

VADEMECUM OPERATIVO

**L'affidamento dei servizi sociali:
*Come costruire procedure efficaci***

A cura del Servizio Centrale del Siproimi

Aggiornato alla data del 15 settembre 2020 ed alla legge n. 120 dell'11 settembre 2020, di conversione del decreto-legge n. 76 del 16 luglio 2020, pubblicata sulla GURI S.O. n. 33/L – serie generale n. 228 del 14 settembre 2020

Indice

1. La programmazione dei servizi	pag. 5
2. La costruzione del progetto di servizi	pag. 6
3. Il RUP: compiti e funzioni	pag. 8
4. Trasparenza e accesso agli atti	pag. 11
5. La disciplina in materia di conflitto di interessi	pag. 13
6. Le procedure di affidamento	pag. 15
7. Gli affidamenti sotto soglia	pag. 21
8. Gli affidamenti sopra soglia	pag. 25
9. I requisiti di partecipazione, le cause di esclusione e il soccorso istruttorio	pag. 27
10. La partecipazione in forma associata	pag. 33
11. Avvalimento e subappalto	pag. 35
12. I criteri di valutazione delle offerte	pag. 39
13. La considerazione delle esigenze sociali nell'affidamento di contratti pubblici	pag. 42
14. La disciplina dei servizi sociali nell'art. 142 del Codice	pag. 45
15. Le gare riservate nell'art. 143 del Codice	pag. 49
16. La verifica di anomalia dell'offerta	pag. 51
17. L'esecuzione contrattuale	pag. 53
18. Le modifiche contrattuali	pag. 56
19. La conclusione delle procedure di affidamento	pag. 58
20. La disciplina processuale	pag. 59

Premessa

L'iniziativa di preparare un Vademecum operativo sul tema dell'affidamento dei servizi sociali risponde all'esigenza, più volte rappresentata dai Comuni, di poter disporre di una agevole guida per adottare procedure di affidamento corrette ed efficaci. L'idea nasce proprio dai quesiti sottoposti alla Fondazione Cittalia, in particolare agli Uffici della Divisione Servizio Centrale da parte dei Comuni della rete di accoglienza Siproimi.

Ogni capitolo è distinto in tre sezioni: la tematica affrontata, i riferimenti normativi, infine la giurisprudenza e prassi rilevanti. Inoltre, il Vademecum è corredato da uno schema contenente gli elementi minimi del disciplinare di gara per l'affidamento dei servizi.

Le indicazioni fornite dal Vademecum potranno rivelarsi utili anche alla luce di quanto previsto dalla Legge 120/2020 di conversione del DL 76/2020 recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" (cd Decreto Semplificazioni).

1. La programmazione dei servizi

L'affidamento dei contratti di importo superiore a 40.000 euro devono essere inseriti all'interno degli strumenti di **programmazione** degli enti locali, nel rispetto della relativa disciplina di settore. In mancanza del predetto inserimento, non si può procedere con l'indizione della relativa procedura.

Per gli enti locali lo strumento di programmazione è il **DUP** (documento unico di programmazione), disciplinato dall'art. 170 del d. lgs. n. 267/2000 e ss. mm. (in avanti solo "TUEL"), che è un allegato al bilancio di previsione.

Il **DM n. 14/2018** ha disciplinato le modalità ed i contenuti della programmazione pluriennale ("almeno biennale") per l'acquisizione dei lavori, delle forniture e dei servizi.

Per ogni servizio, oggetto di programmazione, devono essere indicati:

- a) il RUP;
- b) l'importo complessivo presunto;
- c) l'eventuale finanziamento con capitali privati;
- d) la tipologia di affidamento (mediante appalto o concessione).

Come si avrà modo di rilevare nella sezione dedicata alla disciplina in materia di affidamento dei servizi sociali, contenuta nel codice, il DUP è, per così dire, affiancato da uno strumento di pianificazione/programmazione di settore, rappresentato dal c.d. **piano di zona**, disciplinato – a livello statale – per la prima volta con la legge n. 328/2000 e ss. mm. e poi declinato a livello regionale.

Il Decreto Semplificazioni (DL 76/2020)

Le esigenze semplificative correlate alla fase emergenziale hanno suggerito al legislatore la predisposizione di una deroga agli oneri programmatori di cui all'art. 21 del D.Lgs. 50/2016.

Le procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture possono essere avviate anche in mancanza di una specifica previsione nei documenti di programmazione già adottati dalle amministrazioni, a condizione che entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore della legge di conversione (L. n. 120/2020, entrata in vigore il 15 settembre 2020) si provveda ad un aggiornamento in conseguenza degli effetti dell'emergenza da COVID-19.

Se ne può dedurre che, decorsi trenta giorni da tale data, il regime transitorio viene meno, ripristinandosi gli obblighi previsti dall'art. 21 e posti in capo all'amministrazione.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 21 (Programma degli acquisti e programmazione dei lavori pubblici);
- ✓ art. 142, comma 5-quater (relativamente ai soli servizi sociali ed agli altri servizi di cui all'Allegato IX del codice);

- ✓ DM 16 gennaio 2018 n. 14;
- ✓ legge 8 novembre 2000, n. 328
- ✓ DL 76/2020 (decreto Semplificazioni), conv. in L. n. 120/2020.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- Comunicato del Presidente dell'ANAC del 26 ottobre 2016 “*Indicazioni operative alle stazioni appaltanti in materia di pubblicazione del programma biennale degli acquisti di beni e servizi e del programma triennale dei lavori pubblici sul sito informatico dell'Osservatorio, ai sensi dell'art. 21, comma 7, del d.lgs. 50/2016*”.

2. La costruzione del progetto dei servizi.

Una delle più rilevanti novità del codice è l'introduzione dell'obbligo, posto in capo alle stazioni appaltanti, di redigere il **progetto** dei **servizi**, oggetto di affidamento.

Secondo un ordine logico chiaro, il codice stabilisce, pertanto, che solo gli affidamenti inseriti nella programmazione dell'ente possono diventare oggetto della relativa procedura; da qui, l'ulteriore conseguenza che per ciascun servizio da affidare, le SA devono elaborare un apposito progetto.

Il progetto deve contenere:

- i) la relazione tecnico - illustrativa del contesto in cui è inserito il servizio;
- ii) le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti alla sicurezza;
- iii) il calcolo degli importi per l'acquisizione dei servizi;
- iv) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione dei servizi;
- v) il capitolato speciale descrittivo e prestazionale;
- vi) i criteri premiali da applicare alla valutazione delle offerte in sede di gara;
- vii) l'indicazione di altre circostanze che potrebbero determinare la modifica delle condizioni negoziali durante il periodo di validità.

Si tratta, pertanto, di un documento fondamentale per la corretta costruzione della procedura di affidamento, che si affianca al “disciplinare di gara” ed al “capitolato tecnico”.

Con specifico riferimento al capitolato speciale descrittivo e prestazionale, il progetto dei servizi deve indicare:

- a) le specifiche tecniche;
- b) l'indicazione dei requisiti minimi per le offerte;
- c) gli aspetti che possono essere oggetto di variante migliorativa.

Nel progetto, in particolare, le stazioni appaltanti devono individuare:

- i) i servizi oggetto di sicuro affidamento;
- iii) le opzioni e la proroga (art. 106, comma 12).

Le **opzioni** sono le seguenti:

- 1) la ripetizione dei servizi analoghi;
- 2) i servizi c.d. “complementari” (art. 63 del codice), il cui affidamento è una facoltà per le stazioni appaltanti;
- 3) la previsione della facoltà dell'affidamento dei servizi c.d. supplementari (art. 106, c. 1, lett. b), nel rispetto di quanto previsto dal medesimo l'art. 106 sulle “modifiche contrattuali”.

Come rilevato, la “proroga tecnica” deve essere espressamente prevista dagli atti di gara (art. 106, comma 12) e ne deve essere specificata sia la durata, che il relativo importo contrattuale, ai fini della determinazione della stima dell'importo totale dell'affidamento, ai sensi dell'art. 35 del codice.

A tale ultimo proposito, appare doveroso segnalare che l'esercizio della facoltà – da parte della SA – della “proroga tecnica” presuppone sia che il rapporto contrattuale originaria sia in essere (non potendosi prorogare un termine scaduto), sia che la SA abbia indetto la nuova procedura di selezione dell'operatore economico cui affidare il servizio, non essendo a tal fine sufficienti meri atti interlocutori della P.A.

Infine, gli atti di gara possono contenere la c.d. clausola sociale di assorbimento lavorativo, prevista dall'art. 50, nell'ambito degli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee (art. 35 del codice), mentre – si precisa – che la previsione di tale clausola è obbligatoria negli affidamenti di importo superiore alle richiamate soglie.

Occorre precisare che con il Decreto Semplificazioni (DL 76/2020 convertito in L n. 120/2020) la previsione della clausola sociale è divenuta obbligatoria anche per gli affidamenti sotto soglia (si veda *infra*, punto 13).

Riferimenti normativi

- ✓ art. 23, comma 15 sul progetto dei servizi;
- ✓ art. 23, comma 16 sulla determinazione della stima del costo del lavoro;
- ✓ art. 50 sulla c.d. clausola sociale di assorbimento lavorativo;
- ✓ art. 63 sui servizi complementari;
- ✓ art. 106 sulle modifiche contrattuali, sui servizi supplementari e sulla proroga.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

La **proroga “tecnica” ha carattere eccezionale**, in quanto derogatoria del principio della determinazione della durata dell'affidamento a tutela della parità di trattamento e della concorrenza, essendo “*limitata al tempo strettamente necessario per la selezione del nuovo affidatario del servizio*” (**CdS n. 3588/2019**, in senso conforme, **TAR**

Lazio, n. 9212/2018, nonché delibera ANAC n. 882 del 25 settembre 2019 e relativi riferimenti).

Con riferimento ai possibili contenuti del progetto e del capitolato tecnico:

- indicazioni sulle certificazioni di qualità (**CdS n. 701/2019** sulla ISO 14001 e sulla OHSAS 18001);
- specificazione esigenza utenti del servizio e punteggi premiali (**CdS n. 343/2019**);
- suddivisione fra prestazioni «principali» e «secondarie» anche ai fini dell'ammissibilità dell'RTI di tipo orizzontale e verticale (**CdS n. 751/2019**);
- possibilità di disincentivare il subappalto (**TAR Piemonte, n. 578/2018**);
- illegittimità degli atti di gara per la mancata considerazione del costo della manodopera e per il mancato inserimento della clausola sociale prevista dall'art. 50 del codice (**TAR Campania, Napoli, 1 marzo 2018, n. 1334**);
- illegittimità degli atti di gara per non congruità dell'importo a base di gara (**TAR Lombardia, Milano, 12 febbraio 2018, n. 403; CdS n. 6355/2019**).

Con specifico riferimento alla **clausola sociale di assorbimento lavorativo**, prevista dall'art. 50 del codice, che è richiamata anche dall'art. 36 sugli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, si segnalano i seguenti pronunciamenti:

- sulla **non automatica applicazione della clausola** al nuovo aggiudicatario, al quale deve essere assicurata la libera organizzazione di impresa (**CdS, Sez. III, 11 gennaio 2019, n. 276/2019**, in senso conforme, **TAR Toscana n. 18/2018, CdS n. 3471/2018**);
- le **Linee Guida n. 13 dell'ANAC «La disciplina delle clausole sociali»**, approvate con Delibera n. 114 del 13 febbraio 2019 (nelle quali, fra l'altro, viene consigliato di inserire negli atti di gara la previsione del c.d. progetto di assorbimento, da richiedere ai concorrenti);
- Delibera **ANAC n. 1123 del 28 novembre 2018**.

3. Il RUP: compiti e funzioni.

Per ogni procedimento di affidamento di contratti pubblici la stazione appaltante deve nominare un **RUP – Responsabile del Procedimento**.

Si tratta di una figura centrale lungo le fasi della procedura, i cui compiti e funzioni sono indicati dal codice, mentre – a seguito dell'approvazione del c.d. decreto "sblocca cantieri" (dl. n. 32/2019, convertito con modificazioni in legge n. 55/2019) – è prevista l'emanazione di apposito regolamento, attuativo del codice, con il quale fornire una disciplina di dettaglio anche in materia di RUP.

Nel momento in cui il presente lavoro viene chiuso il richiamato regolamento non è stato ancora approvato, con la conseguente operatività delle Linee Guida n. 3 dell'ANAC.

I **compiti** principali del **RUP** sono i seguenti:

- a) ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti;
- b) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
- c) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
- d) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
- e) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
- f) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;
- g) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
- h) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- i) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati;
- l) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

Il RUP può essere supportato sia da prestatori di servizi, selezionati nel rispetto delle previsioni del codice, che da una "struttura stabile", istituita dalla stazione appaltante sulla base della propria organizzazione.

Il RUP, laddove l'importo del contratto non superi i 500.000 euro, svolge anche la funzione di **direttore dell'esecuzione contrattuale (DEC)**. In altri termini, il RUP dovrà verificare se l'esecuzione contrattuale si svolga nel rispetto:

- i) degli atti di gara;
- ii) dell'offerta presentata dal prestatore aggiudicatario;
- iii) del contratto.

Il potere/dovere di vigilanza e di controllo da parte del RUP/DEC è particolarmente rilevante sia perché, in caso di inadempimenti, formalmente contestati all'esecutore, può comportare l'eventuale applicazione delle sanzioni, previste in

contratto, che – indirettamente – può avere un’incidenza sulla partecipazione del medesimo esecutore ad altre gare, laddove le inadempienze siano qualificabili come “gravi illeciti professionali”, ai sensi dell’art. 80, comma 5, lett. c) del codice, circostanza quest’ultima che può tradursi in causa di esclusione.

A tale ultimo proposito, è bene ricordarlo, la disciplina in materia di conflitto di interesse, introdotta dall’art. 42 del codice, si applica, per espressa previsione normativa, anche alla fase dell’esecuzione.

Infine, si segnala che è controverso in giurisprudenza se il RUP possa far parte della commissione di valutazione e se, in ipotesi positiva, se possa ricoprire la carica di Presidente. Nella sezione che segue si darà conto dei principali orientamenti fin qui maturati.

In ragione dell’importanza dei compiti e delle funzioni del RUP, il Decreto semplificazioni – all’art. 7, comma 7-bis – ha previsto un fondo destinato ad attività formative specifiche per i RUP.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 31 (Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni);
- ✓ artt. 101 e 111 (in materia di direttore dell’esecuzione - DEC);
- ✓ Linee Guida n. 3 dell’ANAC (*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni*);
- ✓ Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 7.03.2018 n. 49, Regolamento recante “*Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell’esecuzione*”.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- La competenza del RUP si estende anche all’adozione dei provvedimenti di esclusione delle partecipanti alla gara, secondo un orientamento pacifico (**CdS, Sez. III, 19 giugno 2017, n. 2983**).
- La volontà del legislatore è quella di identificare nel **RUP il dominus della procedura di gara**, in quanto titolare di tutti i compiti prescritti, salve specifiche competenze ad altri soggetti (**TAR Veneto, Venezia, 27 giugno 2018, n. 695**).
- Sulla **compatibilità** del ruolo di RUP con quello di membro della commissione giudicatrice (**CdS, Sez. V, 14 gennaio 2019, n. 283**).
- Sulla compatibilità tra membro della commissione e direttore dell’esecuzione (**CdS, 4 febbraio 2019, n. 819**).
- Sulla competenza del RUP a svolgere il sub-procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta e sulla possibilità che questo, laddove previsto negli atti di gara, possa essere coadiuvato dalla commissione aggiudicatrice (**CdS, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 268/2018**).

4. Trasparenza e accesso agli atti

La **trasparenza** è uno dei principi cardine dell'attività amministrativa e comporta che ogni fase della procedura di affidamento sia agevolmente conoscibile da chi ne abbia interesse. Ciò a partire dagli atti di indizione della procedura e dalla *lex specialis* di gara, che devono essere pubblicati negli appositi portali e sezioni *on-line*.

Nella fase che segue l'aggiudicazione il principio di trasparenza si condensa nel **diritto di accesso agli atti** della procedura da parte degli interessati, intesi quali soggetti privati che vantino un **interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata** e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.

Nella peculiare disciplina degli appalti, il diritto di accesso non è libero ed incondizionato, ma è controbilanciato dal **principio di riservatezza**, che può esplicarsi in differenti modalità.

Per espressa previsione del codice, l'accesso agli atti **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, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito, che hanno manifestato interesse, o che sono stati invitati, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte;
- c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
- d) in relazione al procedimento di verifica dell'anomalia, fino all'aggiudicazione.

L'**accesso** agli atti **è escluso** in relazione ai seguenti atti e documenti:

- a) informazioni fornite nell'offerta tecnica, che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
- b) pareri legali acquisiti dalle amministrazioni aggiudicatrici;
- c) relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) soluzioni tecniche e programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante (o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

Principio di riservatezza:

- Sussiste in relazione ai momenti/fasi iniziali della procedura e fino a determinati momenti che fanno venire meno l'esigenza di segretezza (es. l'aggiudicazione)
- Sussiste in relazione a particolari caratteristiche dei documenti cui si richiede l'accesso

La **tutela degli interessi processuali** e della difesa in giudizio della parte prevalgono rispetto alla tutela dei segreti tecnici e commerciali: in tali casi l'accesso è consentito.

L'accesso civico generalizzato

Si configura come il **diritto di chiunque**, senza che vi sia uno specifico interesse connesso, di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni,

allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche, e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 29 del codice (Principi in materia di trasparenza);
- ✓ art. 53 del codice (Accesso agli atti e riservatezza);
- ✓ artt. 22 e ss., Legge n. 241/1990 e ss. mm. (Accesso ai documenti amministrativi);
- ✓ art. 5, D.Lgs. 33/2013 e ss. mm. (Accesso civico a dati e documenti).

Giurisprudenza e prassi applicativa

- Rimessione all'**Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato** delle seguenti questioni:

1) ammissibilità dell'accesso agli atti da parte del concorrente utilmente collocato in graduatoria in relazione alla fase esecutiva delle prestazioni, al fine della eventuale sollecitazione dell'amm.ne ad esercitare i poteri di risoluzione per inadempimento dell'appaltatore;

2) ammissibilità dell'accesso civico generalizzato in relazione agli atti delle procedure di affidamento di cui al codice dei contratti pubblici;

3) se, in presenza di un'istanza di accesso presentata ai sensi della disciplina generale sull'accesso che sia tuttavia priva di un interesse differenziato in capo al richiedente, l'amm.ne sia comunque tenuta a garantire l'accesso in ragione della prevalenza della disciplina sull'accesso civico generalizzato di cui al D.Lgs. 33/2013 (**CdS, Sez. III, 16 dicembre 2019, Ordinanza n. 8501**).

Ai quesiti posti ha risposto l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nei termini che seguono:

1) l'operatore economico che ha preso parte alla gara è legittimato ad **accedere anche agli atti della fase esecutiva del rapporto**, con le limitazioni di cui all'art. 53 del Codice e in presenza di un interesse attuale, concreto e diretto a conoscere tali atti. Rimane escluso quindi il mero "potere di vigilanza" del concorrente sulla regolare esecuzione delle prestazioni.

2) **L'accesso generalizzato uti cives** – come definito nella libertà di accesso di chiunque ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni – deve trovare applicazione anche in materia di contratti pubblici, ed **anche nella loro fase esecutiva**.

3) l'istanza di accesso documentale ex art. 22 e ss, L. n. 241/90 ben può concorrere con quella di accesso civico generalizzato e la richiesta ostensiva del privato può essere estesa in entrambi i sensi. All'amministrazione non è precluso vagliarne la rilevanza sotto entrambi i profili di interesse, consentendo l'accesso per uno specifico interesse oppure sotto il profilo "civico", salvo che il privato abbia inteso espressamente limitare il proprio interesse ostensivo (**CdS, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 10**).

- Ammissibilità dell'**accesso civico generalizzato** agli atti di gara: la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene meno la tutela della par condicio dei concorrenti, risponde all'esigenza specifica di procedure di appalto trasparenti, anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione (**CdS, Sez. V, 5 giugno 2019, n. 3780**).

- Ammissibilità dell'**accesso civico generalizzato** agli atti di gara: potrà essere vietato negli stessi limiti in cui ciò avviene per i partecipanti alla gara, e dunque fino a che

questa non sarà terminata, ma non escluso definitivamente (**TAR Lombardia, Milano, 11 gennaio 2019, n. 45**).

- Inammissibilità dell'**accesso civico generalizzato** agli atti di gara: ha la sua ratio nella circostanza che la disciplina dell'affidamento e dell'esecuzione dei contratti pubblici costituisce un complesso normativo chiuso (**TAR Lazio, Roma, 14 gennaio 2019, n. 425**).

- **Accesso civico generalizzato a tutela dell'interesse generale**. Presupposto imprescindibile di ammissibilità dell'istanza di accesso civico generalizzato è la sua strumentalità alla tutela di un interesse generale. La relativa istanza, dunque, andrà in ogni caso disattesa ove tale interesse non emerga in modo evidente, oltre che, a maggior ragione, nel caso in cui la stessa sia stata proposta per finalità di carattere privato ed individuale. Lo strumento in esame può pertanto essere utilizzato solo per evidenti ed esclusive ragioni di tutela di interessi propri della collettività generale dei cittadini, non anche a favore di interessi riferibili, nel caso concreto, a singoli individui od enti associativi particolari: al riguardo, il giudice amministrativo è tenuto a verificare in concreto l'effettività di ciò, a nulla rilevando – tantomeno in termini presuntivi – la circostanza che tali soggetti eventualmente auto-dichiarino di agire quali enti esponenziali di (più o meno precisati) interessi generali (**CdS, Sez. V, 12 febbraio 2020, n. 1121**).

- **Accesso ad informazioni contenenti segreti tecnici o commerciali**. È essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio (**CdS, Sez. V, 07 gennaio 2020, n. 64, da ultimo CdS, Sez. V, 1 luglio 2020, n. 4220**).

- Ai sensi dell'art. 53, c. 6, del codice, la segretezza delle offerte è recessiva laddove l'accesso sia strumentale alla **difesa in giudizio** degli interessi originati dalla procedura di affidamento (**TAR Toscana, 19 dicembre 2019, n. 759**).

5. La disciplina in materia di conflitto di interessi

Il codice introduce, fra l'altro, una significativa novità anche in ordine al tema del **conflitto di interesse**, all'uopo dedicando una disposizione *ad hoc* (art. 42) ed un richiamo fra le cause di esclusione (di cui all'art. 80).

Si tratta di una novità di rilievo, tenuto conto che già la legge sul procedimento amministrativo (n. 241/1990 e ss. mm.) contiene una disciplina sul conflitto di interesse del RUP (art. 6-*bis*).

Il conflitto di interesse si configura come la situazione in cui la sussistenza di un **interesse personale** in capo ad un soggetto operante in nome e per conto della stazione appaltante, che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito, è **potenzialmente idonea a minare l'imparzialità o l'indipendenza** della stazione appaltante nella procedura di gara.

Le situazioni di conflitto di interesse sono sia tipizzate dalla normativa, sia **individuabili di volta in volta** sulla scorta dei collegamenti configurabili tra agente e sfera d'interesse esterna alla p.a.

Situazioni tipizzate di conflitto di interessi

- Legami di parentela, affinità, coniugio, convivenza, frequentazione abituale tra l'agente e i soggetti esterni;
- rapporti in cui vi sia una causa pendente, grave inimicizia o rapporti di credito/debito significativi;
- rapporti con soggetti od organizzazioni di cui l'agente sia tutore, curatore, procuratore o agente;
- rapporti con enti, associazioni anche non riconosciute, comitati, società o stabilimenti di cui l'agente sia amministratore o gerente o dirigente;
- ogni altro caso in cui sussistano gravi ragioni di convenienza.

All'atto dell'assegnazione all'ufficio, i dipendenti pubblici rendono la dichiarazione circa la assenza di situazioni di conflitto di interesse. La mancata astensione costituisce fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico.

In applicazione del principio appena richiamato, ne deriva che tutti i soggetti, a qualsiasi titolo attivi lungo le fasi di una procedura di affidamento di contratti pubblici, devono:

- a) rendere la dichiarazione in ordine all'insussistenza di cause di incompatibilità rispetto all'incarico da ricoprire, nonché di ipotesi di conflitto di interesse, anche solo potenziale (*obbligo dichiarativo*);
- b) in caso di situazione di conflitto di interesse, concreto o potenziale, gli interessati devono fare quanto necessario per rimuovere tale condizione (*obbligo di fare*).

Riferimenti normativi

- ✓ art. 42 del codice (Conflitto di interesse);
- ✓ art. 7, D.P.R. n. 62/2013 (Obbligo di astensione);
- ✓ D.Lgs. 165/2001 (*Norme generali sull'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche*);
- ✓ Linee Guida ANAC n. 15 (*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- **Conflitto di interesse**: sufficiente il carattere anche solo potenziale dell'asimmetria informativa di cui abbia potuto godere un concorrente grazie all'acquisizione di elementi ignoti agli altri partecipanti per il tramite di un soggetto in rapporto diretto con la stazione appaltante (**CdS, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6150**).

- **Conflitto di interesse**: l'art. 42 del D.Lgs. 50/2016 va inteso come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, ma bensì per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale può generare. L'indebito vantaggio competitivo può essere quindi solo potenziale. La norma è da intendersi lato sensu "di pericolo" (**CdS, Sez. III, 20 agosto 2020, n. 5151**).

- Nozione di **conflitto di interesse**. Si riferisce a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi (**TAR Lazio, Roma, 31 luglio 2019, n. 10186**).

- Sulla configurazione di una situazione di conflitto di interesse in caso di partecipazione simultanea ad una procedura da parte di un consorzio e delle consorziate indicate dal consorzio come esecutrici (**TAR Emilia-Romagna, Bologna, 7 novembre 2019, n. 851**).

- Sulla necessità che la situazione di conflitto di interesse debba essere, in ogni caso, “attuale” (fattispecie esaminata dal TAR riguardava il coinvolgimento di un professionista che aveva supportato la SA nell’elaborazione di alcuni atti della procedura) (**TAR Puglia, Bari, 13 aprile 2018, n. 570**).

- Sulla configurazione di una situazione di conflitto di interesse a fronte di partecipazioni societarie, relative ad operatori partecipanti alla gara, detenute, fra l’altro, dalla stessa SA. (**TAR Campania, Salerno, 6 aprile 2018, n. 524**).

6. Le procedure di affidamento

Le procedure che la stazione appaltante (SA) può porre in essere nell’affidamento di appalti di servizi sono:

- 1) **l’affidamento diretto**;
- 2) la **procedura aperta**;
- 3) la **procedura ristretta**;
- 4) la **procedura competitiva con negoziazione**;
- 5) **la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara**;
- 6) **il dialogo competitivo**;
- 7) **il partenariato per l’innovazione**.

Le amministrazioni possono inoltre contare su due ulteriori strumenti, predisposti per consentire la continuità degli approvvigionamenti e la semplificazione delle procedure:

- i) **l’accordo quadro**;
- ii) e il **sistema dinamico di acquisizione (SDA)**.

La specifica tipologia di procedura ad evidenza pubblica, mediante la quale l’Amministrazione procede a selezionare il contraente, è la risultante della scelta compiuta dalla stazione sulla base di vari elementi, taluni dei quali riferibili alla discrezionalità amministrativa ed in parte a ragioni di natura oggettiva.

La stazione appaltante nel primo atto della procedura, conformemente alla programmazione di cui si è detto in precedenza, deve motivare in ordine alle ragioni poste a base della scelta della concreta forma di procedura.

Tale atto è la c.d. **determina a contrarre**, disciplinata dall’art. **32** del codice.

Uno degli elementi da considerare nella scelta della procedura riguarda il valore dell’affidamento, che può suggerire alla stazione appaltante di avvalersi di procedure semplificate di affidamento (affidamento diretto o procedura negoziata), ovvero più elaborate e complesse.

Procediamo, a questo punto, con l'esame delle singole procedure.

L'affidamento diretto

È la procedura mediante la quale la stazione appaltante seleziona il contraente direttamente, individuandolo sul Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA) o su appositi elenchi detenuti dalla p.a., ovvero sia di quella affidante o di altre amministrazioni, o a mediante avviso pubblico per la ricezione di eventuali manifestazioni di interesse.

Il codice, a seguito del c.d. decreto *sblocca cantieri*, ha introdotto un doppio regime per gli **affidamenti diretti**.

Il primo continua ad essere rappresentato dalla possibilità – disciplinata dall'art. **36**, comma **2**, lett. **a**), relativamente ad affidamenti di importo fino ad euro 40.000 euro – di procedere con l'affidamento diretto ad un prestatore di servizi, senza comparare più preventivi di altri operatori economici.

A tal riguardo, occorre precisare che la stazione appaltante nella determina a contrarre specifica le ragioni e le modalità della scelta dell'operatore economico. Allo stesso tempo, si ritiene che – quale che sia la modalità di individuazione dell'operatore economico – il rispetto dell'evidenza pubblica dovrebbe costituire la *via maestra*.

La seconda forma di affidamento diretto, introdotta dal decreto *sblocca cantieri*, avviene “*previa valutazione dei preventivi di almeno cinque operatori economici individuati mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*” (art. **36**, comma **2**, lett. **b**).

Tale modalità è utilizzabile solo per affidamenti sotto soglia, entro l'importo (come da ultimo modificato dalla legge n. 55/2019, che ha convertito in legge il decreto Sblocca Cantieri) di 150.000 euro per i lavori e 221.000 per servizi e forniture, relativi ai settori ordinari, mentre il riferimento alla soglia specifica per i servizi sociali e gli altri servizi indicati nell'Allegato IX al codice, è all'importo di 750.000 euro.

Anche in quest'ultimo caso, l'attivazione dell'evidenza pubblica da parte delle stazioni appaltanti costituisce la *via maestra*, essendo stata esperita o “a monte”, allorquando la P.A. si sia dotata di un elenco di operatori economici, oppure nell'attivazione della specifica indagine di mercato, preliminare all'invito agli operatori economici che abbiano manifestato il loro interesse.

L'utilizzo della procedura di affidamento diretto è stato prevista, in via sperimentale sino al 31 dicembre 2021, per importi anche superiori (75.000 euro per forniture e servizi, 150.000 euro per lavori), a seguito del decreto-legge n. 76/2020, convertito in legge n. 120/2020 (v. *infra* punti 7 e 8), intervenuto a mitigazione degli effetti della crisi da COVID-19.

La procedura aperta

È la procedura di affidamento in cui ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta ad un bando/avviso. È quella che garantisce la massima apertura al mercato ed esplicitazione dei principi cardine dell'evidenza pubblica.

La **procedura ristretta**

È la procedura di affidamento, alla quale ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalla stazione appaltante.

La **procedura competitiva con negoziazione**

È la procedura nella quale ogni operatore può presentare una domanda di partecipazione, ma solo gli operatori invitati dall'amministrazione aggiudicatrice, in seguito alla valutazione delle informazioni fornite, possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per la successiva negoziazione, svolta tra amministrazione e offerenti in condizioni di parità di trattamento.

La **procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara**

È la procedura con cui l'amministrazione interpella direttamente gli operatori economici al fine dell'affidamento, previa negoziazione, nelle ipotesi – elencate dall'art. 63 – in cui il mercato di riferimento non consentirebbe di valorizzare i principi di evidenza pubblica volti al *favor participationis*.

Il **Dialogo competitivo**

È la procedura utilizzata dall'amministrazione nel caso di appalti particolarmente complessi, qualora non sia in grado di definire previamente i mezzi atti a soddisfare le sue esigenze o valutare le adeguate soluzioni tecniche, giuridiche o finanziarie offerte dal mercato. Qualsiasi operatore può chiedere di partecipare. La stazione appaltante avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le anzidette necessità, sulla base delle quali i candidati vengono poi invitati a presentare le offerte

Il **Partenariato per l'innovazione**

È la procedura mediante la quale l'amministrazione, previa individuazione dell'ambito di acquisizione, individua dei contraenti con cui collaborare e negoziare nello sviluppo di un prodotto (al fine del successivo acquisto del servizio, lavoro o fornitura che ne risulta), soddisfacendo un'esigenza per la quale non è possibile ricorrere a soluzioni già disponibili sul mercato.

L'**accordo quadro**

Le amministrazioni possono avvalersi di accordi quadro, ossia accordi conclusi tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e le quantità previste.

Gli affidamenti dei servizi avvengono in concreto solo a seguito dell'attivazione dei singoli contratti specifici fra gli enti beneficiari del servizio ed il prestatore selezionato nell'ambito della procedura di sottoscrizione dell'accordo-quadro.

Per espressa previsione normativa, la durata massima (dunque, l'efficacia) di un accordo-quadro è di quattro (4) anni, con la conseguenza che in tale periodo operano i

contratti specifici, che possono avere durata inferiore e comunque non superiore alla durata dell'accordo-quadro.

Il sistema dinamico di acquisizione

Le amministrazioni possono procedere mediante **sistema dinamico di acquisizione (SDA)**, ossia un processo di acquisizione interamente elettronico, per acquisti di uso corrente, le cui caratteristiche, generalmente disponibili sul mercato, soddisfano le esigenze di una stazione appaltante.

Lo SDA è aperto per tutta la sua durata a qualsivoglia operatore economico che soddisfi i criteri di selezione.

La suddivisione in lotti

Le amministrazioni possono suddividere gli appalti in **lotti funzionali** o **lotti prestazionali**.

Il **lotto funzionale** può consistere in uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne la funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti.

Il **lotto prestazionale** consiste in uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto.

La suddivisione in lotti è espressione del principio di libera concorrenza e accesso degli operatori (specie piccole e medie imprese) alle procedure di gara. Le amministrazioni possono, a tal proposito, limitare il numero di lotti aggiudicabili ad un solo offerente.

Proprio al fine di sostenere la più ampia partecipazione alle procedure di affidamento, specie da parte delle MPMI, il codice ha stabilito l'obbligo per le SA di motivare all'interno dei propri atti, in ordine alle ragioni della mancata suddivisione in lotti dell'affidamento di cui si tratta.

A tale ultimo proposito, appare evidente la centralità della determina a contrarre, di cui all'art. 32 del codice, e del progetto del servizio, di cui all'art. 23, comma 15, del codice, di cui si è detto in precedenza.

Sono soprattutto tali atti nei quali la SA deve motivare congruamente e non già con mere affermazioni di stile o generiche sulla mancata suddivisione in lotti.

Consultazione preliminare di mercato

L'istituto risponde alle **esigenze conoscitive** della stazione appaltante circa la procedura in via di indizione. Si tratta di una pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione del contratto, di cui l'amministrazione si serve per acquisire necessarie informazioni mediante un dialogo informale con gli operatori economici del settore di riferimento.

I caratteri delle consultazioni preliminari di mercato

- Scopo di calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati;
- Fase successiva alla programmazione ma anteriore all'avvio del procedimento di selezione del contraente;
- Da prediligere quando l'appalto presenta carattere di novità;
- Possono essere svolte indipendentemente dal valore della commessa;
- Si distinguono dal dialogo competitivo (autonomia procedura di scelta del contraente) e dalle indagini di mercato (mera procedura volta alla selezione degli operatori da invitare alla gara);
- Possono riguardare ogni aspetto tecnico utile o prodromico al procedimento selettivo;
- Possono parteciparvi tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste.

Le procedure in via d'urgenza

La crisi innescata dall'emergenza COVID-19 si è inevitabilmente ripercossa sulle esigenze e scelte programmatiche degli enti pubblici. Da qui ha assunto rilievo preponderante il disposto di cui all'art. 63 del D.Lgs. 50/2016, che disciplina la procedura di affidamento mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando, opzione praticabile dalle S.A. laddove *ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili* non consentano il rispetto dei termini ordinari propri delle procedure aperte, ristrette o competitive con negoziazione.

Il ricorso a tali procedure è stato fortemente caldeggiato dalla Commissione UE (nota c 108 I/1 del 1 aprile 2020), incoraggiando le Amministrazioni degli Stati Membri all'utilizzo di procedure rapide e semplificate per fronteggiare le esigenze connesse alla crisi.

Tali indirizzi sono stati recepiti dal Decreto Semplificazioni (D.L. n. 73/2020), convertito con Legge 12 settembre 2020, n. 120 (v. *infra* punti 7 e 8).

Riferimenti normativi

- ✓ art. 51 (Suddivisione in lotti);
- ✓ art. 54 (Accordi quadro);
- ✓ art. 55 (Sistemi dinamici di acquisizione);
- ✓ art. 59 (Scelta delle procedure e oggetto del contratto);
- ✓ art. 60 (Procedura aperta);
- ✓ art. 61 (Procedura ristretta);
- ✓ art. 62 (Procedura competitiva con negoziazione);
- ✓ art. 63 (Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara);
- ✓ art. 64 (Dialogo competitivo);
- ✓ art. 65 (Partenariato per l'innovazione);
- ✓ art. 66 (Consultazioni preliminari di mercato);
- ✓ Linee Guida ANAC n. 14 (*Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Sull'applicazione del principio di rotazione nelle procedure di tipo ristretto o "chiuso" (**CdS, Sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943**).
- Procedure negoziate. Inammissibile la partecipazione alla gara del soggetto non invitato (**CdS, Sez. V, 12 novembre 2019, n. 6160**).
- Sui caratteri della procedura negoziata (**CdS, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160**).
- Sull'utilizzo della procedura negoziata senza bando nei casi di infungibilità del bene da acquisire (**TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500**).
- Sull'ammissibilità del dialogo competitivo in caso di un solo partecipante (**TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 02 novembre 2017, n. 2502**).
- Il principio di **suddivisione in lotti** è derogabile in quanto espressione di scelta discrezionale, sindacabile soltanto nei limiti della ragionevolezza e proporzionalità (**CdS, Sez. VI, 2 gennaio 2020, n. 25**).
- **Suddivisione in lotti**. Rappresenta uno strumento posto a tutela della concorrenza sotto il profilo della massima partecipazione alle gare, ma non può comprimere eccessivamente la discrezionalità amministrativa di cui godono le stazioni appaltanti nella predisposizione degli atti di gara. Principio generale da adattare alle peculiarità del caso di specie (**CdS, Sez. III, 7 maggio 2020, n. 2881**).
- **Vincolo di aggiudicazione**. La scelta di escludere che un operatore possa aggiudicarsi tutti i lotti costituisce facoltà discrezionale della p.a., il cui mancato esercizio non costituisce *ex se* sintomo di illegittimità, ma va comunque verificata caso per caso (**CdS, Sez. III, 9 giugno 2020, n. 3684**).
- **Consultazioni preliminari di mercato**. Hanno lo scopo di avviare un dialogo informale con gli operatori di settore onde acquisire quelle informazioni di cui la stazione appaltante è carente, nonché una migliore consapevolezza relativamente a disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni e servizi (**CdS, Sez. III, 23 settembre 2019, n. 6302**).
- **Organismi di diritto pubblico**. Ricorre il requisito teleologico se l'organismo è stato costituito da un soggetto appartenente al perimetro allargato della p.a., per dare esecuzione ad un servizio necessario in quanto strettamente connesso alla finalità pubblica di quest'ultimo (**CdS, Sez. V, 7 febbraio 2020, n. 965**).
- **Proroga tecnica e affidamenti diretti**. La proroga deve essere equiparata ad un affidamento senza gara. La proroga costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali (**TAR Campania, Napoli, Sez. V, 18 aprile 2020, n. 1392**).
- **Concessioni e appalti: distinzione**. Una concessione di servizi richiede che l'amministrazione concedente/aggiudicatrice abbia trasferito integralmente o in misura significativa all'operatore privato il rischio di gestione economica connesso all'esecuzione del servizio (v. CGUE 21 maggio 2015, nella causa C-269/14). In altri termini, la figura della concessione è connotata dall'elemento del trasferimento all'impresa concessionaria del rischio operativo, inteso come rischio di esposizione alle fluttuazioni di mercato che possono derivare da un rischio sul lato della domanda o sul lato dell'offerta. Si ha

appalto quando l'onere del servizio stesso viene a gravare sostanzialmente sull'amministrazione aggiudicatrice (**CdS, Sez. IV, 4 maggio 2020, n. 2810**).

- **Gare su piattaforme telematiche.** In presenza di un malfunzionamento del sistema telematico, il principio di correttezza esige un comportamento alternativo volto al superamento del bug del sistema, purché il comportamento richiesto non superi il limite della diligenza esigibile dall'operatore e non risulti violata la par condicio, e il concorrente non sia esposto al rischio di essere escluso dalla gara (**TAR Lazio, Roma, Sez. II, 6 agosto 2020, n. 9044**).

7. Gli affidamenti sotto soglia

Per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice, la stazione appaltante può ricorrere **all'affidamento diretto o alla procedura negoziata** – ferma restando la facoltà di ricorrere comunque alle procedure ordinarie (aperta o ristretta) – con le modalità disciplinate dall'art. 36 del Codice.

La procedura deve avvenire nel rispetto dei principi di economicità, trasparenza, pubblicità, nonché del **principio di rotazione**, in modo da assicurare l'effettiva possibilità partecipativa delle microimprese, piccole e medie imprese.

La relativa disciplina è stata in parte modificata dal decreto Sblocca Cantieri, come convertito in L. n. 55/2019, che ha innalzato gli importi sino ai quali le amministrazioni possono procedere con l'affidamento diretto o con la procedura negoziata.

L'attuale riparto delle soglie di valore, con relativa procedura applicabile, è così schematizzabile:

SERVIZI E FORNITURE

- **<40.000:** affidamento diretto
- **40.000-144.000** (amministrazioni centrali) o **221.000** (amministrazioni sub-centrali, nelle quali rientrano quelle locali): affidamento diretto previa valutazione di almeno cinque (5) operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici

LAVORI

- **<40.000:** affidamento diretto o amministrazione diretta, senza prelievi consultazioni
- **40.000-150.000:** affidamento diretto previa valutazione di almeno 3 preventivi o in amministrazione diretta
- **150.000-350.000:** procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori
- **350.000-1.000.000:** procedura negoziata previa consultazione di almeno 15 operatori
- **1.000.000-5.548.000** (soglia comunitaria): procedura aperta ex art. 60

I **nuovi regolamenti comunitari** numeri 1827, 1828, 1829 e 1830 del 30/10/2019 modificano, a partire da gennaio 2020, le soglie di rilevanza comunitaria che saranno così individuate:

- euro 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- euro 139.000 per gli appalti di servizi e forniture aggiudicati da amministrazioni governative centrali;
- euro **214.000** per gli appalti di **servizi e forniture** aggiudicati da **amministrazioni sub centrali**.

Immutata resta la soglia *ad hoc* per l'affidamento dei servizi sociali e per gli altri servizi indicati dall'Allegato IX al codice.

Il D.L. c.d. *sblocca cantieri* ha affidato al regolamento di attuazione/esecuzione del codice la disciplina di dettaglio delle procedure sotto soglia, anche in relazione all'applicazione del principio di rotazione, prevedendo che fino all'adozione dello stesso continuano ad applicarsi le Linee Guida ANAC n. 4.

Il medesimo decreto, come già rilevato, ha introdotto, per gli affidamenti sotto soglia, un principio di **alternatività tra criteri di aggiudicazione dell'appalto sotto soglia** (minor prezzo / offerta economica più vantaggiosa), la cui scelta appare ora del tutto discrezionale.

Restano comunque ferme le prescrizioni di cui all'art. 95, comma 3, relativamente agli affidamenti da effettuarsi solo sul criterio dell'O.E.P.V. e, dunque, l'affidamento dei servizi sociali.

Gli obblighi di pubblicità per il sotto soglia

Avviso di avvio dell'indagine di mercato: l'amm.ne assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare secondo parametri non solo economici.

A tal fine la stazione appaltante pubblica un **avviso sul profilo del committente**, nella sezione "**amministrazione trasparente**" sotto la sezione "bandi e contratti", o ricorre ad altre forme di pubblicità.

L'avviso indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economico finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo e massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione e le modalità di comunicazione con la stazione appaltante.

Con il D.L. n. 76/2020 (Decreto Semplificazioni), convertito dalla L. n. 120/2020, sono state introdotte misure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale (COVID-19). Talune di queste operano in via temporanea con riferimento all'aggiudicazione degli appalti sotto soglia.

Per le procedure avviate sino al **31 dicembre 2021** (prima della Legge di conversione si prevedeva 31 luglio 2021) le modalità di affidamento sotto soglia per lavori, servizi e forniture sono così riassunte:

SERVIZI E FORNITURE	<75.000 euro	AFFIDAMENTO DIRETTO
LAVORI	<150.000 euro	AFFIDAMENTO DIRETTO
SERVIZI E FORNITURE	75.000 – 214.000 (o 139.000 se ente governativo centrale, soglia com.)	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO (consultazione 5 operatori)
LAVORI	150.000 – 350.000	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO (consultazione 5 operatori)
LAVORI	350.000 – 1.000.000	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO (consultazione 10 operatori)
LAVORI	1.000.000 – 5.350.000 (soglia com.)	PROCEDURA NEGOZIATA SENZA BANDO (consultazione 15 operatori)

Il provvedimento di aggiudicazione deve essere adottato **entro 2 mesi** dall'atto di avvio del procedimento nel caso di affidamento diretto, e **4 mesi** nel caso di procedura negoziata senza bando.

Per tali modalità di affidamento la stazione appaltante non richiede all'operatore garanzie provvisorie.

Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate per gli affidamenti sopra detti tramite un avviso, all'interno dei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso non è obbligatorio per gli affidamenti di importo inferiore ad euro 40.000.

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria);
- ✓ art. 36 (Contratti sotto soglia);

- ✓ Linee Guida ANAC n. 4 (*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

Il **principio di rotazione** trova fondamento nell'**esigenza di evitare il consolidamento di rendite da posizione** in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento).

L'invito all'affidatario uscente riveste **carattere eccezionale** e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

Il principio di rotazione **opera nelle procedure negoziate**, in cui l'amministrazione appaltante non consente, alla fonte, la partecipazione di tutte le imprese alla gara, ma solo ad una parte selezionata da essa stessa in via discrezionale.

- Principio di rotazione. Non trova applicazione nelle procedure di tipo aperto, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti mediante inviti (**CdS, Sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875**)

- **Principio di rotazione.** La giurisprudenza afferma in modo costante (da ultimo: **Cons. Stato, V, 27 aprile 2020, n. 2655, 5 novembre 2019, n. 7539, 12 giugno 2019, n. 3943**) che negli affidamenti sotto-soglia l'applicazione generalizzata del principio di rotazione sancito dalla disposizione del codice dei contratti pubblici trova un limite, di carattere generale, nel solo caso di **selezione mediante procedura aperta**, che cioè non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti; ed uno riferito al caso concreto, laddove la restrizione del mercato da esso derivante sia incompatibile con la sua peculiare conformazione, contraddistinta dal numero eccessivamente ristretto di operatori economici, e di ciò l'amministrazione dia adeguata motivazione (**CdS, Sez. V, 2 luglio 2020, n. 4252**).

- Sull'applicazione del **principio di rotazione**, fra le tante e con una posizione più rigorosa e restrittiva da parte del Consiglio di Stato: **CdS, Sez. V, 05 novembre 2019, n. 7539; CdS, Sez. V, 05 marzo 2019, n. 1524; CdS, Sez. V, 17 gennaio 2019, n. 435; TAR Marche, 20 novembre 2019, n. 707; TAR Liguria, 22 ottobre 2019, n. 805; TAR Veneto, 23 settembre 2019, n. 1021.**

- In relazione all'obbligo di applicazione del **principio di rotazione**, non può considerarsi "operatore uscente" il concorrente che abbia incorporato il precedente affidatario essendo soggetto giuridico diverso (**TAR Lazio, Roma, 11 febbraio 2020, n. 1852**)

- Sull'inapplicabilità del **principio di rotazione** alle procedure indette dalle stazioni appaltanti, nelle quali non sia stata limitata la partecipazione degli operatori economici, i quali tutti sono posti dall'Avviso pubblico nella condizione di partecipare in posizione di parità (**TAR Sardegna, 2 gennaio 2020, n. 8**).

- Sul calcolo del valore dell'appalto (**CdS, Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343; TAR Friuli V.G., 09 dicembre 2019, n. 514; Delibera ANAC n. 813/2018**).

8. Gli affidamenti sopra soglia

Per gli affidamenti di importo superiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 35 del Codice, la stazione appaltante può ricorrere alla **procedura aperta o ristretta**.

Il sistema di affidamento di appalti sopra soglia è improntato a garantire, nella massima misura possibile, la **concorrenzialità e pubblicità** della procedura su scala europea.

Ne deriva un maggior carico burocratico per la pubblica amministrazione, in termini di redazione (trasparenza e comprensibilità degli atti di gara) che di pubblicazione degli atti di gara su mezzi telematici idonei a garantire informazione e accessibilità alla procedura (GUUE, mediante utilizzo degli **appositi modelli** predisposti dall'ANAC), oltre alle altre forme e modalità di pubblicità.

Ai fini di individuazione del valore complessivo della commessa, e quindi della soglia di rilevanza, l'art. 35 del Codice fornisce **i criteri di determinazione del valore stimato dell'appalto**.

Il calcolo del valore stimato dell'appalto è basato sull'importo totale pagabile, al netto dell'IVA, valutato dal soggetto aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'**importo massimo stimato**, incluse opzioni, rinnovi o premi stabiliti dai documenti di gara.

La valutazione delle offerte – ai sensi degli articoli 77 e 78 del codice – è rimessa alla competenza di commissari esterni, iscritti in apposito Albo detenuto dall'ANAC e suddiviso in apposite sezioni.

Per effetto del decreto sblocca cantieri l'efficacia di tali disposizioni è sospesa, in via sperimentale, fino al 31 dicembre 2020.

Gli obblighi di pubblicità per il sopra soglia

Dal 1 luglio 2019 è operativo il nuovo Portale unico per la pubblicità delle gare e dei programmi di lavori, beni e servizi, disponibile al link www.serviziocontrattipubblici.it

Gli oneri di pubblicazione possono così riassumersi:

- Gli avvisi e i bandi sono redatti e trasmessi **all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione Europea**, e pubblicati nella GUUE
- Segue la pubblicazione in ambito nazionale, sul **Portale unico**, sul **Portale del MIT** e sul **profilo del committente**
- **Pubblicazione sui quotidiani:**
 - a) per bandi e avvisi relativi d appalti di lavori o concessioni di importo compreso **tra 500.000 e la soglia comunitaria**, avviene la pubblicazione per estratto sul **almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale** e **almeno uno a maggiore diffusione locale** nel luogo ove si eseguono i contratti;
 - b) per bandi e avvisi relativi ad appalti di lavori, servizi e forniture **sopra soglia**, per estratto su **almeno due dei principali quotidiani a diffusione nazionale** e su **almeno due a maggiore diffusione locale** nel luogo ove si eseguono i contratti.

Anche in relazione agli affidamenti sopra soglia, il D.L. n. 76/2020 (Decreto Semplificazioni), convertito con L. n. 120/2020, dispone importanti alleggerimenti procedurali, con l'intento di fornire linfa vitale al settore degli investimenti pubblici.

Per le procedure avviate sino al **31 dicembre 2021** le modalità di affidamento sopra soglia per lavori, servizi e forniture sono le seguenti:

SERVIZI E FORNITURE	> 214.000 (O 139.000 se ente governativo centrale, soglia com.)	PROCEDURA APERTA, PROCEDURA RISTRETTA, PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE PROCEDURA NEGOZIATA (<u>solo per ragioni di urgenza</u>)
LAVORI	> 5.350.000 (soglia com.)	PROCEDURA APERTA, PROCEDURA RISTRETTA, PROCEDURA COMPETITIVA CON NEGOZIAZIONE PROCEDURA NEGOZIATA (<u>solo per ragioni di urgenza</u>)

N.B. Anche per gli affidamenti sopra soglia è introdotta la possibilità di utilizzare la procedura negoziata, in presenza di ragioni di estrema urgenza, o laddove i termini di conclusione, anche abbreviati, non possano essere rispettati.

A seguito della Legge di conversione, la procedura negoziata è utilizzabile (per servizi, lavori e forniture) in caso di singoli operatori economici aventi sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa ai sensi dell'art. 27, D.L. 83/2012, i quali abbiano stipulato (anche anteriormente alla crisi da COVID-19) un accordo di programma.

È richiesta la previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o altro atto equivalente.

In taluni **settori essenziali** (edilizia scolastica, universitaria, sanitaria e carceraria; infrastrutture;) laddove l'affidamento sia connotato da **ragioni di estrema urgenza** come sopra, le stazioni appaltanti possono operare in **deroga a qualsiasi norma**, escluse quelle penali, antimafia, le misure di prevenzione ed i vincoli inderogabili dell'U.E.

Devono comunque altresì essere rispettati i principi cardine degli affidamenti (es. rotazione, trasparenza, economicità etc.), la sostenibilità energetica e ambientale e la disciplina del conflitto di interessi, nonché la disciplina del subappalto.

Il provvedimento di aggiudicazione deve essere adottato entro **6 mesi** dall'atto di avvio del procedimento.

In ogni caso le procedure per affidamento sopra soglia devono essere svolte con **termini ridotti**. Della riduzione si dà atto nel provvedimento di indizione della procedura.

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti);
- ✓ art. 59 (Scelta delle procedure e oggetto del contratto);
- ✓ delibera ANAC n. 1228/2017 (Bando-tipo n. 1);
- ✓ delibera ANAC n. 2/2018 (Bando-tipo n. 2);
- ✓ delibera ANAC n. 723/2018 (Bando-tipo n. 3).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- L'amministrazione ha l'obbligo di indicare il valore presunto della concessione in affidamento. Se impossibilitata deve quantomeno fornire gli elementi analitici a sua conoscenza che possano consentire ai concorrenti di formulare un'offerta seria (**CdS, Sez. III, 05 dicembre 2019, n. 8340**).

- Sulla determinazione del valore della concessione. Ricomprende il flusso dei corrispettivi pagati dagli utenti per i servizi in concessione (**CdS, Sez. III, 18 ottobre 2016, n. 4343**).

9. I requisiti di partecipazione, le cause di esclusione ed il soccorso istruttorio.

I requisiti di partecipazione sono prescritti dalla legge (**requisiti di ordine generale**) o richiesti dalla stazione appaltante (**requisiti di ordine speciale**) nel singolo avviso/bando di gara.

I requisiti di ordine generale identificano l'integrità professionale e morale dell'operatore economico, i requisiti di ordine speciale individuano invece elementi tecnici e finanziari necessari per far fronte allo specifico appalto.

La disposizione di riferimento è rappresentata dall'**art. 80** del codice, che – nella sostanza – ha introdotto un doppio regime di **cause di esclusione**, legate al mancato possesso dei predetti **requisiti di ordine generale**:

- i) esclusione automatica, quale atto dovuto per la SA, nelle ipotesi di cui ai commi 1) – 4) della suindicata norma;
- ii) esclusione disposta con atto motivato della SA a seguito di istruttoria e contraddittorio, nelle ipotesi di cui ai commi 5) e 12).

Con riferimento alle ipotesi di esclusione previste dalla lettera **c)** del **quinto** comma del più volte indicato **art. 80** del codice (*gravi illeciti professionali e significative*

carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto) il codice ha rinviato ad apposita Linee guida dell'ANAC per la specificazione dei **mezzi di prova** ritenuti idonei.

Nella tabella che segue sono riportate le **cause di esclusione** dettate dal Codice le quali, in via passiva, costituiscono il corpo dei **requisiti di ordine generale**, alla cui verifica sono preposti i controlli della p.a. mediante accesso al **casellario ANAC**.

CAUSE DI ESCLUSIONE (REQUISITI DI ORDINE GENERALE) – art. 80 codice

Cause automatiche vincolate

- **condanne** (con sentenza definitiva, decreto penale di condanna o patteggiamento) dell'operatore nonché dei subappaltatori per taluni reati (reati contro la p.a., di tipo mafioso o sfruttamento del lavoro minorile) [**comma 1**];
- intervenute **misure di prevenzione** ai sensi della normativa Antimafia nonché di **tentativi di infiltrazione mafiosa** [**comma 2**];
- gravi violazioni, definitivamente accertate, rispetto agli **obblighi fiscali e contributivi** (l'importo superiore a 5000 euro è considerato grave) [**comma 4**].

Cause disposte dalla SA ad esito di procedimento in contraddittorio

- **procedure concorsuali** a carico dell'operatore;
- gravi infrazioni in materia di **salute e sicurezza sul lavoro**;
- gravi **illeciti professionali**;
- **influenze indebite** sul processo decisionale della s.a., aver tentato di ottenere informazioni riservate, aver fornito informazioni false o fuorvianti alla s.a., omissione di informazioni dovute;
- significative e persistenti **carenze nell'esecuzione** di un precedente appalto;
- grave inadempimento nei confronti dei **subappaltatori**;
- partecipazione alla procedura che determina un **conflitto di interessi** insanabile;
- **distorsione della concorrenza** derivante dal coinvolgimento dell'operatore nella fase delle consultazioni preliminari di mercato;
- operatore soggetto a **sanzioni interdittive**;
- documentazione o **dichiarazioni mendaci**;
- violazione del **divieto di intestazione fiduciaria**;
- mancata presentazione della certificazione o autodichiarazione del **rispetto della normativa sul lavoro dei disabili**
- **mancata denuncia** dell'operatore economico di essere vittima dei reati di concussione o estorsione;
- **situazione di controllo** di un operatore rispetto ad un altro partecipante [**comma 5**];
- iscrizione nel **casellario ANAC** per aver presentato false dichiarazioni o documentazione nelle procedure di gara o affidamenti subappalti;
- iscrizione nel **casellario ANAC** per aver presentato false dichiarazioni o documentazioni ai fini del rilascio attestazione di qualificazione [**comma 12**].

N.B. L'esclusione in caso di condanna riferita ai subappaltatori è previsione sospesa in via sperimentale dalla Legge di conversione del D.L. Sblocca Cantieri sino al 31/12/2020.

Le stazioni appaltanti possono escludere l'operatore in qualsiasi momento laddove verificchino una delle sopra descritte situazioni.

Requisiti di ordine speciale

Per quanto concerne i **requisiti di ordine speciale**, previsti dalla stazione appaltante in sede di singola procedura, questi devono essere attinenti e **proporzionati** all'oggetto dell'appalto, nonché **ragionevoli**, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, secondo i principi di massima concorrenza.

Il codice, a tal riguardo, indica i diversi requisiti che la SA può concretamente scegliere nell'esercizio della propria discrezionalità amministrativa e tecnica.

REQUISITI DI ORDINE SPECIALE

- **Requisiti di idoneità professionale:** comportano l'iscrizione in albi professionali e registri (secondo i c.d. codici ATECO relativi all'iscrizione nel Registro della CCIAA), ovvero, laddove richiesta, licenza prefettizia, iscrizione all'Albo nazionale dei gestori ambientali, accreditamento e/o autorizzazione;
- **Requisiti di capacità economica e finanziaria:** fatturato minimo annuo (anche quale ulteriore fatturato specifico, riferito all'oggetto dell'appalto o ad oggetto c.d. "analogo"), referenze bancarie, livello di copertura assicurativa, comprova dell'avvalimento di garanzia;
- **Requisiti di capacità tecnico-professionale:** certificazioni di qualità, possesso di risorse umane e tecniche, esperienza.

Con riferimento ai requisiti di **idoneità professionale**, il codice (ai sensi del combinato disposto di cui all'art. 83, comma 6, e dell'Allegato XVII, lett. f) del codice) consente alle SA di individuare in una data qualificazione del personale (*titoli di studio e professionali*) o come requisito di partecipazione (per così dire *soggettiva*) o quale, in alternativa, criterio di valutazione delle offerte. A tal proposito, il Bando/avviso di gara precisa tale scelta.

Il soccorso istruttorio

La procedura di soccorso istruttorio consente di integrare le carenze degli elementi formali della domanda. Sono qualificabili quali elementi formali le irregolarità essenziali documentali, ivi incluse quelle afferenti al DGUE.

Restano escluse dall'ambito operativo del soccorso istruttorio le mancanze o incompletezze dell'offerta tecnica ed economica e le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (es. mancanza di sottoscrizione).

L'amministrazione assegna un termine non superiore a 10 giorni ai fini dell'integrazione/regolarizzazione degli elementi e dichiarazioni mancanti.

Limiti al soccorso istruttorio

- Inalterabilità del contenuto dell'offerta;
- Certezza in ordine alla provenienza della stessa;
- Rispetto del principio di segretezza che presiede alla presentazione della medesima;
- Inalterabilità delle condizioni in cui versano i concorrenti al momento della scadenza del termine per partecipare alla gara.

L'inversione procedimentale tra esame delle offerte e verifica della documentazione

L'avvicendamento normativo (ci si riferisce nello specifico al DL 32/2019, c.d. "Sblocca Cantieri") ha comportato il delinearsi di un regime particolare per quanto riguarda la verifica del possesso dei requisiti, richiesti all'operatore economico per la partecipazione.

Attualmente, e sino al 31 dicembre 2020, per le sole procedure aperte ed a prescindere dalla soglia di valore, è consentita la posticipazione della verifica dei requisiti di ammissione, per procedere in via anticipata all'apertura delle buste contenenti l'offerta.

Ciò comporta un indubbio snellimento degli oneri burocratici posti in capo alla stazione appaltante, ottimizzandone le tempistiche di verifica.

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ art. 80 (Motivi di esclusione);
- ✓ art. 83 (Criteri di selezione e soccorso istruttorio);
- ✓ art. 213, comma 10, sull'istituzione del casellario ANAC;
- ✓ D. Lgs. n. 159/2011 e ss. mm. (Codice Antimafia);
- ✓ Linee Guida ANAC n. 6 (*Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Sull'irrelevanza dell'omessa dichiarazione del provvedimento di condanna AGCM quale causa di esclusione (**CdS, Sez. III, 4 settembre 2019, n. 6096**);
- **Conflitto di interessi** quale causa di esclusione, anche una semplice asimmetria informativa è sufficiente ad alterare la formulazione dell'offerta (**CdS, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6150**);
- Sull'adeguatezza del mezzo utilizzato per accertare il compimento di una "**grave infrazione**" delle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro: "ogni documento

proveniente dall'autorità amministrativa che consenta un giudizio sulla responsabilità dell'impresa nella causazione dell'evento alla luce della qualificata ricostruzione dei fatti ivi contenuta" (CdS, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7387);

- Sui **requisiti di capacità economico-finanziaria**: il fatturato minimo.

La mancanza del requisito di qualificazione in misura corrispondente alla quota dei lavori, cui si è impegnata una delle imprese in RTI, è causa di esclusione dell'intero raggruppamento (CdS, Sez. V, 18 dicembre 2019, n. 8540);

- Sui **requisiti di ordine speciale**: la capacità economico finanziaria.

In relazione alle **idonee referenze bancarie**, è consentito alle imprese, a prescindere dall'eventuale espresso richiamo nella disciplina di gara, di presentare documentazione alternativa idonea a comprovare il possesso dei prescritti requisiti (CdS, Sez. V, 16 dicembre 2019, n. 8517).

- **Requisiti generali**: omessa dichiarazione dell'esclusione da una precedente gara d'appalto. È necessario che le informazioni di cui si lamenta la mancata segnalazione risultino comunque dal casellario informatico dell'ANAC, in quanto solo rispetto a tali notizie potrebbe porsi un onere dichiarativo ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento (CdS, Sez. III, 13 dicembre 2019, n. 8480).

- **Requisiti di capacità tecnica**. La Stazione appaltante detiene massima discrezionalità sui requisiti di capacità tecnica dei concorrenti (CdS, Sez. III, 13 gennaio 2020, n. 284).

- **Requisiti di partecipazione e principio di continuità**. I requisiti generali e speciali devono essere posseduti dai candidati non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione, ma anche per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo di esecuzione dello stesso, senza soluzione di continuità (CdS, Sez. V, 12 maggio 2020, n. 2968).

- **Esclusione per debiti di natura fiscale**: rilevano solo quelli definitivamente accertati. (C.G.A., 16 agosto 2019, n. 758).

- **Esclusione del concorrente per ragioni di affidabilità**. Ai fini di non è necessario un accertamento definitivo dei pregressi inadempimenti, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'amministrazione in ordine agli elementi che denotino una "*grave negligenza o malafede*" del concorrente, tale da far ragionevolmente venir meno l'affidabilità e dunque la fiducia nell'impresa. Questa valutazione esprime un **potere discrezionale**, che resta soggetto al controllo ed al sindacato giurisdizionale nei soli e consueti limiti della manifesta illogicità, irrazionalità o errore sui fatti (CdS, Sez. V, 09 gennaio 2020, n. 158).

- **Cause di esclusione e definitività dell'illecito professionale contestato**: l'affidabilità dell'operatore non può essere valutata sulla scorta della semplice contestazione in giudizio, da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, della decisione di risolvere un contratto di appalto per significative carenze verificatesi nella fase di esecuzione (CGUE, causa C-41/18, sentenza 19 giugno 2019).

- Secondo la Corte di Giustizia è ammissibile l'esclusione del concorrente nel caso di suo **subappaltatore che incorre in una causa di esclusione** ai sensi dell'art. 80, comma 5 del Codice, a patto che tale esclusione non rivesta il carattere di automaticità, secondo il rispetto del principio di proporzionalità (**Corte di Giustizia, 30 gennaio 2020, C-395/18**).

- **Esclusione per gravi illeciti professionali.** Valutabili dall'amministrazione ai fini dell'esclusione le violazioni delle norme in materia di concorrenza, accertati e sanzionati dall'AGCOM con un provvedimento confermato da un organo giurisdizionale (**CdS, Sez. V, 24 febbraio 2020, n. 1381**).

- **Gravi illeciti professionali e misure di self-cleaning.** Non vi è un numero chiuso di gravi illeciti professionali, ma una serie aperta, cui deve essere data concretezza, di volta in volta, dalla stazione appaltante in esercizio della discrezionalità di cui dispone. La stazione appaltante può addivenire all'esclusione dell'operatore laddove ravvisi qualora ravvisi l'evidenza di situazioni contrarie ad un obbligo giuridico di carattere civile, penale o amministrativo.

Le misure di self-cleaning hanno effetto pro futuro, ossia con riferimento alla partecipazione a gare successive all'adozione delle misure stesse e non presentano alcun effetto retroattivo (**TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 14 maggio 2015, n. 811**).

- **Cause di esclusione. Unicità del centro decisionale.** La valutazione operata dalla stazione appaltante circa l'unicità del centro decisionale postula semplicemente l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, non anche necessariamente che l'alterazione sia effettivamente realizzata, nel caso concreto, essendo quella delineata dal legislatore una situazione di pericolo. Ciò che deve essere provato è soltanto l'unicità del centro decisionale, che costituisce *ex se* elemento idoneo a violare i generali principi in tema di par condicio, segretezza e trasparenza delle offerte (**CdS, Sez. V, 15 aprile 2020, n. 2426**).

- **Cause di esclusione. Falsità di informazioni rese dal concorrente.** La stazione appaltante è tenuta a svolgere la valutazione di integrità e affidabilità del concorrente senza alcun automatismo espulsivo. Alle stesse conseguenze conduce l'omissione di informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura selettiva, nell'ambito della quale rilevano, oltre ai casi oggetto di obblighi dichiarativi predeterminati dalla legge o dalla normativa di gara, solo quelle evidentemente incidenti sull'integrità ed affidabilità dell'operatore economico (**CdS, Ad. Plen., 28 agosto 2020, n. 16**).

- **Principio di tassatività delle cause di esclusione.** È una regola volta a favorire la massima partecipazione alle gare, con il divieto di aggravio del procedimento, che mira ad evitare le esclusioni, diffuse nella prassi precedente, anche per violazioni puramente formali (**CdS, Sez. III, 7 agosto 2020, n. 4977**).

- **Soccorso istruttorio e mancata indicazione delle quote di esecuzione lavorazioni:** non costituisce un'irregolarità formale sanabile ma, in quanto incide su un elemento essenziale dell'offerta contrattuale, costituito dalla carente indicazione dell'oggetto della proposta contrattuale, determina l'incompletezza dell'offerta negoziale da un punto di vista sostanziale (**TAR Abruzzo, L'Aquila, 08 novembre 2019, n. 552**).

- **Soccorso istruttorio e cauzione provvisoria.** La mancanza e i vizi della cauzione provvisoria non sono sanzionabili con l'esclusione dalla gara, ma emendabili mediante il ricorso al cd. Soccorso istruttorio (**CdS, Sez. III, 06 novembre 2019, n. 7580**).

- **Soccorso istruttorio e natura perentoria del termine di integrazione.** Appurata la violazione del termine per la necessaria integrazione documentale richiesta, va escluso che il dedotto possesso sostanziale dei requisiti, così come l'anteriorità rispetto al suddetto termine dei relativi documenti dimostrativi possano valere a impedire l'esclusione del concorrente inadempiente (**CdS, Sez. V, 29 maggio 2019, n. 3592**).

- **Soccorso istruttorio per mancata indicazione costi della sicurezza nell'offerta economica.** Se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice (**Corte di Giustizia UE, sent. 2 maggio 2019, causa C-309/18; v. anche CdS, Sez. III, 5 marzo 2020, n. 1631; CdS, Ad. Plen., 2 aprile 2020, n. 7; CdS, Sez. V, 24 giugno 2020, n. 4034**).

- **Soccorso istruttorio.** Ha la finalità di consentire l'integrazione della documentazione già prodotta in gara, ma ritenuta dalla stazione appaltante incompleta o irregolare sotto un profilo formale, non anche di consentire all'offerente di formare atti in data successiva a quella di scadenza del termine di presentazione delle offerte, in violazione del principio di immodificabilità e segretezza dell'offerta, imparzialità e par condicio delle imprese concorrenti (**CdS, Sez. III, 26 giugno 2020, n. 4103**).

10. La partecipazione in forma associata

In ossequio al principio di massima partecipazione alle gare, il Codice dei contratti pubblici consente l'accesso in forma associata alle procedure di affidamento.

Tra gli operatori economici ammessi alla partecipazione, si individuano i raggruppamenti temporanei di imprese (RTI) e di professionisti e i consorzi. La forma associata consente, ad operatori che normalmente non ne avrebbero i requisiti, di partecipare alla gara, al contempo garantendo la realizzazione dell'appalto secondo interesse della stazione appaltante.

I RTI

Possono essere di tipo verticale, orizzontale o misto. Nel primo caso le imprese raggruppate hanno ognuna una loro competenza nell'esecuzione dell'appalto, denotandosi una sorta di "infungibilità" nell'esecuzione delle prestazioni. Si deve, a tal fine, distinguere tra prestazioni principali e prestazioni secondarie o "scorporabili".

Nel secondo caso, le imprese raggruppate sono tutte portatrici delle medesime competenze, di modo che la prestazione possa essere indistintamente eseguita dall'una o dall'altra associata.

Dirette conseguenze si riverberano sul **possesso di taluni requisiti**, che nel caso delle ATI di tipo orizzontale dovranno essere posseduti da tutte le raggruppate, proprio in quanto la prestazione potrà/dovrà essere svolta da loro tutte.

I consorzi

Il consorzio è la forma associativa che realizza un legame stabile tra singoli operatori economici (siano essi imprenditori individuali, società commerciali, società di produzione e lavoro), ossia un legame non destinato ad esaurirsi con precipuo riferimento ad una singola procedura di gara.

Secondo i dettami legislativi, il consorzio rappresenta una comune struttura di imprese, essendo consentito a tutte le imprese consorziate l'utilizzo dei requisiti in capo al consorzio stesso, ancorché posseduti dalle singole consorziate, in base al principio del c.d. "cumulo alla rinfusa".

I consorzi possono eseguire le prestazioni con la propria struttura, o tramite taluni consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, dimostrandosi uno strumento a vantaggio delle PMI ai fini partecipativi.

Sussiste il divieto, per un operatore economico, di partecipare alla medesima gara con più offerte, ovvero in diverse composizioni soggettive. A tal proposito, occorre dare atto dei limiti in tal senso esplicitati dal Codice dei contratti pubblici (art. 48), e della previsione – per i consorzi – di specificare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre.

Il raggio di tale disposizione è stato da ultimo ampliato con il Decreto Semplificazioni, che ha inserito la previsione (art. 8, comma 5, lett. a-ter) che, laddove il consorziato designato per la partecipazione alla procedura sia a sua volta un consorzio, questo dovrà a sua volta specificare quali siano i consorziati interessati alla procedura.

La disposizione ha il fine di evitare che i consorzi possano tramutarsi in uno strumento per eludere il limite di partecipazione singola alle procedure, consentendo ad un operatore economico partecipazioni plurime.

Riferimenti normativi

- ✓ Art. 45 (Operatori economici)
- ✓ Art. 47 (Requisiti di partecipazione per i consorzi alle gare)
- ✓ Art. 48 (Raggruppamenti temporanei e consorzi ordinari di operatori economici)

Giurisprudenza e prassi rilevante

- **ATI orizzontali e verticali.** La distinzione è fondata sul contenuto delle competenze portate da ciascuna impresa raggruppata ai fini della qualificazione ad una determinata gara, essendo caratterizzata l'associazione orizzontale dal fatto che le imprese associate o associande siano portatrici delle medesime competenze per l'esecuzione delle prestazioni costituenti oggetto dell'appalto, mentre quella verticale dalla circostanza che l'impresa mandataria apporti competenze incentrate sulla prestazione prevalente, diverse da quelle delle mandanti (**CdS, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1319**).

- **Raggruppamento di tipo misto.** La partecipazione in forma congiunta di più imprese associate alla realizzazione di opere di una categoria scorporabile implica necessariamente la formazione di un raggruppamento misto nel quale, accanto al modello associativo di tipo verticale, che inerisce necessariamente alla previsione di scorporabilità, si affianca un'associazione di tipo orizzontale ai soli fini della realizzazione congiunta delle opere della categoria scorporabile (**CdS, Sez. V, 31 luglio 2019, n. 5427**).

- **ConSORZI stabili.** Rilievo discriminante, ai fini della riconoscibilità di un "consorzio stabile", deve attribuirsi alla sussistenza di un "complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa", secondo la nozione civilistica di "azienda", ovvero la capacità di eseguire, anche in proprio, ovvero senza l'ausilio necessario delle strutture imprenditoriali delle consorziate, le prestazioni previste nel contratto (**CdS, Sez. III, 16 aprile 2019, n. 2493**).

- In tema di partecipazione associata si rimanda al documento ANAC "Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di partecipazione in forma associata alle procedure di affidamento - anni 2017 - 2018".

11. Avvalimento e subappalto

L'operatore economico, singolo o in RTI, può soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale (requisiti di ordine speciale), **avvalendosi** delle capacità di altri soggetti, anche partecipanti al raggruppamento.

Il codice, recependo le direttive europee, ha disciplinato l'istituto dell'**avvalimento**.

L'avvalimento è stipulato con l'ausiliaria mediante contratto.

Resta esclusa la possibilità di avvalersi dei requisiti di ordine generale (previsti e disciplinati dall'art. 80 del codice), che devono essere posseduti personalmente sia dalla singola partecipante che, in caso di avvalimento, dal soggetto che offre i requisiti di ordine speciale. Se la stazione appaltante constata l'esistenza di motivi di esclusione, oppure il mancato soddisfacimento di pertinenti criteri di selezione, impone all'operatore di sostituire le ausiliarie.

L'esecuzione è in ogni caso a carico dell'impresa partecipante alla gara. L'ausiliaria può assumere il ruolo di subappaltatore nei limiti dei requisiti prestati.

L'amministrazione svolge le relative verifiche tramite il R.U.P., accertando che in corso d'opera le prestazioni oggetto del contratto siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'ausiliaria, a pena di risoluzione del contratto di appalto.

L'**avvalimento** può assumere tre configurazioni:

- i) c.d. di *garanzia*, con il quale l'impresa ausiliaria supplisce alla mancanza di un requisito dell'impresa ausiliata (ad esempio, in ordine al requisito del fatturato);
- ii) c.d. *operativo*, con il quale l'impresa ausiliaria mette a disposizione dell'impresa ausiliata beni e mezzi, i quali vengono utilizzati nell'esecuzione del servizio;

iii) c.d. *misto*, nel quale coesistono l'avvalimento di *garanzia* e quello *operativo*.

L'avvalimento non è ammesso con riferimento requisito di iscrizione all'Albo dei Gestori ambientali, oppure nella distinta ipotesi nella quale nell'appalto o concessione rientrano opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o rilevante complessità tecnica.

L'avvalimento secondo l'ANAC:

- è espressione del principio di pro-concorrenzialità, operando proprio per assicurare la massima partecipazione anche da parte di soggetti meno strutturati, che potrebbero, pertanto, avere difficoltà ad entrare nel mondo dei mercati pubblici;
- non può prescindere da un apposito contratto tra l'operatore economico, che partecipa alla gara, e l'impresa l'ausiliaria. Tale contratto regola i rapporti non solo all'interno del rapporto privatistico (fra impresa, ausiliaria ed ausiliata), ma anche nei confronti della SA. Non è sufficiente una semplice dichiarazione, né – tanto meno – un contratto generico;
- la clausola c.d. “condizionante” vicia il contratto di avvalimento e lo invalida ove sia di tipo potestativo, non consentendo la certezza dell'impegno contenuto nel contratto;
- l'impresa ausiliaria può essere permanente, ma deve possedere i requisiti di ordine generale;
- per i requisiti di carattere speciale, la regola è che non possono formare oggetto di avvalimento i requisiti correlati alla capacità soggettiva dell'operatore economico (ad esempio, le iscrizioni ad albi professionali. Per le certificazioni di qualità, l'Autorità è orientata ad ammetterle a condizioni che l'ausiliaria metta a disposizione della concorrente l'intera organizzazione aziendale).

Riferimenti normativi

- ✓ art. 89 (Avvalimento);
- ✓ rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di “avvalimento” e “soccorso istruttorio”, anno 2017, ANAC.

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Occorre che l'ausilio contrattualmente programmato e prefigurato sia **effettivo e concreto**, essendo inidonei impegni del tutto generici, che svuoterebbero di significato l'essenza dell'istituto (**CdS, Sez. V, 05 aprile 2019, n. 2243**).

- Sulla distinzione tra avvalimento di garanzia e avvalimento tecnico od operativo. (**CdS, Sez. V, 28 febbraio 2018, n. 1216**).

- Onere di determinatezza del **contratto di avvalimento**. Nel caso di avvalimento operativo devono essere puntualmente indicati nel contratto i mezzi necessari per l'appalto, unitamente alla dichiarazione d'impegno dell'ausiliaria nei confronti della stazione appaltante e del concorrente (**CdS, Sez. V, 22 ottobre 2019, n. 7187**).

- *Limiti* all'avvalimento. Deve essere considerata nulla la clausola “escludente” posta negli atti di gara che prescrive l’obbligo per l’operatore economico di possedere un’attestazione SOA senza potersi avvalere di quella di altro operatore (**CdS, Sez. V, 23 agosto 2019, n. 5834**).
- L’avvalimento operativo può riferirsi anche al possesso del fatturato specifico utilizzato dalla SA quale indice dimostrativo della capacità tecnica e dell’esperienza necessarie per eseguire l’appalto secondo un adeguato standard qualitativo (**TAR Toscana, 30 ottobre 2019, n. 1469**).
- Il requisito richiesto dell’**iscrizione a specifici albi** deve intendersi strettamente connesso alla capacità soggettiva dell’operatore economico e pertanto non può formare oggetto di avvalimento, in quanto non equiparabile ad un requisito “trasferibile” da un operatore all’altro (**CdS, Sez. V, 9 marzo 2020, n. 1667**).
- Sulla **distinzione tra avvalimento e subappalto**. Nel **subappalto** l’impresa subappaltatrice, a differenza di quella ausiliaria, assume in proprio il rischio economico-impresoriale dell’esecuzione delle prestazioni subappaltate, secondo lo schema tipico del contratto derivato dal contratto principale, laddove nell’**avvalimento** soggetto esecutore e responsabile nei confronti della s.a. per l’esecuzione delle prestazioni è sempre l’impresa ausiliata, sia pure con la garanzia della responsabilità solidale dell’ausiliaria (**CdS, Sez. V, 21 febbraio 2020, n. 1330**).
- **Divieto di avvalimento**. È vietato impiegare l’avvalimento laddove l’operatore, in possesso di requisiti di partecipazione, decida di avvalersi (comunque) dei requisiti di un altro operatore al fine di impiegare a proprio vantaggio le capacità tecniche ed economiche dell’ausiliaria in vista della valutazione della propria offerta tecnica e/o economica. In presenza di queste circostanze, il ricorso all’avvalimento realizza una violazione frontale della disposizione che lo prevede (**TAR Lazio, Roma, Sez. II, 18 giugno 2020, n. 6704**).

Il subappalto

Con il contratto di **subappalto** l’appaltatore affida a terzi l’esecuzione di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto.

Costituisce subappalto qualsiasi contratto avente ad oggetto attività che richiedono impiego di manodopera, quando:

- l’importo delle lavorazioni sia superiore al **2%** delle prestazioni affidate, oppure l’importo delle lavorazioni sia superiore a **100.000 euro**;
- il costo della manodopera e del personale sia superiore al **50%** dell’importo da affidare

Il D.L. c.d. *Sblocca Cantieri*, come convertito dalla L. n. 55/2019 in vigore dal 18/06/2019, ha rimodulato l’istituto in via sperimentale, inserendo le seguenti modifiche:

1) il ricorso al subappalto è indicato dalla SA nel bando di gara e non può superare la **quota del 40%** dell'importo complessivo fino al 31/12/2020 (anziché il 30%, come da precedente disposizione);

2) sospensione, fino al 31/12/2020, dell'obbligo di indicazione della **terna dei subappaltatori** di cui all'art. 105, comma 6, del codice.

Con la procedura di infrazione n. 2273/2018 la Commissione Europea ha evidenziato l'incompatibilità del diritto interno italiano, con precipuo riferimento alla soglia di prestazioni subappaltabili prevista dal nostro codice, con le direttive europee, impostate sulla massima partecipazione delle MPMI agli appalti pubblici.

Si tratta, pertanto, di un tema in continua evoluzione e rimodulazione che, da ultimo, ha visto intervenire l'ANAC con atto di segnalazione n. 8 del 13/11/2019, con cui ha rilevato la necessità di intervenire nuovamente sulla materia.

In ogni caso, i subappaltatori devono essere in possesso dei requisiti di ordine generale e quelli speciali, previsti dal codice e dalla *lex specialis*. Allo stesso modo, anche nei confronti dei subappaltatori operano le cause di esclusione previste dall'art. 80 del codice.

Alla luce del vigente quadro normativo e giurisprudenziale, ad avviso di chi scrive l'eventuale limitazione e/o esclusione della facoltà di ricorrere all'istituto del subappalto, quale istituto generale previsto dalle direttive appalti e concessioni, dovrà essere congruamente motivata dalla SA nei propri atti con riferimento sia agli interessi pubblici connessi con la procedure in questione, che al concreto oggetto dell'affidamento medesimo.

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ art. 105 (Subappalto)

Giurisprudenza e prassi rilevante

- **Sulla contrarietà dei limiti al subappalto in relazione alla normativa europea:** la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi (**Corte di Giustizia, 26 settembre 2019, causa C-63/189**).

- Il recente pronunciamento della CGUE richiede un'**urgente modifica della disciplina di riferimento** affinché la normativa nazionale sia riportata in conformità con i principi stabiliti dal legislatore e dal Giudice europeo (**Atto di segnalazione ANAC n. 8 del 13 novembre 2019**).

- **Subappalto e disciplina dei servizi sociali ex art. 142 del Codice.** L'art. 142 del d.lgs. n. 50/2016, nel richiamare le disposizioni del codice dei contratti pubblici la cui applicazione si estende agli appalti dei servizi sociali e sanitari, non opera alcun richiamo alla disciplina del subappalto (cioè all'art. 105). Pertanto, **per tale tipologia di appalti e**

in considerazione della loro specificità, in forza del citato art. 142 rientra nella piena facoltà della stazione appaltante la scelta di escludere la possibilità del ricorso al subappalto. Ciò è coerente con la direttiva 2014/23/UE, il cui art. 19, nel disciplinare con disposizione di rinvio la concessione di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 42, contenente la disciplina del subappalto, ed è anche coerente con la direttiva 2014/24/UE, il cui art. 74, nel disciplinare con disposizione di rinvio gli appalti pubblici di servizi sociali e sanitari, non richiama l'art. 71, riguardante il subappalto (**TAR Toscana, Firenze, Sez. III, 28 marzo 2020, n. 371**).

- Il **subappaltatore privo di requisiti** non può essere affidatario dell'appalto, ma tale situazione non può comportare – in un'interpretazione estensiva dell'art. 80, comma 14 del Codice – l'esclusione automatica del concorrente dalla gara (**TAR Lazio, Sez. II, 27 agosto 2019, n. 10614**).

- Sull'**omessa indicazione delle parti di prestazioni che si intende subappaltare e applicabilità del soccorso istruttorio**. Il subappalto sarà vietato solo nel caso in cui l'impresa non integri la propria dichiarazione neppure dopo il termine assegnato dall'amministrazione. La dichiarazione relativa al subappalto può essere limitata alla mera indicazione della volontà di concludere un subappalto quanto meno nelle ipotesi in cui il concorrente disponga autonomamente delle qualificazioni necessarie per l'esecuzione delle lavorazioni oggetto dell'appalto (**TAR Lazio, Roma, 17 dicembre 2019, n. 14479; CdS, Sez. IV, 13 marzo 2014, n. 1224**).

- **Illegittima esclusione basata sulla disposizione della *lex specialis*, che vietava il ricorso al subappalto.** Nelle procedure di evidenza pubblica, da un lato, è ammesso l'impiego del subappalto, dall'altro sussiste la tassatività delle clausole di esclusione dalla gara previste dalla legge, con conseguente nullità delle ulteriori prescrizioni *ad escludendum* contemplate in bandi e lettere di invito (**TAR Lazio, Roma, 04 novembre 2019, n. 12614**).

- Sull'ammissibilità della designazione di un **medesimo subappaltatore** da parte di due o più concorrenti (**CdS, Sez. III, 18 settembre 2019, n. 6234**).

12. I criteri di valutazione delle offerte.

La stazione appaltante procede alla valutazione delle offerte che:

- a) sono conformi ai requisiti, condizioni e criteri indicati nel bando e nella documentazione di gara;
- b) provengono da offerente in possesso dei requisiti generali (art. 80) e speciali (art. 83).

Negli appalti affidati mediante il criterio dell'**offerta economica più vantaggiosa (OEPV)**, di regola l'offerta viene valutata in base a tre criteri:

- **Elementi di natura quantitativa**, quali il **prezzo**, il tempo di esecuzione (per i lavori), il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe;
- **Elementi riferiti all'assenza o presenza di una determinata caratteristica**, come una certificazione di qualità, del rating di legalità, etc.
- **Elementi di natura qualitativa**, come descritti negli atti di gara, sui quali la commissione di gara deve esprimere il proprio giudizio.

La generale regola di utilizzo dei criteri di valutazione è quella della **ponderazione**, attribuita a ciascuno di essi nel calcolo dei punteggi.

Ove la ponderazione non sia possibile per ragioni oggettive, le SA. indicano negli atti di gara l'ordine decrescente di importanza dei criteri.

La stazione appaltante, al fine di individuare il miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un **effettivo confronto concorrenziale** tra gli operatori sui profili tecnici.

Al fine di valorizzare gli elementi tecnici, il **punteggio economico** massimo conseguibile è sancito dalla legge nel limite del **30 %**.

Ciò posto, gli atti di gara stabiliscono i **criteri di aggiudicazione** delle offerte, **pertinenti** alla natura, all'oggetto ed alle caratteristiche del **contratto**.

L'art. **95** indica, al **sesto** comma, alcuni **pubblici criteri**, che in concreto possono essere inseriti dalle SA negli atti di gara:

- a) 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, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni;
- b) **possesso di un marchio di qualità ecologica** dell'Unione europea, in misura pari o superiore al 30% del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto;
- c) **costo di utilizzazione e manutenzione** riferiti all'intero ciclo vita dell'opera, bene o servizio;
- d) **compensazione** delle emissioni di gas serra;
- e) **organizzazione**, qualifiche ed esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto;
- f) **servizio successivo alla vendita** e assistenza tecnica;
- g) **condizioni e tempistiche** di consegna.

Appare, inoltre, utile ricordare che le stazioni appaltanti, nel predisporre gli atti delle procedure di affidamento, sono tenuti all'osservanza dei principi previsti dall'art. **30** del codice.

Le SA non possono in alcun modo limitare la concorrenza in modo artificioso, eventualmente per favorire taluni operatori economici a scapito di altri; tale conclusione vale anche e soprattutto riguardo alla previsione di criteri di aggiudicazione anti-concorrenziali.

Si ritiene opportuno, se non necessario, indicare negli atti della procedura di affidamento le ragioni della scelta dei criteri di aggiudicazione, in quanto funzionali alla cura degli interessi pubblici connessi con l'oggetto dell'affidamento.

Il codice ha introdotto una significativa novità rispetto alla previgente disciplina, consentendo alle SA di valutare le offerte, mediante il criterio dell'OEPV, ma bloccando il prezzo, ai sensi del comma settimo (7) del citato art. 95, con la conseguenza che il confronto fra le offerte avviene solo con riferimento alle componenti qualitative e quantitative dell'offerta tecnica (OT) e non già rispetto all'offerta economica (OE).

Le formule per i punteggi dell'offerta economica: tipologie

Formule interdipendenti: attribuiscono il punteggio a ciascuna offerta in base all'offerta fatta dagli altri concorrenti o alla migliore offerta e consentono quindi l'attribuzione del massimo del punteggio alla migliore offerta. Il concorrente non è in grado di determinare il proprio punteggio.

Formule indipendenti: dette anche a valore assoluto, sono quelle formule usualmente usate per i criteri on/off o per i quali sono previsti dei range di valori già definiti

Formule lineari e non lineari: in relazione alla "distribuzione" dei coefficienti rispetto alla tipica funzione lineare

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ art. 94 (Principi generali in materia di selezione);
- ✓ art. 95 (Criteri di aggiudicazione dell'appalto);
- ✓ Linee Guida ANAC n. 2, "*Offerta economicamente più vantaggiosa*".

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Sulla discrezionalità della stazione appaltante nella determinazione delle formule di valutazione delle offerte (**CdS, Sez. V, 28 ottobre 2019, n. 7389**).

- **Principio di separazione tra offerta tecnica e offerta economica.** È ammissibile l'inserimento nell'offerta tecnica di voci a connotazione (anche) economica o elementi tecnici declinabili in termini economici se rappresentativi di soluzioni realizzative dell'opera o del servizio oggetto di gara (**CdS, Sez. III, 9 gennaio 2020, n. 167**).

- Sull'individuazione dei parametri di valutazione della stazione appaltante. È espressione **dell'ampia discrezionalità attribuita dalla legge per meglio perseguire l'interesse pubblico.** Sindacabile solo se macroscopicamente illogica, irragionevole ed irrazionale, e i criteri non siano trasparenti ed intellegibili, non consentendo ai concorrenti di calibrare la propria offerta (**TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 3 dicembre 2019, n. 2576**).

- Il giudice di legittimità può spingere il proprio accertamento fino a controllare l'attendibilità delle valutazioni tecniche eseguite dalla Stazione appaltante, al fine di verificare se il potere amministrativo sia stato esercitato con utilizzo delle regole conformi a criteri di logicità, congruità e ragionevolezza, ma **non può sostituirsi a questa negli apprezzamenti di merito**: sicché, a fronte dei giudizi tecnici della Commissione, sono inammissibili le censure con cui il ricorrente non evidenzia macroscopiche irrazionalità o incongruenze, né palesi illogicità o travisamenti (**CdS, Sez. V, 24 ottobre 2019, n. 7270; CdS, Sez. V, 17 gennaio 2018, n. 279**).

- **Criterio del minor prezzo**. Si giustifica per l'affidamento di servizi e forniture che siano strettamente vincolati a precisi e inderogabili standard tecnici o contrattuali, o caratterizzati da **elevata ripetitività** (**CdS, Sez. V, 20 gennaio 2020, n. 444**).

- **Principio di equivalenza**. Presuppone la corrispondenza delle prestazioni del prodotto offerto, ancorché difforme dalle specifiche tecniche indicate dalla stazione appaltante; la giurisprudenza ha costantemente sostenuto che sussiste la possibilità per l'Amministrazione di ammettere prodotti equivalenti a tutela del *favor participationis*, perché assicura un ampliamento della platea dei concorrenti. Ha anche affermato che la scelta della stazione appaltante di ammettere prodotti equivalenti costituisce espressione del legittimo esercizio della discrezionalità tecnica dell'Amministrazione, in quanto tale sindacabile solo se manifestamente erranea o irragionevole (**CdS, Sez. III; 25 febbraio 2020, n. 1409**).

- **Principio di equivalenza**. Permea l'intera disciplina dell'evidenza pubblica, rispondendo al principio del *favor participationis* ai fini della massima concorrenzialità e individuazione della migliore offerta (**CdS, Sez. III, 14 maggio 2020, n. 3081; da ultimo, CdS, Sez. III, 17 agosto 2020, n. 5063**).

- **Autovincolo**. Le prescrizioni stabilite dalla *lex specialis* vincolano non solo i concorrenti, ma anche la stessa Amministrazione, che non conserva margini di discrezionalità, neppure quando queste risultino inopportune o incongrue, fatta salva la sola possibilità di procedere all'annullamento delle regole di gara in autotutela (**TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 26 giugno 2020, 1215**).

13. La considerazione delle esigenze sociali nell'affidamento di contratti pubblici.

Le nuove direttive del 2014, in coerenza con la c.d. Strategia di Lisbona, hanno esplicitato, fra l'altro, il ruolo "strategico" degli appalti. Mediante l'affidamento di un contratto pubblico, le stazioni appaltanti non ottengono solo l'opera, la fornitura o il servizio di cui hanno bisogno, ma possono realizzare anche finalità ulteriori, quali il soddisfacimento di esigenze "ambientali" e "sociali".

Il codice, nel recepire la disciplina europea, ha declinato il predetto principio in varie disposizioni:

- 1) nell'art. **30**, relativo ai **principi** per l'affidamento e l'esecuzione dei contratti pubblici;
- 2) nell'art. **50**, relativo alla tutela occupazionale del personale dipendente del gestore uscente, attraverso la c.d. "**clausola sociale**" del **cambio appalto**;
- 3) nell'art. **95**, relativo al criterio di aggiudicazione dell'**offerta economicamente più vantaggiosa** (in avanti "**OEPV**");

- 4) nell'art. **100**, relativo all'inserimento negli atti di gara di **clausole sociali** di **esecuzione**;
- 5) nell'art. **112**, relativo all'affidamento di contratti pubblici, finalizzati all'**inserimento lavorativo** di **soggetti svantaggiati**;
- 6) infine, negli articoli **142** e **143**, propriamente riferimenti all'affidamento di **servizi sociali**, oggetto di separata trattazione.

I principi per l'affidamento dei contratti pubblici (art. 30)

L'art. **30** del codice stabilisce i **principi** di cui le SA devono tener conto ai fini dell'affidamento ed esecuzione di contratti pubblici.

In primo luogo, le procedure di affidamento sono preordinate al soddisfacimento del principio di economicità, ma – e si tratta di una delle maggiori novità della nuova disciplina di settore – tale principio può essere subordinato, fra l'altro, al raggiungimento di esigenze “sociali”.

A tale ultimo proposito, gli atti delle procedure di affidamento devono precisare in cosa consistano le “esigenze sociali”, non potendo risolversi in generici riferimenti.

La determina a contrarre, disciplinata dall'art. 32 del codice, rappresenta – in aggiunta ad eventuali atti generali presupposti, di competenza degli organi politici dell'ente (ad esempio, protocolli d'intesa, accordi, oppure linee di indirizzo o direttive, ma anche, in termini più generali, degli atti della programmazione quali il DUP o le Linee di mandato del Sindaco) – rappresenta la “sede naturale” in cui dar conto di tale scelta.

Nella medesima disposizione è ricompresa, inoltre, la disposizione posta a tutela dei lavoratori, relativamente al **contratto collettivo nazionale di lavoro (CCNL)**, sottoscritto dalle organizzazioni datoriali e sindacali, comparativamente più rappresentative a livello nazionale (art. 30, comma 4).

In relazione a tale obiettivo opera, poi, la disposizione contenuta nell'art. **23**, comma **16**, del codice, a mente del quale ai fini della determinazione dell'importo (stimato) da porre a base d'asta, le SA devono, tanto più in presenza di servizi caratterizzati dall'alta intensità di manodopera, **stimare il costo del personale**, a fronte delle obbligazioni richieste dalla medesima SA; da qui il rinvio ai giù richiamati CCNL.

La clausola sociale di “cambio appalto”

La tutela del lavoro in diretta applicazione dei principi costituzionali sopradetti passa attraverso l'inserimento delle **clausole sociali** negli atti di gara, volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

La clausola sociale, relativa alla tutela del lavoro, impone all'operatore il rispetto di determinati standard di tutela dei lavoratori come condizione per l'affidamento di appalti e concessioni di lavori o servizi di natura non intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera (che, per loro natura, evidenziano una massima rilevanza sociale).

Occorre da subito precisare che il codice, a seguito di una modifica introdotta con il c.d. correttivo, ha previsto un doppio regime:

- i) uno nell'ambito degli affidamenti di importo inferiore alla soglia europea (di cui all'art. 36);
- ii) un altro riferibile agli affidamenti "sopra soglia".

Con riferimento agli affidamenti c.d. "**sotto soglia**", l'art. **36** del codice stabiliva che il ricorso alla clausola sociale del "cambio appalto", prevista dall'art. 50, fosse una mera **facoltà** per le **SA** e non già un obbligo; il Decreto semplificazioni, come detto, introduce l'obbligo anche negli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee.

La previsione della clausola sociale di assorbimento lavorativo è, invece, obbligatoria nell'ambito delle procedure di affidamento di importo superiore alle soglie europee.

Gli atti di gara devono prevedere e disciplinare in modo preciso l'applicazione delle predette clausole sociali; appare – a tal fine – opportuno dedicare particolare attenzione allo schema di contratto, quale allegato al bando/avviso di gara.

L'**ANAC**, anche a seguito del recepimento delle osservazioni rese dal Consiglio di Stato sullo schema di Linee Guida, ha approvato le **Linee Guida n. 13**, con le quali ha fornito alle SA indicazioni utili in ordine all'applicazione della clausola sociale di "cambio appalto", prevista dal più volte ricordato art. 50 del codice.

In particolare, l'Autorità ritiene opportuno che le SA richiedano agli operatori economici, nell'ambito dell'offerta tecnica, il "*progetto d'assorbimento*", nel quale descrivere i termini e le modalità dell'eventuale assorbimento dei lavoratori del gestore uscente.

L'obbligo di accettazione delle clausole sociali inserite all'interno degli atti di gara grava sugli operatori alle condizioni ed entro i limiti di seguito schematizzati:

LA TUTELA DEI LAVORATORI E LE CLAUSOLE SOCIALI

- Il **CCNL** di cui si chiede l'applicazione agli operatori economici deve essere **coerente, pertinente ed assimilabile** all'**oggetto** dell'affidamento;
- la clausola sociale di "assorbimento lavorativo" non comporta l'indiscriminato, generalizzato ed automatico dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con **l'organizzazione aziendale** del nuovo affidatario;
- la **mancata espressa accettazione** della clausola costituisce offerta condizionata, come tale inammissibile;
- **l'inadempimento alla clausola** comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge, tra cui l'operatività delle clausole risolutive e l'applicazione delle penali commisurate alla gravità della violazione

Riferimenti normativi e prassi

- ✓ artt. 2 e 3 Costituzione;

- ✓ art. 30 (*Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*);
- ✓ art. 50 (*Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi*);
- ✓ Linee guida ANAC n. 13 (*La disciplina delle clausole sociali*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- La clausola sociale è strumento volto a favorire la continuità occupazionale, ma deve essere armonizzata con la struttura imprenditoriale dell'operatore (**CdS, Sez. III, 27 settembre 2018, n. 5551**).

- **Flessibilità della clausola sociale.** L'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva (**CdS, Sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665**).

- Il contratto da applicare è quello che meglio regola le prestazioni rese dalla categoria di lavoratori impiegati nell'espletamento del servizio, e non quello imposto dai vincoli e alle clausole sociali inserite negli atti di gara. È escluso che una clausola sociale possa consentire alla s.a. di imporre agli operatori l'applicazione di un dato contratto collettivo ai lavoratori da assorbire (**CdS, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6148**).

- La clausola di riassorbimento del personale non comporta l'obbligo di assunzione a tempo indeterminato e in forma automatica e generalizzata di tutto il personale già impiegato dalla precedente affidataria (**CdS, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243**).

- È da ritenersi lesivo della libera autonomia imprenditoriale e quindi illegittimo il criterio di valutazione che attribuisce un punteggio elevato al riassorbimento del personale uscente (nel caso di specie, del 50%) quanto l'assorbimento del restante 50% sia, peraltro, prescritto dalla clausola sociale (**CdS, Sez. VI, 24 luglio 2019, n. 5243**).

- Illegittimità degli atti di gara che omettano di inserire le clausole sociali previste dall'art. 50 del Codice, ove si tratti di servizi di natura non intellettuale (**TAR Campania, Napoli, 1 marzo 2018, n. 1334**).

14. La disciplina dei servizi sociali nell'art. 142 del Codice

Una delle maggiori novità del codice è la previsione di una disciplina, seppure con un "regime alleggerito", specifica per l'affidamento dei **servizi sociali**, così superando il preesistente quadro normativo (del codice del 2006), meglio noto come la disciplina dei "settori esclusi" ⁽¹⁾.

La disposizione di riferimento è rappresentata dall'**art. 142**.

Il "*regime alleggerito*" previsto dai primi cinque commi della disposizione da ultimo citata prevede l'obbligo di pubblicare un bando di gara o un avviso, con i contenuti meglio specificati nell'Allegato XIV del codice, oltre all'obbligo di pubblicazione degli esiti delle procedure.

¹ In considerazione delle finalità del presente lavoro, si rinvia – per il livello di maggior dettaglio – al materiale didattico, relativo ai *webinar* dedicati all'affidamento dei servizi sociali, pubblicati dalla Fondazione IFEL di ANCI e reperibili al seguente link www.fondazioneifel.it.

In sede di correttivo al codice, sono stati inseriti i commi 5-bis e seguenti.

Le principali innovazioni del (riformulato) art. 142 sono le seguenti:

- a) il rinvio espresso all'Allegato IX del Codice (5-bis);
- b) l'espresso recepimento dell'art. 76 della Direttiva 24 (5-ter);
- c) il raccordo con l'obbligo della programmazione degli acquisti (5-quater);
- d) il raccordo con la disciplina in materia di centralizzazione e qualificazione delle SA (5-quinquies);
- e) l'indicazione delle norme applicabili (5-sexies e septies);
- f) la procedura per appalti sotto soglia (5-octies);
- g) il raccordo con disciplina in materia di affidamento dei servizi di ristorazione (5-nonies).

In primo luogo, il **comma 5-bis** precisa che i commi successivi si applicano agli affidamenti dei servizi meglio indicati nell'Allegato IX al codice. A tale ultimo proposito, occorre verificare la corrispondenza fra i servizi, oggetto della concreta procedura da attivare, con i relativi CPV indicati nel richiamato Allegato IX.

Il richiamo dell'art. 76 della Direttiva appalti, di cui al **comma 5-ter**, comporta che è enfatizzata la particolare natura dei servizi sociali, quali servizi alla persona.

La disposizione in commento, infatti, espressamente stabilisce che *“Gli appalti devono garantire:*

- a) qualità;*
- b) continuità;*
- c) accessibilità;*
- d) disponibilità;*
- e) completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti”.*

Appare evidente che le richiamate finalità, enunciate dalla disposizione, possono essere declinate in altrettanti criteri di aggiudicazione, ai fini della valutazione delle offerte, in applicazione del criterio dell'OEPV, di cui all'art. 95 del codice, non essendo possibile affidare tali servizi mediante il distinto criterio del *prezzo più basso*.

Con il **comma 5-quater** il codice ha chiarito che le SA approvano gli atti di programmazione per l'acquisizione dei contratti, di cui all'art. 21 del codice, in precedenza esaminato, *“nel rispetto di quanto previsto dalla legislazione statale e regionale di settore”.*

Finalità della norma è, come già rilevato, salvaguardare la specificità dell'affidamento dei servizi sociali e, conseguentemente, la legislazione di settore, statale e regionale, prima fra tutte in materia di *sistema integrato dei servizi e degli interventi sociali*, di cui alla già citata legge n. 328/2000 e ss. mm., come poi declinata a livello regionale.

In conseguenza di ciò, la programmazione, almeno biennale, degli acquisti di servizi sociali, di importo superiore a 40.000 euro, deve preliminarmente tener conto dello strumento principale di programmazione/pianificazione di settore, rappresentato dal c.d. *piano di zona*.

Pertanto, la programmazione degli acquisti deve “incorporare” quanto previsto dal piano di zona.

Il **comma 5-quinquies** stabilisce che “*Le finalità di cui agli articoli 37 e 38 sono perseguite anche tramite le forme di aggregazione previste dalla normativa di settore con particolare riguardo ai distretti sociosanitari o istituzioni analoghe*”.

La norma, in altri termini, è finalizzata a coordinare le disposizioni introdotte dal codice in materia di qualificazione delle stazioni appaltanti, di cui agli articoli 37 e 38, con la peculiarità dei distretti sociosanitari e delle istituzioni analoghi.

Il decreto *sblocca cantieri*, più volte evocato, ha sospeso in via sperimentale e fino al 31 dicembre 2020 l’efficacia delle predette disposizioni, con la conseguenza che fino a quella data le procedure di affidamento di contratti pubblici possono continuare ad essere indette dalle SA iscritte nell’AUSA (Anagrafe Unica delle Stazioni Appaltanti) di ANAC.

A tale ultimo proposito, occorre precisare che la legislazione di settore in materia di servizi sociali e socio-sanitari e assistenziali prevede diverse modalità di organizzazione intercomunale (Consorzi di Comuni, convenzioni fra enti locali ai sensi dell’art. 30 del TUEL, Unioni di Comuni, ai sensi dell’art. 32 del TUEL, Azienda speciale o altre forme previste dalla legislazione regionale).

Pertanto, ai fini dell’indizione delle procedure di affidamento occorre fare riferimento alle SA iscritte nell’AUSA dell’ANAC.

I commi **5-sexies** e **5-septies** indicano le disposizioni del codice, che trovano applicazione all’affidamento dei servizi sociali dell’Allegato IX; il riferimento è nello specifico:

- 1) agli artt. da 54 a 58 e da 60 a 65 (relativi alle diverse procedure di affidamento);
- 2) all’art. 68 (sulle specifiche tecniche);
- 3) all’art. 69 (sulle etichettature);
- 4) all’art. 75 (sugli inviti ai candidati);
- 5) all’art. 79 (sulla fissazione di termini);
- 6) all’art. 80 (sulle cause di esclusione);
- 7) all’art. 83 (sui requisiti);
- 8) all’art. 95 (sul criterio dell’OEPV).

Nell’art. 142, invece, non sono espressamente richiamati:

- ✓ gli artt. 77 e 78 (in relazione ai commissari esterni);
- ✓ l’art. 89 (in materia di avvalimento);
- ✓ l’art. 93 (sulla cauzione provvisoria);
- ✓ l’art. 97 (sull’anomalia dell’offerta);

- ✓ l'art. 103 (sulla garanzia definitiva);
- ✓ l'art. 105 (sul subappalto);
- ✓ l'art. 106 (in ordine alla disciplina sull'esecuzione);
- ✓ gli artt. 164 e ss (in materia di PPP - Partenariato Pubblico Privato e di concessioni);
- ✓ l'art. 204 (sulla disciplina del contenzioso);
- ✓ gli artt. 205 e ss. (sui rimedi alternativi al contenzioso).

Ad avviso di chi scrive appare doveroso considerare, allorquando si indica una procedura di affidamento di un servizio, a prescindere dall'espressa indicazione o meno di una delle disposizioni sopra richiamate, la *ratio* e la finalità della stessa norma, con la conseguenza che – in ragione del valore dell'affidamento, della rilevanza degli interessi pubblici a prescindere dal valore dell'affidamento e, da ultimo, del rispetto del principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost. – appare opportuno preliminarmente valutare di adottare un atteggiamento di cautela, mediante il c.d. autovincolo, ovvero sia il richiamo espresso delle disposizioni all'interno degli atti di gara, con conseguente obbligo di conformazione (nei termini, da ultimo **ANAC, Delibera n. 581 del 26 giugno 2019**).

Corre l'obbligo segnalare che, in forza di un emendamento sostenuto da ANCI e presentato nell'approvazione al Senato della legge di conversione del decreto semplificazioni, sono state apportate – rispettivamente agli articoli 30, 59 e 140 del codice – delle modifiche, per effetto delle quali “restano ferme”, ai fini dell'affidamento dei servizi, le particolari forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore, previste dal Titolo VII del d. lgs. n. 117/2017 e ss. mm., recante il Codice del Terzo settore (CTS).

Si tratta di un intervento legislativo significativo, perché – recependo i principi di diritto enunciati dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 131/2020, in ordine al senso ed alla portata del principio costituzionale di sussidiarietà orizzontale (art. 118, quarto comma) ed al correlato ruolo della c.d. *amministrazione condivisa* – finalmente correla, parificandoli, il codice dei contratti pubblici con il codice del Terzo settore.

Da un lato, pertanto, gli strumenti di affidamento dei servizi attraverso procedure di gara competitive, nell'ambito del mercato concorrenziale, disciplinate dal codice dei contratti pubblici, dall'altro, le procedure collaborative (co-progettazione, accreditamento e convenzioni, di cui agli articoli 55 e ss. del CTS), in applicazione del principio di sussidiarietà, per l'attivazione di rapporti collaborativi.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 142 del codice;
- ✓ allegato IX al codice;
- ✓ legge 8 novembre 2000, n. 328 e ss. mm. (*Legge quadro per la realizzazione del sistema integrato di interventi e servizi sociali*).

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- Sull'**applicazione** delle disposizioni del **codice** agli affidamenti di **servizi sociali** di importo inferiore alla **soglia** dei **750.000 euro** (**TAR Calabria, Catanzaro, 30 luglio 2018 n. 1460**).
- Sulla **partecipazione** degli **utenti al costo** dei **servizi socio-assistenziali** (**CdS, 20 aprile 2018, n. 2372**).
- Sull'applicazione dell'**art. 57** del **Codice** del **Terzo settore** e non del codice dei contratti pubblici (nella specie artt. 142 e 143) ai fini dell'affidamento del **servizio di soccorso sanitario di emergenza** (fra le tante, **TAR Lazio, Roma, 2 febbraio 2018, n. 1277**; **TAR Marche, Sez. I, 12 ottobre 2018, n. 656**).
- Sul **regime fiscale** dell'**associazioni** e rapporto con le indicazioni del bando di gara in ordine all'importo a base d'asta, comprensivo o meno di IVA (**TAR Campania, Napoli, Sez. IV, 31 gennaio 2018, n. 702**).

15. Le gare riservate nell'art. 143 del Codice.

La possibilità di indire gare riservate anche nel settore dei servizi sociali – al pari di quelle finalizzate all'inserimento lavorativo di soggetti svantaggiati, di cui all'art. 112 del codice – è il portato della relativa disposizione (art. 77) contenuta nella Direttiva appalti, che ha innovato il precedente regime.

Né le precedenti Direttive del 2004, che la legislazione statale interna consentivano di indire procedure di gara riservate a date categorie di operatori economici; in più occasioni ha avuto modo di pronunciarsi l'AVCP (oggi ANAC) nell'ambito di due pareri sulla normativa ⁽²⁾, nei quali era stata esclusa la possibilità di operare una riserva in favore dei soli enti del Terzo settore.

La nuova Direttiva appalti e, a livello interno, il Codice – il cui art. **143** è sostanzialmente riproduttivo dell'art. 77 della Direttiva – aprono in modo generalizzato alla possibilità per la stazioni appaltanti di indire procedure riservate, a condizione che esse rispettino i presupposti e le condizioni, tassative, previste dalle norme.

Vediamo da vicino gli elementi costitutivi della disposizione contenuta nel Codice:

- a) l'ambito oggettivo di applicazione;
- b) l'ambito soggettivo;
- c) la durata dell'affidamento;
- d) il regime di pubblicità.

Quanto all'ambito oggettivo di applicazione della disciplina di favore, ai sensi dell'art. 143, comma 1, esso opera *"(...) esclusivamente per i servizi sanitari, sociali e culturali di cui all'allegato IX, identificati con i codici CPV 75121000-0, 75122000-7, 75123000-4, 79622000-0, 79624000-4, 79625000-1, 80110000-8, 80300000-7, 80420000-4, 80430000-7, 80511000-9, 80520000-5, 80590000-6, da 85000000-9 a 85323000-9, 92500000-6, 92600000-7, 98133000-4, 98133110-8"*.

² Nello specifico, Parere AG 24/10 dell'9 luglio 2010 e pareri AG 19/13 e AG 20/13 del 13 marzo 2013.

- Servizi amministrativi nel settore dell'istruzione
- Servizi amministrativi in campo sanitario
- Servizi amministrativi per l'edilizia
- Servizi di fornitura di personale domestico
- Servizi di fornitura di personale infermieristico
- Servizi di fornitura di personale medico
- Servizi di istruzione prescolastica
- Servizi di istruzione superiore
- Servizi di e-learning
- Servizi di istruzione universitaria per adulti
- Servizi di formazione dei dipendenti
- Attrezzature per la formazione
- Servizi di tutorato
- Servizi sanitari e di assistenza sociale
- Servizi di biblioteche, archivi, musei e altri servizi culturali
- Servizi sportivi
- Servizi prestati da organizzazioni associative di carattere sociale
- Servizi prestati da associazioni giovanili

Il richiamo ai soli servizi riconducibili all'Allegato IX determina l'ulteriore conseguenza dell'applicazione ad essi della disciplina speciale contenuta nell'art. 142, in precedenza esaminata.

Tornando alla disciplina delle gare riservate, l'art. 143 precisa – in modo chiaro – l'ambito soggettivo della disposizione, senza tuttavia richiamare altre disposizioni, relative a particolari regimi giuridici di operatori economici, quanto piuttosto indicando gli elementi differenziali:

- a) l'organizzazione ha come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi;
- b) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative;
- c) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati;
- d) l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni.

Una precisazione sull'ultima delle condizioni, relativa alla mancata aggiudicazione nel precedente triennio; la disposizione – al riguardo – non deve essere interpretata in modo “atomistico”, ma nell'ambito sistematico del Codice.

Pertanto, laddove l'ente affidante prima e/o dopo l'indizione della procedura di gara riservata, ai sensi dell'art. 143, abbia proceduto nelle modalità ordinarie non trova applicazione il richiamato “limite” in capo all'aggiudicatario.

Un ulteriore limite è posto, inoltre, dal Legislatore (sia quello europeo, che statale) in ordine alla durata dell'affidamento, limitato a tre anni e ciò al fine di limitare l'impatto di una norma derogatoria rispetto ai principi della tutela della concorrenza e della partecipazione alle gare da parte di tutti gli operatori economici indistintamente.

I bandi di gara, infine, devono fare espressa menzione dell'art. 143 del Codice, oltre a contenere le indicazioni previste dalla stessa disposizione.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 77 Direttiva 24/2014/UE;
- ✓ art. 142 del codice;
- ✓ allegato IX al codice.

Giurisprudenza e prassi rilevanti

- Sull'inoperatività del divieto di partecipazione alla procedura da parte del gestore del servizio, laddove l'originaria procedura sia stata espletata in modo aperto e non riservato ai sensi dell'art. 143 del codice (**TAR Lombardia, Milano, 30 ottobre 2019, n. 2277**);
- Linee guida **ANAC** per l'*affidamento dei servizi a enti del Terzo settore e cooperative sociali*, approvate con **Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016**.

16. La verifica dell'anomalia dell'offerta.

Il procedimento di **verifica dell'anomalia** prende avvio su **base discrezionale** della stazione appaltante, è svolto in **contraddittorio** con l'operatore economico la cui offerta risulti essere la migliore ed è finalizzato a giustificare i prezzi ed i costi proposti nelle offerte se queste appaiono **anormalmente basse**.

Il giudizio tecnico all'uopo svolto è basato su criteri di congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta **nel suo complesso**.

Il procedimento di verifica è avulso da vincoli formalistici, essendo improntato alla **massima collaborazione** tra SA e offerente, essendo ammissibili anche chiarimenti orali alle note giustificative rese per iscritto.

Oggetto del procedimento di verifica

Le spiegazioni potranno riferirsi all'economia dei processi e metodi di fabbricazione, alle soluzioni tecniche prescelte, alle condizioni agevolate di cui può godere l'offerente, consistendo nell'illustrazione dei motivi economici e tecnici che hanno consentito all'operatore di praticare un tale ribasso.

Giustificazioni

Il corretto procedimento presuppone l'immodificabilità dell'offerta, ma la modificabilità delle giustificazioni rese, nonché l'ammissibilità di quelle sopravvenute, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione.

Esclusione dell'offerta

Avviene solo laddove la prova fornita **non giustifichi** sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti **o se accerti** una delle seguenti ipotesi, che costituiscono in via tassativa casi di esclusione:

- Mancato rispetto degli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali
- Mancato rispetto degli obblighi in materia di subappalto
- Incongruità degli oneri aziendali per la sicurezza rispetto all'entità e alle caratteristiche specifiche dell'appalto
- Costo del personale inferiore ai minimi retributivi salariali di cui alle apposite tabelle ministeriali

Modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia

La disciplina è stata rimodulata dal D.L. **Sblocca Cantieri** e confermata dalla legge di conversione n. 55/2019, e ulteriormente chiarificata dal MIT con circolare del 24/10/2019.

Novità

1. Nuovi criteri del calcolo dell'anomalia, correlati al numero delle offerte presentate
2. Il regime di esclusione automatica non può essere previsto per gli appalti che presentano interesse transfrontaliero

Riferimenti normativi

- ✓ art. 97 (Offerte anormalmente basse);
- ✓ art. 95, comma 15 su c.d. principio di invarianza;
- ✓ Circolare MIT – Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 8 del 24/10/2019.

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Sulla **remuneratività** dell'**offerta** e **margin**e di **utile**. Costituisce principio consolidato quello per cui gli appalti pubblici devono pur sempre essere affidati ad un prezzo che consenta un adeguato margine di guadagno per le imprese, giacché le acquisizioni in perdita porterebbero inevitabilmente gli affidatari ad una negligente esecuzione (**CdS, Sez. V, 27 novembre 2019, n. 8110**).

- Sul **giudizio** di **anomalia**: è espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile dal giudice amministrativo solo in caso di macroscopica illogicità o di errore fattuale, che

non può essere esteso ad un'autonoma verifica della congruità dell'offerta e delle singole voci (**CdS, Sez. III, 20 novembre 2019, n. 7927; CdS, Sez. V, 25 luglio 2019, n. 5259**).

- Principio di **invarianza** della **soglia** di **anomalia**: riguarda gli specifici profili inerenti la soglia di anomalia e il calcolo delle medie della procedura. Non vale a rendere l'aggiudicazione di per sé insensibile ad ogni circostanza sopravvenuta (**CdS, Sez. V, 29 luglio 2019, n. 5358**).

- Nel **contraddittorio** nel sub procedimento di anomalia, sono consentite all'aggiudicataria ulteriori compensazioni tra sottostime e sovrastime (**CdS, Sez. V, 12 agosto 2019, n. 5674**).

- Il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica di esclusiva pertinenza della Stazione appaltante, sindacabile dal giudice amministrativo soltanto in caso di macroscopiche illegittimità, quali gravi e plateali errori di valutazione o errori di fatto (**ANAC, parere di precontenzioso del 19 dicembre 2018, n. 1184; CdS, Sez. V, 12 settembre 2019, n. 6161; CdS, Sez. III, 5 giugno 2020, n. 3602; CdS, Sez. IV, 7 agosto 2020, n. 4973**).

- Giudizio di verifica dell'anomalia e giustificazioni sopravvenute. Ammissibilità delle compensazioni purché l'offerta risulti affidabile al momento dell'aggiudicazione (**CdS, Sez. V, 16 gennaio 2020, n. 389**).

- **Costo del lavoro e verifica anomalia**. I trattamenti retributivi salariali definiti dalle tabelle ministeriali non costituiscono dati inderogabili, ma assolvono ad una funzione di parametro di riferimento dal quale è possibile discostarsi sulla scorta di una dimostrazione puntuale e rigorosa in ordine alle ragioni che giustificano il disallineamento (**TAR Campania, Napoli, Sez. I, 19 febbraio 2020, n. 802; CdS, Sez. III, 17 gennaio 2020, n. 414**).

- **Offerte anomale e ricorso a contratti di co.co.co nei servizi sociali**. Legittima l'esclusione dell'offerta del concorrente che, in relazione a determinate figure professionali richieste e descritte dalla legge di gara, abbia fatto ricorso a contratti di co.co.co. per le medesime, anziché inquadrarle nella disciplina del rapporto di lavoro subordinato prevista dal cd. Jobs Act (**CdS, Sez. V, 14 aprile 2020, n. 2382**).

- **Anomalia dell'offerta**. Al di fuori dei casi in cui il margine positivo risulti pari a zero, non è possibile stabilire una soglia minima di utile al di sotto della quale l'offerta deve essere considerata anomala, poiché anche un utile apparentemente modesto può comportare un vantaggio significativo, sia per la prosecuzione in sé dell'attività lavorativa, sia per la qualificazione, la pubblicità, il *curriculum* derivanti per l'impresa dall'essere aggiudicataria e aver portato a termine un appalto pubblico (**CdS, Sez. III, 25 giugno 2020, n. 4090**).

17. L'esecuzione contrattuale

L'**esecuzione** è la fase del rapporto contrattuale, successiva alla conclusione della procedura di affidamento, in cui le prestazioni dedotte nell'accordo vengono eseguite dalle parti.

N.B.: L'esecuzione può avere inizio solo dopo che il contratto sia divenuto efficace, salvo che nei casi di urgenza la stazione appaltante chieda l'esecuzione anticipata.

N.B.: Con il D.L. 76/2020 (Decreto Semplificazioni), convertito con L. n. 120/2020, stanti le contingenti esigenze acceleratorie/semplificatorie dei procedimenti, è stato introdotto l'obbligo per l'Amministrazione di procedere alla stipula del contratto entro 60 giorni dall'aggiudicazione. Ove non vi proceda, ciò deve essere rigorosamente motivato, salva restando la contestazione di responsabilità erariale e disciplinare a carico del dirigente preposto.

La stazione appaltante riveste un ruolo fondamentale nella verifica della corretta esecuzione del contratto attraverso i seguenti soggetti:

- **Responsabile unico del procedimento;**
- **Direttore dell'esecuzione del contratto (DEC)** → svolge un insieme di attività volte a garantire la corretta esecuzione del contratto;
- **Direttore dei lavori (DL)** → soggetto preposto al coordinamento, alla direzione ed al controllo tecnico-contabile;
- **Coordinatore in materia di salute e sicurezza** durante l'esecuzione.

Il **DEC** e il **DL** costituiscono le figure di riferimento della fase esecutiva e svolgono la propria attività di **controllo sulla regolare esecuzione del contratto** in stretto contatto con il RUP (quando le figure non coincidano).

Di norma, le figure di DEC e RUP coincidono, salvo alcune ipotesi. Al contrario, per quanto riguarda il DL, normalmente tale figura non coincide con il RUP, ma può coincidere in presenza di alcune condizioni.

DEC soggetto diverso dal RUP: quando?

- Prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
- interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze;
- interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- per ragioni concernenti l'organizzazione interna della stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di un'unità organizzativa diversa.

DL coincide con il RUP: condizioni ed esclusioni

Condizioni:

- a)** titolo di studio richiesto dalla normativa vigente per l'esercizio della specifica attività richiesta;
- b)** esperienza almeno triennale o quinquennale, da graduare in ragione della

complessità di intervento, in attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento;

c) specifica formazione acquisita in materia di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di opere e servizi pubblici.

Esclusioni

- Particolare complessità o rilevanza dei lavori sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo e tecnologico
- Interventi di importo superiore a 1.500.000 di euro

Ulteriori compiti specifici dei soggetti dell'esecuzione:

- avvio esecuzione;
- vigilanza sul rispetto delle tempistiche eventualmente previste in contratto;
- sospensione esecuzione;
- controllo della spesa e tenuta contabilità;
- contestazione addebiti e inadempimenti contrattuali

N.B. - Come già evidenziato nella sezione relativa al RUP, occorrerà fare riferimento al regolamento attuativo del codice, quale sopravvenuta disciplina dei compiti e delle funzioni di tale soggetto.

Da ultimo, si sottolinea l'importanza della corretta, tempestiva e regolare esecuzione delle obbligazioni dedotte in contratto sotto vari aspetti.

In primo luogo, la disciplina sul **conflitto di interesse**, di cui all'**art. 42** del codice, si applica anche alla fase dell'**esecuzione**.

In secondo luogo, le "*gravi carenze nell'esecuzione*" di precedenti contratti può diventare, ai sensi della già trattata sezione, **causa di esclusione**, ai sensi dell'**art. 80**, comma **5**, lett. **c)**.

Infine, le reiterate e/o gravi carenze nell'esecuzione possono giustificare, oltre all'applicazione delle misure sanzionatorie delle penali, anche quella della **risoluzione del contratto**.

Da qui, l'importanza di disciplinare in modo appropriato ed esaustivo tali aspetti nel contratto di affidamento; inoltre, appare quanto mai opportuno predisporre, quale allegato agli atti di gara, lo *schema di contratto*.

Il collegio tecnico consultivo

Può risultare utile richiamare ancora il Decreto semplificazioni (DL 76/2020), laddove introduce, fino al 31 dicembre 2021, per gli affidamenti sopra soglia di lavori, l'obbligo di predisporre un collegio consultivo tecnico, avente precipue funzioni consultive e di risoluzione controversie, che possano innescarsi nella fase esecutiva del rapporto.

Riferimenti normativi

- ✓ Titolo V, artt. 100-114 *bis* del codice (Esecuzione);
- ✓ D.M. 7/03/2018, n. 49 (Regolamento recante *approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione*);
- ✓ Linee Guida ANAC n. 3 (*Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni*).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- L'art. 77, comma 4 del Codice, secondo cui 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*” potrebbe al più comportare la preclusione al conferimento dell'incarico di direttore esecutivo in capo a chi abbia fatto parte della commissione di gara, ma non può - correlativamente - comportare la preclusione ad assumere le funzioni di commissario da parte di chi svolgerà solo in una fase successiva le funzioni di direttore esecutivo (**CdS, Sez. V, 4 febbraio 2019, n. 819**).

- Il **divieto di rinnovo** del contratto di appalto scaduto è un principio generale, attuativo di un vincolo comunitario. La **proroga contrattuale** può essere accordata per un tempo predeterminato e limitato, oltre a dover essere prevista ab origine negli atti di gara, e viene esercitata in modo espresso e con adeguata motivazione (**TAR Campania, Napoli, Sez. V, 2 aprile 2020, n. 1312**).

18. Le modifiche contrattuali

La disciplina del codice sulle **varianti contrattuali** durante il periodo di efficacia distingue due ipotesi:

- a) quella in cui il contratto può essere modificato senza avviare una nuova procedura di affidamento;
- b) quella in cui invece occorre procedere con nuovo affidamento (in quando la modifica assume **carattere sostanziale**).

È proprio sul concetto di sostanzialità o meno della modifica che si imposta la normativa di riferimento, distinguendo una serie di ipotesi in cui tale caratteristica può ritenersi esclusa.

In ogni caso, le modifiche e le varianti dei contratti in corso di validità **devono essere autorizzate dal RUP**.

a) Ipotesi di modifiche che non danno luogo a nuova procedura:

- Le modifiche, a prescindere dal loro valore, sono state **previste dai documenti di gara** in clausole chiare, precise ed inequivocabili (anche eventuali clausole di revisione dei prezzi);
- qualora, in caso di **cambiamento del contraente** originario, **1)** l'appalto originario risulti impraticabile per motivi tecnici o economici; **2)** l'appalto comporti disguidi

per l'amministrazione o duplicazione di costi;

- compresenza delle **seguenti condizioni**: **1)** circostanze imprevedute o imprevedibili (es. nuove disposizioni legislative o provvedimenti dell'autorità); **2)** la modifica non altera la natura generale del contratto;
- quando un **nuovo contraente sostituisce quello originario**, ove alternativamente: **1)** sia presente una clausola di revisione chiara ed inequivocabile che lo preveda; **2)** l'operatore succedente soddisfa i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente; **3)** l'amministrazione si assume gli obblighi del contraente principale nei confronti dei subappaltatori.

- Ulteriori ipotesi di **modifiche non sostanziali**:

- In base al **valore dell'affidamento**:

a) valore della modifica inferiore al di sotto delle soglie comunitarie;

b) valore della modifica inferiore al 10% per servizi e forniture e al 15% per i lavori (sia settori ordinari che speciali).

b) la modifica sostanziale

La modifica si definisce sostanziale quando altera considerevolmente gli effetti essenziali del contratto originariamente pattuiti.

Modifica sostanziale: condizioni

- Introduzione di condizioni che se fossero state contenute nella procedura di appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati, o l'accettazione di un'offerta diversa, oppure avrebbe attirato ulteriori partecipanti;
- alterazione dell'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario;
- estensione notevole dell'ambito di applicazione del contratto;
- sostituzione del soggetto esecutore in ipotesi diverse da quelle previste dalla legge, sopra descritte.

Comunicazione all'ANAC

N.B.: il **RUP** comunica all'ANAC le varianti/modifiche approvate (solo quelle non previste inizialmente dagli atti di gara) entro 30 giorni dal loro perfezionamento, a pena di sanzione commisurata all'entità del ritardo.

Riferimenti normativi

- ✓ art. 106 del codice (Modifica di contratti durante il periodo di efficacia).

Giurisprudenza e prassi rilevante

- Sulla **sopravvenienza normativa quale ipotesi di circostanza imprevedibile** che dà luogo a modifica contrattuale: la necessità oggettiva determinata dalla sopravvenienza normativa che legittima la variante contrattuale va apprezzata in concreto (**CdS, Sez. V, 23 settembre 2019, n. 6326**).

- **Soluzioni migliorative.** Si differenziano dalle varianti perché possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione dal punto di vista tecnico. Rimane preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'amm.ne (**CdS, Sez. V, 2 agosto 2019, n. 5505**).

- **Differenza tra offerte migliorative e varianti progettuali:** le prime consistono in **soluzioni tecniche** che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investono singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni; le seconde si sostanziano in **modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale**, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante previsione contenuta nel bando di gara ed individuazione dei requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla pubblica amministrazione (**CdS, Sez. V, 14 maggio 2019, n. 2853**);

- **Proposte migliorative ammesse.** Possono essere considerate proposte migliorative tutte quelle precisazioni, integrazioni e migliorie che sono finalizzate a rendere il progetto prescelto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste (**CdS, Sez. III, 20 maggio 2020, n. 3205**).

- **Revisione dei prezzi.** È ritenuta ammissibile solo in quanto si riferisca alle annualità di contratto successive alla prima, in quanto l'alterazione dell'equilibrio economico del contratto può configurarsi solo con il decorso del tempo e quindi a partire dalle annualità successive alla prima (**CdS, Sez. V, 02 agosto 2019, n. 5504**).

- **Revisione dei prezzi.** Nel nuovo codice appalti la revisione non è obbligatoria per legge come nella previgente disciplina, ma opera solo se prevista nei documenti di gara. Ciò comporta l'inapplicabilità della giurisprudenza pregressa sulla natura imperativa e sull'inserimento automatico delle clausole relative alla revisione prezzi e alla loro sostituzione delle clausole contrattuali difformi (**CdS, Sez. III, 19 giugno 2018, n. 3768**);

19. La conclusione delle procedure di affidamento

In questa sezione si vuole precisare che le SA hanno il dovere di concludere correttamente e formalmente il procedimento di affidamento di un contratto pubblico, non solo da un punto di vista contabile, ai fini del pagamento del corrispettivo, ma, anche, da un punto di vista amministrativo.

Fermo restando quanto introdotto dal decreto semplificazioni ed in precedenza esposto, le attività di certificazione dell'avvenuta regolare esecuzione precludono alla positiva conclusione del procedimento di affidamento intesa in senso ampio, mentre – ovviamente – l'applicazione di penali, l'escussione, totale o parziale, della garanzia definitiva, comportano il compimento di attività ulteriori, governate, come in precedenza rilevato, dal RUP e dal DEC, ove le due figure non coincidano.

Ipotesi limite è, poi, rappresentata dalla risoluzione del contratto di affidamento, per fatto dell'appaltatore, che conclude l'originario affidamento, aprendo per la SA la necessità di attivare un nuovo procedimento, finalizzato all'eventuale selezione del nuovo gestore del servizio, laddove sia ancora necessario, o, laddove possibile, per la gestione diretta da parte della stessa SA.

Infine, a cura del RUP andranno fatte le comunicazioni, previste dal Codice, osservando la disciplina in materia di trasparenza, sulla conclusione delle attività e, conseguentemente, sui pagamenti effettuati in favore degli aggiudicatari.

20. La disciplina processuale

La disciplina processuale in materia di contratti pubblici è tradizionalmente disciplinata dal c.d. "Codice del processo amministrativo" (D.Lgs. 104/2010), che, in particolare, all'art. 120 reca le disposizioni specifiche relative al "rito appalti".

Le necessità contingenti presupposte all'emanazione del Decreto Semplificazioni hanno suggerito, per la peculiare materia della contrattualistica pubblica, talune specifiche deroghe alle consuete regole processuali del rito appalti. Nello specifico si prevede:

- a) Per gli affidamenti disposti in base alle disposizioni del suddetto decreto, la tutela cautelare viene concessa solo a seguito di opportuna ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, in modo da sacrificare il meno possibile l'interesse – ritenuto preponderante – alla realizzazione dell'opera.
- b) è prevista la definizione del giudizio già ad esito della fase cautelare, laddove le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione, compatibilmente con le esigenze difensive di tutte le parti e comunque in relazione alla complessità della causa.
- c) è disposta quale prassi la pubblicazione anticipata del dispositivo, entro 15 giorni dall'udienza (30 giorni nei casi di particolare complessità). Il deposito della sentenza avviene comunque entro 30 giorni dall'udienza.