

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

***Procedura negoziata, affidamento diretto e
nuova disciplina delle varianti.***

Bologna, 11 ottobre 2018

***Materiali di lavoro in bozza
forniti dalla Prof. Avv. Elisa Valeriani***

Procedura negoziata, affidamento diretto e nuova disciplina delle varianti

Prof. Avv. Elisa Valeriani
Unimore
Studio Legale Valeriani & Partners

Soglie Art 35 D.Lgs 50/2016

- euro 5.548.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 144.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali
- euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Soglie Art 35 D.Lgs 50/2016

SETTORI SPECIALI:

- euro 5.548.000 per gli appalti di lavori;
- euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX al D.lgs 50/2016

Calcolo del valore stimato dell'appalto

- Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara. Quando l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto.
- Il valore stimato dell'appalto è quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara o, nei casi in cui non sia prevista un'indizione di gara, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto.

I PRINCIPI PER AGGIUDICAZIONE ED ESECUZIONE DI APPALTO E CONCESSIONI (ART. 30 DEL CODICE)

- **principio di economicità**, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
- **principio di efficacia**, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
- **principio di tempestività**, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
- **principio di correttezza**, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;
- **principio di libera concorrenza**, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;
- **principio di non discriminazione e di parità di trattamento**, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;
- **principio di trasparenza e pubblicità**, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;

I PRINCIPI PER AGGIUDICAZIONE ED ESECUZIONE DI APPALTO E CONCESSIONI (ART. 30 DEL CODICE)

- **principio di proporzionalità**, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;
- **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;
- **criteri di sostenibilità energetica e ambientale**, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;
- **principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi**, l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Le stazioni appaltanti tengono conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale.

Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati (articolo 36, comma 2, lettere b) e c) del Codice dei contratti pubblici).

Il principio di rotazione delle imprese, maestro di cerimonie negli affidamenti sotto-soglia

ALTERNANZA DI OPINIONI

- Il Consiglio di Stato accoglie le doglianze di un affidatario uscente che non era stato invitato alla successiva procedura senza che alcuna motivazione accompagnasse il diniego alla propria manifestazione di interesse a partecipare. Il principio di rotazione appare cedere di fronte all'interesse «*qualificato*» dell'affidatario uscente. (cfr. Cons. St., Sez IV, sentenza n. 2051/2014).
- La portata del principio è espressa in termini relativi non importando la necessaria esclusione del gestore uscente quanto, piuttosto, una preferenzialità verso “*gli altri*” soggetti, non essendo precluso estendere l'invito al gestore uscente «*se vi è disponibilità di posti*» (cfr. TAR Lombardia, Brescia Sez II, sentenza n. 45/2014)
- La stessa giurisprudenza del TAR Brescia, in linea con pronunce provenienti da altre sedi regionali, ridimensiona le proprie precedenti posizioni, ritenendo che non vi sia alcun obbligo in capo alla Stazione Appaltante di estromettere l'affidatario uscente, la cui ragione consta nell'intento di «*privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui non sussiste alcun ostacolo ad invitare (anche) il gestore uscente a prendere parte al nuovo confronto comparativo*». (cfr., TAR Lombardia, Brescia Sez II, sentenza n. 1325/2015).
- Allo stesso modo il TAR Napoli conferma che il principio di rotazione non importa alcun ostacolo ad invitare il gestore uscente e gli riconosce una «*posizione soggettiva che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'Amministrazione pubblica [...] con l'ulteriore conseguenza che la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere motivata in modo specifico*» (v., da ultimo, TAR Puglia, Lecce, Sez III; sentenza 1514/2016) (cfr., TAR Napoli, sez. VIII, sentenza 5361/2016).

La tesi opposta

- TAR Milano secondo cui il principio di rotazione deve essere inteso «*come esclusione dall'invito di un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa azienda*» (cfr. TAR Lombardia, Milano, sez IV, sentenza n. 1594/2016)
- segue, a stretto giro, il Parere del Consiglio di Stato sulle Linee guida ANAC n. 4, ove si sottolinea «*il carattere del tutto eccezionale*» del reiterato invito alla procedura e quindi dell'affidamento del nuovo contratto allo stesso operatore economico che lo ha eseguito precedentemente (cfr., Cons. Stato, sez. C, Affare Numero 01903 del 13 settembre 2016). Di conseguenza, le linee guida n. 4, che come si è visto, sono oggi in corso di aggiornamento, espressamente stabiliscono il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente, invito che deve essere adeguatamente motivato con specifico e necessario riferimento «*al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento*».
- Sembra pertanto in via di consolidamento l'orientamento per cui - superando l'elasticità applicativa che aveva caratterizzato passate pronunce- si attribuisce una **precisa portata precettiva al principio di rotazione** (cfr., CdS, sez V, sentenza 5854/2017)
- Sulla scorta dell'ultimo si collocano recentissime pronunce che affermano la rotazione doverosa anche laddove il gestore uscente sia risultato affidatario a seguito di procedura ordinaria «*ad evitare che, una volta scaduto il rapporto contrattuale, la precedente aggiudicataria possa di fatto sfruttare la sua posizione di gestore uscente per indebitamente rinnovare o vedersi riaffidare il contratto tramite procedura negoziata*» (cfr., da ultimo, Tar Campania, Napoli, Sez. V, sentenza 413/2018; Tar Toscana, Firenze, sez I, sentenza 17/2018).

Fattori legittimanti e termini per contestare l'avvio di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando

Tar Lazio, Roma, Sez. I-ter, 4 settembre 2018, n. 9145

Il TAR ha respinto anche l'eccezione con cui l'Amministrazione eccepiva il difetto di legittimazione del ricorrente in quanto mero operatore del settore che non aveva manifestato il proprio interesse alla selezione. Il Collegio ha richiamato il consolidato orientamento giurisprudenziale secondo cui la regola generale della partecipazione alla gara come fattore legittimante al ricorso è derogata, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, nelle tre - tassative - ipotesi in cui si:

- contesti in radice l'indizione della gara;
- contesti che una gara sia mancata, avendo l'amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto;
- impugnino le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti.

Con specifico riguardo alle procedure negoziate senza pubblicazione del bando alle quali non si è stati invitati la giurisprudenza ha affermato che per essere legittimati ad impugnare i relativi atti, è sufficiente allegare la propria condizione di società operante nel settore oggetto della procedura, senza che sia al contrario necessario dimostrare altresì di possedere tutti i requisiti occorrenti per essere invitati alla gara e risultarne aggiudicatari all'esito (Cons, Sta sentenza 1789/2006; Cons, St. Ad. Pl. 4/2001).

In tal caso, infatti, l'impresa "è titolare di un interesse qualificato e tutelato a contestare la scelta di una pubblica amministrazione di procedere all'affidamento di un appalto di lavori, servizi o forniture mediante procedura negoziata, giacché può essere azionato in sede giurisdizionale l'interesse strumentale a che l'amministrazione, in seguito all'accoglimento del gravame ed in ossequio alle previsioni normative interne e comunitarie, indica una procedura ad evidenza pubblica aperta o ristretta, alla quale il ricorrente sia ammesso a partecipare, in condizioni di parità con gli altri operatori economici; ovvero anche a che alla procedura negoziata, come pure si pretende nel caso di specie, l'impresa stessa sia almeno invitata" (Cons. St., III, 10 gennaio 2013, n.99).

Nel merito. il TAR ha escluso che nella specie ricorressero i presupposti per effettuare una procedura negoziata senza pubblicazione del bando in quanto tale strumento costituisce "un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili d'interpretazione estensiva".

LE FONTI DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

- **Ordinamento dell'Unione Europea:** direttiva 24/2014/UE del 26/02/2014



Necessità di facilitare l'accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici.

- **D.Lgs. 56/2017:** correttivo art. 36 Cod. Contratti



Co.1: «...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 CRITICITA' DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

Cons. Stato n. 782 del 30/03/2017

Si tratta di soluzione che, astrattamente, amplia la base degli operatori economici coinvolti nelle procedure di affidamento. Si deve osservare, però, che in tal modo, si pongono sullo stesso piano i precedenti aggiudicatari e i precedenti concorrenti. Sarebbe preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione. Al riguardo, la Commissione invita il Governo a valutare l'adeguatezza del numero di operatori da consultare. La maggiore ampiezza delle imprese coinvolte nella procedura favorisce senz'altro la concorrenza e l'apertura del mercato. Tuttavia, in questo modo sono accresciuti gli oneri gravanti sulle stazioni appaltanti, in quanto un numero minimo troppo alto di imprese da invitare rischia di vanificare le esigenze di semplificazione.

Cons. Stato n.2079/2018

«tale principio è stato già ritenuto dalla giurisprudenza di questo Consiglio in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli “appalti cd. “sotto soglia”, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Consiglio di Stato, Sez.VI, 31 agosto 2017, n.4125); tale principio è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti “sotto soglia”, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio; le disposizioni di cui all’art.172 d.lgs. n. 50-2016 prevedono espressamente che i concedenti debbano perseguire “l’obiettivo di assicurare la concorrenza effettiva”, in ossequio all’art.30 del medesimo d.lgs., che richiama espressamente il principio di libera concorrenza, rispetto al quale è sicuramente funzionale il principio di rotazione di cui si controverte;»

Le procedure di aggiudicazione

L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro, che avviene tramite affidamento diretto, o, per i soli lavori, tramite amministrazione diretta di cui all'art 3 comma 1, lett. gggg) Codice dei contratti pubblici

L'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, nonché l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria individuate dall'art 35 del D.Lgs 50/2016 possono avvenire tramite procedure negoziate.

L'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro può avvenire tramite procedura negoziata, purché siano consultati almeno quindici operatori economici.

La procedura negoziata

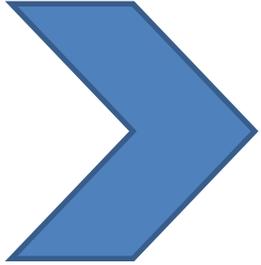
- Affidamenti di forniture e servizi tra 40.000 e la soglia comunitaria (con consultazione di almeno 5 operatori economici)

- Affidamenti di lavori tra 40.000 e 150.000 (con consultazione di almeno 10 operatori economici per i lavori)

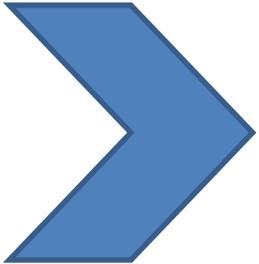
Affidamento di lavori tra 150.000 e un milione (con consultazione di almeno 15 operatori economici)

Gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate, per i lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro ovvero per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie europee, sono individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

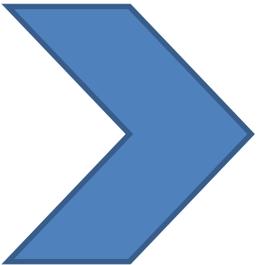
PROCEDIMENTO



Gli operatori economici da invitare sono individuati sulla base di **indagini di mercato** o tramite **elenchi** di operatori economici, nel rispetto del principio di rotazione



La procedura prende avvio con la determina a contrarre o con atto equivalente



Successivamente la procedura si articola in 3 fasi

Le fasi

- INDAGINE DI MERCATO
- CONFRONTO COMETITIVO DEGLI OPERATORI
- STIPULA DEL CONTRATTO

LE INDAGINI DI MERCATO

- l'indagine di mercato viene svolta secondo le modalità ritenute dalla stazione appaltante più convenienti, pur rispettando i principi di adeguatezza e proporzionalità.
- preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

LE INDAGINI DI MERCATO

La stazione appaltante può dotarsi un **regolamento** in cui vengono disciplinate:

- Modalità delle indagini di mercato
- Modalità di costituzione e revisione dell'elenco degli operatori economici
- Criteri di scelta dei soggetti da invitare

CONTENUTI AVVISO DI INDAGINE

- Valore dell'affidamento;
- Elementi essenziali del contratto
- Requisiti di idoneità professionale;
- Requisiti minimi di capacità economico/finanziaria;
- Capacità tecniche e professionali richieste;
- Numero minimo/massimo di operatori invitati;
- Criteri di selezione
- Contatti della s.a.

*La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da **elenchi appositamente costituiti, ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b), del Codice dei contratti pubblici.** (Linea Guida Anac n. 4)*

Invito ed elenco: *par condicio*

Scelta degli operatori da invitare

- Procedure ristrette
- Procedure negoziate
- Procedure con avviso di preinformazione

PRESELEZIONE

- Richieste di invito;
- Esame delle richieste e verifica possesso dei requisiti;
- Scelta delle imprese da invitare;
- Compilazione del relativo elenco;
- Diramazione degli inviti ad offrire (c.d. lettera-invito)

ART. 91 DEL D.LGS 50/2016 RIDUZIONE DI CANDIDATI DA INVITARE

«Nelle procedure ristrette, nelle procedure competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione, le stazioni appaltanti, quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera, della fornitura o del servizio, possono limitare il numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitati a presentare un'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, purché sia assicurato il numero minimo, di cui al comma 2, di candidati qualificati.»

ART. 91 DEL D.LGS 50/2016 RIDUZIONE DI CANDIDATI DA INVITARE

«le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse i criteri oggettivi e non discriminatori, secondo il principio di proporzionalità, che intendono applicare, il numero minimo dei candidati che intendono invitare, e, ove lo ritengano opportuno per motivate esigenze di buon andamento, il numero massimo.»

NUMERO MINIMO:

- PROCEDURE RISTRETTE: Almeno 5 candidati.
- PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE, PROCEDURA DI DIALOGO COMPETITIVO E PARTENARIATO PER L'INNOVAZIONE: Almeno 3 candidati.

«In ogni caso il numero di candidati invitati deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.»

LA LETTERA-INVITO

- Indirizzata ai soli soggetti prescelti dall'amministrazione.
- Improduttiva di effetti se non perviene a tutti i destinatari: il mancato recapito può essere fatto valere dall'interessato come causa di annullamento della gara.
- Di regola riproduce il contenuto del bando ma si ammette che possa indicare anche ulteriori clausole, prescrizioni e adempimenti aggiuntivi.
- Deve rispettare la *par condicio*: in sede di lettera-invito non possono essere modificate in maniera sostanziale le condizioni dell'appalto indicate nel bando.

COSTITUZIONE DELL'ELENCO

- Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare
- L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici è reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente

CONTENUTI DELL'AVVISO

- requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere
- modalità di selezione degli operatori economici da invitare
- categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco
- eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo

L'ISCRIZIONE

- L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie.
- La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico, eventualmente facendo ricorso al DGUE.
- L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali.
- L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.
- L'operatore economico è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante rispetto alle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa.
- La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di 30 giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a novanta giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute

GESTIONE DELL'ELENCO

- La stazione appaltante prevede le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata o al verificarsi di determinati eventi.
- La stazione appaltante esclude dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale.
- Possono essere del pari esclusi quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio
- Gli elenchi, non appena costituiti, sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante.
- Gli elenchi di operatori economici vigenti possono continuare ad essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, purché compatibili con il Codice dei contratti pubblici e con le presenti linee guida, provvedendo nel caso alle opportune revisioni

ELENCHI UFFICIALI

Gli operatori economici iscritti in elenchi ufficiali di imprenditori, fornitori o prestatori di servizi o che siano in possesso di una certificazione rilasciata da organismi accreditati per tali certificazioni ai sensi del regolamento (CE) n. 765/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio di cui all'allegato XIII possono presentare alla stazione appaltante, per ogni appalto, un certificato d'iscrizione o il certificato rilasciato dall'organismo di certificazione competente. Tali certificati indicano le referenze che consentono l'iscrizione negli elenchi o di ottenere il rilascio della certificazione nonché la relativa classificazione.

IL CONFRONTO COMPETITIVO

Conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero non inferiore a quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici

Ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera b), del Codice dei contratti pubblici la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese

- *Nel caso in cui risulti idoneo a partecipare alla procedura negoziata un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato dalla stazione appaltante in sede di avviso pubblico e non siano stati previsti, prima dell'avvio dell'indagine di mercato o dell'istituzione dell'elenco degli operatori economici, criteri ulteriori di la stazione appaltante procede al **sorteggio**.*



- *a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine di mercato o nell'avviso di costituzione dell'elenco.*
- *la stazione appaltante rende tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte*

CONTENUTO DELL'INVITO

- oggetto della prestazione, relative caratteristiche tecniche e prestazionali e importo complessivo stimato;
- requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti
- termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- criterio di aggiudicazione prescelto
- misura delle penali;
- indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- eventuale richiesta di garanzie;
- nominativo del RUP;
- nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo, la volontà di avvalersi della facoltà prevista dell'articolo 97, comma 8, Decreto Legislativo n.50/2016, purché pervengano almeno dieci offerte valide
- lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti;
- data, ora e luogo di svolgimento della prima seduta pubblica, nella quale il Rup o il seggio di gara procedono all'apertura dei plichi e della documentazione amministrativa.

CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE

- OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA
- MASSIMO RIBASSO

CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE: IL MASSIMO RIBASSO

- Che il c.d. «*taglio delle ali*» si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti;
- Che, in caso di sorteggio di cui alla lett. b) dell'art 97 co 2 , una volta operato il taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e applicare la decurtazione stabilita tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi;
- Che le offerte con identico ribasso percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno considerate come un'unica offerta;
- Il numero dei decimali per il ribasso offerto da considerare (indipendentemente dal metodo).

STIPULA DEL CONTRATTO

- Ai sensi dell'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata ovvero mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.
- Ai sensi dell'articolo 32, comma 10, lettera b), del Codice dei contratti pubblici è esclusa l'applicazione del termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto.
- Al fine di garantire pubblicità e trasparenza dell'operato della stazione appaltante, quest'ultima a esito della procedura negoziata pubblica le informazioni relative alla procedura di gara, previste dalla normativa vigente, tra le quali gli esiti dell'indagine di mercato e l'elenco dei soggetti invitati, motivando adeguatamente sulle scelte effettuate

GARA DESERTA

- In caso di procedura negoziata indetta successivamente ad un gara pubblica andata deserta, è pacifico ritenere che deve ritenersi integrata dalle disposizioni prescritte nella precedente *lex specialis*, se non contiene una disciplina compiuta.
- Lo ha deciso la Seconda Sezione del Tribunale Amministrativo Regionale per la Calabria con la sentenza n. 1132 del 31 maggio 2018, resa in forma semplificata, che ha rigettato il ricorso presentato per l'annullamento di una procedura negoziata successiva ad una gara andata deserta.

AGCM: possibili distorsioni e inefficienze se si “rispolverano” le medesime condizioni di una precedente gara andata deserta

AGCM, segnalazione Regione Molise, Procedura negoziata TPL

L’Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, nella delibera del 14 marzo 2017 (pubblicata sul bollettino n. 12 del 3 aprile 2017), ha deciso che procederà all’invio di una segnalazione alla Regione Molise, relativamente alle procedure di individuazione di operatori economici con i quali avviare a procedura negoziata *ex art 63 comma 2 lettera a) del D.Lgs 50/2016* per l’affidamento del servizio di trasporto pubblico locale extraurbano. L’AGCM ha sottolineato che dagli atti esaminati si evince l’intenzione della Regione di indire una procedura per l’affidamento del TPL, **richiamando le condizioni di cui a un precedente bando di gara**, dal momento che la gara al tempo espletata è “andata deserta” per la successiva esclusione del soggetto risultato aggiudicatario provvisorio. Siffatto richiamo al bando precedente avverrebbe ai sensi dell’art *art 63 comma 2 lettera a)* del nuovo codice degli appalti, secondo cui «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, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all’esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell’appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta».

Al proposito, l’Autorità rileva come la prefigurata riapplicazione nel 2017 della disciplina di gara del 2011, nonostante vi sia una normativa sopravvenuta diversi anni dopo (nuovo Codice dei contratti), «sia suscettibile di comportare conseguenze pregiudizievoli sia per il livello dei servizi oggetto di affidamento, che, per quanto qui più interessa, sotto il profilo dell’efficiente selezione concorrenziale dei soggetti gestori». In tal modo – **stante l’assenza di una nuova attività istruttoria** – l’affidamento dei servizi di TPL avverrebbe «senza che siano stati definiti i termini correnti di fabbisogno per gli utenti, le modalità efficienti di organizzazione e la somministrazione dei servizi, così come la sostenibilità delle condizioni economiche offerte ai soggetti gestori: quanto alle ultime condizioni citate, una nuova istruttoria appare tanto più doverosa alla luce delle ben possibili avvenute sopravvenienze di nuove condizioni normative e/o regolamentari tali da condizionare le attività d’impresa, quali, a titolo d’esempio, condizioni richieste per i veicoli in esercizio e conseguenti disponibilità di agevolazioni o penalizzazioni».

Dopo aver segnalato che gli atti della Regione si mostrino inconferenti con il quadro normativo più generale vigente in materia di affidamento dei servizi di TPL c.d. “su gomma”, **con specifico riferimento all’originaria previsione di un unico lotto gestionale**, l’Autorità ha evidenziato che, se è vero che tra la stessa Autorità e la Regione intercorse, al tempo, una verifica circa la legittimità dello stesso, a distanza di oltre cinque anni quanto allora considerato non può intendersi come base di legittimazione per una mera replica in data odierna “in assenza di qualsivoglia analisi quantomeno di aggiornamento delle attività istruttorie al tempo svolte – delle medesime condizioni di lotto unico”.

L' affidamento diretto

**Affidamento diretto:
*esecuzione di lavori, servizi e
forniture di importo inferiore a
40.000,00 euro, anche senza
previa consultazione di 2 o più
operatori economici.***

Linee Guida ANAC n. 4,

*L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro può avvenire tramite **affidamento diretto**, o, per i lavori, anche tramite amministrazione diretta di cui all'articolo 3, comma 1, lettera gggg) del Codice dei contratti pubblici, in conformità all'articolo 36, comma 2, lettera a) del predetto Codice.*

I lavori di importo inferiore a 40.000,00 euro, da realizzare in amministrazione diretta, sono individuati dalla stazione appaltante a cura del responsabile unico del procedimento.

L'AVVIO DELLA PROCEDURA

Al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del Codice dei contratti pubblici e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari.

AVVIO DELLA PROCEDURA: LA DETERMINA A CONTRARRE

- Indicazione dell'interesse pubblico
- Caratteristiche delle opere, dei beni e dei servizi
- Importo massimo stimato e relativa copertura contabile
- Procedura che si intende seguire
- Criteri di selezione degli operatori economici
- Criteri di selezione delle offerte
- Principali condizioni contrattuali

Nel caso di affidamento diretto, o di lavori in amministrazione diretta, si può procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo **semplificato** (Art. 32, co. 2 del D.Lgs 50/2016)

AVVIO DELLA PROCEDURA E REQUISITI

- Il correttivo ha eliminato obbligo di consultare 2 o più operatori (vd. Art.36, c 2 del D.Lgs 50/2016)
- Possibilità di negoziare con UN SOLO operatore purché in possesso dei requisiti Morali (art.80), Economico-finanziari e Tecnico-professionali
- L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale richiesti.

L'AFFIDAMENTO DIRETTO

- L'eliminazione della consultazione di almeno 2 preventivi, rappresenta una reale innovazione e di una concreta semplificazione, perché il legislatore riconnette automaticamente la possibilità per le pubbliche amministrazioni di contrarre con uno specifico operatore economico senza procedure specifiche al solo dato oggettivo dell'importo economico.
- Le stazioni appaltanti possono comunque ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale.

Importo fino a 5.000 euro (Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.2.2)

Facoltà per la s.a. di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'**autodichiarazione** resa dall'operatore economico sulla base del D.P.R. n.445/2000, anche secondo il modello DGUE, dalla quale risultino i requisiti ex art. 80.

Su tale autodichiarazione la s.a. è tenuta ad effettuare apposito **controllo**:

- Consultazione casellario ANAC
- Verifica DURC
- Sussistenza dei requisiti speciali e condizioni soggettive

Il contratto deve contenere clausole che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti:

- Risoluzione dello stesso e pagamento di un corrispettivo con riferimento alle prestazioni già effettuate
- Incameramento della cauzione definitiva o applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto

Importo tra 5.000 e 20.000 euro (Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.2.3)

Facoltà per la s.a. di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'**autodichiarazione** resa dall'operatore economico sulla base del D.P.R. n.445/2000, secondo il modello DGUE, dalla quale risultino i requisiti ex art. 80.

Prima della stipula del contratto la s.a. è tenuta ad effettuare apposito **controllo**:

- Consultazione casellario ANAC
- Sussistenza dei requisiti ex art. 80, co. 1, 4 e 5, lett. b)
- Sussistenza dei requisiti speciali
- Sussistenza delle condizioni oggettive

Il contratto deve contenere clausole che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti:

- Risoluzione dello stesso e pagamento di un corrispettivo con riferimento alle prestazioni già effettuate
- Incameramento della cauzione definitiva o applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto

**Importo superiore a 20.000 euro
(Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.2.4)**

Prima della stipula del contratto, la s.a. procede alle verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80, dei requisiti speciali e delle condizioni soggettive.

OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

Al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, specificando:

- Possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre;
- Rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico da soddisfare;
- Eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario;
- Congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione;
- Rispetto del principio di rotazione.

OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

Per affidamenti di modico valore (minori ad € 1.000) o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento già adottato dalla s.a. la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espresso **in forma sintetica.**

Art 93 co 1 D.Lgs 50/2016: semplificazioni

Nel caso dell'affidamento diretto la stazione appaltante ha la **facoltà** di:

- Non richiedere la garanzia provvisoria ex art. 93, co. 1 del codice;
- Esonerare l'affidatario dalla garanzia definitiva ex art. 103 del codice dei contratti (solo per casi specifici e comunque rispettando le condizioni ex art. 103, co.11)

STIPULA DEL CONTRATTO

- Ai sensi dell'articolo 32, comma 14, 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 tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri ovvero tramite piattaforma telematica in caso di acquisto su mercati elettronici.
- Ai sensi dell'articolo 32, comma 10, lettera b), del Codice dei contratti pubblici agli affidamenti ex art. 36, comma 2, lett. a) e b), non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni per la stipula del contratto.

La facoltà dell'esclusione automatica

Art 97 del D.Lgs 50/2016

«Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'art. 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.»

L'Adunanza Plenaria risolve il dubbio interpretativo sulla determinazione del “fattore di correzione” ai fini del calcolo della soglia di anomalia

- Cons. St., Ad. Pl., 30 agosto 2018, n. 13

La soluzione dell'Adunanza Plenaria: per la determinazione del fattore di correzione, la somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi deve ricomprendere solo la platea dei concorrenti ammessi al netto del c.d. ‘taglio delle ali’ di cui alla prima parte dell'art. 97, co. 2, lett. b). La questione rimessa all'Adunanza Plenaria dall'ordinanza Con. Stasez V, 8 giugno 2018 n. 3472 concerneva l'interpretazione, al fine dell'applicazione del c.d. ‘fattore di correzione’ per il calcolo della soglia di anomalia secondo il criterio di cui al co. 2, lett. b), dell'art. 97 del Codice, della locuzione “*somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi*”: se debba essere riferita a tutti i concorrenti ammessi in gara, ovvero ai soli concorrenti residuati all'esito del ‘taglio delle ali» di cui alla medesima lettera b).

Per l'affidamento diretto di servizi per importi inferiori ai 40.000 euro non è richiesta una adeguata motivazione

[Tar Molise, Campobasso, 14 settembre 2018, n. 533](#)

L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 (221.000 euro) deve sempre avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, comma 1, del D.Lgs. n. 50/2016 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), nonché nel rispetto del principio di rotazione, in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese e dell'obbligo di rispettare i principi di cui agli articoli 34 e 42. Tuttavia, i motivi di ricorso devono illuminare a sufficienza i dedotti profili di violazione di tali principi per permettere di giudicare la procedura seguita non coerente con il dettato di legge. Fino all'importo dei 40 mila euro – ferma restando la cornice dei principi generali – il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina che il Consiglio di Stato (nel parere n. 1903/2016) ha ritenuto come micro-sistema esaustivo ed autosufficiente che non necessita di particolari formalità e sulla quale i principi generali, richiamati dall'articolo 36, comma 2, lett. a) non determinano particolari limiti. Si è in presenza di una ipotesi specifica di affidamento diretto diversa ed aggiuntiva dalle ipotesi di procedura negoziata "diretta" prevista nell'articolo 63 del Codice che impone invece una specifica motivazione e che l'assegnazione avvenga in modo perfettamente adesivo alle ipotesi predefinite dal legislatore (si pensi in particolare all'unico affidatario o alle oggettive situazioni di urgenza a pena di danno), di guisa che, nel caso degli importi inferiori ai 40 mila euro non si pone neppure il problema di coniugare l'affidamento diretto con l'esigenza di una adeguata motivazione.

La procedura negoziata senza una preventiva pubblicizzazione: quando è possibile alla luce delle linee guida sui beni infungibili

DI COSA PARLIAMO?

L'ARGOMENTO RIGUARDA L'INDIVIDUAZIONE DEL PRESUPPOSTO GIURIDICO PER CONSENTIRE AD UNA STAZIONE APPALTANTE DI RICORRERE A FORME DI AFFIDAMENTO SENZA UTILIZZARE LE PROCEDURE ORDINARIE (RISTRETTA O APERTA). QUINDI SI DISCIPLINA UNA ECCEZIONE

RIFERIMENTO LEGISLATIVO

ART. 63 DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI
CHE VA LETTO IN COORDINAMENTO CON LE
LINEE GUIDA ANAC N. 4 DEL 2016 (sottosoglia) E
N. 8 DEL 2017 (forniture e servizi infungibili)

CONCETTO DI INFUNGIBILITA'

SECONDO LA DIRETTIVA EUROPEA

2014/24/UE

«L'infungibilità deve derivare da situazioni concrete, che non dipendono da comportamenti di acquisto passati della stessa amministrazione o da clausole contenute nella lex specialis di gara, rispetto alle quali le stazioni appaltanti hanno un obbligo stringente di motivazione, dovendo indicare ad esempio le ragioni per le quali non sia possibile ricorrere a canali distributivi alternativi, anche esteri, o prendere in considerazione lavori, forniture o servizi comparabili dal punto di vista funzionale, con quelli coperti da privativa ovvero specificare rigorosamente le ragioni tecniche che giustificano l'esclusività»

RIGIDITÀ/FLESSIBILITÀ DELLA DOMANDA E DELL'OFFERTA

Quando un bene/servizio è infungibile si ha come conseguenza che il prezzo sul lato dell'offerta diventa "rigido". In economia la rigidità o mancanza di elasticità, in riferimento in particolare alla domanda o all'offerta di beni e di fattori produttivi, si verifica quando il rapporto tra la variazione percentuale della quantità domandata (o offerta) e quella del prezzo è un valore assoluto inferiore all'unità. In generale, la rigidità è connessa al carattere 'essenziale' di un bene, mentre l'elasticità è collegata alla sua sostituibilità con altri beni.

UNIVOCITA' DEL PRESTATORE

- 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 fungibile ad 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

DEROGHE

- Per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsi la gara e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

COS'È IL LOCK IN

Il fenomeno del lock-in si ha quando si è "catturati" da una scelta tecnologica che potrebbe essere anche potenzialmente inferiore rispetto ad altre disponibili, è assai rilevante nell'ambito delle tecnologie di Internet.

DUE MOTIVI CHE POSSONO GENERARE IL LOCK IN:

- costi fissi non recuperabili (o sunk costs), che rendono sconveniente cambiare tecnologia. Per esempio, il tempo per l'apprendimento di un certo software rappresenta un tale costo fisso
- esternalità di rete. In questo caso, vi è un problema di coordinamento tra gli utenti di una certa tecnologia. Per esempio, come nel fenomeno del technology skipping, si può decidere di non passare a una nuova tecnologia superiore perché quella vecchia, avendo una maggiore base installata, genera maggiori benefici dovuti alle esternalità di rete

DEFINIZIONE DI LOCK-IN PER GLI APPALTI NEL SETTORE INFORMATICO DELLA COMMISSIONE EUROPEA

«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»

COME PREVENIRE IL LOCK-IN

- buona programmazione
- Buona progettazione
- Costo nel ciclo di vita
- Gare multisourcing

IL CICLO DI VITA

Art 3 comma 1 lett hhhh) D.Lgs 50/2016

tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, allo smantellamento e alla fine del servizio o all'utilizzazione;

IL CICLO DI VITA

Art. 23 D.Lgs 50/2016 (Livelli della progettazione per gli appalti, per le concessioni di lavori nonché per i servizi)

La progettazione in materia di lavori pubblici si articola, secondo tre livelli di successivi approfondimenti tecnici, in progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo ed è intesa ad assicurare ... il risparmio e l'efficientamento ed il recupero energetico nella realizzazione e nella successiva vita dell'opera nonché la valutazione del ciclo di vita e della manutenibilità delle opere;

IL CICLO DI VITA

Art. 96 D.Lgs 50/2016 (i costi del ciclo di vita)

I costi del ciclo di vita comprendono,:

- a) costi sostenuti dall'amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti, quali:
 - costi relativi all'acquisizione;
 - costi connessi all'utilizzo, quali consumo di energia e altre risorse;
 - costi di manutenzione;
- b) costi relativi al fine vita, come i costi di raccolta, di smaltimento e di riciclaggio;
- c) costi imputati a esternalità ambientali legate ai prodotti, servizi o lavori nel corso del ciclo di vita, purché il loro valore monetario possa essere determinato e verificato. Tali costi possono includere i costi delle emissioni di gas a effetto serra e di altre sostanze inquinanti, nonché altri costi legati all'attenuazione dei cambiamenti climatici.

GARE MULTI SOURCING

- prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione al concorrente primo qualificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi;
- dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili

NORME DI CAPITOLATO

- Il fornitore non detiene informazioni riservate che possano impedire il passaggio ad altro fornitore
- I pezzi di ricambio possono essere forniti da nuovi gestori e non c'è esclusività nel reperimento di pezzi di ricambio
- i costi d'investimento iniziali nel caso di nuovo affidamento non sono perduti
- i processi di apprendimento nel caso di nuovi affidamenti non sono perduti
- sussistono norme chiare in materia di proprietà disponibilità accessibilità e controllo dei dati
- la migrazione dei dati può svolgersi in modo semplice e completo
- si fa uso di tecnologie standard ISO/IEC2510:2011
- sono valutati tutti gli elementi che possono determinare il lock in

Un po' di numeri...

- Secondo i dati rilevati dall'ANAC, nel 2016 le gare aggiudicate mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara rappresentano circa il 18% degli affidamenti

Un po' di numeri...

Gli affidamenti mediante procedura negoziata:

- Per oltre il 40% sono stati motivati ricorrendo al concetto di infungibilità
- Il 63% degli affidamenti relativi a presunti casi di infungibilità riguarda le forniture
- Oltre il 32% riguarda i servizi, il resto i lavori
- Quasi la metà degli affidamenti complessivi (IL 47,2%) è relativo al settore sanitario
- il 14% al settore informatico, il 7,6% a servizi di riparazione e manutenzione

Un po' di numeri...

- In Italia il ricorso a procedure negoziate (soprattutto senza pubblicazione del bando) è più frequente della media: nel 2010 ha rappresentato il 14% del valore dei contratti, contro il 6% della media dell'Unione.

Un po' di numeri...

- La procedura di affidamento più diffusa è quella negoziata senza previa pubblicazione del bando (26%), che tuttavia rappresenta solo il 16% in valore; la procedura negoziata senza previa indizione di gara è applicata per il 4% del valore, mentre la procedura ristretta senza previa pubblicazione di un bando detiene il 9,8% in valore; le forme di affidamento in economia detengono il 5,3% in valore; il 50% del valore degli appalti è affidato con procedura aperta. Ne risulta che oltre il 35% del valore degli appalti è affidato al di fuori di vere forme di pubblicità, atte a favorire la concorrenza e il mercato.

MODIFICHE CONTRATTUALI

MODIFICHE CONTRATTUALI

- L'art. 106 del D.Lg n. 50/2016 contiene alcune disposizioni innovative rispetto alla previgente normativa. Talune di esse derivano direttamente dal recepimento della direttiva comunitaria (articolo 72 della direttiva 2014/24/UE, nonché articolo 89 direttiva 2015/25/UE), altre dalle ulteriori previsioni della legge delega (articolo 1, comma 1, lett. ee) della legge 28 gennaio 2016, n. 11). Per quanto concerne la norma europea, essa, a propria volta, recepisce i principi affermatasi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'Unione europea, secondo cui le modifiche del contratto, comportanti una modifica minore del valore del contratto sino a un determinato valore, dovrebbero essere sempre possibili senza richiedere una nuova procedura d'appalto (in tal senso, il considerando n. 107 e seguenti della dir. 24/2014/UE).

MODIFICHE CONTRATTUALI

- Le «modifiche in corso di esecuzione»
- Le «prestazioni supplementari»
- Le «varianti in corso d'opera»

modifiche in corso di esecuzione

- 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.
- Tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti.
- Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto o dell'accordo quadro.

modifiche in corso di esecuzione

Dal dato testuale si ricava che, oltre alle clausole che hanno ad oggetto la “revisione prezzi”, sono ammissibili anche altre clausole “modificative” del contratto.

- Direttive comunitarie: Considerando n. 111 della dir. 14/2014/UE.: «... rispetto ai singoli contratti, le amministrazioni aggiudicatrici possono prevedere clausole di revisione o di “opzione” “opzione” dei contratti stessi.;
- Art. 72 della dir. 14/2014/UE : prevede che sono ammesse le modifiche contrattuali, a prescindere dal loro valore monetario, se “sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi, o opzioni”.
- D.Lgs n. 50, art. 35, comma 4. Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara.

E' possibile, dunque, affermare che le clausole modificative del contratto possono avere ad oggetto la “revisione prezzi”, ovvero, più semplicemente, delle “opzioni”. Sarà la stazione appaltante, in fase di esecuzione, a valutare se avvalersi o meno di tali opzioni.

Proroga: tipico esempio di «opzione».

VARIANTI IN CORSO D'OPERA

- 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;
- la modifica non altera la natura generale del contratto.

PRESTAZIONI SUPPLEMENTARI

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti:

- 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale;
- 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi;

RESPONSABILITA'

- Il direttore dei lavori risponde delle conseguenze derivanti dall'aver ordinato o lasciato eseguire modifiche o addizioni al progetto, senza averne ottenuto regolare autorizzazione, sempre che non derivino da interventi volti ad evitare danni gravi a persone o cose o a beni soggetti alla legislazione in materia di beni culturali e ambientali o comunque di proprietà delle stazioni appaltanti.

RESPONSABILITA'

- il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione.

RESPONSABILITA'

- In caso di modifiche al progetto non disposte dal direttore dei lavori, quest'ultimo fornisce all'esecutore le disposizioni per la rimessa in pristino con spese a carico dell'esecutore stesso.

I nuovi prezzi

Le variazioni sono valutate in base ai prezzi di contratto, ma se comportano categorie di lavorazioni non previste o si debbano impiegare materiali per i quali non risulta fissato il prezzo contrattuale si provvede alla formazione di nuovi prezzi. I nuovi prezzi delle lavorazioni o materiali sono valutati:

- a) desumendoli dai prezzi di cui all'articolo 23, comma 16 del codice, ove esistenti;
- b) ricavandoli totalmente o parzialmente da nuove analisi effettuate avendo a riferimento i prezzi elementari di mano d'opera, materiali, noli e trasporti alla data di formulazione dell'offerta, attraverso un contraddittorio tra il direttore dei lavori e l'esecutore, e approvati dal RUP.

Controllo sulle varianti in corso d'opera

- Per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria: le varianti in corso d'opera sono comunicate dal RUP all'Osservatorio dei contratti pubblici;
- Per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria: le varianti in corso d'opera di importo eccedente il 10% del valore originario del contratto sono trasmesse dal RUP all'ANAC ai fini della verifica della legittimità ai sensi dell'art. 213 del Codice

Modifica dei contratti di appalto durante il periodo di efficacia

- Tar Lazio, Roma, Sez. III quater, 27 novembre 2017, n. 11732

La previsione contenuta all'art 106 del d.lgs 50/2016 consente, a determinate condizioni, «le modifiche, nonché le varianti dei contratti di appalto in corso di validità» e, dunque, secondo la puntuale indicazione che si trae dalla rubrica dell'articolo e dal tenore letterale di esso, la «modifica di contratti durante il periodo di efficacia». La disposizione contenuta all'art 106 del d.lgs 50/2016 definisce in modo chiaro e netto i propri confini operativi, circoscritti alle ipotesi nelle quali, conseguita l'aggiudicazione, non solo sia già stato stipulato il contratto, ma questo sia anche efficace e in corso di validità. Si tratta, prosegue il Collegio, di una disciplina non applicabile analogicamente al di fuori dell'area normativa così disegnata, posto che lo spazio che precede la stipula del contratto valido ed efficace rimane presidiata dai principi dell'evidenza pubblica i quali non consentono l'apprezzabile modifica (ancorché quantitativa) dell'oggetto dell'appalto, se non a prezzo di vulnerare la par condicio tra i concorrenti (ex multis, Tar Lazio, 5088/2016 , né in conseguenza la possibilità di riformulare l'offerta (e non il contratto) che rimane invece connotata da immutabilità dei contenuti e dalla tassatività dei termini di presentazione. Tanto basta, ad avviso del Collegio, a collocare la fattispecie in esame, nella quale neppure era stata effettuata l'aggiudicazione, fuori da quel perimetro. Peraltro, precisa il TAR, sussiste l'interesse della ricorrente chiaramente individuabile sia rispetto al bene della vita strumentale della ripetizione della gara, sia con riguardo alla possibilità (evincibile anche dall'esigua differenza di punteggio esistente fra le prime due classificate) di poter in futuro conseguire l'aggiudicazione.

Cassazione civile sez. II sentenza n. 10891 del 04/05/2017

- le variazioni non previste nel progetto, ove strettamente necessarie per la realizzazione dell'opera, possono essere eseguite dall'appaltatore senza la preventiva autorizzazione del committente ma, in tal caso, ove manchi l'accordo tra le parti, spetta al giudice accertarne la necessità e determinare il corrispettivo delle relative opere, parametrandolo ai prezzi unitari previsti nel preventivo ovvero ai prezzi di mercato correnti.

Corte appello Firenze sez. n. 413 del 23/02/2017

- nel caso in cui nel corso dell'esecuzione del contratto d'appalto il committente abbia richiesto all'appaltatore notevoli ed importanti variazioni del progetto, il termine di consegna e la penale per il ritardo, previsti nel contratto, vengono meno dal momento che vi è un evidente mutamento dell'originario piano dei lavori; perché la penale conservi efficacia, occorre che le parti concordemente stabiliscano un nuovo termine per la consegna dei lavori. In assenza di tale concorde decisione, incombe al committente, che persegue il risarcimento del danno da ritardata consegna dell'opera, l'onere di fornire la prova della colpa dell'appaltatore

Il quinto d'obbligo

- *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.*

Il quinto d'obbligo

- Stazione appaltante ha il potere di imporre quelle modifiche senza che l'appaltatore possa opporre il diritto di risoluzione del contratto o il diritto di negoziare lo svolgimento delle prestazioni a condizioni diverse da quelle inizialmente pattuite.
- In quest'ottica, quindi, per le modifiche di cui al comma 2 (le c.d. modifiche di dettaglio), sino al limite del 10% per forniture e servizi e del 15% per lavori, si procede senza valutazioni di ammissibilità e le stesse, rientrando nel limite più generale del Quinto d'obbligo, sono imposte al contraente – con atto di sottomissione - senza che questo possa risolvere il contratto; superati questi limiti di cui al comma 2, dovranno essere rispettate le condizioni poste dalle varie fattispecie in concreto configurantesi e, il limite del Quinto d'obbligo si applicherà se tali condizioni si saranno realizzate.
- Chiarito l'ambito di applicazione, qualche criticità vi è per il calcolo del quinto giacché con il passaggio al nuovo Codice dei contratti, si è persa la previsione di cui all'art. 161 del D.P.R. 207/2010 il quale stabiliva, al comma 14 che *“Ai fini della determinazione del quinto, l'importo dell'appalto è formato dalla somma risultante dal contratto originario, aumentato dell'importo degli atti di sottomissione e degli atti aggiuntivi per varianti già intervenute, nonché dell'ammontare degli importi, diversi da quelli a titolo risarcitorio, eventualmente riconosciuti all'esecutore ai sensi degli articoli 239 e 240 del codice. La disposizione non si applica nel caso di variante disposta ai sensi dell'articolo 132, comma 1, lettera e) del codice”* (errori del progetto esecutivo)”. Al successivo comma 15, inoltre, si precisava che, ai fini del calcolo del quinto, non dovevano essere tenuti in conto gli aumenti, rispetto alle previsioni contrattuali, delle opere relative a fondazioni.

Publicità modifiche

- *Le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c), pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinarie e all'articolo 130 per i settori speciali. Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale.*

Publicità modifiche

Per gli appalti e le concessioni 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 da parte della stazione appaltante per le valutazioni e gli eventuali provvedimenti di competenza. 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, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie, 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. Nel caso in cui l'ANAC accerti l'illegittimità della variante in corso d'opera approvata, essa esercita i poteri di cui all'articolo 213. In caso di inadempimento agli obblighi di comunicazione e trasmissione delle varianti in corso d'opera previsti, si applicano le sanzioni amministrative pecuniarie di cui all'articolo 213, comma 13.

Publicità modifiche

- Gli oneri di comunicazione e trasmissione interessano non solo la procedura principale di affidamento o di gara ma, chiaramente, anche le modifiche al contratto che non siano previste nei documenti di gara. Nello specifico, viene imposto alle stazioni appaltanti di pubblicare un avviso nella G.U.E. (o per il sotto soglia, in solo ambito nazionale) nel caso di modifiche supplementari e di varianti in corso d'opera. In particolare, per i contratti sotto soglia tutte le varianti devono essere comunicate all'Osservatorio dei lavori pubblici, nelle sezioni regionali, entro 30 giorni dalla loro approvazione. Tale comunicazione è obbligatoria anche per il sopra soglia quando il valore della variante è inferiore al 10%. Qualora si superi tale percentuale, il RUP dovrà inviare la documentazione della variante all'ANAC che ne accerterà l'eventuale illegittimità (obblighi di trasmissione).

Fattispecie - Art. 106 D. Lgs. 50/2016	CASI	LIMITI DI VALORE MASSIMO	CONDIZIONI	ADEMPIMENTI
LE MODIFICHE PREVISTE NEI DOCUMENTI DI GARA (Comma 1, lettera a) e comma 11)	a) Clausole di revisione e di adeguamento prezzi; b) Proroga del contratto per il tempo strettamente necessario all'espletamento delle procedure di gara. c) Modifiche di dettaglio o varianti non varianti d) Sostituzione del contraente originario	Nessun limite Per i lavori l'eccedenza deve superare il 10% del prezzo originario e comunque in misura pari alla metà Le modifiche di dettaglio hanno il limite di valore determinato dalla S.A.	1) Clausole chiare in cui sono prefissate la portata e la natura delle modifiche. 2) Non è alterata la natura generale del contratto	Nessuna ulteriore pubblicazione Nessun nuovo CIG
LE MODIFICHE NON PREVISTE NEI DOCUMENTI DI GARA (Comma 1, lettere b), d) ed e))	a) Lavori, servizi o forniture supplementari affidate al contraente originale, necessarie e non incluse nell'appalto iniziale; b) Modifiche non sostanziali, di dettaglio o varianti non varianti; c) Sostituzione del contraente originario in caso di morte, ristrutturazioni societarie; e) Se la S.A. assume obblighi del contraente verso subappaltatore	La modifica non deve superare il 50% del valore del contratto iniziale (solo per settori ordinari); Le modifiche di dettaglio, se previste nel bando, possono essere incluse in soglie di importi.	Per le sole prestazioni supplementari, se un cambiamento del contraente produce due effetti: 1) impraticabilità per motivi economici o tecnici; 2) notevoli disguidi o consistente duplicazione dei costi. In ogni caso non deve essere alterata la natura generale del contratto.	Nessun nuovo CIG se la modifica non supera il quinto d'obbligo ^[10] . 1) Comunicazione ad ANAC entro 30 giorni dall'approvazione della prestazione supplementare; 2) Pubblicazione ai sensi del comma 5 per le prestazioni supplementari

Fattispecie - Art. 106 D. Lgs. 50/2016	CASI	LIMITI DI VALORE MASSIMO	CONDIZIONI	ADEMPIMENTI
LE VARIANTI IN CORSO D'OPERA TRADIZIONALI (Comma 1, lettera c))	Varianti in corso d'opera	La modifica non deve superare il 50% del valore del contratto iniziale (solo per settori ordinari)	Devono realizzarsi entrambe le seguenti: 1) circostanze imprevedute e imprevedibili, compresa la sopravvenienza di nuove norme; 2) non è alterata la natura generale del contratto.	Nessun nuovo CIG se la modifica non supera il quinto d'obbligo. 1) Pubblicazione ai sensi del comma 5. 2) Comunicazione all'Osservatorio entro 30 giorni dall'approvazione della variante in caso di varianti ^[11] : a) per appalti sotto soglia; b) di importo inferiore al 10% per appalti pari o sopra soglia. 3) Trasmissione all'ANAC per varianti pari o superiore del 10% del valore del contratto iniziale su appalti pari o sopra soglia comunitaria
LE MODIFICHE PER IMPORTI SOTTOSOGLIA (Comma 2 e commi 9 e 10)	a) Modifiche motivate diversamente da quanto previsto nel comma 1, lettere a) e b); b) Modifiche per errori od omissioni progettuali	Deve trattarsi di modifica sotto soglia comunitaria che non supera il 10% per servizi e forniture, il 15% per i lavori	1) Non è alterata la natura generale del contratto; 2) Resta ferma la responsabilità dei progettisti esterni nel caso b)	Nessun nuovo CIG 1) Comunicazione ad ANAC entro 30 giorni dall'approvazione della prestazione supplementare
Modifiche diverse da quelle previste ai commi 1 e 2 (Comma 6)	Nessun limite		Nuova procedura di gara e nuovo CIG ed eventuale ricorso all'art. 63	

Il rinnovo

- a proroga è uno strumento a disposizione della Stazione Appaltante che le consente di estendere nel tempo gli effetti di un contratto d'appalto in essere al fine di evitare un blocco dell'azione amministrativa.
- L'utilizzo di tale strumento infatti è consentito solo *in via eccezionale* e limitato al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure per l'individuazione di un nuovo contraente.
- Dovrà essere prevista nel bando e nei documenti di gara.
- Altro strumento di estensione della durata del contratto d'appalto è l'opzione di rinnovo, che ha efficacia temporale più lunga della proroga e non è motivato da carattere di urgenza bensì rappresenta una mera facoltà per l'amministrazione committente.
- Per poter essere esercitato il rinnovo deve essere stato espressamente previsto nella documentazione di gara nella sua esatta durata massima.

Obbligo di indire una nuova gara pubblica, laddove permanga l'interesse della P.A. alle prestazioni oggetto dell'appalto, una volta scaduto il contratto

Tar Lazio, Roma, 10 settembre 2018, n. 9212

L'obbligo di indizione di nuova gara pubblica una volta scaduto il contratto. Nel rigettare nel merito il ricorso, i Giudici amministrativi ritenevano che, in materia di rinnovo o proroga dei contratti pubblici di appalto di servizi non vi sia alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti in quanto vige l'inderogabile principio in forza del quale la P.A.- una volta scaduto il contratto e laddove abbia ancora necessità di fruire di quelle prestazioni- deve effettuare una nuova gara pubblica.

La **proroga è consentita unicamente ai sensi dell'art 106 c 11 del D.Lgs 50/2016**, come strumento temporaneo necessario ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro.

Le **clausole di proroga** inserite ab origine nella lex specialis (come nel caso de quo, nel contratto scaduto) sono, dal canto loro, considerate legittime (CdS Sez III 3580/2013; sez. V, 27 aprile 2012, n. 2459), ma pur sempre subordinate alle condizioni previste dalla legge. La clausola di proroga, cioè, consente alla P.A. il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto scaduto, senza di contro far sorgere in capo alla contraente un diritto a che ciò avvenga.

Tali considerazioni, peraltro, **si riverberano sul contenuto della motivazione che l'Ente è tenuto a fornire**. Nel caso decida di procedere con indizione di una nuova procedura, non dovrà fornire alcuna particolare motivazione, mentre laddove proceda con la proroga del rapporto, tale scelta derogatoria rispetto al principio generale andrà analiticamente motivata (così, Cons. St. sez VI 6194/2011).

La decisione assunta dal TAR laziale è, del resto, coerente con la giurisprudenza formatasi sul punto: si vedano, tra le altre, TAR Sardegna, Cagliari, n. 755/2014; Cons. Stato sez. III, n. 01521/2017, secondo cui «la proroga (...) costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali».

È legittimo l'avvio di una procedura negoziata, ove ne ricorrano i presupposti, dopo varie proroghe tecniche in favore del precedente gestore dei servizi

Tar Lazio, Roma, 11 settembre 2018, n. 9268

L'Amministrazione, in maniera del tutto legittima - a fronte di quattro proroghe tecniche a favore del precedente gestore dei servizi integrati, per una durata complessiva di circa un anno e mezzo - opta, ricorrendone i presupposti di cui all'art. 63, comma 2, d.lgs. n. 50/2016, per l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla predetta procedura, così evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la Stazione Appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti.

L'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata non necessita di specifica motivazione.

Non necessita di specifica motivazione l'opzione di escludere l'affidatario uscente dal novero degli operatori invitati alla procedura negoziata, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio, quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) e dell'applicazione del principio di concorrenza e massima partecipazione che, nella fattispecie, si esplica consentendo ad operatori, diversi da quelli fino a quel momento coinvolti, di accedere ad appalti di durata necessariamente limitata per il verificarsi di situazioni non prevedibili.

Consiglio di Stato, sez III, n. 1337/2018

- In mancanza di espressa previsione nella lex specialis di gara, la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato e, dunque, considerando il contenuto dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, che avevano consentito all'appaltatore di aggiudicarsi la gara. La proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale. Ed infatti, mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, che rende incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi (Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25; id., sez. V , 22 giugno 2010, n. 3892; id. 14 maggio 2010, n. 3019).

PROROGA – DIFFERENZA CON IL RINNOVO – CARATTERISTICA – FINALITÀ – ONERE DI MOTIVAZIONE (ART. 106 D.LGS. N. 50/2016)

[TAR Roma, 10.09.2018 n. 9212](#)

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 proroga, nell'unico caso oggi ammesso ai sensi dell'art 106 del D.Lgs 50/2016, ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro. Ciò, peraltro, è stato chiarito, conformemente all'univoco orientamento della giurisprudenza, anche dall'ANAC, pure in relazione al previgente impianto normativo; è stato, infatti, evidenziato (parere AG 38/2013) che la proroga "è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) 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).

Proroga o rinnovo?

Il Consiglio di Stato ha più volte evidenziato che *mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale.*

Infatti la proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato.

Essa potrà essere attivata dalla stazione appaltante come diritto potestativo verso il contraente che non solo non potrà esimersi dall'eseguire le prestazioni ma dovrà effettuarle agli stessi patti e condizioni.

Diverso ragionamento invece per il rinnovo, per il quale il Consiglio di Stato ha previsto che *la società appaltatrice ha piena libertà di rifiutare la prestazione e cessare l'appalto, mentre l'Amministrazione non ha strumenti coercitivi per imporgli la prosecuzione.*

Pertanto ciò che differenzia il rinnovo del contratto dalla proroga sta nella circostanza che mentre il rinnovo presuppone una rinegoziazione delle condizioni, la proroga si riduce soltanto ad un mero differimento temporale.

Proroga o rinnovo?

Gli operatori economici dovranno pertanto avere sempre presente che:

- non potranno sottrarsi all'esecuzione di una proroga quando richiesta dalla Stazione Appaltante per il tempo strettamente necessario all'individuazione di un nuovo contraente e pertanto nelle more dell'aggiudicazione di una nuova gara
- la proroga presenta le stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato
- il rinnovo dell'appalto potrà essere concesso dalla Stazione Appaltante solo se espressamente indicato nella documentazione di gara, con indicazione della sua durata massima
- l'impresa appaltatrice può rifiutare il rinnovo del contratto.

Convenzioni con le cooperative sociali in deroga

- previste dalla Legge 381/1991
- Le convenzioni con le cooperative sociali di tipo B costituiscono un contratto, in deroga alla disciplina in materia di contratti pubblici, per la fornitura alle pubbliche amministrazioni di beni e servizi strumentali finalizzati all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati

Art. 5 Legge 381/1991

Convenzioni

Gli enti pubblici, compresi quelli economici, 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 ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, 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.

Le convenzioni sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza.

Per la stipula delle convenzioni le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale delle cooperative sociali. Gli analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea debbono essere in possesso di requisiti equivalenti a quelli richiesti per l'iscrizione a tale albo e risultare iscritti nelle liste regionali

4. Per le forniture di beni o servizi diversi da quelli socio-sanitari ed educativi, 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, e con l'adozione di specifici programmi di recupero e inserimento lavorativo.

Il regime dell'autovincolo per l'affidamento del servizio mediante gara

Cons. St., Sez. V, 06 ottobre 2016, n. 4129

La sentenza, in linea con un consolidato indirizzo giurisprudenziale (cfr., *ex pluribus*, Cons. St., Sez. V, 28 maggio 2012, n. 2012) afferma che, qualora l'amministrazione, benché non obbligata da una disposizione nazionale o comunitaria all'utilizzo di sistemi di scelta del contraente mediante gara pubblica, vi abbia comunque fatto ricorso, resta tenuta all'osservanza di moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale.

Essa deve, quindi, rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità, di cui la procedura di gara prescelta è l'espressione di diritto positivo; non le è consentito, dunque, pena l'elusione dei principi richiamati, prevedere deroghe che si risolvano nell'ingiustificata restrizione della concorrenza: essa non può apporre, pertanto, nel bando di gara, la clausola di riserva in favore delle sole cooperative sociali.

Nel caso di specie, il Comune si era autovincolato, optando per l'affidamento del servizio (gestione del canile) mediante gara, cioè mediante l'avvio della procedura concorrenziale per l'affidamento del servizio pubblico: esso non poteva, quindi inserire una clausola di tal fatta.

Inoltre, i giudici precisano che la gestione del canile è un servizio pubblico locale che, ancorché privo di rilevanza economica, non è preordinato a soddisfare esigenze strumentali del Comune. Sicché, non trova comunque applicazione l'art. 5 l. 8 novembre 1991, n. 381 che consente agli enti pubblici, per la fornitura di beni e servizi c.d. strumentali, «anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, di stipulare convenzioni con le cooperative sociali».