

APPALTI PUBBLICI, CRISI DI IMPRESA E DISCIPLINA ANTIMAFIA

**I CONTRATTI PUBBLICI. TIPOLOGIE E MODALITA'
REALIZZATIVE DELLE OPERE PUBBLICHE E DEI SERVIZI
CORRELATI. IL SUBAPPALTO, IL SUBCONTRATTO E LA
SUBFORNITURA.**

*Materiali di lavoro del seminario di aggiornamento tenuto a
Bologna, viale Aldo Moro 30, il 28 novembre 2019*

Materiali a cura di: Prof. Avv. ELISA VALERIANI

MATERIALI DI LAVORO DEI SEMINARI DI AGGIORNAMENTO E CONDIVISIONE PER I TECNICI DEI TERRITORI
COLPITI DAGLI EVENTI SISMICI DEL 2012.

Documento non divulgabile riservato alla comunità dei tecnici selezionati dalle PP.AA. e partecipanti ai lavori seminariali

I CONTRATTI PUBBLICI

LE MODALITÀ DI AFFIDAMENTO: INQUADRAMENTO GENERALE

La procedura aperta: art. 60

- ✓ E' la procedura in cui qualsiasi operatore economico può presentare un'offerta in risposta ad un avviso di indizione di una gara.
- ✓ Non esiste una fase di selezione delle offerte, né preventiva né successiva, per cui si tratta della procedura astrattamente più rispettosa della massima apertura della concorrenza.

I TERMINI:

- Termine ordinario minimo per la ricezione delle offerte: **35 giorni** dalla trasmissione del bando.
- Se il bando è preceduto da un avviso di preinformazione: il termine minimo per la ricezione delle offerte subisce una riduzione a 15 giorni, ma solo se
 - a) L'avviso di preinformazione contiene tutte le informazioni richieste per il bando di gara di cui all'allegato XVI, parte I, lett. B), sezione B1, sempre che queste siano disponibili al momento della pubblicazione dell'avviso di preinformazione.
 - b) L'avviso di preinformazione è stato inviato alla pubblicazione da non meno di 35 giorni e non oltre 12 mesi prima della data di trasmissione del bando di gara.

La procedura ristretta: art.61

E' la procedura in cui qualsiasi operatore economico può presentare una domanda di partecipazione in risposta ad un avviso di indizione di gara contenente i dati di cui all'allegato XVI, parte I, lett. B) o C) a seconda del caso, fornendo le informazioni richieste dall'amministrazione aggiudicatrice ai fini della selezione qualitativa.

Le fasi:

- A. Fase di prequalificazione in cui la stazione appaltante riceve le domande di partecipazione, verifica i requisiti di ammissione dei partecipanti ed eventualmente li esclude se ne sono carenti.
- B. Fase di gara vera e propria che si svolge in modo identico alle procedure aperte, ma solo fra i soggetti ammessi.

I termini:

- Presentazione della domanda di partecipazione: 30 giorni dalla data di trasmissione del bando o dalla data dell'invito a confermare interesse (nel caso di avviso di preinformazione)
- Presentazione delle offerte: 30 giorni dalla data di trasmissione dell'invito a presentare offerta.

Le altre procedure: art.59

- Partenariato Pubblico Privato
- Procedura competitiva con negoziazione
- Dialogo competitivo
- Procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara



Prevedono la ricorrenza di **presupposti specifici**:

- Per il Partenariato pubblico privato: requisiti di cui all'art. 65.
- Per la procedura competitiva con negoziazione e per il dialogo competitivo: requisiti di cui all'art. 59, co.2.
- Per la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara: requisiti di cui all'art. 63.

Le soglie: art. 35 D.Lgs.50/2016

Rispetto ai valori validi nel biennio tra il 2018 e il 2019, le soglie del prossimo biennio per la “rilevanza europea” degli appalti vengono rivista al ribasso, per la prima volta dal 2010.

Mentre il legislatore italiano liberalizza parzialmente gli **affidamenti sottosoglia**, tale soglia viene alzata dalla Commissione europea, riducendo parzialmente l'effetto delle novità del Decreto “Sblocca-cantieri”, modificando l'art. 35 del Codice Appalti.

Tali modifiche contenute nei Regolamenti della Commissione UE in vigore dal **1° gennaio 2020**, sono obbligatori in tutti i loro elementi e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri, **dunque non necessitano di alcuna procedura di recepimento**. Le nuove soglie sostituiscono integralmente quelle vigenti in precedenza.

In considerazione delle recenti modifiche, le soglie di rilevanza comunitaria sono:

Per i lavori e le concessioni

- **5.350.000 euro** per gli appalti pubblici di **lavori** e per le **concessioni** (in precedenza euro 5.548.000);

Per i servizi e le forniture

- **214.000 euro** per gli appalti di **servizi** e le **forniture** (in precedenza euro 221.000)
- **139.000 euro** se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da **amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali** (quelle indicate dall'allegato III del Codice Appalti) (in precedenza euro 144.000).
- **428.000 euro** per il caso particolare di servizi e forniture **nei settori speciali e nel settore della difesa** (in precedenza euro 443.000)
- **euro 750.000** (resta inalterato l'odierno importo di 750.000 euro) per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX nei settori ordinari
- **euro 1.000.000** (resta inalterato l'odierno importo di 1.000.000 euro) per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX nei settori speciali

Così hanno disposto i Regolamenti della Commissione 1827/2019 (concessioni) 2019/1828 (settori ordinari), 2019/1829 (settori speciali) 2019/1830 (difesa e sicurezza) del 30 ottobre 2019, pubblicato il 31 ottobre in Gazzetta europea, che modifica la direttiva 2014/24/UE.

LE SOGLIE NAZIONALI NEL D.L. «SBLOCCA CANTIERI»	
Affidamenti sotto i 40.000 euro	Affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.
Affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori	Affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente.
Affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi	Affidamento diretto previa valutazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.
Affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro	Procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
Affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro	Procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
Affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35	Procedura aperta, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.
Affidamenti di forniture e servizi di importo superiore a 214.000 euro	Procedura aperta

LE PROCEDURE SOTTO- **SOGLIA:** **AFFIDAMENTO DIRETTO**

L'affidamento diretto è applicabile a:

- ✓ Contratti sino a 40.000
- ✓ Contratti di lavori da 40.000 fino a 150.000 euro con valutazione di almeno 3 preventivi
- ✓ Contratti di servizi e forniture di importo da 40.000 fino alla soglia UE con confronto di almeno 5 operatori economici (individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti).



Per la conclusione di tali contratti, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite **determina a contrarre**, o atto equivalente, che contenga:

- L'oggetto dell'affidamento;
- L'importo;
- Il fornitore;
- Le ragioni della scelta del fornitore;
- Il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale;
- Il possesso dei requisiti tecnico-professionali (se richiesti).

Per i contratti fino a 40.000

L'amministrazione motiva la decisione di affidamento dando conto:

- Del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente
- Della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare
- Di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario
- Della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione
- Del rispetto del principio di rotazione



- La stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati da altre amministrazioni.

- La stazione appaltante può ricorrere al meccanismo del *best practice*: richiede la presentazione di veri e propri preventivi tra i quali poi sceglie l'affidatario.

Per i **contratti routinari** (es: ordini diretti di acquisto sul mercato elettronico) e **di importo più contenuto**, la determina a contrarre può limitarsi ad indicare:

- l'oggetto dell'affidamento
- Il fornitore
- L'importo
- Le ragioni della scelta
- Possesso dei requisiti generali

La determina può così riunire in sé l'avvio e la conclusione della procedura.

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**.



Nel caso dell'affidamento diretto per importi inferiori a 40.000 euro la stazione appaltante ha la **facoltà** di:

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

LE PROCEDURE SOTTO- **SOGLIA:** **PROCEDURA NEGOZIATA**

La procedura negoziata è applicabile a:

- ✓ Contratti di lavori di importo compreso tra 150.000 e un milione di euro.

DIFFERENZIAZIONE DEL REGIME DEGLI INVITI

- Lavori tra 150.000 e 350.000 euro: consultazione di almeno 10 operatori economici.
- Lavori tra 350.000 e un milione di euro: consultazione di almeno 15 operatori economici.

AVVIO DELLA PROCEDURA

- La procedura prende avvio con la determina a contrarre o con atto equivalente.
- Successivamente la procedura si articola in 3 fasi:

1. INDAGINE DI MERCATO/ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI

2. CONFRONTO COMPETITIVO DEGLI OPERATORI

3. STIPULA DEL CONTRATTO

Fase 1 - L'indagine 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
- L'indagine di mercato viene svolta secondo le modalità ritenute dalla stazione appaltante più convenienti, pur rispettando i principi di adeguatezza e proporzionalità.
- L'indagine di mercato è 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.
- Rispetto del **principio di pubblicità**.

L'avviso deve indicare:

- 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.

Fase 1-Elenco di operatori economici

- 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 per la costituzione dell'elenco

- 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 già costituiti possono continuare ad essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, purché compatibili con il Codice dei contratti pubblici, provvedendo nel caso alle opportune revisioni.

Fase 2 – 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 criteri ulteriori, prima dell'avvio dell'indagine di mercato o dell'istituzione dell'elenco degli operatori economici, 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
- 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

- L'invito deve contenere il criterio di aggiudicazione prescelto
- In caso di **minor prezzo**: la scelta del criterio va motivata



Se viene sorteggiato uno dei metodi di cui all' Art.97, co. 2, lett. a), b) ed e) occorre specificare:

- 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), 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).

Fase 3 – 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 in 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.

PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE

Direttiva 2014/24 UE

«E' indispensabile che le amministrazioni aggiudicatrici dispongano di maggiore flessibilità nella scelta di una procedura d'appalto che prevede la negoziazione. E' probabile che un più ampio ricorso a tali procedure incrementi anche gli scambi transfrontalieri, in quanto la valutazione ha dimostrato che gli appalti aggiudicati con procedura negoziata con previa pubblicazione hanno una percentuale di successo particolarmente elevata di offerte transfrontaliere...[omissis]...è opportuno che gli Stati membri abbiano la facoltà di ricorrere ad una procedura competitiva con negoziazione o al dialogo competitivo in varie situazioni qualora non risulti che le procedure aperte o ristrette senza negoziazione possano portare a risultati di aggiudicazioni di appalti soddisfacenti».

Art.59 comma 2

Ipotesi 1: le esigenze particolari

Possibilità di ricorso alla procedura competitiva con negoziazione sia per i lavori sia per le forniture sia per i servizi qualora emergano esigenze di negoziazione per la messa a punto delle prestazioni oggetto del contratto:

1. Le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice perseguite con l'appalto non possono essere soddisfatte senza adottare soluzioni immediatamente disponibili;
2. Le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice implicano progettazione o soluzioni innovative;
3. L'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica dell'oggetto dell'appalto o a causa dei rischi a esso connessi;
4. Le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice con riferimento a una norma, una valutazione tecnica europea, una specifica tecnica comune o un riferimento tecnico ai sensi dei punti da 2 a 5 dell'allegato XIII

Art.59 comma 2

Ipotesi 2: offerte irregolari o inammissibili

Possibilità di ricorrere alla procedura competitiva con negoziazione sia per i lavori che per le forniture che per i servizi qualora all'esito di una procedura aperta o ristretta siano state presentate soltanto offerte irregolari o inammissibili:

Offerte irregolari:

- a) Offerte che non rispettano i documenti di gara;
- b) Offerte che sono state ricevute in ritardo rispetto ai termini del bando o dell'invito;
- c) Offerte anormalmente basse.

Offerte inammissibili:

- a) Offerte in relazione alle quali la commissione giudicatrice ritenga sussistenti gli estremi per procedere alla informativa alla Procura della Repubblica per i reati di corruzione o fenomeni collusivi;
- b) Offerte il cui prezzo supera l'importo posto dall'amministrazione aggiudicatrice a base di gara, stabilito e documentato prima dell'avvio della procedura di appalto.



Quando la procedura negoziata si innesta sul tronco della gara senza esito, nell'ambito di tale procedura devono essere sostanzialmente riprodotte le condizioni contrattuali originarie, e dunque alla stazione appaltante sarà preclusa la possibilità di modificare gli elementi qualificanti del contratto, quali l'oggetto, il prezzo e la durata.

Potranno invece essere oggetto di intervento l'aggiornamento dei prezzi rispetto al trascorrere del tempo, ovvero le correzioni di errori progettuali o materiali.

DIALOGO COMPETITIVO

Definizione

Procedura di affidamento in cui la stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi, al fine di elaborare una o più soluzioni idonee a soddisfare le proprie necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati sono invitati a presentare le offerte.



La peculiarità della procedura di dialogo competitivo è la **fase dialogica**, basata sull'interlocuzione tra la stazione appaltante e gli operatori, chiamati ad interagire fin dal momento dell'ideazione dell'appalto, atteso che il progetto posto a base di gara non è unilateralmente concepito e imposto dalla s.a., ma è studiato insieme agli operatori che potranno poi avere ingresso alla successiva fase negoziale.

La prequalifica

- Nella fase di prequalifica qualsiasi operatore può chiedere di partecipare in risposta a un bando o ad avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa, ma soltanto gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante in seguito alla valutazione delle informazioni fornite possono partecipare al dialogo.
- Le stazioni appaltanti indicano nel bando di gara o nell'avviso di indizione di gara le loro esigenze e i requisiti richiesti e li definiscono nel bando stesso, nell'avviso di indizione o in un documento descrittivo.

La struttura bifasica: la fase dialettica

Una volta selezionati gli offerenti, l'amministrazione avvia il dialogo finalizzato all'individuazione e alla definizione dei mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità, con cui può essere discusso ogni aspetto dell'appalto.

- E' una fase gestita dalla struttura amministrativa della s.a.
- La procedura rende indispensabile una specifica conoscenza della materia oggetto della negoziazione, rendendo così indispensabile una specifica preparazione del personale amministrativo addetto alle soluzioni prospettate.
- L'amministrazione aggiudicatrice non deve fornire in maniera discriminatoria informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri.

- E' contemplato il divieto per la stazione appaltante di rivelare agli altri partecipanti le soluzioni proposte o altre informazioni riservate comunicate da un candidato che partecipa alla negoziazione.
- Per non rendere troppo costosa la procedura si prevede la possibilità di procedere per fasi successive, in modo da ridurre progressivamente il numero di soluzioni da discutere durante la fase di dialogo.
- Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.
- La fase dialogica prosegue finché la s.a. non sia in grado di individuare la soluzione o le soluzioni idonee a soddisfare le proprie necessità.

La struttura bifasica: la fase competitiva

Dopo la conclusione della fase dialettica, le stazioni appaltanti invitano ciascun partecipante rimanente a presentare la propria offerta finale, che dovrà contenere tutti gli elementi necessari per l'esecuzione del progetto, in base alle soluzioni presentate e specificate nella fase di dialogo.

- E' una fase gestita dalla commissione giudicatrice.
- La s.a. può invitare gli offerenti a chiarire, precisare o perfezionare le offerte sulla base di quanto emerso durante il dialogo competitivo, purché ciò non determini l'effetto di falsare la concorrenza o creare discriminazioni.
- Non sono ammessi chiarimenti, precisazioni perfezionamenti o completamenti delle informazioni che abbiano come effetto la modifica degli aspetti essenziali dell'appalto, compresi i requisiti e le esigenze indicati nel bando di gara, nell'avviso di indizione della gara o nel documento descrittivo.

~~L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta con il miglior rapporto qualità/prezzo~~

PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DEL BANDO DI GARA

Caratteristiche

- Trattativa privata (più o meno) deprocedimentalizzata;
- Vengono in ogni caso consultate più imprese da parte della s.a., al fine di non comprimere completamente almeno una certa quota di confronto concorrenziale.
- Le amministrazioni aggiudicatrici procedono alla individuazione degli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economiche, finanziarie, tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.
- Le amministrazioni selezionano almeno 5 operatori economici, se sussistono in tale numero i soggetti idonei, e scelgono l'operatore economico che ha offerto le condizioni migliori, secondo i principi dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

Le ipotesi comuni agli appalti di lavori, forniture e servizi

I presupposti per il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, comuni agli appalti di lavori, forniture e servizi, sono:

- a) mancata presentazione di alcuna offerta o alcuna offerta appropriata in una procedura aperta o ristretta
- b) esistenza di un unico operatore economico
estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dalla s.a.

a) mancanza di offerta appropriata

La procedura negoziata è disposta a valle di una procedura aperta o ristretta già bandita, e si verifica qualora in tale gara non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata.

La nuova procedura negoziata può essere effettuata purché:

- le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate;
- sia trasmessa una relazione alla Commissione europea.

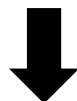
La nozione di appropriatezza:

- a) Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara;
- b) Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art.80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'art.83.

b) Ipotesi dell'unico operatore economico determinato

L'ipotesi ricorre 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 o 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 artificiosa dei parametri dell'appalto.

c) Ipotesi di estrema urgenza

Prevede la possibilità di ricorso alla procedura negoziata senza bando 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 non devono essere in alcun caso imputabili alla stazione appaltante

Le ipotesi con riferimento alle forniture

- a) Qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo, salvo che si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo.
- 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) Per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime.
- 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.
- e) Qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati

I lavori ripetitivi ed i servizi analoghi

Il ricorso alla procedura negoziata senza bando è anche possibile 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 alle seguenti condizioni:

- I. I lavori/servizi analoghi devono essere conformi al progetto a base di gara e tale progetto deve essere stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta;
- II. La possibilità di avvalersi della procedura deve essere indicata fin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione;
- III. L'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è stato computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'art.35, comma 1;
- IV. Il ricorso alla procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.

Le forniture particolari

Il ricorso alla procedura negoziata senza bando è anche possibile nel caso di:

- I. Forniture di prodotti fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, sperimentazione, studio o di sviluppo (tranne che per produzione in quantità colta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e sviluppo);
- II. Consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi la stazione appaltante ad acquistare beni con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate. La durata di tali contratti non può comunque di regola superare i tre anni;
- III. Forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;
- IV. Forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale o dagli organi delle procedure concorsuali.

PPP

Definizione

Nell'ambito dei tipi e delle procedure di approvvigionamento pubblico, ai sensi dell'art. 3 comma 1 lettera eee) del d.lgs. 50/2016 il PPP è un contratto mediante il quale *“una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connessa all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore”*.

Funzioni

- Mediante gli istituti ricompresi nel PPP le stazioni appaltanti possono approvvigionarsi allocando parte del rischio connaturato all'opera o all'attività sull'operatore economico incaricato della realizzazione.
- Oltre a ciò, a livello pragmatico, il PPP consente inoltre alla stazione appaltante di realizzare opere per le quali non possiede la necessaria disponibilità economica. Si pensi, a titolo esemplificativo, alla necessità di realizzare una grande infrastruttura, come una autostrada; la stazione appaltante ben potrebbe limitarsi a bandire un appalto di lavori che remunerer l'operatore economico per la mera costruzione dell'opera: per fare ciò occorre, però, una ingente provvista economica (classico contratto d'appalto). Qualora quest'ultima non dovesse essere disponibile, la stazione appaltante potrebbe allora ricorrere al PPP e trasformare l'appalto in un investimento per l'operatore economico privato; quest'ultimo, pur essendo in parte remunerato della propria attività, otterrà in gestione, per un determinato numero di anni, l'opera realizzata per percepirne i proventi e quindi recuperare l'investimento. In questo caso, tuttavia, l'operatore economico assume un rischio di mercato che incide sul proprio investimento.

L'allocazione del rischio

Il vero discrimine tra un classico appalto e un PPP risiede nell'allocazione del rischio.

A tal proposito occorre però riferirsi non solo alla normativa italiana, ossia il d.lgs. 50/2016, ma anche a quella europea, di cui quella italiana costituisce il recepimento. Infatti, l'art. 3 comma 1 lettera eee) del d.lgs. 50/2016 sancisce che con riferimento al PPP *“si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat”*.

Il trasferimento del rischio è quindi un carattere necessario del PPP, al punto da consistere nel principale elemento distintivo rispetto agli appalti.

In argomento occorre rimettersi alla **decisione Eurostat del 30.08.2004**, la quale reca le indicazioni per considerare *“off-balance”* un PPP. In altre parole, l'Eurostat fornisce le indicazioni per la corretta contabilizzazione dei PPP dato che questi, se correttamente inquadrati, sono posti fuori bilancio e quindi non costituiscono indebitamento per il bilancio pubblico.

A tal fine, nell'ambito del PPP vengono considerate tre tipologie di rischio: il rischio di costruzione, consistente nella realizzazione dell'opera e quindi nell'assunzione dei rischi da ritardo, da penali o da difetti costruttivi; il rischio di disponibilità, consistente nel rischio correlato al volume ed alla qualità del servizio che il privato deve rendere in forza del contratto; infine, il rischio di domanda, consistente nel rischio correlato alla consistenza della domanda del servizio che il privato deve rendere in forza del contratto.

Le 3 tipologie di rischio

Nell'ambito del PPP vengono considerate tre tipologie di rischio:

1. il **rischio di costruzione**, consistente nella realizzazione dell'opera e quindi nell'assunzione dei rischi da ritardo, da penali o da difetti costruttivi;
2. il **rischio di disponibilità**, consistente nel rischio correlato al volume ed alla qualità del servizio che il privato deve rendere in forza del contratto;
3. il **rischio di domanda**, consistente nel rischio correlato alla consistenza della domanda del servizio che il privato deve rendere in forza del contratto.

Poste queste 3 tipologie di rischio, l'**Eurostat** stabilisce che il PPP possa porsi *off-balance* se sul privato ricade il rischio di costruzione e, alternativamente, quello di disponibilità o di domanda. In caso contrario, il PPP dovrà essere posto *in-balance*, ossia indicato nelle passività del bilancio come un semplice contratto di appalto.



La normativa italiana recepisce quest'↓disposto e lo specifica ulteriormente. L'**art. 180 comma 3** primo periodo del d.lgs. 50/2016 stabilisce difatti che *“nel contratto di partenariato pubblico privato il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi, per il periodo di gestione dell'opera”*. In altre parole, il legislatore italiano stabilisce ulteriormente che, nel caso in cui il PPP abbia ad oggetto attività redditizie verso l'esterno, il rischio di domanda deve essere allocato in capo al soggetto privato.

L'equilibrio economico-finanziario

L'allocazione del rischio deve però essere correlata con un'ulteriore e fondamentale caratteristica del PPP, ossia l'equilibrio economico-finanziario.

Ai sensi dell'art. 3 comma 1 lettera fff), per equilibrio economico finanziario si intende “*la contemporanea presenza delle condizioni di convenienza economica e sostenibilità finanziaria. Per convenienza economica si intende la capacità del progetto di creare valore nell'arco dell'efficacia del contratto e di generare un livello di redditività adeguato per il capitale investito; per sostenibilità finanziaria si intende la capacità del progetto di generare flussi di cassa sufficienti a garantire il rimborso del finanziamento*”.

In altre parole, il PPP deve consentire alle parti, pubblica e privata, di realizzare un'operazione che assicuri un'adeguata remunerazione e sostenibilità dell'investimento.

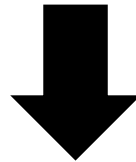
A tal proposito, l'equilibrio economico finanziario costituisce altresì il presupposto per una corretta allocazione dei rischi, nei termini sopra indicati. Al fine di raggiungere l'equilibrio economico finanziario, l'Amministrazione può definire un prezzo consistente nella corresponsione di un contributo pubblico, anche mediante riconoscimento di un diritto di godimento, ovvero nella cessione di beni immobili.

Ciò che più rileva è che l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della Pubblica Amministrazione, non può essere superiore al 49% del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.

Il doppio limite

La configurabilità sostanziale di un PPP è subordinata ad un doppio limite:

- l'allocazione dei rischi in senso conforme alla citata decisione Eurostat del 2004;
- l'operazione non può gravare sull'Amministrazione per oltre il 49% del valore complessivo ovvero, diversamente detto, gli oneri economici devono essere sostenuti in via maggioritaria dall'operatore economico privato.



Linee Guida ANAC n. 9

«L'equilibrio economico finanziario si realizza quando i flussi di cassa derivanti dai ricavi del contratto coprono i flussi di cassa derivanti dai costi ammessi per l'esecuzione del contratto, inclusi quelli relativi all'ammortamento del capitale investito netto e alla remunerazione dello stesso ad un tasso che può essere definito congruo e quelli richiesti per versare le imposte».

Il limite del 49%: la normativa europea

La normativa europea tende a condurre nel 49% tutte le prestazioni, quale che sia la loro forma e finalità, che l'Amministrazione corrisponde al privato.



Il Manual on Government Decifit and Debt -implementation of ESA 2010- (MGDD) pubblicato nel 2019 dall'Eurostat, al punto 6.4.3.2 n. 35 afferma che *“Nei conti nazionali, le attività coinvolte in un contratto a lungo termine tra un'entità governativa e un partner privato possono essere considerate off-balance per l'ente pubblico solo se il partner privato sopporta la maggior parte dei rischi connessi all'attività durante l'intera durata del contratto ed è anche autorizzato a ricevere la maggior parte degli attuali benefici dalle attività”*.

Da tutto ciò si ricava che al fine di determinare l'apporto economico dell'Amministrazione nel limite del 49% dell'importo del PPP andranno considerate tutte le poste economiche corrisposte al soggetto privato in qualsivoglia forma, modalità e motivazione.

Il limite del 49%: la normativa interna

La normativa interna sul medesimo punto è invero meno rigorosa, e si pone quindi in contrasto con quella europea citata. In particolare, richiama la normativa europea solo con riferimento ai “*profili di tutela della finanza pubblica*” (art. 3 comma 1 lettera eee) del d.lgs. 50/2016, già citato).

In tal senso, l'ANAC ha operato un'interpretazione parziale delle disposizioni Eurostat. Le Linee Guida n. 9, infatti, richiamano espressamente solo il punto 6.4.3.3 n. 55 del MGDD Eurostat, il quale si riferisce all'inquadramento delle spese in conto capitale e degli oneri finanziari. Solamente a tali categorie viene ricondotto, unitamente al prezzo, il limite del 49% del costo dell'investimento complessivo a carico dell'Amministrazione (ai sensi dell'art. 180 comma 6 d.lgs. 50/2016).

Opere calde e opere fredde

Tra le opere che possono essere realizzate mediante un PPP si distinguono: le c.d. opere calde e le opere c.d. fredde.

- Le “**opere calde**” hanno una rilevanza imprenditoriale, poiché sono suscettibili, nel breve-medio periodo, di produrre una redditività futura per cui i costi di investimento possono essere tendenzialmente ammortizzati con i flussi di cassa derivanti dalla gestione economica dell’infrastruttura.
- Le **opere “fredde”** sono invece quelle in cui (per la funzione sociale assolutamente predominante) il flusso di ricavi prevalente, in fase di gestione, è assicurato dall’Ente pubblico. Rientrano certamente all’interno del perimetro delle opere fredde, perché menzionati nella Decisione Eurostat 11 febbraio 2004, gli investimenti nei campi della sanità o dell’istruzione e del trasporto pubblico locale, nei quali, pur beneficiandone direttamente gli utenti, le prestazioni erogate ai cittadini sono pagate in via prevalente dall’Ente pubblico (in genere attraverso i canoni), perché altrimenti non garantirebbero al privato una redditività e l’ammortizzazione dei flussi di cassa.

Le fonti di finanziamento

Le fonti di finanziamento di una operazione di Partenariato Pubblico Privato sono rappresentate da:

1. Capitale proprio/rischio (i.e. mezzi propri, equity):
2. Capitale intermedio
3. Capitale di debito
4. Contribuzione pubblica.

LE ALTRE MODALITA' DI AFFIDAMENTO: IN HOUSE

Il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni, D.Lgs. 50/2016, contiene anche il recepimento della nuova disciplina in materia di “in house providing” dettata dalle Direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014 in materia di concessioni e appalti dei settori ordinari e speciali

Presupposti dell'in house:

- A. Esistenza di un controllo analogo.
- B. Oltre l'80% dell'attività della persona giuridica controllata è svolta nell'adempimento di compiti affidati all'amministrazione controllante.
- C. Assenza di partecipazione diretta di capitali privati, salvo i limiti in cui è previsto dalla legislazione nazionale, in modo comunque che non sia esercitata un'influenza dominante sulla persona giuridica controllata.

Il Controllo Analogo



Per «controllo analogo» si intende: la situazione in cui l'amministrazione esercita su una società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, esercitando un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni significative della società controllata. Tale controllo può anche essere esercitato da una persona giuridica diversa, a sua volta controllata allo stesso modo dall'amministrazione partecipante. (il c.d. “controllo analogo indiretto”).

Il Controllo: l'art. 2359 C.C.

Il controllo può sussistere anche quando, in applicazione di norme di legge o statutarie o di patti parasociali, per le decisioni finanziarie e gestionali strategiche relative all'attività sociale è richiesto il consenso unanime di tutte le parti che condividono il controllo.

Art. 2359 c.c.: *“Sono considerate società controllate:*

- 1) le società in cui un'altra società dispone della maggioranza dei voti esercitabili nell'assemblea ordinaria;*
- 2) le società in cui un'altra società dispone di voti sufficienti per esercitare un'influenza dominante nell'assemblea ordinaria;*
- 3) le società che sono sotto influenza dominante di un'altra società in virtù di particolari vincoli contrattuali con essa.*

Ai fini dell'applicazione dei numeri 1) e 2) del primo comma si computano anche i voti spettanti a società controllate, a società fiduciarie e a persona interposta: non si computano i voti spettanti per conto di terzi”.

Oltre l'80% dell'attività della persona giuridica controllata è svolta nell'adempimento di compiti affidati all'amministrazione controllante.

- Ai sensi dell'art 5 comma 7, per determinare la percentuale di cui al punto B, deve essere fatto riferimento, di norma, al fatturato totale medio per i tre anni precedenti l'aggiudicazione dell'appalto o della concessione.
- Questa previsione dovrebbe finalmente porre fine alla consolidata prassi nazionale, secondo la quale le società beneficiarie di affidamenti "in house" sono state finora costrette a svolgere la propria attività "esclusivamente" a beneficio dell'amministrazione aggiudicatrice, rinunciando a tutti i vantaggi economici che potrebbero derivare dall'erogazione di prestazioni, anche in misura marginale, ad altre amministrazioni pubbliche non socie.
- Fra l'altro, tale prassi ha finora indotto molte amministrazioni pubbliche ad acquistare partecipazioni societarie di modestissima entità, al solo fine di poter legittimamente effettuare affidamenti diretti a società pubbliche di loro fiducia. Innovativa appare anche la previsione che consentirà in futuro di erogare prestazioni non solo all'amministrazione controllante, ma anche all'amministrazione che controlla quest'ultima

Possibilità di partecipazione diretta di capitali privati

Si tratta forse della previsione più innovativa contenuta nelle direttive del 2014, che permette alle società “in house” di allargare la compagine sociale anche a soggetti privati che, tuttavia, al fine di non pregiudicare la legittimità degli affidamenti, possono ricoprire solo il ruolo di meri soci finanziatori, senza alcuna ingerenza nelle scelte strategiche e gestionali.

Controllo congiunto

I commi 4 e 5 dell'art. 5 del nuovo Codice dei contratti pubblici prevedono che il controllo analogo sussista anche quando le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori esercitano tale controllo in forma congiunta.

Sul tema del “controllo congiunto”, anch'esso previsto dalle Direttive UE nn. 23, 24 e 25 del 2014, si era già più volte espresso anche il Consiglio di Stato (sentenze nn. 1365/2009, 5082/2009, 7092/2010, 1447/2011, 1801/2014), sostenendo che il controllo analogo è assicurato anche se non viene esercitato individualmente da ciascun socio, purché tale controllo sia effettivo e i soci pubblici agiscano unitariamente.

Controllo congiunto

Si ha “controllo congiunto” quanto vengono soddisfatte contemporaneamente le seguenti condizioni:

- gli organi decisionali della persona giuridica controllata (beneficiaria dell'affidamento diretto) sono composti dai rappresentanti di tutte le amministrazioni o enti partecipanti al suo capitale. Tuttavia, è previsto che i singoli rappresentanti possano rappresentare anche varie o tutte le amministrazioni o enti partecipanti; pertanto, nelle società partecipate da un numero elevato di soci pubblici, non è necessario prevedere un consigliere di amministrazione per ciascun socio (circostanza che non risulta neppure possibile, in forza del fatto che in tali società i consigli di amministrazione possono essere composti al massimo da 3 o 5 membri), ma è sufficiente che ciascun amministratore sia espressione di più soci;
- le amministrazioni o gli enti partecipanti al capitale esercitano congiuntamente un'influenza determinante sugli obiettivi strategici e sulle decisioni significative della società (per esempio, approvandone gli atti di programmazione annuale o pluriennale);
- la società controllata non persegue interessi contrari a quelli delle amministrazioni o degli enti controllanti

Gli affidamenti a enti pluripartecipati e la Corte UE

- Corte UE 17 luglio 2008 in C 371-05 (*Comune di Mantova*): la Corte dopo avere rilevato che ai fini della verifica di sussistenza del requisito del controllo analogo, è necessario tener conto, non solo di tutte le disposizioni normative, ma altresì delle circostanze pertinenti del caso di specie, e quindi che all'esame deve risultare che la società affidataria sia soggetta a un controllo che consente all'amministrazione aggiudicatrice di esercitare un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici che sulle decisioni importanti, stabilisce che, qualora «la società sia partecipata da più enti pubblici aventi interessi omogenei, per la realizzazione in comune di servizi affidati *in house*, l'attività di controllo deve essere esercitata dagli enti collettivamente».
- Corte UE 13 novembre 2008 in C 324-07 (*Coditel Braibant*): la Corte ha ritenuto che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché dell'obbligo di trasparenza che ne discende, non ostano a che un'autorità pubblica assegni, senza bandire una gara d'appalto, una concessione di servizi pubblici a una società cooperativa intercomunale i cui soci sono tutti autorità pubbliche, dal momento che dette autorità pubbliche esercitano su tale società un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi e che la società in parola svolge la parte essenziale della sua attività con dette autorità pubbliche.

La posizione del Consiglio di Stato

In presenza di un controllo congiunto - in cui, come più volte ribadito dal Consiglio di Stato, « il controllo, analogo a quello che ciascuno di essi esercita sui propri servizi, deve intendersi assicurato anche se esercitato non individualmente, ma congiuntamente dagli enti associati, deliberando se del caso anche a maggioranza, ma a condizione che il controllo sia effettivo ossia esercitato dagli enti partecipanti nella loro totalità, senza che necessiti una verifica della posizione di ogni singolo ente» (ex *plurimis* cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 marzo 2011, n. 1447) – il parametro della prevalenza dell'attività deve essere focalizzato sulla natura strumentale dell'ente *in house* rispetto ai bisogni dei soci.

Art.4,c.2, D.Lgs.175/2016

Le Amministrazioni pubbliche possono, direttamente o indirettamente, costituire società e acquisire o mantenere partecipazioni esclusivamente per lo svolgimento di una o più delle seguenti attività:

- ✓ **produzione di un “servizio di interesse generale”**, ivi inclusa la realizzazione e la gestione delle reti e degli impianti funzionali ai servizi medesimi (si ricorda che i “servizi di interesse economico generale” sono ricompresi nella più ampia categoria dei “servizi d’interesse generale”, ai sensi dell’art. 2, comma 1, let. h) del D.Lgs. 175/2016);
- ✓ **progettazione e realizzazione di un’opera pubblica** sulla base di un accordo di programma fra amministrazioni pubbliche, ai sensi dell’art. 193 del D.Lgs. 50/2016 (società pubblica di progetto);
- ✓ realizzazione e gestione di un’opera pubblica, ovvero, organizzazione e gestione di un servizio d’interesse generale attraverso un **contratto di partenariato** di cui all’art. 180 del D.Lgs. 50/2016, con un imprenditore selezionato con le modalità di cui all’art. 17, commi 1 e 2 del Testo Unico (la c.d. “società mista” propriamente detta, con socio privato scelto con gara a doppio oggetto);
- ✓ **autoproduzione di beni o servizi strumentali** all’ente o agli enti pubblici partecipanti, nel rispetto delle condizioni stabilite dalle direttive europee in materia di contratti pubblici e della relativa disciplina nazionale di recepimento (le c.d. “società strumentali in house” ex art. 5 del D.Lgs. 50/2016);
- ✓ **servizi di committenza**, ivi incluse le attività di committenza ausiliarie, apprestati a supporto di enti senza scopo di lucro e di amministrazioni aggiudicatrici.



La formulazione della norma e l'avvenuta abrogazione dell'art. 13 del D.L. 223/2006 (il c.d. "Decreto Bersani") apre alle società partecipate dalla PA la **possibilità di svolgere contemporaneamente anche più di una delle attività elencate**; in particolare, il comma 4 dell'art. 4 del Testo Unico prevede espressamente che le società "in house" possono avere come oggetto sociale esclusivo una o più delle attività indicate alle precedenti lettere a), b), d) ed e). Tale previsione risulta di assoluto buon senso, anche in considerazione del percorso di razionalizzazione a cui le Amministrazioni pubbliche sono state chiamate nel corso degli ultimi anni.

Art.16 D.Lgs. 175/2016

L'articolo 16, dedicato appunto alle società *in house*, prevede innanzitutto:

- il divieto di partecipazione di capitali privati, ad eccezione di quella prescritta da norme di legge e che avvenga in forme che non comportino controllo o potere di veto;
- il divieto per il capitale privato di avere l'esercizio di un'influenza determinante sulla società controllata, come condizione per ricevere affidamenti diretti di contratti pubblici dalle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo o da ciascuna delle amministrazioni che esercitano su di esse il controllo analogo congiunto (comma 1).

I requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante conclusione di patti parasociali che, peraltro, possono, in deroga al Codice Civile, avere durata superiore a cinque anni.

Il mancato rispetto del limite che prevede che **l'80% del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti ad esse affidati dall'ente pubblico**, costituisce grave irregolarità ai sensi dell'art. 2409 c.c. e dell'art. 15 del decreto (comma 5) che può essere sanata rinunciando, entro tre mesi, a una parte dei rapporti di fornitura con soggetti terzi, sciogliendo i relativi rapporti contrattuali, ovvero rinunciando agli affidamenti diretti da parte dell'ente o degli enti pubblici soci.

Infine, il comma 6 dell'articolo 16 prevede la possibilità per le società *in house*, qualora scelgano di rinunciare agli affidamenti diretti, di continuare la propria attività, purché sussistano i requisiti di cui all'articolo 4 (attività consentite).

CONCESSIONI

Concessioni di lavori e servizi

Dir. UE n. 23/2014 e Art. 3, c. 1 lett. uu) e vv) del Codice

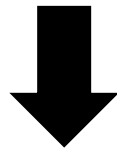
Concessione di lavori: contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano l'esecuzione di lavori ovvero la progettazione esecutiva e l'esecuzione, ovvero la progettazione definitiva, la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori ad uno o più operatori economici riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire le opere oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione delle opere.

Concessione di servizi: contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto in virtù del quale una o più stazioni appaltanti affidano a uno o più operatori economici la fornitura e la gestione di servizi diversi dall'esecuzione di lavori riconoscendo a titolo di corrispettivo unicamente il diritto di gestire i servizi oggetto del contratto o tale diritto accompagnato da un prezzo, con assunzione in capo al concessionario del rischio operativo legato alla gestione dei servizi.

Concessioni di lavori e servizi

La distinzione tra concessioni di lavori e concessioni di servizi si fonda sull'oggetto contrattuale:

- **CONCESSIONI DI LAVORI:** progettazione ed esecuzione di opere di pubblica utilità per conto del concedente.
- **CONCESSIONI DI SERVIZI:** prestazioni che contemplano solo in via accessoria la realizzazione di lavori o riguardano unicamente la gestione di un'opera già esistente.



In entrambi i casi il concessionario deve sopportare i rischi connessi alla gestione dell'opera o del servizio, e la controprestazione a favore dello stesso concessionario consiste, di regola, nel diritto di gestire funzionalmente l'opera o il servizio e di sfruttare economicamente i lavori realizzati o i servizi prestati.

Concessioni di lavori e servizi

- La **durata** della concessione costituisce un elemento importante della remunerazione del concessionario, che non è direttamente remunerato da parte dell'autorità concedente, ma ottiene il diritto di percepire i proventi derivanti dall'uso dell'opera realizzata o dall'espletamento del servizio.
- **Rischio operativo:** sul concessionario gravano non solo i rischi inerenti a una qualsiasi attività di costruzione, ma anche quelli connessi alla gestione e all'uso abituale dell'impianto o alla gestione del servizio.

Le novità rispetto al passato:

- Riconduzione della concessione di servizi tra i contratti ricompresi nell'ambito di applicazione della disciplina pubblicistica, fermo restando, per il soggetto concedente, l'obbligo di rispettare i principi fondamentali del TFUE e quelli generali in materia di contratti pubblici;
- Previsione secondo cui la stazione appaltante può condurre liberamente negoziazioni con i candidati e gli offerenti, ferma l'immodificabilità nel corso delle negoziazioni dei criteri di aggiudicazione e requisiti minimi (art. 171 settimo comma)

Distinzione appalto - concessione

Si è in presenza di un appalto pubblico di lavori nel caso in cui il costo dell'opera gravi sostanzialmente sul committente e quando il concessionario non si remunera attraverso i proventi riscossi dagli utenti dell'infrastruttura. Questa conclusione non è modificata dalla possibilità che il diritto di gestione non costituisca la controprestazione esclusiva dell'esecuzione dell'opera e dal fatto che ad esso possa affiancarsi anche un corrispettivo in denaro.

Il pagamento da parte della p.a. di un prezzo (unitamente al riconoscimento di un diritto di gestione) non incide sulla natura del contratto se il prezzo versato copre solo una parte del costo dell'offerta o della sua gestione e non elimini il rischio inerente alla stessa.

In sostanza, il diritto di gestione comporta il trasferimento al concessionario dell'alea derivante dalla gestione stessa. Se a sopportare la maggior parte dell'alea legata alla gestione dell'opera è l'amministrazione, l'elemento rischio viene a mancare e si tratterà quindi di un contratto di appalto e non di concessione.

BANDI E AVVISI

Avvisi di preinformazione

Art.70 del Codice, in attuazione dell'art.48 della direttiva 2014/24/UE: entro il 31 dicembre di ogni anno, le stazioni appaltanti rendono nota l'intenzione di bandire appalti per l'anno successivo, mediante la pubblicazione di avvisi di preinformazione, contenenti le informazioni individuate dall'Allegato XIV, parte I, lett.B), sez.B1 del Codice.

Si tratta di uno **strumento di pubblicità preventivo**, che pur essendo connesso a singole procedure di gara si pone al di fuori del relativo procedimento, non rappresentandone la *lex specialis* (fatti salvi i casi in cui sia utilizzato come atto di indizione di gara) e avendo la mera funzione di catalizzare l'attenzione degli operatori potenzialmente interessati sulle gare che l'amministrazione intende bandire nell'anno successivo.

- **Appalti sotto soglia:** gli avvisi di preinformazione devono necessariamente essere pubblicati dalla stazione appaltante sul proprio profilo di committente.
- **Appalti sopra soglia:** gli avvisi di preinformazione possono essere pubblicati, alternativamente, dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, oppure dalla stazione appaltante sul proprio profilo di committente.



In questo caso, la pubblicazione deve essere annunciata dalla stazione appaltante all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea mediante l'invito di un apposito avviso, recante le informazioni di cui all'Allegato XIV, parte I, lett.A). Tale avviso deve necessariamente precedere la pubblicazione sul profilo di committente e deve contenere la data di trasmissione all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

Possibilità che l'avviso di preinformazione non sia utilizzato quale atto prodromico rispetto al bando di gara, bensì quale atto sostitutivo dello stesso.

Tale facoltà è riservata alle amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali (ossia diverse dalle autorità governative centrali), che possono utilizzare un avviso di preinformazione come atto di indizione di gara nelle procedure ristrette e in quelle competitive con negoziazione, a condizione che l'avviso:

- a) Sia specificamente riferito all'oggetto del contratto che si vuole aggiudicare;
- b) Indichi che l'appalto sarà aggiudicato mediante una procedura ristretta o competitiva con negoziazione, senza ulteriore pubblicazione di un avviso di indizione di gara, invitando gli operatori a manifestare il proprio interesse;

- c) Contenga, oltre alle informazioni di cui all'Allegato XVI, parte I, lett.B), sez.B1, le ulteriori informazioni indicate dalla sez. B2 del medesimo allegato;
- d) Sia stato inviato alla pubblicazione non meno di 35 giorni e non oltre 12 mesi prima dell'invito a confermare interesse di cui all'Art.75, co.1.

In tali casi, l'avviso di preinformazione può essere pubblicato sul profilo di committente quale pubblicazione supplementare a livello nazionale e può coprire al massimo un periodo di 12 mesi, decorrenti dalla data di trasmissione per la pubblicazione

Consultazioni preliminari di mercato

Art. 66 del Codice: prima di avviare una procedura di appalto, un'amministrazione aggiudicatrice ha facoltà di consultare preliminarmente il mercato per la preparazione e lo svolgimento della procedura, nonché per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei relativi quesiti.

A questo fine può acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, operatori di mercato e autorità indipendenti.

I contributi acquisiti possono essere utilizzati nella pianificazione e nello svolgimento della procedura, purché non producano l'effetto di falsare la concorrenza e di violare i principi di non discriminazione e di trasparenza.

AVVIO DELLE CONSULTAZIONI

- Le consultazioni preliminari di mercato non sono obbligatorie: sono oggetto di una mera **facoltà** che le stazioni appaltanti possono esercitare quando lo ritengano utile.
- Il codice non individua con precisione la finestra temporale in cui le consultazioni si debbano collocare, tuttavia, atteso che una delle finalità dell'istituto è quella di informare gli operatori economici in merito agli appalti programmati, si ricava in via interpretativa che le consultazioni di mercato debbano essere avviate **dopo la fase della programmazione** e prima che sia pubblicata la determina a contrarre.
- Nonostante il codice non lo espliciti, si può ritenere che l'avvio e la gestione delle consultazioni siano annoverabili tra le attribuzioni del **RUP**.
- La misura minima adeguata per l'avvio formale delle consultazioni è la **pubblicazione** sul profilo del committente.
- L'avviso si deve rivolgere agli esperti, ai partecipanti al mercato e alle autorità indipendenti (ossia ai soggetti che il Codice abilita a partecipare alle consultazioni).

CONTENUTI DELL' AVVISO

ANAC Linee guida n.14/2019

L'avviso «contiene la corretta e adeguata esplicitazione dei presupposti e delle finalità che, in concreto, giustificano il ricorso alla consultazione preliminare. In particolare, la consultazione può riguardare ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo, ferma restando la necessità di evitare che gli apporti informativi forniti costituiscano offerte tecniche o economiche. In ogni caso i contributi non possono anticipare specifiche quotazioni afferenti al prodotto/servizio/opera oggetto della consultazione che abbiano l'effetto di alterare il regolare sviluppo competitivo della successiva fase di selezione».

Le specifiche tecniche

Art. 68: le specifiche tecniche sono prescrizioni tecniche contenute nei documenti di gara che definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi e forniture.

Possono riferirsi:

- Allo specifico processo o metodo di produzione o prestazione dei lavori, delle forniture o dei servizi richiesti.
- A uno specifico processo per un'altra fase del loro ciclo di vita.
- Alla necessità del trasferimento di diritti di proprietà intellettuale.

FUNZIONI:

- Con le specifiche tecniche, le stazioni appaltanti sono chiamate a fornire il loro contributo all'obiettivo di una **crescita economica intelligente, sostenibile ed inclusiva**, in attuazione della c.d. Strategia Europa 2020.
- Green public procurement: integrare gli interessi ambientali nella disciplina dei contratti pubblici.
- Carattere inclusivo: accessibilità delle persone con disabilità.
- Le stazioni appaltanti sono inoltre chiamate alla **salvaguardia del principio di libera concorrenza**.
- Le specifiche tecniche devono garantire la parità di accesso degli operatori economici alle procedure di aggiudicazione e non devono comportare ostacoli ingiustificati alla concorrenza.
- Le specifiche tecniche non possono menzionare una determinata fabbricazione o provenienza, o un procedimento particolare caratteristico dei prodotti e dei servizi forniti da un operatore economico specifico, né fare riferimento ad un marchio, ad un brevetto o ad un'origine specifica.

IL PRINCIPIO DI EQUIVALENZA

Consente ai concorrenti di provare che le soluzioni da essi proposte, pur non essendo conformi alle specifiche individuate dalla stazione appaltante, sono comunque in grado di soddisfare i requisiti stabiliti dalle specifiche medesime.

MODALITA' DI FORMULAZIONE DELLE SPECIFICHE TECNICHE: 4 MODALITA'

Le specifiche tecniche possono essere formulate in termini di:

1. Prestazioni o requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali, purché i parametri siano sufficientemente precisi, tali da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto.
2. Prestazioni o requisiti funzionali, nonché di specifiche tecniche quale mezzo per presumere la conformità con tali prestazioni o requisiti funzionali.
3. Riferimento a specifiche tecniche per talune caratteristiche e a prestazioni o requisiti funzionali per altre caratteristiche.
4. Riferimento a specifiche tecniche e, in ordine di preferenza, alle norme che recepiscono norme europee, alle valutazioni tecniche europee, alle specifiche tecniche comunali, alle norme internazionali, ad altri sistemi tecnici di riferimento adottati dagli organismi europei di normalizzazione o, in mancanza, alle norme nazionali in materia di progettazione, calcolo e realizzazione delle opere e uso delle forniture. In questo caso ciascun riferimento deve necessariamente contenere *l'espressione «o equivalente»*.

La determina a contrarre

E' il provvedimento con cui una stazione appaltante decide di stipulare un determinato contratto, dopo lo svolgimento di eventuali consultazioni preliminari di mercato, dopo la preinformazione e prima dell'avvio formale della procedura di selezione del contraente.

E' l'atto che chiude la fase preliminare del procedimento ad evidenza pubblica, con cui la pubblica amministrazione:

- Definisce gli elementi essenziali del contratto che intende stipulare.
- Espone le ragioni di pubblico interesse che fondano la decisione.
- Individua il tipo di procedura che intende seguire.
- Indica quale criterio di selezione delle offerte intende utilizzare.

Il bando di gara

Con la pubblicazione del bando si apre formalmente il procedimento finalizzato alla scelta della controparte contrattuale della pubblica amministrazione: il bando è **l'atto di indizione della gara** e costituisce attuazione della determina a contrarre.

Costituisce la *lex specialis* di una singola gara insieme al disciplinare e al capitolato speciale, i quali possono soltanto integrare il contenuto del bando e non anche modificarlo.

E' un atto a **portata generale** ed è rivolto ad una pluralità indeterminata di destinatari.

Gli inviti ai candidati

- Nelle procedure ristrette, nel dialogo competitivo, nei partenariati per l'innovazione e nelle procedure competitive con negoziazione, le stazioni appaltanti invitano simultaneamente e per iscritto, di norma con procedure telematiche, i candidati selezionati a presentare le rispettive offerte o a negoziare o a partecipare al dialogo.
- Nel caso in cui la gara sia indetta mediante un avviso di preinformazione, gli operatori economici che hanno già espresso il loro interesse vengono invitati a confermarlo nuovamente.
- Nelle procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara, gli operatori economici selezionati vengono invitati di norma a mezzo di posta elettronica certificata.

L'invito, che è rivolto a soggetti già individuati, assume il ruolo di raccordo tra la prima fase di individuazione dei soggetti da invitare alla gara e la fase di gara vera e propria.

FASE DI PRESENTAZIONE DELL'OFFERTA

Il sopralluogo

Art. 106 D.P.R. n. 207/2010: *«L'offerta da presentare per l'affidamento degli appalti e concessioni di lavori pubblici è accompagnata dalla dichiarazione con la quale i concorrenti attestano di essersi recati sul luogo di esecuzione dei lavori, di aver preso conoscenza delle condizioni locali, nonché di tutte le circostanze generali e particolari suscettibili di influire sulla determinazione dei prezzi, sulle condizioni contrattuali e sull'esecuzione dei lavori».*



Abrogato dall'art. 217, comma 1, lett. u) D.Lgs. 50/2016

Il nuovo Codice non prevede nessuna disposizione che contenga l'obbligo del sopralluogo.

1. Sopralluogo non obbligatorio

La *lex specialis* che preveda la richiesta, a pena di esclusione, dell'attestazione di avvenuto sopralluogo deve considerarsi nulla ai sensi dell'art. 83, comma 8, D.LGS. 50/2016, non essendo riconducibile ad alcuna causa di esclusione tassativamente elencata in detto articolo, né rinvenendosi alcuna altra norma imperativa nel D.LGS. 50/2016 che imponga tale adempimento.

TAR Catania, III Sez, sent. N. 234/2017:

[...]Né è possibile accedere alla soluzione proposta [...] secondo la quale la ratio giustificatrice della riserva del sopralluogo e, quindi, la legittimità dell'esclusione della ricorrente, potrebbero rinvenirsi nell'art. 79 del nuovo Codice, posto che la norma, al comma 2, stabilisce semplicemente che "quando le offerte possono essere formulate soltanto a seguito di una visita dei luoghi o dopo consultazione sul posto dei documenti di gara e relativi allegati, i termini per la ricezione delle offerte, comunque superiori ai termini minimi stabiliti negli articoli 60, 61, 62, 64 e 65, sono stabiliti in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte".

Dal testo della norma emerge, intanto, ancora una volta, che non sussiste un obbligo indifferenziato di sopralluogo e, di più, che tale obbligo determina, semmai, un prolungamento del termine dell'offerta e non già l'esclusione delle partecipanti.

2. Sopralluogo obbligatorio

Il sopralluogo è obbligatorio se è così previsto dal disciplinare di gara: la tipicità delle cause di esclusione va necessariamente riferita alle condizioni e ai requisiti soggettivi di partecipazione alla gara, mentre la *lex specialis* relativa all'effettuazione dei sopralluoghi interessa piuttosto l'oggetto dell'appalto e gli elementi oggettivi e costitutivi dell'offerta.

L'obbligo di sopralluogo nella *lex specialis* costituirebbe attività strumentale, mirata a consentire alle imprese di poter formulare un'offerta consapevole.

TAR ROMA, sent. N. 4480/2017

«Ad avviso del Collegio non può pervenirsi alla conclusione a cui perviene la ricorrente secondo cui, nella vigenza del nuovo Codice degli Appalti, sia stata necessariamente espunta in assoluto dall'ordinamento di settore ogni possibilità per le stazioni appaltanti di prescrivere a pena di esclusione il sopralluogo da parte dell'impresa del sito interessato (dai lavori o dai servizi da eseguire), tanto con riguardo ai lavori, quanto con riguardo ai servizi.

[...] Si intende dire che l'obbligo di sopralluogo inserito nella legge di gara concerne un'attività strumentale necessaria a consentire alle imprese partecipanti di formulare un'offerta tecnica ed economica che tenga conto di tutte le caratteristiche, fisiche, tecnologiche, di conservazione ecc., degli impianti da mantenere, adempimento quanto mai utile e auspicabile al fine della formulazione di un'offerta seria, attendibile e consapevole.»

I TERMINI DEL SOPRALLUOGO

→ *«Il termine per chiedere il sopralluogo è obiettivamente essenziale in ragione sia del tipo e dell'ampio ed articolato numero di prestazioni che l'impresa è tenuta a descrivere e ad offrire, sia della ragionevole rapidità entro cui la procedura va svolta e definita»* (Consiglio di Stato, sez. III, 13/06/2012 n. 3484).

→ Nel determinare le tempistiche per la presentazione delle offerte, inoltre, codesta stazione appaltante, ai sensi degli artt. 79 comma 2 e 60 del D.Lgs. 50/2016, ha tenuto conto degli adempimenti posti a carico dell'aggiudicatario e fissato *“termini per la ricezione delle offerte [...] superiori ai termini minimi stabiliti [...] in modo che gli operatori economici interessati”* potessero *“prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie per presentare le offerte”*.

SOPRALLUOGO: LA MANCATA PRESENTAZIONE DELL'ATTESTAZIONE

Diversa dall'ipotesi di mancata effettuazione del sopralluogo è quella dell'impresa che, pur avendo effettuato il sopralluogo, dimentica di allegare l'Attestazione di Avvenuto Sopralluogo, in questo caso non è stata prevista alcuna causa di esclusione per la ditta, poiché tale sanzione si rivelerebbe sproporzionata (potendo l'amministrazione procedere facilmente a verificare l'avvenuta effettuazione del sopralluogo) purché la copia del relativo certificato, conservato presso gli uffici della stazione appaltante, sia stata debitamente sottoscritta dal soggetto che ha effettuato il sopralluogo.

I quesiti

TERMINI

Ai sensi di quanto disposto dall'art. 79, comma 3, l'Amministrazione è tenuta a rendere i chiarimenti richiesti entro:

- almeno **6 giorni** prima del termine fissato per la ricezione delle offerte;
- almeno **4 giorni** prima del termine fissato per la ricezione delle offerte, in caso di procedure ristrette e negoziate urgenti.

DIVIETO DI MODIFICHE

La risposta dell'Amministrazione ad una richiesta di chiarimenti avanzata da un concorrente non deve costituire un'indebita modifica delle regole di gara, ma una sorta di interpretazione, con cui l'amministrazione chiarisce la propria volontà in un primo momento poco chiara od equivoca (Cons. Stato Sez. III, 22/01/2014, n. 290).

Consiglio di Stato, sent. n. 4441/2015

«Nelle gare solo nelle ipotesi in cui non è ravvisabile un conflitto tra le delucidazioni dalla stessa fornite e il tenore delle clausole chiarite, le relative precisazioni costituiscono una sorta di interpretazione autentica (Consiglio di Stato, sez. IV, 14 aprile 2015, n. 1898), ma esse non possono in nessun caso integrare la lex specialis ed essere vincolanti per la Commissione aggiudicatrice.»

Le richieste di proroghe: Art. 79

«Le stazioni appaltanti prorogano i termini per la ricezione delle offerte in modo che gli operatori economici interessati possano prendere conoscenza di tutte le informazioni necessarie alla preparazione delle offerte nei casi seguenti:

- a) se, per qualunque motivo, le informazioni supplementari significative ai fini della preparazione di offerte adeguate, seppur richieste in tempo utile dall'operatore economico, non sono fornite al più tardi sei giorni prima del termine stabilito per la ricezione delle offerte. In caso di procedura accelerata ai sensi degli articoli 60, comma 3, e 61, comma 6, il termine è di quattro giorni;*
- b) se sono effettuate modifiche significative ai documenti di gara.*

La durata della proroga di cui al comma 3 è proporzionale all'importanza delle informazioni o delle modifiche.

Se le informazioni supplementari non sono state richieste in tempo utile o la loro importanza ai fini della preparazione di offerte adeguate è insignificante, le amministrazioni aggiudicatrici non sono tenute a prorogare le scadenze.»

→ La proroga dei termini è ammessa solo prima della scadenza del bando: è illegittima la riapertura dei termini per la presentazione delle offerte una volta che tali termini sono scaduti.

Tar Lazio, Roma, sent. N. 8806/2017

«[...] è condivisibile la tesi esposta nell'unico motivo con il quale si deduce la illegittimità della riapertura dei termini per la presentazione delle offerte che erano ormai scaduti [...], senza un valido motivo. [...] In proposito è utile richiamare l'art. 79, comma 3, del D.lgs. n. 50 del 2016 [...]. La norma richiamata prevede che la proroga dei termini è consentita nei casi indicati; per tale ragione condivisibile giurisprudenza ha già osservato che la proroga di un termine (definito come perentorio dalla stessa lex specialis) può essere accordata soltanto in pendenza del termine stesso, e non dopo la sua scadenza (cfr. T.A.R. Puglia - Lecce, sez. III, 17.09.2015, n. 2816).»

COMMISSIONE DI GARA

Costituzione della Commissione

→ Nelle procedure di aggiudicazione di contratti di appalti o di concessioni, limitatamente ai casi di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto.

→ I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta.

→ Il presidente è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati.

→ Coloro che, nel biennio antecedente all'indizione della procedura di aggiudicazione, hanno ricoperto cariche di pubblico amministratore, non possono essere nominati commissari giudicatori relativamente ai contratti affidati dalle Amministrazioni presso le quali hanno esercitato le proprie funzioni d'istituto.

→ La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

→ Le spese relative alla commissione sono inserite nel quadro economico dell'intervento tra le somme a disposizione della stazione appaltante. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'ANAC, è stabilita la tariffa di iscrizione all'albo e il compenso massimo per i commissari i dipendenti pubblici sono gratuitamente iscritti all'Albo e ad essi non spetta alcun compenso, se appartenenti alla stazione appaltante.

→ In caso di rinnovo del procedimento di gara, a seguito di annullamento dell'aggiudicazione o di annullamento dell'esclusione di taluno dei concorrenti, è riconvocata la medesima commissione, fatto salvo il caso in cui l'annullamento sia derivato da un vizio nella composizione della commissione.

→ Fino alla adozione della disciplina in materia di iscrizione all'Albo di cui all'articolo 78, la commissione continua ad essere nominata dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante.

Conflitto di interesse

Si ha conflitto d'interesse quando un membro della Commissione versa in una delle seguenti situazioni:

- Quando 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.
- Quando si trova in una delle situazioni previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica n. 62/2013 che determinano l'obbligo di astensione.



«Il dipendente si astiene dal partecipare all'adozione di decisioni o ad attività che possano coinvolgere interessi propri, ovvero di suoi parenti, affini entro il secondo grado, del coniuge o di conviventi, oppure di persone con le quali abbia rapporti di frequentazione abituale, ovvero, di soggetti od organizzazioni con cui egli o il coniuge abbia causa pendente o grave inimicizia o rapporti di credito o debito significativi, ovvero di soggetti od organizzazioni di cui sia tutore, curatore, procuratore o agente, ovvero di enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui sia amministratore o gerente o dirigente. Il dipendente si astiene in ogni altro caso in cui esistano gravi ragioni di convenienza. Sull'astensione decide il responsabile dell'ufficio di appartenenza.»

Il conflitto di interessi nelle procedure contrattuali

- Il personale che versa nelle ipotesi di conflitto di interesse è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.
- Il mancato rispetto delle condizioni in tema di conflitto di interessi rende nulla l'eventuale aggiudicazione.
- In una gara di appalto scatta il conflitto di interesse non solo per il personale dipendente della P.A., ma anche per tutti quei soggetti terzi che possono anche in via teorica influire sull'aggiudicazione.

Il conflitto di interessi nell'art 42 del Codice dei contratti

1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici,
2. Si ha conflitto di interessi 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. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, n. 62.

Il conflitto di interessi nell'art 42 del Codice dei contratti

3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del pubblico dipendente.
4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici.
5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui commi 3 e 4 siano rispettati»).

C.d.S. sent. N. 3415/2017

Nel caso specifico, si legge nella sentenza, era stata rilevata l' esistenza di rapporti personali e societari tra il broker incaricato di approntare i capitolati di gara nonché incaricato altresì di fornire eventuali chiarimenti nel periodo di presentazione delle offerte e una delle società offerenti, poi risultata aggiudicataria, per il tramite dell' agente generale di quest' ultima. Da qui il ricorso per violazione dell' articolo 42 del codice dei contratti pubblici che, in base all' articolo 80, comma 5, lettera d), fa scattare l' esclusione del concorrente e il relativo annullamento dell' aggiudicazione. I giudici hanno chiarito che al di là delle singole disposizioni normative, ogni situazione che determini un contrasto, anche solo potenziale, tra il soggetto e le funzioni attribuitegli, deve comunque ritenersi rilevante a tal fine. Quindi anche oltre quanto disposto dall' articolo 42, comma 2 del codice, si può fare riferimento al «costante orientamento giurisprudenziale per cui le situazioni di conflitto di interessi, nell' ambito dell' ordinamento pubblicistico non sono tassative, ma possono essere rinvenute volta per volta, in relazione alla violazione dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall' art. 97 Cost., quando esistano contrasto e incompatibilità, anche solo potenziali, fra il soggetto e le funzioni che gli vengono attribuite». Le ipotesi previste dalla norma si verificano, secondo i giudici, quando il dipendente pubblico (per esempio, il Rup) o colui (un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d' appalto, è portatore di interessi della propria o dell' altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l' esercizio imparziale e obiettivo delle sue funzioni.

Albo dei commissari

- Nelle procedure di aggiudicazione di appalti e di concessione aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo, la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto,
- Costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a 5, i commissari sono scelti tra esperti iscritti all'Albo istituito presso l'ANAC, e nel caso di procedure svolte da Consip, Invitalia e soggetti aggregatori regionali, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stazione appaltante, e, solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente ricorrendo agli esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale.
- Individuati dalla stazione appaltante mediante pubblico sorteggio da una lista di candidati costituita da un numero di nominativi almeno doppio a quelli da nominare

- In caso di appalti al di sotto delle soglie comunitarie, o di particolare complessità, l'amministrazione può nominare componenti interni alla S.A., nel rispetto dei principi di rotazione
- È istituito presso l'ANAC che lo gestisce e lo aggiorna secondo criteri individuati con apposite determinazioni, l'albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici. (ad oggi l'albo non è ancora funzionante)
- Ai fini dell'iscrizione al suddetto albo i soggetti interessati devono essere in possesso dei requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore a cui si riferisce il contratto, secondo i criteri e le modalità che l'Autorità definirà in apposito atto

VERBALIZZAZIONE DELLE SEDUTE DI GARA

Il segretario verbalizzante

- Non partecipa alla formazione delle decisioni adottate dalla commissione né concorre nella definizione delle modalità di svolgimento delle riunioni: è privo del diritto di voto. (CdS n.344/2003)
- Non incorre nel regime delle incompatibilità proprio dei commissari.
- E' l'unico soggetto che procede alla verbalizzazione delle sedute: l'attribuzione di detto compito a qualsiasi altro soggetto è illegittima.
- E' un soggetto interno all'Amministrazione.

I verbali

Contenuto minimo: Direttiva n.2004/18 CE, art. 43

- a) il nome e l'indirizzo dell'amministrazione aggiudicatrice, l'oggetto e il valore dell'appalto, dell'accordo quadro o del sistema dinamico di acquisizione;
- b) i nomi dei candidati o degli offerenti presi in considerazione e i motivi della scelta;
- c) i nomi dei candidati o degli offerenti esclusi e i motivi dell'esclusione;
- d) i motivi del rigetto delle offerte giudicate anormalmente basse;
- e) il nome dell'aggiudicatario e la giustificazione della scelta della sua offerta nonché, se è nota, la parte dell'appalto o dell'accordo quadro che l'aggiudicatario intende subappaltare a terzi;
- f) nel caso di procedure negoziate, le circostanze di cui agli articoli 30 e 31 che giustificano il ricorso a tali procedure;
- g) in caso di dialogo competitivo, le circostanze di cui all'Articolo 29 che giustificano il ricorso a tale procedura;
- h) se del caso, le ragioni per le quali l'amministrazione aggiudicatrice ha rinunciato ad aggiudicare un appalto, a concludere un accordo quadro o a istituire un sistema dinamico di acquisizione.

→ Il verbale non dev'essere necessariamente prodotto ed approvato in contemporaneità con la seduta dell'organo collegiale: il verbale definitivamente formulato e formalizzato può essere prodotto anche in un **momento successivo** al provvedimento deliberativo adottato durante la seduta (CdS. n. 1189/2001).

Accesso ai verbali

Combinato L. 241/1990 e D.Lgs. 50/2016

L. 241/1990, art. 22 e ss.

Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di:

- a) documenti coperti da segreto di Stato;
- b) nei procedimenti tributari;
- c) nei confronti dell'attività della pubblica amministrazione diretta all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione;
- d) nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psico-attitudinale relativi a terzi;
- e) istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni;
- f) ipotesi straordinarie individuate dal Governo (es: quando può derivarne una lesione alla sicurezza nazionale).

D. Lgs. 50/2016, art. 53

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; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
- c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

→ Il comma 2, lett. c), concerne esclusivamente il contenuto delle offerte ed è posto a presidio della segretezza delle offerte tecnico-economiche, ma non impedisce l'accesso alla documentazione amministrativa contenuta normalmente nella busta A, relativa ai requisiti soggettivi dei concorrenti, essendo peraltro la conoscenza di tale documentazione elemento imprescindibile per l'esercizio del diritto di difesa.

Tar Lazio, Roma, Sent. N. 8944/2017

«[...] interpretazione nel senso che l'operatore economico possa accedere alla documentazione amministrativa e ai verbali di gara relativi alla fase di ammissione dei concorrenti, già nella fase iniziale della procedura selettiva (senza attendere cioè quella finale di aggiudicazione [...]) e che il differimento previsto dall'art. 53, comma 2, lett. c), del D.lgs n. 50 del 2016 sia ormai limitato alle buste della proposta che contengono le offerte tecniche e economiche.»

Prof. Avv. Elisa Valeriani

MODALITÀ DI SCELTA DEL CONTRAENTE

Le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base di 2 criteri:

**OFFERTA ECONOMICAMENTE
PIU' VANTAGGIOSA**

individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo

MINOR PREZZO

sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita.

OFFERTA ECONOMICAMENTE VANTAGGIOSA

Il ***criterio dell'offerta economicamente*** più vantaggiosa, individuata seguendo un approccio costo/efficacia, che può indicare il miglior rapporto qualità/prezzo in relazione a criteri ambientali, qualitativi o sociali connessi all'oggetto dell'appalto, diviene il criterio preferenziale, nonché obbligatorio per servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e per quei servizi in cui è fondamentale l'apporto di manodopera e ai contratti relativi all'affidamento di servizi di ingegneria e architettura di importo superiore a 40.000 euro.

Il punteggio economico deve essere fissato entro il tetto massimo del 30%

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 2; (rectius: art. 50, comma 1, secondo periodo, il comma 2 non esiste)
- b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro;

Criteri di aggiudicazione nell'oev

L'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare:

- la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; (si presti attenzione alla possibile illegittimità di tale criterio in presenza della riduzione della cauzione di cui all'articolo 93, comma 7, settimo periodo - n.d.r.);
- 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; (si presti attenzione alla possibile illegittimità di tale criterio in presenza della riduzione della cauzione di cui all'articolo 93, comma 7, terzo periodo - n.d.r.);

- il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione;
- la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni
- 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;
- il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica;
- le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione.

L'elemento relativo al costo può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

Prof. Avv. Elisa Valeriani



I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, prevedendo una forcetta in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi.

Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 7 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. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.



Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro.

I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

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. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate;
- b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti
- c) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione;
- d) nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

Migliorie

In sede di gara per l'aggiudicazione di un contratto pubblico, le soluzioni migliorative possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque **preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione** (Cons. Stato, 10 gennaio 2017, n.42).

Criteri di valutazione

Quando acquista lavori, servizi o forniture, per soddisfare le proprie esigenze o per offrire determinati servizi all'utenza, la P.A. deve considerare:

1. Risparmio dei costi
2. Qualità di ciò che viene acquistato



Per fare ciò deve definire gli obiettivi che intende perseguire attraverso l'individuazione di **CRITERI** che intende valutare (es: prezzo, costo del ciclo di vita del prodotto, caratteristiche tecniche, impatto sociale e sull'ambiente..).

→ Ogni criterio deve essere misurabile

→ Devono essere individuati i criteri concretamente idonei ad evidenziare le caratteristiche migliorative delle offerte presentate dai concorrenti e a differenziare le stesse in ragione della rispondenza alle esigenze della stazione appaltante.

Ponderazione

I punteggi di ponderazione sono il valore attribuito alla stazione appaltante a ciascun criterio (o sub criterio).

→ La determinazione dei punteggi da attribuire è rimessa alla stazione appaltante che deve tenere conto di:

- Specificità dell'appalto
- Importanza relativa alla componente economica, tecnica e relativi profili.
- Non può essere attribuito un punteggio sproporzionato o irragionevole rispetto a quello attribuito agli altri elementi da tenere in considerazione.
- Il punteggio attribuito a ciascuno dei criteri di valutazione non può alterare l'oggetto dell'affidamento: è necessario
 - a) Ripartire proporzionalmente i punteggi tra criteri dell'oggetto principale e degli oggetti secondari dell'affidamento
 - b) Attribuire un punteggio limitato/non attribuire alcun punteggio ai criteri relativi a profili non essenziali per le esigenze della s.a.

→ La somma dei punteggi deve essere pari a 100: il valore 100 deve poi essere ripartito tra il punteggio assegnato alla componente economica e il punteggio assegnato alla componente tecnica.

Riparametrazione

Rischio di alterare la proporzione stabilita tra i diversi elementi di ponderazione quando i punteggi relativi ad un determinato criterio sono attribuiti sulla base di subcriteri e nessun concorrente raggiunge il punteggio massimo previsto.



Se è previsto dal bando di gara, la s.a. procede alla riparametrazione dei punteggi per riallinearli ai punteggi previsti nell'elenco di partenza: tale operazione può avvenire sia per i criteri quantitativi che per quelli qualitativi.

MINOR PREZZO

È possibile usare il criterio del minor prezzo per i lavori di **importo pari o inferiore a 1 milione** di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantito dall'obbligo che la procedura avvenga sulla base del progetto esecutivo, nonché per i servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria caratterizzati da elevata ripetitività.

Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo (occorre adeguata motivazione):

- a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo;
- b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Offerte anomale nel minor prezzo

Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte è pari o superiore a 15 la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dai candidati (*rectius: dagli offerenti*) i parametri di riferimento per il calcolo della soglia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono al sorteggio, in sede di gara, di uno dei seguenti metodi:

- a) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media;
- b) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del venti per cento rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso arrotondato all'unità superiore, tenuto conto che se la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è pari ovvero uguale a zero la media resta invariata; qualora invece la prima cifra dopo la virgola, della somma dei ribassi offerti dai concorrenti ammessi è dispari, la media viene decrementata percentualmente di un valore pari a tale cifra;

- c) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, incrementata del quindici per cento;
- d) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse incrementata del dieci per cento;
- e) media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e di quelle di minor ribasso, incrementata dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media, moltiplicato per un coefficiente sorteggiato dalla commissione giudicatrice o, in mancanza della commissione, dal RUP, all'atto del suo insediamento tra i seguenti valori: 0,6; 0,7; 0,8; 0,9.

→ **Linee Guida ANAC n. 3**

Nel bando di gara la stazione appaltante indica se, in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc

Esclusione automatica

Art.97, Comma 8: *«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.»*

SUBAPPALTO

Art. 105

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

Il subappalto non dà luogo ad un fenomeno di subentro o di cessione del contratto d'appalto intercorrente tra appaltatore e committente. L'affidatario (appaltatore), infatti, rimane responsabile in via esclusiva nei confronti della stazione appaltante dell'intera prestazione assunta, poiché il contratto di subappalto, benchè sia necessaria l'autorizzazione da parte del committente, si inserisce nei rapporti personali intercorrenti tra appaltatore e subappaltatore.

Il subappaltatore, pertanto, non avrà alcun rapporto diretto con il committente che, invece, per l'intera durata del contratto di appalto, avrà come unico interlocutore l'appaltatore.

Categorie non subappaltabili

- 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;
 - c) l'affidamento di servizi di importo inferiore a 20.000,00 euro annui a imprenditori agricoli nei comuni classificati totalmente montani di cui all'elenco dei comuni italiani predisposto dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT), ovvero ricompresi nella circolare del Ministero delle finanze n. 9 del 14 giugno 1993, pubblicata nel supplemento ordinario n. 53 alla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana n. 141 del 18 giugno 1993, nonché nei comuni delle isole minori di cui all'allegato A annesso alla legge 28 dicembre 2001, n. 448;
- c-bis)** le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Le novità dopo lo Sblocca-Cantieri

- Con la legge n. 55/2019 viene **momentaneamente innalzata, dal 30% al 40%**, nei bandi di gara, la soglia massima degli importi complessivi subappaltabili: *«Fatto salvo quanto previsto dal comma 5, l'eventuale subappalto non può superare la quota del 40 per cento dell'importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture»*.
- Viene momentaneamente **sospeso l'obbligo di indicare una terna di subappaltatori** in sede di offerta indipendentemente dall'importo a base di gara (comma 6).
- Introduzione della lettera c-quater all'art. 80, comma 5, ove si prevede **l'esclusione dell'operatore economico** che *“abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o accertato con sentenza passata in giudicato”*.

Il limite al subappalto: il contrasto con la normativa europea

- ✓ **Direttiva 2014/24/UE** : Per la Corte UE, una restrizione al ricorso del subappalto non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24. A livello europeo, infatti, non sono ammesse restrizioni, in via generale e astratta, al subappalto come invece è attualmente previsto nell'ordinamento italiano, anche dopo le modifiche dello Sblocca cantieri. Come sottolinea la Commissione, misure meno restrittive sarebbero idonee a raggiungere l'obiettivo perseguito dal legislatore italiano. D'altronde, il diritto italiano già prevede numerose attività interdittive espressamente finalizzate ad impedire l'accesso alle gare pubbliche alle imprese sospettate di condizionamento mafioso o comunque collegate a interessi riconducibili alle principali organizzazioni criminali operanti nel paese.
- ✓ Il **Consiglio di Stato** in Italia si è pronunciato sostenendo che il legislatore nazionale può legittimamente porre, in materia di subappalto, limiti di maggior rigore rispetto a quelli previsti dalle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione. Questo laddove essi siano giustificati, da un lato, alla luce dei principi di sostenibilità sociale, e, dall'altro, in considerazione dei valori declinati dall'articolo 36 TFUE, tra cui compaiono l'ordine e la sicurezza pubblici.

Il limite al subappalto e la sentenza della Corte UE 26 settembre 2019 C 63-18

Nell'ambito di una controversia tra un'impresa e la soc. Autostrade spa il TAR Lombardia, con ordinanza 13 dicembre 2017, ha formulato alla Corte Ue una domanda pregiudiziale sull'art. 71 della direttiva 2014/24 e sul principio di proporzionalità.

La Corte ha affermato che il contrasto al fenomeno dell'infiltrazione della criminalità organizzata nel settore degli appalti pubblici costituisce un obiettivo legittimo che può giustificare una restrizione alle regole fondamentali e ai principi generali del TFUE che si applicano nell'ambito delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici. La normativa nazionale, peraltro, vieta in modo generale ed astratto il ricorso al subappalto che superi una percentuale fissa, per cui si applica indipendentemente dal settore economico interessato dall'appalto, dalla natura dei lavori o dall'identità dei subappaltatori e non lascia alcuno spazio ad una valutazione caso per caso da parte dell'Ente aggiudicatore; pertanto una tale restrizione non può essere ritenuta compatibile con la direttiva 2014/24.

ANAC: Atto di segnalazione n.8 del 13 Novembre 2019

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ha inviato un Atto di segnalazione a Governo e Parlamento in tema di subappalto, formulando alcune proposte per una urgente modifica normativa inerente la disciplina del subappalto di cui all'art. 105 del Codice alla luce della sentenza Corte di Giustizia della UE (CGUE) del 26 settembre 2019 (causa C-63/18).

ANAC: Atto di segnalazione n.8 del 13 Novembre 2019

Sul limite quantitativo al subappalto

Se da un lato il Giudice europeo ha censurato il limite al subappalto previsto dal diritto interno, dall'altro non sembra aver stabilito la possibilità per gli offerenti di ricorrervi in via illimitata: *“Tuttavia(...) una restrizione come quella di che trattasi nel procedimento principale eccede quanto necessario al raggiungimento di tale obiettivo”*.



Con ciò il Giudice lascerebbe in qualche modo intendere che **la limitazione non è in sé inammissibile** quanto, piuttosto, che l'entità del limite in essere (pari 30% al momento della decisione) appare eccessiva rispetto allo scopo da perseguire. Sul punto, è di tutta evidenza che il subappalto dell'intera prestazione o quasi, specie se necessario al fine di ottenere la qualificazione in gara (c.d. “subappalto necessario”), snaturerebbe il senso dell'affidamento al contraente principale.

Un primo aspetto che l'ANAC segnala al legislatore è dunque quello di valutare il mantenimento del divieto (formale o sostanziale) di subappalto dell'intera commessa o di una sua parte rilevante.

ANAC: Atto di segnalazione n.8 del 13 Novembre 2019

Per gli altri casi, una possibile soluzione per superare i rilievi della Corte di Giustizia potrebbe essere quella di prevedere la regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza. In tal senso, alcuni criteri da fissare in via esemplificativa:

- il settore economico o merceologico di riferimento;
- la natura (ad esempio principale/prevalente o accessoria) della prestazione;
- specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l'appalto, con finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o di rischio di infiltrazioni criminali e mafiose, ma anche di carattere organizzativo, per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni;
- il valore e la complessità del contratto, al fine di consentire maggiore libertà per appalti di particolare rilevanza che suggeriscono di accordare più flessibilità nella fase realizzativa.

Condizioni al subappalto

- L'affidamento in subappalto è subordinato alla preventiva autorizzazione della stazione appaltante.
- L'affidamento in subappalto è concesso 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.

Obblighi dell'affidatario: la documentazione

- Deposita il contratto di subappalto, corredato della documentazione tecnica, amministrativa e grafica, presso la stazione appaltante **almeno venti giorni prima** della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni.
- Il contratto di subappalto deve indicare puntualmente l'ambito operativo del subappalto sia in termini prestazionali che economici.
- Trasmette, contestualmente al deposito del contratto di subappalto, la certificazione attestante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione.
- Allega alla copia autentica del contratto la dichiarazione circa la sussistenza o meno di eventuali forme di controllo o di collegamento a norma dell'articolo 2359 del codice civile con il titolare del subappalto o del cottimo.
- 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, nonché copia del piano di cui al comma 17.

Obblighi dell'affidatario: prezzi e costi

- Deve praticare, per le prestazioni affidate in subappalto, gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al venti per cento, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto.
- Corrisponde i costi della sicurezza e della manodopera, relativi alle prestazioni affidate in subappalto, alle imprese subappaltatrici senza alcun ribasso

L'Autorizzazione

Il provvedimento di autorizzazione al subappalto da parte della stazione appaltante deve essere emesso entro 30 giorni dalla presentazione della richiesta.

- Detto termine è prorogabile una sola volta, per giustificati motivi.
- Il termine è dimezzato nel caso in cui il subappalto (o i cottimi) siano di valore inferiore al 2% dell'importo delle prestazioni affidate od inferiori a 100.000,00 euro.

L'esecuzione senza autorizzazione: il reato

Ove sia privo di autorizzazione, l'esecuzione, anche di fatto, di un subappalto integra una fattispecie di reato ai sensi dell'art. 21, L. n. 646/1982: la violazione viene sanzionata (per entrambi i contraenti, appaltatore e subappaltatore) con la pena della reclusione da uno a cinque anni e con una multa.

Peraltro, la norma prevede sanzioni diverse per appaltatore e subappaltatore:

- Per l'appaltatore è prevista la reclusione da uno a cinque anni e 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.
- Per il subappaltatore e l'affidatario del cottimo è prevista la pena della reclusione da uno a cinque anni e la multa pari ad un terzo del valore dell'opera ricevuta in subappalto o in cottimo (senza possibilità, quindi, di calibrare l'ammenda tra un minimo ed un massimo).



Non si è in presenza di un reato c.d. contratto; si è invece in presenza di un reato di pericolo volto a tutelare il rischio di infiltrazioni criminali negli appalti pubblici.

Responsabilità

- 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. La responsabilità solidale dell'appaltatore è esclusa solo qualora sia previsto che il subappaltatore venga pagato direttamente dalla stazione appaltante. Tale circostanza si verifica
 - a) quando il subappaltatore o il cottimista è una microimpresa o piccola impresa;
 - b) quando il subappaltatore abbia fatto espressa richiesta di pagamento diretto, se la natura del contratto lo consente.



Nella normalità dei casi, dunque, l'affidatario, responsabile solidale con il subappaltatore, dovrà verificare che anche il subappaltatore rispetti tutte le prescrizioni sul trattamento economico, previdenziale e normativo dei lavoratori (facendosi carico di trasmettere alla stazione appaltante la relativa documentazione contributiva, assicurativa e previdenziale), sotto comminatoria della sua responsabilità solidale nei confronti anche dei dipendenti del subappaltatore.

L'acquisizione del DURC

E' prevista (art. 105, c.9) l'acquisizione d'ufficio del DURC da parte della stazione appaltante al fine di corrispondere i pagamenti all'appaltatore o al subappaltatore.

La regolarità del DURC è quindi elemento condizionante ai fini del pagamento delle prestazioni da parte della stazione appaltante all'appaltatore e, se previsto il pagamento diretto, al subappaltatore.

La stazione appaltante, **in caso di DURC negativo**, non è legittimata a risolvere il contratto, ma dovrà pagare direttamente i contributi previdenziali, trattenendo le relative somme dal prezzo dovuto per l'appalto.

Il pagamento diretto al subappaltatore

Normalmente l'importo dovuto al subappaltatore è pagato dall'appaltatore, mentre la stazione appaltante paga l'appaltatore anche per le parti dell'appalto eseguite dal subappaltatore.

Con la previgente disciplina il pagamento diretto del committente al subappaltatore era una mera facoltà per la stazione appaltante e doveva essere espressamente richiesta in sede di autorizzazione al subappalto. Ora il Codice (art. 105 comma 13) prevede quindi un **preciso obbligo** della stazione appaltante al pagamento diretto e non più una mera facoltà esercitata a seguito di espressa richiesta.

“La stazione appaltante corrisponde direttamente al subappaltatore, al cottimista, al prestatore di servizi ed al fornitore di beni o lavori, l'importo dovuto per le prestazioni dagli stessi eseguite nei seguenti casi:

- a) *quando il subappaltatore o il cottimista 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”.*

Subappalto nelle concessioni

Art. 174 (disciplina speciale e parzialmente derogatoria per il subappalto nelle concessioni): il subappalto nelle concessioni consiste nel subaffidamento a terzi soggetti di parti delle prestazioni affidate con il contratto di concessione.

NON SONO CONSIDERATI SOGGETTI TERZI:

- ❑ Le imprese facenti parte dei raggruppamenti o consorzi nati per ottenere la concessione, né le imprese ad essi collegate.
- ❑ Nel caso in cui il concessionario abbia costituito una società di progetto, non si considerano terzi i soci delle stesse, al ricorrere delle condizioni di cui all'art. 184.



Tali soggetti, componendo o facendo sostanzialmente parte dei raggruppamenti, dei consorzi e delle società di progetto, non possono essere considerati terzi perché sono cointeressati con il concessionario all'affidamento della concessione.

Subappalto nelle concessioni: i limiti

- **L'art. 174** non fissa alcun limite quantitativo al subappalto nelle concessioni: purchè il concorrente lo indichi in sede di offerta, tutte le prestazioni, anche in quota superiore al 30% o a 40%, possono essere subappaltate a terzi soggetti.
- **Il limite dell'art.177**: fissa un limite all'affidamento a terzi soggetti per quei titolari pubblici o privati di contratti di concessione «già in essere alla data di entrata in vigore del presente Codice» nei quali non vi sia stata una previa selezione dei titolari «con la formula della finanza di progetto, ovvero con procedure di gara ad evidenza pubblica secondo il diritto dell'Unione europea».

↓
In tali casi, nei quali non vi è stata alcuna selezione concorrenziale a monte, i titolari dei contratti di concessione sono obbligati a subaffidare a terzi, tramite un'apposita procedura ad evidenza pubblica, almeno l'80% delle prestazioni relative alla concessione «di importo pari o superiore a 150.000 euro».

SUBCONTRATTI

Definizione

- Si definisce sub-contratto ogni contratto stipulato per l'esecuzione dell'appalto ma che non consiste necessariamente nell'esecuzione di una parte del lavoro oggetto dell'appalto (subappalto);
- Ogni subappalto è quindi un sub-contratto ma non ogni sub-contratto è un subappalto, come nel caso dei trasporti, dei noli, degli acquisti e delle forniture;

Subappalti e subcontratti

- I sub-contratti che implicano l'utilizzo di manodopera nel cantiere assumo una rilevanza nell'ambito dell'esecuzione di un lavoro pubblico pur non essendo, di per sé, dei subappalti;
- In presenza di determinate condizioni questi sub-contratti implicanti l'uso di manodopera vengono normalmente definiti come contratti assimilati in quanto vengono considerati come subappalti, con l'applicazione agli stessi delle regole proprie del subappalto.

Subcontratti assimilati

- Sono considerati assimilabili ai subappalti i sub-contratti costituiti da forniture con posa in opera e dai noli a caldo;
- Per assimilare e quindi estendere a fornitura con posa in opera ed al nolo a caldo la normativa del subappalto sono condizioni entrambe necessarie :
 - il valore del singolo contratto di fornitura con posa/nolo a caldo sia superiore al 2% dell'importo complessivo netto del contratto d'appalto principale ovvero a 100.000 Euro;
 - l'incidenza del costo della manodopera superiore al 50% dell'importo del contratto da affidare;

Mentre il concetto di nolo a caldo (macchinario più operatore) è abbastanza intuitivo, più problematica è la delimitazione della fornitura con posa in opera, anche perché non si trova una definizione normativa di fornitura con posa in opera.



- Sulla base della giurisprudenza, della dottrina e della circolari interpretative emanate possiamo considerare fornitura con posa in opera la fornitura di un prodotto finito, frutto della produzione, di serie o semi-serie, fuori dal cantiere (con esclusione di ogni successiva trasformazione e lavorazione sul cantiere per conseguire il prodotto finito richiesto in contratto di fornitura).
- Viene quindi escluso il prodotto di una lavorazione svolto sul cantiere.

- 
- Per le forniture con posa in opera assimilate al subappalto:
 - si applica il divieto di ulteriore sub-affidamento della prestazione;
 - scatta la responsabilità solidale.

Subcontratti non assimilati

Per ogni sub-contratto non assimilato al subappalto l'appaltatore è comunque tenuto a comunicare alla stazione appaltante:

- l'esecuzione del sub-contratto;
- il nome del sub-contraente;
- l'importo del contratto;
- l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati.

Eventuali modifiche a queste informazioni nel corso dell'esecuzione del sub-contratto vanno comunicate alla SA.

SUBFORNITURA

Definizione

E il contratto con il quale un imprenditore si impegna a:

- effettuare per conto di una impresa committente lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime fornite dalla committenza medesima;
- fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque ad essere utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa al committente.



Per aversi subfornitura deve ricorrere una situazione di dipendenza progettuale-tecnologica del subfornitore nei confronti del committente, in base alla quale il subfornitore realizza il prodotto seguendo direttive specifiche del committente.

In tal senso, la subfornitura è identificabile con:

- Una prestazione afferente al ciclo produttivo del committente;
- Una dipendenza tecnologica del subfornitore verso il committente stesso.

Alcune ipotesi

La subfornitura si verifica quando un committente imprenditore si rivolge ad un altro imprenditore subfornitore, perché fornisca beni o servizi di cui il primo ha necessità per la sua attività economica, generalmente attraverso incorporazione, mediante assemblaggio, in un bene o prodotto più complesso.

1. Subfornitura per motivi di capacità derivante da sovraccarico temporaneo del committente.
2. Subfornitura specializzata perché il committente non è tecnicamente in grado di produrre beni o servizi, e comunque non intende istituire uno stabilimento apposito. Può essere:
 - subfornitura limitata alla lavorazione;
 - subfornitura estesa a servizi particolari di progettazione, in base a specifico accordo siglato tra fornitore e subfornitore.
3. Subfornitura di prodotti, quali componenti di prodotti più complessi realizzati e venduti o comunque forniti dal committente.
4. Subfornitura di attrezzature, consistente nella fabbricazione di singole componenti di impianti produttivi.

Subfornitura e subappalto

La principale distinzione tra subfornitura e subappalto consiste nel fatto che la prima si situa nella tipologia dei «contratti collegati», mentre il secondo nella tipologia dei «subcontratti».

- Il **contratto di subappalto** stipulato dall'appaltatore con un'altra impresa è strutturalmente distinto dal contratto principale e rimane sottoposto alla normativa del codice civile ed al contenuto pattizio che le parti hanno inteso dargli. Ad esso non sono applicabili, se non attraverso gli eventuali richiami pattizi delle parti, le disposizioni d'impronta marcatamente pubblicistica tipiche dell'appalto pubblico.
- La **subfornitura** si pone come un contratto autonomo da quello principale, ma ad esso collegato sul piano funzionale ed economico e, solo eventualmente, sul piano giuridico.

Principali conseguenze dell'esclusione della subfornitura dalla categoria del subcontratto:

- La subfornitura sarà estranea alle vicende del contratto principale (annullamento, recesso, risoluzione, ecc...);
- Il destinatario finale della prestazione non avrà alcuna azione diretta nei confronti del subfornitore per ottenere l'adempimento delle obbligazioni derivanti dalla subfornitura.

Essenzialità del contratto di subfornitura

Il contratto di subfornitura deve essere essenziale (o comunque opportuno) per l'ottimale prestazione dedotta nel contratto principale e deve risultare definito, in sede di gara, dalla volontà del concorrente o della P.A.:

- a) La P.A. non potrebbe inserire specifiche tecniche in tema di subfornitura che non siano oggettive, trasparenti e non discriminatorie, cioè non impongano ad ogni appaltatore un determinato subfornitore.
- b) La P.A. non può ricorrere al subfornitore per la stessa stesura delle «specifiche tecniche» dovendosi conseguentemente escludere ruoli di partenariato tra la P.A. e subfornitore che potrebbero in qualche modo condizionare la *par condicio* tra le imprese concorrenti.
- c) La P.A. non può indicare una categoria o tipologia di subfornitore che abbia l'effetto, diretto o equivalente, di restringere, distorcere e comunque falsare la concorrenza tra le imprese. E ciò sia dal punto di vista soggettivo, avuto riguardo cioè alle referenze richieste ai subfornitori, sia dal punto di vista oggettivo, avuto riguardo cioè alle caratteristiche dei prodotti o componenti del subfornitore medesimo.

Se la P.A. non inserisce alcuna disposizione negli atti di gara tesa a collegare inderogabilmente le eventuali subforniture al contratto di appalto, non potrà certo imporre il rispetto di tali prescrizioni dopo la stipula e l'inizio dell'esecuzione del contratto, in quanto queste altererebbero l'autonomia negoziale e commerciale del contraente prescelto e la stessa libera prestazione di servizi.



- La clausola del capitolato o del bando, di per sé accidentale sulle condizioni e modalità della subfornitura, diviene essenziale per la legittimità del bando medesimo.
- L'analitica formulazione di tutte le specifiche tecniche necessarie, nei capitolati d'oneri, nei capitolati tecnici, nei cronoprogrammi ed in tutti gli altri atti tecnici allegati al bando di gara e alla lettera di invito , deve tener conto della componentistica in subfornitura.
- L'inserimento nella lettera di invito di specifici criteri di valutazione (qualora elementi e contenuti della subfornitura diano diritto a punteggi specifici) può essere non solo legittimo ma altresì opportuno negli appalti ad alto contenuto tecnologico.
- Utili e necessari possono rivelarsi anche l'inserimento degli elementi essenziali di collegamento tra contratto d'appalto e contratto di subfornitura, la descrizione degli eventuali vincoli di presupposizione, nonché la descrizione degli eventuali vincoli di presupposizione.