivo di frettolosa e imperfetta certificazione della regolare esecuzione, quasi sempre, come anticipato, viene trascurata la norma sulla garanzia dell'appaltatore e la relativa azione per “vizi e difformità”.

Stabilisce l'art. 1667 c.c. che: “*L'appaltatore è tenuto alla garanzia per le difformità e i vizi dell'opera. La garanzia non è dovuta se il committente ha accettato l'opera e le difformità o i vizi erano da lui conosciuti o erano riconoscibili, purché, in questo caso, non siano stati in mala fede taciuti dall'appaltatore. Il committente deve, a pena di decadenza, denunciare all'appaltatore le difformità o i vizi entro sessanta giorni dalla scoperta. La denuncia non è necessaria se l'appaltatore...li ha occultati.*”

L'azione contro l'appaltatore si prescrive in due anni dal giorno della consegna dell'opera. Il committente convenuto per il pagamento può sempre far valere la garanzia, purché le difformità o i vizi siano stati denunciati entro sessanta giorni dalla scoperta e prima che siano decorsi i due anni dalla consegna [in tema, utilissimi spunti si rilevano dalla sentenza della Corte di Cassazione Civile, Sez. 2^a 13/06/2018, Sentenza n. 15502, di recente segnalata da “www.ambienteediritto.it”]

33) IL RECESSO DAL CONTRATTO [ART. 109]

1. ... la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento previo il pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite.

2. Il decimo dell'importo delle opere non eseguite è calcolato sulla differenza tra l'importo dei quattro quinti del prezzo posto a base di gara, depurato del ribasso d'asta e l'ammontare netto dei lavori, servizi o forniture eseguiti.

34) CENNI SULLA GIURISDIZIONE NELLE CONTROVERSIE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Sul punto, occorre almeno rammentare quanto segue.

“.....Infatti, anche secondo le Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, nelle procedure ad evidenza pubblica aventi ad oggetto l'affidamento di appalti pubblici, spetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo la cognizione di comportamenti ed atti assunti prima dell'aggiudicazione e nella successiva fase compresa tra l'aggiudicazione e la stipula dei singoli contratti, mentre la giurisdizione spetta al giudice ordinario nella successiva fase contrattuale, concernente l'esecuzione del rapporto.....” (F. Caringella, M. Giustiniani, P. Mantini (a cura di), Manuale dei Contratti Pubblici, III Edizione, DIKE Giuridica Editrice - tratto da Appalti.it).

Ha curato la correzione della bozza Michela Di Palma, giornalista pubblicista