

REGIONE AUTONOMA
FRIULI VENEZIA GIULIA

**PROGRAMMARE E
COSTRUIRE AL TEMPO DEL
PAREGGIO DI BILANCIO**

Martedì 19 marzo 2019
Ore 9.15
Auditorium Antonio Comelli
Palazzo della Regione
Via Sabbadini 31 - Udine

SEMINARIO

**Le ultime novità in materia di appalti pubblici e la loro applicazione nel
contesto della rete delle stazioni appaltanti della Regione autonoma
Friuli Venezia Giulia**

- Gli affidamenti diretti e le procedure sotto-soglia di lavori
- Le novità sui requisiti generali
- La procedura di infrazione UE

**Udine - 19 marzo 2019
Avv. Alessandro Massari**

- **Legge 28 gennaio 2016, n. 11 (legge delega vigente Codice)**
- Criteri direttivi:
 - e) semplificazione e riordino del quadro normativo vigente allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una **significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche;**
 - g) previsione di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di **massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara;**

- **Legge 28 gennaio 2016, n. 11** (legge delega vigente Codice)
- Criteri direttivi:
 - i) semplificazione, armonizzazione e **progressiva digitalizzazione delle procedure in materia di affidamento degli appalti pubblici** e dei contratti di concessione, attraverso la promozione di reti e sistemi informatici, anche al fine di facilitare l'accesso delle micro, piccole e medie imprese mediante una maggiore diffusione di informazioni e un'adeguata tempistica, e di soluzioni innovative nelle materie disciplinate, con particolare riguardo allo sviluppo delle infrastrutture e degli insediamenti produttivi strategici di preminente interesse nazionale, nonché all'innovazione tecnologica e digitale e all'interconnessione della pubblica amministrazione;

- **Legge 28 gennaio 2016, n. 11** (legge delega vigente Codice)
- Criteri direttivi:
 - cc) revisione ed efficientamento delle procedure di appalto degli accordi quadro, delle convenzioni e in genere delle procedure utilizzabili dalla società CONSIP Spa, dai soggetti aggregatori e dalle centrali di committenza, finalizzati a migliorare la qualità degli approvvigionamenti e a ridurre i costi e i tempi di espletamento delle gare **promuovendo anche un sistema di reti di committenza volto a determinare un più ampio ricorso alle gare e agli affidamenti di tipo telematico**, al fine di garantire l'effettiva partecipazione delle micro, piccole e medie imprese;

- DDL delega per l'approvazione del nuovo Codice; i criteri direttivi:
- d) assicurare l'efficienza e la tempestività delle procedure di programmazione, di affidamento, di gestione, e di esecuzione degli appalti pubblici e dei contratti di concessione, **al fine di ridurre e rendere certi i tempi di realizzazione delle opere pubbliche**, compresi le infrastrutture e gli insediamenti prioritari per lo sviluppo del paese, nonché di esecuzione dei servizi e delle forniture, limitando i livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee;
- f) prevedere discipline opportunamente differenziate applicabili ai **contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria**, nonché ai contratti da svolgersi fuori dall'Unione europea, **ispirate alla massima semplificazione e rapidità**, e una disciplina specifica per i contratti attivi;

- DDL delega per l'approvazione del nuovo Codice; i criteri direttivi:
- n) promuovere lo sviluppo di forme di acquisto di beni, servizi e lavori gestite attraverso i **sistemi informatici di negoziazione**, anche in modalità ASP (Application Service Provider) messi a disposizione da Consip Spa e dai soggetti aggregatori;
- p) prevedere l'obbligo per le pubbliche amministrazioni di rendere facilmente conoscibili e accessibili le informazioni, i dati da fornire e la relativa **modulistica**, anche adeguando, aggiornando e semplificando il linguaggio, nonché adottando **moduli unificati e standardizzati** che definiscono esaustivamente, per tipologia di procedimento, i contenuti tipici e la relativa organizzazione dei dati;
- q) assicurare, per tipologie omogenee di procedimento, **l'uniformità** delle modalità di presentazione delle comunicazioni, delle dichiarazioni e delle istanze degli interessati, nonché le modalità di svolgimento della procedura;

- DDL delega per l'approvazione del nuovo Codice; i criteri direttivi:
- r) armonizzare, **semplificare e razionalizzare la disciplina dei controlli**, ad eccezione di quelli fiscali, sulle imprese e i professionisti, prevedendo che:
 - 1) le attività di controllo siano svolte in modo da recare il minore intralcio possibile al normale esercizio delle attività, tenendo conto dell'esito delle verifiche e delle ispezioni già effettuate;
 - 2) sia esclusa la possibilità di reiterare controlli finalizzati alla verifica del rispetto di obblighi identici o di carattere equivalente, individuando modalità di coordinamento obbligatorio tra le diverse amministrazioni competenti per materia;
 - 3) le modalità di controllo e i connessi adempimenti amministrativi siano differenziati in base alla tipologia di attività svolta, alle sue caratteristiche, nonché alle esigenze di tutela degli interessi pubblici;
 - 4) sia assicurata la collaborazione con i soggetti controllati al fine di prevenire rischi e situazioni di irregolarità;

- Schema di decreto «sblocca-cantieri»
- Carattere ordinario del criterio del prezzo più basso per gli appalti di lavori sotto soglia;
- Appalto integrato generalizzato sulla base del progetto definitivo;
- Semplificazione progettazione lavori di manutenzione ordinaria (sulla base del progetto definitivo);
- Obbligo dei CAM solo per gli appalti sopra soglia comunitaria;
- Introduzione «a regime» delle nuove procedure derogatorie introdotte dalla legge di bilancio 2019;

- Schema di decreto «sblocca-cantieri»
- Favor per le MPMI locali: inserimento all'art. 36 del Codice di un nuovo comma 6-ter:
- «6-ter. Nelle procedure di cui al comma 2 che non hanno interesse transfrontaliero, le stazioni appaltanti, nelle indagini di mercato e nell'utilizzazione degli elenchi, possono prevedere di riservare la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese che abbiano sede legale e operativa nel proprio territorio regionale per una quota non superiore al 50%».

- Schema di decreto «sblocca-cantieri»
- Semplificazione nella verifica dei requisiti mediante la c.d. «inversione procedimentale»: facoltà di verificare della documentazione amministrativa solo per l'aggiudicatario (correlativa non applicazione del rito speciale per i provvedimenti di ammissione ed esclusione);
- Composizione interamente interna della commissione giudicatrice per gli appalti sotto-soglia (escluso il Presidente);
- Soppressione norma sul riparto 70 / 30 dei pesi ponderali per qualità e prezzo nel criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

- Schema di decreto «sblocca-cantieri»
- Allineamento alla procedura di infrazione UE su:
 - criteri di calcolo del valore dell'appalto
 - cause di esclusione (irregolarità fiscale e contributiva dimostrabile con adeguati mezzi di prova dalla stazione appaltante anche in assenza del definitivo accertamento)
 - eliminazione terna dei subappaltatori
 - esclusione automatica offerte anomale
- Ripristino incentivi progettazione lavori pubblici

- Schema di decreto «sblocca-cantieri»
- Pubblicazione dell'estratto del verbale contenente l'ammissione e l'esclusione dei concorrenti anziché il provvedimento di cui all'art. 29;
- Limitazione della responsabilità dei dipendenti pubblici che adottano provvedimenti di aggiudicazione in attuazione di pareri Anac;

Legge di bilancio 2019

Ultime novità

LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145

Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021

(GURI del 31.12.2018 - Supplemento ordinario n. 62/L)

Art. 19 (Entrata in vigore)

1. La presente legge, salvo quanto diversamente previsto, entra in vigore il 1° gennaio 2019.

Ultime novità

LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145

Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021

➤ **Modifica soglia dei c.d. "micro-acquisti"**

130. All'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, le parole: « 1.000 euro », ovunque ricorrono, sono sostituite dalle seguenti: « 5.000 euro».

Ultime novità

Legge 27 dicembre 2006, n. 296

Art. 1

450. Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a **5.000 euro** e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al DPR 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a **5.000 euro** e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

Ultime novità

- **Legge 7 agosto 2012, n. 135** ("Conversione, con modificazioni, del decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95: Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario") a tenore della quale (il sottolineato è nostro):

- **Art. 1**

"1. Successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i contratti stipulati in violazione dell'articolo 26, comma 3 della legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa. Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto.

Ultime novità

- Si può ritenere aggiornato alla nuova soglia il Comunicato del Presidente ANAC 30/10/2018 («Indicazioni alle stazioni appaltanti sull'applicabilità dell'art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro»: *L'Autorità ritiene che, per gli acquisti infra 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici*»).

Ultime novità

- Manca la modifica all'analoga disposizione per gli enti del SSN all'art. 15, co. 13, lett. d), L. n. 135/2012

Art. 15. Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica

13. Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi:

d) fermo restando quanto previsto dall'articolo 17, comma 1, lettera a), del Decreto Legge 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le Regioni e le Province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi di importo pari o superiore a 1.000 euro alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'articolo 1, comma 455, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa;

Ultime novità

- Dubbi sull'applicazione della franchigia per gli acquisti di beni e servizi informatici

Legge 28 dicembre 2015, n. 208

At. 1, comma 512. «Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, **fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente**, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, provvedono ai propri approvvigionamenti **esclusivamente** tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti. Le regioni sono autorizzate ad assumere personale strettamente necessario ad assicurare la piena funzionalità dei soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del Decreto-Legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89, in deroga ai vincoli assunzionali previsti dalla normativa vigente, nei limiti del finanziamento derivante dal Fondo di cui al comma 9 del medesimo articolo 9 del Decreto-Legge n. 66 del 2014».

Ultime novità

- **Corte dei Conti, sez. reg. controllo Umbria, Deliberazione 28/4/2016 n. 52**
- “... l’art.1, comma 512, della Legge n. 208 del 28 dicembre 2015 è da considerarsi **norma speciale** rispetto al più generico art. 1, comma 450, della Legge n. 296 del 27 dicembre 2006, come novellato dall’art. 1, comma 502, della suddetta Legge n. 208/2015, così che per l’acquisto di beni e servizi informatici, anche di importo inferiore ai 1.000 Euro, è necessario che gli enti locali rispettino la procedura prevista dal richiamato comma 512, ed il complesso di norme dettate per il settore informatico dai commi 513-520 della Legge di stabilità 2016”.

Ultime novità

LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145

Bilancio di previsione dello Stato per l’anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021

- **Deroghe all’art. 36 del Codice per le procedure sotto-soglia negli appalti di lavori**

Art. 1

912. Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, **fino al 31 dicembre 2019**, le stazioni appaltanti, in deroga all’articolo 36, comma 2, del medesimo Codice, **possono** procedere

- all’affidamento di **lavori** di **importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro** mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici
- **e** mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i **lavori** di importo pari o **superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro**.

Ultime novità

LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145

Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021

- **Natura temporanea della deroga:** «fino al 31 dicembre 2019», «Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici»
- **Discrezionalità** (generale obbligo di motivazione, ancorchè sintetica secondo le Linee guida n. 4): «...le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo Codice, **possono** procedere ...»
- **Ambito oggettivo:** limitato ai soli appalti di **lavori** (eccezionalità della deroga e divieto di estensione analogica)
- Per **lavori** di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici (sempre nel rispetto del principio di rotazione del comma 1 dell'art. 36)
- Per **lavori** di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro: mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b) dell'art. 36 (quindi con almeno dieci e non quindici operatori economici)

Ultime novità

Dal 1.1.2019 al 31.12.2019:

- per **lavori di importo inferiore a 40.000 euro**, è consentito l'affidamento diretto "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici";
- per **lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 €**, è consentito l'affidamento diretto, "**previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici**" (ovviamente nel rispetto del generale principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti stabilito dal comma 1 dell'art. 36, n.d.a.);
- per i **lavori di importo pari o superiore a 150.000 € e inferiore a 350.000 €**, è consentito l'affidamento mediante la procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) e, quindi, "mediante procedura negoziata **previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici** ... individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti";
- per **lavori di importo pari o superiore a 350.000 € e inferiore a un milione di €** è consentito l'affidamento mediante la procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. c) e, quindi, "mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici";
- per i **lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di €** mediante ricorso alle procedure ordinarie;

Ultime novità

Dal 1.1.2019 al 31.12.2019:

- per lavori di importo pari o superiore a 40.000 € e inferiore a 150.000 €, è consentito l'affidamento diretto, **“previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici”** (ovviamente nel rispetto del generale principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti stabilito dal comma 1 dell'art. 36, n.d.a.);
 - Non è un affidamento diretto «puro», ma «mediato», considerato l'obbligo della consultazione tra almeno tre operatori economici (modalità suggerita dall'ANAC quale *«best practice»* nelle Linee guida n. 4, par. 4.3.1)
 - Sarà il RUP a declinare, in assenza di un preciso obbligo, la «consultazione» secondo uno schema concorsuale di gara informale, applicando le Linee guida ANAC n. 4, par. 5, riferite alla procedura negoziata di cui all'art. 36, co. 2, lett. b)
 - ... oppure preferire uno schema ancora più informale di acquisizione di almeno tre «preventivi», applicando le Linee guida ANAC n. 4, par. 4.3, riferite all'affidamento diretto di cui all'art. 36, co. 2, lett. a)
 - Tuttavia il rispetto dei generali principi di trasparenza impone tuzioristicamente la pubblicità della seduta per l'apertura delle offerte / preventivi

Ultime novità

Dal 1.1.2019 al 31.12.2019:

- per lavori di importo pari o superiore a 40.000 € e inferiore a 150.000 euro, è consentito l'affidamento diretto, **“previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici”** (ovviamente nel rispetto del generale principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti stabilito dal comma 1 dell'art. 36, n.d.a.);
 - La selezione dei tre operatori economici dovrà comunque avvenire nel rispetto del generale **principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti**, stabilito al comma 1 dell'art. 36. Di regola il «contraente uscente» non potrà essere nuovamente invitato nel successivo affidamento, fatte salve le deroghe indicate dall'ANAC al par. 3.7 delle Linee guida n. 4.
 - Sarà il RUP a valutare la preventiva pubblicazione dell'avviso di indagine di mercato o il ricorso agli elenchi aperti, applicando le Linee guida ANAC n. 4, par. 5, riferite alla procedura negoziata di cui all'art. 36, co. 2, lett. b), pur non sussistendo un obbligo a riguardo.

Ultime novità

ANAC – Testo bozza di aggiornamento Linee guida n. 4

Ulteriori profili che potrebbero comportare la modifica delle Linee guida n. 4 sono quelli che attengono alle modifiche normative introdotte con la Legge 30 dicembre 2018, n. 145, articolo 1, comma 912. In particolare la disposizione citata prevede che, nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo Codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro. In sostanza le novità coinvolgono il solo settore dei lavori pubblici consentendo per il 2019:

- l'affidamento diretto, previa consultazione di 3 operatori, tra € 40.000 e € 150.00 (in luogo della procedura negoziata con 10 invitati)
- l'affidamento con procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori economici tra € 150.000 e € 350.000 (in luogo della procedura negoziata con 15 invitati).

Ultime novità

ANAC – Testo bozza di aggiornamento Linee guida n. 4

Sul punto l'Autorità ritiene opportuno inserire nelle Linee guida un riferimento al periodo transitorio introdotto dalla norma, specificando che per l'anno 2019, per gli affidamenti di lavori, valgono le soglie introdotte dalla Legge n. 145/2018.

Inoltre, si ritiene utile chiarire il significato da attribuire alla locazione «**affidamento diretto previa consultazione di tre operatori**», atteso che in tale espressione sono accostati termini che connotano due procedure diverse: l'affidamento diretto e la procedura negoziata. A tal fine, si ritiene che possa tornare utile prendere in considerazione la novella introdotta con il decreto correttivo al comma 2, lettera a) dell'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, laddove, al fine di sancire la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto tout-court nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, è stata inserita la specificazione «anche senza previa consultazione di due o più operatori economici».

In questa ipotesi, infatti, è chiaro che il riferimento sia all'affidamento diretto e che l'utilizzo del termine «consultazione» debba essere inteso come effettuato in senso a-tecnico con riferimento alla possibilità di procedere all'affidamento diretto anche senza richiedere due o più preventivi. Inoltre, si evidenzia che laddove il legislatore ha voluto fare riferimento alla procedura negoziata, l'ha denominata «procedura negoziata previa consultazione di almeno 10/5/15 operatori» (cfr. articolo 36, comma 2, lettere b) e c) del codice dei contratti pubblici).

Ultime novità

ANAC – Testo bozza di aggiornamento Linee guida n. 4

Sulla scorta di tali considerazioni, si ritiene che la procedura introdotta in via transitoria dalla disposizione in esame possa essere interpretata nel senso che, per gli affidamenti tra € 40.000 ed € 150.000, per l'anno 2019, **è possibile ricorrere all'affidamento diretto previa richiesta di tre preventivi.**

Occorrerebbe, altresì, fornire indicazioni in ordine alle **modalità di acquisizione dei suddetti preventivi**, suggerendo alle stazioni appaltanti di adottare modalità idonee sulla base della tipologia e dell'importo dell'affidamento, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, e del principio di rotazione, ad esempio ricorrendo alla costituzione di elenchi di operatori economici da cui selezionare gli operatori a cui richiedere la presentazione del preventivo, oppure a indagini di mercato.

Sul punto, si chiede agli Stakeholder di esprimersi in ordine all'opportunità dell'integrazione proposta e, in caso positivo, di far pervenire osservazioni e suggerimenti utili in merito alle modalità di acquisizione dei preventivi.

Ultime novità

ANAC – Testo bozza di aggiornamento Linee guida n. 4

Infine, all'esito dell'attività di vigilanza svolta dagli uffici preposti dell'Autorità, sono emerse ulteriori criticità in fase applicativa. In particolare, nonostante il consolidato orientamento dell'Autorità in materia, è stata riscontrata con frequenza l'applicazione distorta della normativa in materia di affidamenti sotto-soglia.

Si ritiene, pertanto, di intervenire con alcuni chiarimenti volti ad orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti e delle indicazioni interpretative fornite dall'Autorità.

A tal fine, si propone di integrare le Linee guida n. 4 ribadendo il **divieto di prevedere, nell'ambito di avvisi di manifestazione di interesse** per l'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate:

- 1.1 la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;
- 1.2 l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;
- 1.3 l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

Procedure negoziate e sopralluogo obbligatorio

ANAC, Comunicato del Presidente 18 luglio 2018

Indicazioni alle stazioni appaltanti sul tema del sopralluogo obbligatorio nella fase della manifestazione di interesse nelle procedure negoziate

Sono giunte richieste di chiarimento in merito al tema del sopralluogo obbligatorio nelle procedure negoziate.

In particolare, è stato segnalato che, talvolta, nelle procedure negoziate le stazioni appaltanti prevedono, a carico degli operatori economici, l'effettuazione del sopralluogo quale tassativa condizione da soddisfare già nella preliminare fase della manifestazione di interesse (es. a seguito di avviso di indagine di mercato), ai fini dell'eventuale invito alla procedura di gara.

Il sopralluogo obbligatorio è ammissibile, in termini generali, laddove l'oggetto del contratto abbia una stretta e diretta relazione con le strutture edilizie (cfr. bando tipo ANAC n. 1/2017, paragrafo 14 della nota illustrativa).

In senso conforme, l'articolo 79, co. 2, del Codice dei contratti pubblici contempla la circostanza che i termini di ricezione delle offerte tengano conto dell'eventualità che le stesse possano essere presentate soltanto previa visita dei luoghi di pertinenza per l'esecuzione dell'appalto.

Procedure negoziate e sopralluogo obbligatorio

ANAC, Comunicato del Presidente 18 luglio 2018

Indicazioni alle stazioni appaltanti sul tema del sopralluogo obbligatorio nella fase della manifestazione di interesse nelle procedure negoziate

In disparte quanto sopra, si ritiene che la scelta di prevedere il sopralluogo obbligatorio preliminare, ossia in un momento antecedente alla fase di gara (e quindi alla formulazione delle offerte) non sia legittima, in quanto:

- fuoriesce dal perimetro applicativo della disposizione recata dal predetto articolo 79, comma 2, che **collega il sopralluogo alla formulazione delle offerte;**
- determina, in violazione dei principi di proporzionalità e libera concorrenza, un **significativo ostacolo per gli operatori economici, sotto il profilo organizzativo e finanziario**, alla competizione per l'affidamento degli appalti pubblici, considerata peraltro la possibilità che gli operatori economici non ricevano l'invito o decidano comunque di non presentare offerta.

Procedure sotto-soglia

Procedure sotto-soglia

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi **di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. **Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.**

Procedure sotto-soglia

Art. 30 (Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni)

1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

Procedure sotto-soglia

LINEE GUIDA ANAC N. 4/2016

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

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

3.5 Qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 95, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, gli affidamenti possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo (si vedano anche le Linee guida n. 2 in materia di "Offerta economicamente più vantaggiosa").

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

“Il **principio di rotazione trova la sua fonte nell’ordinamento dell’Unione europea, sia a livello di Trattato** (laddove vengono enunciati i noti principi di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione di servizi, nonché i principi che ne derivano, in quanto ancillari rispetto ai precedenti, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza), **sia a livello di coordinamento delle procedure nazionali di aggiudicazione degli appalti**, ove lo stesso tenore letterale delle Direttive (si veda, in proposito, il considerando n. 2 della Direttiva 2014/24) pone a base della revisione della normativa sugli appalti l’accrescimento dell’efficienza della spesa pubblica e la facilitazione dell’accesso delle piccole e medie imprese agli appalti pubblici. ..

Se nell’art. 36, comma 1, del Codice il criterio di rotazione (degli inviti e degli affidamenti) è espressamente affermato dal legislatore, detto principio deve ritenersi anche implicitamente richiamato nell’art. 30, comma 1, per via del più generale riferimento al **principio di libera concorrenza, di cui il criterio in esame costituisce una evidente espressione attuativa**”.

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

“Il criterio di rotazione degli affidamenti e degli inviti - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella **esigenza di evitare la così detta asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente** (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) **nonché in capo all’operatore invitato nella precedente procedura di selezione dalla stazione appaltante senza che risultasse affidatario** (per il quale tuttavia il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo in favore dello stesso operatore economico, **che ostacolino l'ingresso delle micro, piccole e medie imprese e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione** tra tutti gli operatori economici potenzialmente idonei ad eseguire il contratto, **il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba 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 ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. Cons. St., VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142).

La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore, donde la sua applicabilità a prescindere dalle caratteristiche del procedimento di selezione precedente – **ha dunque il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti.**

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

E' peraltro dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva, che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento non solo del gestore uscente, ma anche dei soggetti invitati nella precedente procedura; ciò per una precisa scelta del legislatore, che ha inteso rafforzare la valenza del principio, stabilendone l'applicazione sia con riferimento all'affidamento che con riguardo alla fase degli inviti a partecipare (del resto, come è stato correttamente rilevato nella relazione AIR trasmessa a questa Commissione speciale, "la rotazione opera solo in relazione ad affidamenti nei quali la stazione appaltante, in ossequio a disposizioni di legge o per opzione, eserciti limitazioni al numero di operatori da invitare", **con conseguente esclusione della applicabilità della limitazione conseguente alla rotazione nelle procedure aperte**).

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

E' peraltro dirimente rilevare che l'art. 36 cit. contiene una norma pro-competitiva, che favorisce l'ingresso delle piccole e medie imprese nei mercati ristretti e che comprime, entro i limiti della proporzionalità, la parità di trattamento non solo del gestore uscente, ma anche dei soggetti invitati nella precedente procedura; ciò per una precisa scelta del legislatore, che ha inteso rafforzare la valenza del principio, stabilendone l'applicazione sia con riferimento all'affidamento che con riguardo alla fase degli inviti a partecipare (del resto, come è stato correttamente rilevato nella relazione AIR trasmessa a questa Commissione speciale, "la rotazione opera solo in relazione ad affidamenti nei quali la stazione appaltante, in ossequio a disposizioni di legge o per opzione, eserciti limitazioni al numero di operatori da invitare", **con conseguente esclusione della applicabilità della limitazione conseguente alla rotazione nelle procedure aperte**).

Deve quindi ritenersi che correttamente le Linee guida all'esame abbiano confermato l'opzione di **eccezionalità della consultazione del contraente uscente**, con l'ulteriore, opportuna specificazione, che le caratteristiche del mercato, che appunto possano consentire la deroga al principio, debbano porsi come un *pruis* rispetto alla valutazione, che della qualità dell'operatore economico l'Amministrazione può pur compiere sempre a detti fini.

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

Nondimeno appare ragionevole differenziare, come già rilevato da questo Consiglio nel Parere n. 782/2017 reso sullo schema di "decreto correttivo" del Codice, il trattamento **dell'invitato non affidatario** rispetto a quello riservato al gestore uscente; e ciò in quanto le semplici occasioni di partecipazione alla selezione si risolvono, per l'operatore economico, in un mero contatto con la stazione appaltante e non rappresentano certo una occasione per il sorgere o il consolidarsi di legami contrattuali e professionali con la struttura della stessa stazione appaltante.

Sotto tale versante prospettico si rivela dunque logica ed equilibrata la previsione di un regime meno rigoroso con riferimento alla posizione dell'operatore economico che, già invitato per una precedente selezione dalla stazione appaltante, non sia risultato aggiudicatario della stessa.

La necessità di una mitigazione del criterio della rotazione degli inviti in siffatte condizioni è stata colta dall'Autorità, prevedendo nella bozza di Linea guida in questione la "possibilità del reinvito" previa "motivazione della stazione appaltante", fondata sulla "ragionevole aspettativa dell'idoneità dell'operatore"; sì che quest'ultima assurge in tal caso ad elemento base della valutazione dell'Amministrazione, laddove, come s'è visto, per il contraente uscente essa resta comunque subordinata alla necessaria, preliminare, considerazione delle caratteristiche del mercato di riferimento.

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

Appare poi altrettanto congruo e razionale il ripristino, in capo ai soggetti non reinvitati, della posizione paritaria con gli altri operatori alla prima gara successiva a quella "saltata".

Si rivela infatti preminente la necessità di assicurare comunque nel mercato, per lo meno nel medio periodo, una volta soddisfatte le esigenze sottese al principio di rotazione, i principi della libertà di impresa e di concorrenza nell'approvvigionamento di beni e servizi in favore della Pubblica Amministrazione; ciò anche tenuto conto dell'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti, nel rispetto dei principi di trasparenza e, appunto, rotazione (si vedano gli artt. 83, comma 2, 2, comma 1 e 4, del Codice).

Se, poi, il principio di rotazione consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatari (o meramente invitati) a precedenti procedure dirette alla assegnazione di un appalto, appare più che consona con la natura e la *ratio* del principio stesso la previsione, recata dalle Linee guida all'esame, che l'esclusione debba operare con riferimento alle successive aggiudicazioni dello stesso genere (cfr. Cons. St., V, n. 4142/2017, cit.), o, meglio, aventi lo stesso oggetto, si da essere applicabile, come enunciato sul punto nella relazione AIR in considerazione, "in caso di commessa identica o analoga a quella di cui trattasi" (locuzione, questa, che necessita tuttavia di specificazioni in relazione al possibile diverso oggetto del contratto cui si riferisce) ed all'interno di fasce di valore degli affidamenti, la cui completa e dettagliata disciplina viene opportunamente devoluta alla potestà regolamentare delle stazioni appaltanti ed alla discrezionalità tecnico-amministrativa, che in essa classicamente si dispiega.

Principio di rotazione

Parere C.d.S. - Commissione speciale n. 361 del 12.2.2018

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

Ne deriva che pienamente rispondente al principio di proporzionalità, oltre che al principio di economicità ed efficacia dell'attività amministrativa, appare la previsione, recata dalle Linee guida di cui trattasi, della possibilità, per le stazioni appaltanti, di derogare motivatamente, per tali affidamenti, alla rotazione; ferma la necessità, rileva il Collegio, che la motivazione relativa dia esplicitamente conto della **non ricorrenza nel singolo caso dell'ipotesi di un arbitrario ed elusivo frazionamento della commessa, assumendo a tal fine come riferimento un periodo pari a tre anni solari.**

Principio di rotazione

Consiglio di Stato sez. VI 31/8/2017, n. 4125

il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di individuazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – **trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, "il principio di rotazione comporta in linea generale che 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".

Procedure sotto-soglia: aggiornamento FAQ dell'ANAC

ANAC – Aggiornamento FAQ procedure sotto-soglia

5. Con riguardo all'applicazione del principio di rotazione, sussistendo i presupposti di cui al paragrafo 3.6 delle Linee guida e al di fuori delle ipotesi eccezionali contemplate al successivo paragrafo 3.7, è legittimo nelle procedure negoziate il re-invito all'operatore uscente, che abbia manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico e sia stato poi estratto tramite sorteggio con estrazione casuale ?

Come previsto al paragrafo 3.7 delle Linee guida n.4, il re-invito all'operatore uscente costituisce ipotesi di stretta eccezionalità, ammissibile al ricorrere delle circostanze ivi indicate. Fermo quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7, il meccanismo dell'estrazione casuale, sia pure a seguito di avviso pubblico, non assicura il rispetto del principio di rotazione, come declinato all'articolo 36, primo comma del Codice dei contratti pubblici, novellato dal Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n.56. Tale disposizione, infatti, rende doverosa la rotazione tanto in relazione agli affidamenti che agli inviti.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Linee guida ANAC n. 4/2016

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

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

La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga

- tramite **procedure ordinarie**
- o **comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Principio di rotazione: il «contraente uscente»

Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 12/4/2017 n. 188

Così ricostruito il dibattito, il Collegio osserva come la principale ragione invocata a sostegno delle declinazioni più morbide del principio di **rotazione** è quella che riguarda proprio la tutela della concorrenza. Si afferma infatti che **far derivare dal criterio della rotazione una regola di non candidabilità per il gestore uscente** **entrebbe in rotta di collisione con i principi del Trattato.**

Il ragionamento, all'apparenza suggestivo, è tuttavia controvertibile tutte le volte in cui il vecchio gestore abbia (già) beneficiato di una deroga anticoncorrenziale, aggiudicandosi un appalto al di fuori di una procedura di gara, e pretenda di continuare a sfruttare quella medesima deroga candidandosi ed aggiudicandosi anche il nuovo appalto, sempre senza gara. Quando, invece, è ragionevole che il principio di **rotazione** imponga che la prima deroga, al meccanismo della gara e al pieno espandersi della concorrenza, sia bilanciata da una regola di non immediata (ri)candidabilità.

Una simile declinazione è la sola in grado di dare senso e sostanza (e non solo apparenza) al principio di **rotazione** e può, oltre tutto, avere un effetto dissuasivo nei confronti delle non infrequenti pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo.

Seppur con specifico riferimento ai contratti sotto soglia, dove parimenti il principio di **rotazione** era richiamato nel vecchio (art. 125) ed è presente nel nuovo codice (art. 36), giova ricordare come, da ultimo, le Linee guida n. 4 dell'ANAC approvate il 26.10.2016 interpretino il principio nel senso che con esso **“l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente”.**

Principio di rotazione: il «contraente uscente»

Consiglio di Stato sez. V 5/3/2019 n. 1524

Rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, **non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.**

Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la Delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, Linee-guida n. 4).

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

TAR Puglia, Lecce sez. I, 4/9/2018 n. 1322

Per i contratti sotto soglia, l'art. 36, comma 1 e comma 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50 del 2016, prevede che l'affidamento deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese.

Secondo orientamento consolidato, cui non sussistono ragioni per discostarsi, sussiste l'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), conseguentemente **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** (ex multis: TAR Roma n. 1115/2018; TAR Venezia n. 320/2018; TAR Catanzaro n. 1007/2018).

In proposito, ha precisato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di **obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente**, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia", al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (si vedano, tra le tante: C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017).

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

TAR Puglia, Lecce sez. I, 4/9/2018 n. 1322

Recependo il convincimento dei giudici di Palazzo Spada, l'ANAC, con le Linee guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l'obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvio del gestore uscente **solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga**, sostenute dall' esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell' operatore economico.

L'ANAC ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite **procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.**

Dal quadro normativo e giurisprudenziale esposto, deriva che, per evitare la contaminazione e l'elusione del principio di rotazione, **la partecipazione del gestore uscente deve essere strettamente avvinata alla concorrenzialità pura.**

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

- Nell'ipotesi oggetto della pronuncia in commento, la Stazione Appaltante ha gestito la procedura di gara sul Mepa utilizzando la funzione "**Aggiungi tutte**" (proposta di default dal Sistema) ovvero ha invitato tutti gli operatori abilitati sulla piattaforma selezionando anche il gestore uscente nella considerazione che una siffatta procedura indetta ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016 - con ben oltre 4000 invitati - potesse essere considerata "di fatto" quale procedura aperta ex art. 60 del D.Lgs. n. 50/2016 non soggetta, pertanto, al principio di rotazione.

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

TAR Puglia, Lecce sez. I, 4/9/2018 n. 1322

Nella fattispecie in esame, l'Amministrazione ha formalmente – e sostanzialmente - esperito una procedura ristretta in economia ex articoli 129 e ss. del DPR n. 236/2012 ed ex art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016: ha infatti proceduto tramite **invito ad offrire, formulato, peraltro acriticamente, a tutti gli operatori economici iscritti al portale denominato "Acquisti in rete P.A."**. Di fatto, i non iscritti a detto portale non hanno potuto partecipare alla procedura in esame.

Non si sono realizzati, dunque, i presupposti per la configurabilità della concorrenzialità pura, tutelata anche a livello comunitario.

Né può trarre in inganno l'elevato numero degli inviti, rivolti, come detto, acriticamente a tutti gli iscritti all'elenco (oltre 4.000 società), a prescindere dall'oggetto sociale di ciascuno di essi. Tanto è vero che sono pervenute solamente 11 offerte.

Ritiene il collegio che l'esigenza della tutela della concorrenza non possa essere surrogata invitando un cospicuo numero di operatori sociali, molti dei quali svolgono tutt'altra attività rispetto a quella oggetto della procedura. Né è dato rinvenire negli atti della procedura in esame una puntuale e rigorosa motivazione da parte della Stazione appaltante in ordine alla scelta di invitare il gestore uscente che, in realtà, manca del tutto e che, invece, è ritenuta necessaria dalla giurisprudenza, pacifica sul punto, trattandosi di deroga ad un principio generale.

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

ANAC – Linee guida n. 4

«3.6. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie **o comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, **non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione**»

TAR Emilia Romagna, Bologna sez. II, sent. n. 519 del 20 giugno 2018

«... la procedura non è stata svolta con invito diretto ad imprese selezionate dalla stazione appaltante ma a seguito di pubblicazione sul profilo del committente di un avviso per manifestazione di interesse; dunque non è stata operata alcuna scelta degli operatori economici da invitare ma la lettera di invito è stata inviata a tutte le imprese che avevano manifestato l'interesse alla partecipazione (tra le quali il gestore uscente);

b). le nuove Linee guida ANAC n. 4 precisano al punto 3.6 che "la rotazione non si applica laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato...".

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

- Seguendo l'impostazione contenuta nella sentenza TAR Lecce n. 1322/2018, **soltanto la pubblicazione di un avviso per l'acquisizione di manifestazioni di interesse per l'affidamento di uno specifico affidamento (senza alcun filtro)** sfuggirebbe al principio di rotazione / invito gestore uscente consentendo, infatti, a **qualsunque operatore economico di poter "accedere" al confronto competitivo;**
- Diversamente, l'opzione di individuare gli operatori tramite la consultazione di un elenco ovvero di un Albo (entrambi costituiti con avviso pubblico **ma non collegati ad uno specifico affidamento**) limita la partecipazione agli operatori "esterni" Un'ipotesi quest'ultima che rappresenta un limite alla concorrenza "condizionando" l'invito dell'operatore uscente, un vulnus che - seguendo l'impostazione del Giudice leccese - può comunque essere superato **non attraverso un numero elevato di inviti, bensì attraverso una puntuale e rigorosa motivazione.**

(G. Sorrentino, Il principio di rotazione nelle RDO MePA: soluzioni operative a confronto alla luce della sentenza TAR Puglia n.1322 del 4 settembre 2018, in Appalti&Contratti mensile n.10/2018).

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

- Secondo **TAR Sicilia, Palermo sez. II, con sent. n. 186 del 22 gennaio 2018**, analoga impostazione non viene scalfita nemmeno nell'ipotesi di gestore di precedente contratto **affidato (quest'ultimo) tramite procedura ordinaria.** Il TAR Sicilia ha respinto, infatti, il ricorso proposto dall'operatore uscente per far dichiarare l'illegittimità dell'avviso pubblicato dell'Azienda sanitaria trapanese per l'affidamento del servizio di raccolta trasporto, smaltimento delle sostanze chimiche pericolose o contenenti sostanze pericolose tramite procedura negoziata ex art. 36 co. 2, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016, nella parte in cui dispone di non ammettere le manifestazioni di interesse del soggetto uscente, una previsione quest'ultima che per il ricorrente non trova fondamento giuridico in quanto lo stesso è sì "operatore uscente", ma di un contratto aggiudicato a seguito di procedura aperta
- Per il giudice siciliano, la scelta della Stazione Appaltante di non interpellare il precedente gestore del servizio è pienamente legittima: " ... in virtù della ratio del principio di rotazione - rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione - il gestore uscente .. doveva .. essere escluso dalla procedura negoziata **a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento** e, quindi, anche se l'affidamento sia scaturito dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta.

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

- Possibilità di gestire nell'ambito del MePA una procedura aperta al mercato mediante una nuova funzionalità recentemente attivata sul Portale Consip e denominata **"RDO Aperte"**.
- Si tratta sempre di procedure negoziate sottoposte alla disciplina di cui all'art. 36 del Codice dei contratti ma la cui partecipazione è "estesa" sia agli operatori già abilitati **sia agli operatori "esterni" che riescono ad acquisire la necessaria abilitazione entro i termini di scadenza per la presentazione delle offerte.**
- Tali procedure, infatti, sono visibili non solo nell'Area interna (il cd "cruscotto") di ciascun operatore abilitato, ma anche direttamente dall'Homepage del Portale "Acquistinretepa" per qualsiasi operatore economico non ancora abilitato senza l'inserimento di alcun codice/password di accesso.

Procedure sotto-soglia: principio di rotazione

The screenshot displays the Acquistinretepa website interface. At the top, there are logos for consip and MEF (Ministero dell'Economia e delle Finanze), along with 'ACCEDE' and 'ITA' buttons. The main navigation bar includes 'Programma', 'Catalogo', 'Iniziative', 'Bandi', and 'Supporto'. A search bar is located on the right. A dropdown menu is open under 'Bandi', listing options: 'Tutti i Bandi', 'Accordi Quadro', 'Convenzioni', 'Mercato Elettronico', 'Sistema Dinamico', 'Altri Bandi', and 'RDO Aperte'. A white arrow points to 'RDO Aperte'. Below the navigation, there is a large image of hands stacking wooden blocks, with a text overlay: 'Bandi di Acquisti in rete' and 'Sei un operatore abilitato, numero di ordini e negoziazioni, accessi giornalieri, valore degli acquisti. Scopri tutti i numeri del Portale Acquisti in Rete.' with a 'LEGGI' button. At the bottom, there is a search bar with the text 'Cerca nel catalogo' and 'Consulta il catalogo e scopri i prodotti disponibili'.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Linee guida ANAC n. 4/2016

- La suddivisione degli affidamenti in fasce di valore economico

La stazione appaltante, in apposito **regolamento** (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in **fasce di valore economico**, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.

Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, **per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori.**

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Relazione AIR Linee guida ANAC n. 4/2016

Allo scopo di orientare il percorso motivazionale delle stazioni appaltanti, si potrebbe utilizzare il seguente schema:

per servizi e forniture:

- 1) fino a 5.000 euro;
- 2) da 5.001 euro fino a 20.000 euro;
- 3) da 20.001 euro fino a 39.999 euro;
- 4) da 40.000 euro fino a 143.999 euro;
- 5) da 144.000 euro fino a 220.999 euro (per le amministrazioni sub-centrali);

➤ **Per gli appalti di servizi dell'allegato IX (soglia 750.000 euro)**

- 6) da 221.000 euro a 500.000 euro
- 7) Da 500.001 euro a 749.999 euro

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Relazione AIR Linee guida ANAC n. 4/2016

Allo scopo di orientare il percorso motivazionale delle stazioni appaltanti, si potrebbe utilizzare il seguente schema:

per lavori:

- 1) fino a 20.000 euro;
- 2) da 20.001 euro a 39.999 euro;
- 3) da 40.000 euro a 149.999 euro;
- 4) da 150.000 euro fino a 309.600 (classifica I incrementata di un quinto ex art. 61, co. 2, DPR n. 207/2010);
- 5) da 309.601 fino a 619.200 euro (classifica II incrementata di un quinto ai sensi del DPR citato);
- 6) da 619.201 euro fino a 999.999 euro.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Linee guida ANAC n. 4/2016

In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli **affidamenti operati negli ultimi tre anni solari**, mediante ricorso a:

- arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce;
- ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto;
- alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici;
- affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m, del Codice dei contratti pubblici (*riconducibilità ad unico centro decisionale, n.d.a*)

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO SOGLIA

2. Con riguardo alle stazioni appaltanti che, a fronte di una soggettività giuridica unitaria, sono dotate di articolazioni organizzative autonome, l'applicazione del principio di rotazione va applicata in termini assoluti, ossia tenendo conto di tutte le procedure avviate complessivamente dalla stazione appaltante, oppure considerando esclusivamente gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa ?

L'applicazione del principio di rotazione nelle stazioni appaltanti dotate di una pluralità di articolazioni organizzative **deve tendenzialmente essere applicata in modo unitario**, avendo cioè a riguardo gli affidamenti complessivamente attivati e da attivare nell'ambito della stazione appaltante.

Tale impostazione si rivela, oltre che rispettosa di quanto previsto dall'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, che non distingue in relazione alla presenza di articolazioni interne, più aderente all'impronta centralizzante di cui all'articolo 37, ed efficace presidio nei confronti del divieto di artificioso frazionamento delle commesse, ex art. 51, primo comma, del Codice dei contratti pubblici.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO SOGLIA

... È **ragionevole derogare** a tale regola nel caso in cui la stazione appaltante (es. Ministero, ente pubblico nazionale) presenti, in ragione della **complessità organizzativa, articolazioni, stabilmente collocate per l'amministrazione di determinate porzioni territoriali** (ad esempio, Direzione regionale/centrale) ovvero per la gestione di una **peculiare attività, strategica per l'ente, dotate di autonomia in base all'ordinamento interno nella gestione degli affidamenti sotto soglia** (ad esempio nel caso in cui l'articolazione abbia attivato autonomi elenchi per la selezione degli operatori economici).

In tali casi, salvo diversa previsione dell'ordinamento interno, la rotazione può essere applicata considerando esclusivamente gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO SOGLIA

... Resta ferma, comunque, la necessità per la stazione appaltante di rispettare, in ogni sua articolazione, i **vigenti obblighi di centralizzazione degli acquisti**, stabiliti e richiamati dall'articolo 37 del Codice dei contratti pubblici, nonché di adottare, anche nelle more dell'introduzione del sistema di qualificazione in esito all'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri previsto dall'articolo 38, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, **modelli organizzativi complessivamente improntati al rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, evitando duplicazioni di funzioni** e perseguendo l'obiettivo del miglioramento dei servizi e, ove possibile, il risparmio di spesa e dei costi di gestione attraverso le economie di scala. A tal fine le stazioni appaltanti dovrebbero valutare l'opportunità di condividere al proprio interno **sistemi informatizzati che consentano di conoscere gli affidamenti effettuati dalle singole articolazioni organizzative.**

Principio di rotazione

Consiglio di Stato, sez. V, 3/4/2018 n. 2079

Nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", sussiste **l'obbligo per le stazioni appaltanti non invitare il gestore uscente** al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Il principio di rotazione è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Linee guida ANAC n. 4/2016

3.7. Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, 2° periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione

- della particolare struttura del mercato e
- della riscontrata effettiva assenza di alternative,
- tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.
- La motivazione circa l'affidamento o il reinvio al **candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario**, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

Principio di rotazione nelle Linee guida ANAC aggiornate

Fattispecie nelle quali è possibile ravvisare l'effettiva assenza di alternative rispetto al riaffidamento diretto al precedente contraente

- Unicità dell'operatore economico (art. 63, comma 2, lett. b))
- Consegne complementari (art. 63, comma 3, lett. b))
- Forniture, servizi, lavori supplementari (art. 106, comma 1, lett. b))
- Contratto ponte nelle more della definizione delle procedure ordinarie di aggiudicazione
- Urgenza estrema (art. 63, co. 2, lett. c) e Provvedimenti di somma urgenza (art. 163)

Affidamenti infra 1.000 euro

- **Attenuazione applicazione principio di rotazione** "3.7. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente".
- **Attenuazione obbligo di motivazione scelta affidatario diretto:** "4.3.2. Per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato
- **Deroga all'obbligo di prioritario ricorso agli strumenti di e-procurement** per le amministrazioni pubbliche "Art. 1, comma 450, 2° periodo, L. n. 296/2006: per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure"

Procedure sotto-soglia ordinarie

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

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

ANAC – Linee guida n. 4/2016

1.4. Le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle **procedure ordinarie**, anziché a quelle **semplificate**, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (art. 36, comma 2, del Codice).

Procedure sotto-soglia ordinarie

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

9. In caso di ricorso alle **procedure ordinarie**, nel rispetto dei principi previsti dall'articolo 79, i termini minimi stabiliti negli articoli 60 e 61 possono essere ridotti fino alla metà. I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5 del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

Procedure sotto-soglia

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

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

ANAC – Linee guida n. 4/2016

1.3 **Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto** (di cui all'art. 3, comma 1, lett. cccc), del Codice) e di **negoiazione** (di cui all'art. 3, comma 1, lett. dddd) del Codice), anche **telematici**, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza. Per il ricorso a tali strumenti si applicano le medesime condizioni di trasparenza, pubblicità e motivazione descritte nelle presenti Linee guida.

Affidamenti diretti infra 40.000 euro

Affidamenti infra 40.000 euro

Art. 36 (Contratti sotto soglia)

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

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, ~~adeguatamente motivate~~ **anche senza previa consultazione di due o più operatori economici** o per i lavori in amministrazione diretta;

Affidamenti infra 40.000 euro

Obbligo di motivazione: permane nonostante la soppressione delle parole "adeguatamente motivato"

- **Art. 32, comma 2:** "Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, **le ragioni della scelta del fornitore**, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".
- **Art. 3, comma 1, L. n. 241/1990:** "Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, **deve essere motivato**, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. **La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione**, in relazione alle risultanze dell'istruttoria "

Affidamenti infra 40.000 euro

TAR Molise, Campobasso sez. I, sent.n.533 del 14/09/2018

A tenore dell'art. 36, comma 1, lett. a), del Codice dei contratti pubblici, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, le Amministrazioni possono procedere "mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta", possono cioè fare a meno anche del confronto di offerte. La procedura negoziata previa consultazione è invece richiesta per gli importi tra i 40 mila e i 150 mila euro (lett. b).

Modalità procedurali infra 40.000 euro

- **AFFIDAMENTO DIRETTO SENZA PREVIA ACQUISIZIONE DI PREVENTIVI
O.D.A. / TRATTATIVA DIRETTA / NEGOZIAZIONE CON UN SOLO O.E.
(Ma con adeguata verifica dell'economicità)**
- **AFFIDAMENTO DIRETTO PREVIA ACQUISIZIONE DI DUE O PIU' PREVENTIVI
INDAGINE DI MERCATO MEDIANTE CONSULTAZIONE DI PIU' OPERATORI ECONOMICI
(Best Practice secondo l'ANAC)**
- **AFFIDAMENTO PREVIA CONSULTAZIONE DI OPERATORI ECONOMICI
GARA INFORMALE / R.D.O. (applicazione dello schema dell'art. 36, co. 2, lett. b),
Codice)**
- **AFFIDAMENTO CON PROCEDURA ORDINARIA
PROCEDURA APERTA O RISTRETTA, ECC. (art. 36, comma 9)
RDO APERTA sul MePA
(Non trova applicazione il principio di rotazione)**

Affidamenti infra 40.000 euro

TAR Toscana, Firenze sez. II, 3/10/2018 n. 1235

1. La disciplina di cui all'art. 125, comma 11, ultimo periodo, del D.Lgs. n. 163 del 2006 configura, attraverso l'evocazione di un <affidamento diretto>, una enclave di affidamenti contrattuali che, in ragione del loro importo assai contenuto, non necessitano di un previo confronto comparativo tra più offerte, essendo attribuito al responsabile del procedimento il potere di procedere direttamente all'affidamento del servizio. Il significato proprio dell'affidamento diretto, come ambito contrapposto a quello del confronto comparativo necessario fra più offerte, è ora reso esplicito (dopo il Decreto Legislativo correttivo n. 57 del 2017) dall'art. 36, comma 2, lett. a), del D.Lgs. n. 50 del 2016, laddove si afferma che con riferimento ai contratti di importo inferiore ai 40.000 euro è possibile un "affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici"; si tratta infatti di esplicita enunciazione della circostanza che l'affidamento diretto ben può essere svincolato da una valutazione comparativa tra più offerte.

Affidamenti infra 40.000 euro

TAR Toscana, Firenze sez. II, 3/10/2018 n. 1235

2. Tali affidamenti, in ogni caso, non possono considerarsi del tutto esenti da sindacabilità, potendo nei loro confronti essere formulate censure di scorretto esercizio del potere amministrativo e di violazione di generali principi di trasparenza e imparzialità amministrativa.

3. Non assume rilevanza la circostanza che l'affidamento diretto sia avvenuto al di fuori delle ipotesi tassative previste dall'art. 57 del D.Lgs. n. 163 del 2006 (oggi dall'art. 63 del D.Lgs. n. 50 del 2016), per la procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando; infatti nella specie il ricorso ad una modalità di affidamento alternativa all'evidenza pubblica ordinaria è correlata non già al ricorrere di situazioni legittimanti speciali (come nella procedura negoziata senza bando ex art. 57 cit.), bensì al rientrare l'affidamento in un ambito di valore di minimo importo (secondo la previsione del richiamato art. 125, comma 11, ultimo periodo).

Affidamenti infra 40.000 euro

Deliberazione ANAC 17/10/2018 n. 899

OGGETTO: Istanza di parere per la soluzione delle controversie ex art. 211 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50/2016 presentata da Viarengo S.r.l./Comune di Castel Alfero. Affidamento diretto ex art. 36 co.2 lett. a) D.lgs.50/2016 della concessione del servizio di illuminazione votiva nei cimiteri comunali. Criterio di aggiudicazione: minor prezzo. Importo a base di gara: 5.500,0

Per i contratti di valore inferiore ai 40.000 è possibile procedere tramite affidamento diretto anche senza alcun confronto competitivo tra due o più imprese, purché la stazione appaltante adotti una determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti (art. 32, comma 2, e art. 36, comma 2, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016).

Affidamenti infra 40.000 euro

Deliberazione ANAC 17/10/2018 n. 899

Il Consiglio

VISTA l'istanza prot. n.3054 del 1 gennaio 2017 con cui la Viarengo S.r.l. chiedeva un parere sulla legittimità della procedura di gara segnalando che il Comune non aveva attinto alla piattaforma MEPA per effettuare la selezione; inoltre in violazione delle regole che presiedono l'affidamento diretto non aveva consultato un elenco di operatori accreditati, né svolto un'indagine di mercato previa pubblicazione di avviso pubblico; inoltre sottolineava che l'aggiudicazione sarebbe avvenuta sulla base della valutazione del ribasso più conveniente senza tener conto delle migliori proposte dalla Viarengo consistenti nell'automazione del cancello del cimitero per motivi di sicurezza;

VISTO l'avvio dell'istruttoria avvenuto in data 9 maggio 2017;

VISTE le memorie e la documentazione prodotte dalle parti;

VISTA in particolare la memoria con cui il Comune replica alle contestazioni sollevate dall'istante, affermando di essere stato costretto a rinunciare al ricorso al MEPA, data l'irreperibilità del servizio richiesto tra le categorie merceologiche ivi ricomprese;

segue

Affidamenti infra 40.000 euro

Deliberazione ANAC 17/10/2018 n. 899

CONSIDERATO che ai sensi dell'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - tutte le amministrazioni statali, centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a € 1.000 e inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sono oggi tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione;

Il Consiglio

RILEVATO che, nell'elenco delle categorie per gli acquisti in rete MEPA, non esiste la "concessione del servizio di illuminazione votiva" ma soltanto la "conduzione e manutenzione degli impianti di illuminazione votiva cimiteriale";

CONSIDERATO che come affermato da costante giurisprudenza **nel caso non siano reperibili i beni o i servizi necessitati, è possibile ricorrere alla procedura in economia al di fuori del mercato elettronico;**

segue

Affidamenti infra 40.000 euro

Deliberazione ANAC.17/10/2018 n. 899

CONSIDERATO che per contratti di valore inferiore ai 40.000 è possibile procedere tramite affidamento diretto anche senza alcun confronto competitivo tra due o più imprese, purché la stazione appaltante adotti una determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti (art. 32, comma 2, e art. 36, comma 2, lettera a), D.Lgs. n. 50/2016);

RITENUTO quindi che la stazione appaltante, nel caso di specie, correttamente ha seguito la strada dell'affidamento diretto e pur non avendo svolto un'indagine di mercato vera e propria ha comunque consultato più operatori;

RITENUTO inoltre che, come riferito dal Comune, atteso che l'ente appaltante avendo scelto di lasciare il cancello dotato di chiusura manuale e non automatica, legittimamente non abbia preso in considerazione la miglior offerta e abbia effettuato una valutazione secondo il criterio del minor prezzo, privilegiando il maggior ribasso;

Il Consiglio

ritiene, l'operato della stazione appaltante conforme alla disciplina normativa di settore.

Affidamenti infra 40.000 euro

Art. 31 (Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni)

8. Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, **direzione dell'esecuzione**, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, **ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a).**

Affidamenti infra 40.000 euro

LINEE GUIDA ANAC N. 4/2016

4. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro

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

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

4.1 L'avvio della procedura

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

Affidamenti infra 40.000 euro

LINEE GUIDA ANAC N. 4/2016

4.1.2 La procedura prende avvio con la **determina a contrarre** ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno,

- l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare,
- le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare,
- l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile,
- la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni,
- i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché
- le principali condizioni contrattuali.

Affidamenti infra 40.000 euro

LINEE GUIDA ANAC N. 4/2016

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

Art. 32. (Fasi delle procedure di affidamento)

2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. **Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a)**, la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato,

- l'oggetto dell'affidamento,
- l'importo,
- il fornitore,
- le ragioni della scelta del fornitore,
- il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

Affidamenti infra 40.000 euro

MOTIVAZIONE SINTETICA SULLA SCELTA DELLA PROCEDURA ART. 36, CO. 2, LETT. A)

Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016, n. 1329/2016

Appare, in definitiva, in ogni caso maggiormente equilibrato e congruo rispetto all'impianto della legge, scindendo i due momenti, **riservare alle stazioni appaltanti nel momento preventivo della determina a contrarre, e quindi della scelta della procedura, un onere motivazionale sintetico**, mentre trova giustamente spazio nella fase della scelta dell'aggiudicatario l'onere di dare dettagliata contezza del possesso da parte dell'operatore selezionato dei requisiti richiesti nella stessa determina a contrarre e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante è chiamata soddisfare.

ANAC – Linee guida n. 4/2016

4.1.2. La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la **procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni**, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.

Affidamenti infra 40.000 euro

MOTIVAZIONE DETTAGLIATA SULLA SCELTA DELL’AFFIDATARIO DIRETTO
(art. 32, co. 2, 2° periodo)

ANAC – Linee guida n. 4/2016

4.3 I criteri di selezione, la scelta del contraente e l’obbligo di motivazione

4.3.1 In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla Legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva adeguatamente in merito alla scelta dell’affidatario, dando dettagliatamente conto

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

Affidamenti infra 40.000 euro

MOTIVAZIONE DETTAGLIATA SULLA SCELTA DELL’AFFIDATARIO DIRETTO
(art. 32, co. 2, 2° periodo)

ANAC – Linee guida n. 4/2016

4.3 I criteri di selezione, la scelta del contraente e l’obbligo di motivazione

4.3.1 .. A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere

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

Si richiama quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7 in merito all’applicazione del principio di rotazione.

Affidamenti infra 40.000 euro

**MOTIVAZIONE DETTAGLIATA SULLA SCELTA DELL’AFFIDATARIO DIRETTO
(art. 32, co. 2, 2° periodo)**

ANAC – Linee guida n. 4/2016

4.3.2 Per **affidamenti di modico valore**, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione della scelta dell’affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell’atto equivalente redatti in modo semplificato.

Consultazione di più operatori economici

ANAC - Deliberazione 7/2/2019 n. 75

La semplificazione della procedura degli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro, introdotta dal D.Lgs. n. 56/2017 allo scopo di consentire alla stazione appaltante di agire in modo più snello e flessibile con aumentati margini di autonomia gestionale, non ha intaccato l’obbligo del rispetto dei principi di cui all’art. 30, comma 1, D.Lgs. n. 50/2016 (cfr. TAR Piemonte Torino 22 marzo 2018, n. 353), stante il chiaro tenore letterale del comma 1 dell’art. 36. Ciò implica che, in caso di consultazione di più operatori economici, i principi di libera concorrenza, non discriminazione e trasparenza impongono alla stazione appaltante di predefinire e rendere noti a tutti i soggetti interessati tramite l’atto iniziale della procedura, oltre alle caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l’importo massimo stimato dell’affidamento e i requisiti di partecipazione, anche i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte.

Consultazione di più operatori economici

ANAC - Deliberazione 7/2/2019 n. 75

2. La valutazione delle esperienze professionali, in assenza di criteri motivazionali predefiniti nell'avviso che stabiliscano sotto quali profili l'esperienza sarebbe stata vagliata, non può che essere condotta dalla commissione in modo arbitrario. Ne è dimostrazione il fatto che si è finito per dare rilevanza anche ad un aspetto quale il "numero di personale dedicato" che attiene precipuamente alla struttura organizzativa dell'operatore economico. Nel caso di specie, avendo deciso di non fare concorrere gli operatori sul prezzo (fissato in 10.000,00 euro), la stazione appaltante avrebbe dovuto individuare con chiarezza i criteri qualitativi sulla base dei quali gli operatori economici sarebbero stati chiamati a competere (fattispecie reattiva all'affidamento di un servizio di eliosoccorso di importo 10.000 euro).

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

➤ Linee guida n. 4/2016

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

➤ La determinazione a contrarre semplificata

Art. 32, comma 2: "Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti".

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

- La possibilità di prevedere sempre il criterio del prezzo più basso

Art. 95, comma 3: *“Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all’articolo 50, comma 1, **fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)**;*

Art. 95, comma 4: *“Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:*

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

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

- La deroga all’obbligo per l’operatore economici di indicare nell’offerta economica i costi della manodopera e della sicurezza e alla per la verifica da parte della stazione appaltante

Art. 95, comma 10: *“Nell’offerta economica l’operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l’adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro **ad esclusione** delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e **degli affidamenti ai sensi dell’articolo 36, comma 2, lettera a)**. Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell’aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all’articolo 97, comma 5, lettera d).”*

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

➤ La facoltatività della garanzia provvisoria e della garanzia definitiva

Linee guida n. 4/2016

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

Art. 93 (Garanzie per la partecipazione alla procedura)

1. L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2% del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. **Nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie di cui al presente articolo.**

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

➤ La facoltatività della garanzia provvisoria e della garanzia definitiva

Linee guida n. 4/2016

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

Art. 103 (Garanzia definitiva)

11. E' facoltà dell'amministrazione in casi specifici **non richiedere una garanzia**

- per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), nonché
- per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché
- per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati.

L'esonerazione dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivata ed è subordinata ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

➤ ANAC – FAQ Procedure sotto-soglia

4. Nei casi previsti dall'articolo 103, comma 11, primo periodo del Codice dei contratti pubblici, allorché la stazione appaltante opti per esonerare l'affidatario dall'obbligo di presentare la garanzia definitiva, è necessario prevedere un miglioramento del prezzo di aggiudicazione ?

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

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

Deliberazione A.N.AC. 27/2/2019 n. 140

➤ CONSIDERATO che l'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici nel definire i casi in cui la stazione appaltante può non richiedere la garanzia definitiva non fa riferimento ad una soglia di importo ma a tipologie specifiche di appalti, tra cui, in primis, quella degli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, ossia degli «affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro» affidati «mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici», per i quali è, quindi, richiesta la doppia condizione di importo inferiore a 40.000 euro e di affidamento diretto

➤ CONSIDERATO che anche l'articolo 93, comma 1, ultimo periodo, del Codice dei contratti pubblici richiama gli appalti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante affidamento diretto;

CHIARISCE

che nei casi di contratti di importo inferiore a 40.000 euro assegnati mediante procedure diverse dall'affidamento diretto, le stazioni appaltanti sono tenute a richiedere la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, comma 1, ultimo periodo e la garanzia definitiva di cui all'articolo 103, comma 11, del Codice dei contratti pubblici.

Semplificazioni per gli affidamenti infra 40.000 euro

➤ La deroga allo stand-still

Art. 32, comma 10, lett. b): il termine dilatorio di trentacinque giorni per la stipula del contratto non si applica nel caso di affidamenti effettuati ai sensi **dell'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)**.

➤ La stipulazione del contratto semplificata

Art. 32, comma 14: "In caso di procedura negoziata ovvero **per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro** mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri".

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.2 **Per lavori, servizi e forniture di importo fino a 5.000,00 euro**, in caso di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base

- di un'apposita **autocertificazione acquisita dall'operatore economico**, in applicazione del DPR n. 445/00, **anche** secondo il modello del documento di gara unico europeo, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice e speciale, se previsti.

In tal caso la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto, da effettuarsi nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici,

- alla **consultazione del casellario ANAC**,
- alla **verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC)**,
- nonché della **sussistenza dei requisiti speciali** ove previsti
- e delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per **l'esercizio di particolari professioni**
- o **dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività** (ad esempio ex articolo 1, comma 52, Legge n. 190/2012).

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

3. Con riguardo agli affidamenti diretti, nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a, del Codice dei contratti pubblici, si rivolgono alcuni quesiti in merito all'utilizzo del documento di gara unico europeo (DGUE) nella dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali e speciali da parte dell'operatore economico affidatario:

- a far data dal 18 aprile 2018 per gli acquisti fino a 5.000 euro è necessario comunque il ricorso al DGUE, o è possibile utilizzare l'autocertificazione ordinaria, come consentito dalle Linee guida ANAC n. 4?
- anche negli acquisti di modesto importo è doverosa l'acquisizione del DGUE ovvero dell'autocertificazione ordinaria?
- il DGUE deve necessariamente riportare gli estremi del CIG ovvero può essere utilizzato per più procedure di affidamento, e in tal caso per quale lasso temporale?
- qual è la validità temporale dell'autocertificazione ordinaria?

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

Dal 18 aprile 2018, ai sensi dell'articolo 85, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, il DGUE deve essere utilizzato esclusivamente in formato elettronico, e non più cartaceo, come indicato anche nel comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti pubblicato il 30 marzo 2018.

In caso di affidamento diretto **per importo fino a 5.000 euro**, secondo quanto previsto dal paragrafo 4.2.2 delle Linee guida ANAC n. 4, recanti la disciplina degli affidamenti sotto soglia, le stazioni possono acquisire, indifferentemente, il DGUE oppure un'autocertificazione ordinaria, nelle forme del DPR 28 dicembre 2000, n.445.

Per gli affidamenti diretti di **importo fino a 20.000 euro**, ai sensi del par. 4.2.3 delle citate Linee guida, è necessario acquisire il DGUE.

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

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC – FAQ PROCEDURE SOTTO-SOGLIA

Ai sensi dell'articolo 85, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, **il DGUE può essere riutilizzato per successive procedure di affidamento**, a condizione che gli operatori economici confermino la perdurante validità delle precedenti attestazioni.

In tale dichiarazione l'operatore economico include l'indicazione del nuovo CIG, se disponibile (v. par. 5 delle Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari, di cui alla Delibera n. 556 del 31 maggio 2017), per la diversa procedura alla quale intende partecipare.

Analoga operazione potrà essere adottata in caso di utilizzo dell'autocertificazione ordinaria.

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.2 ... Il contratto deve in ogni caso contenere espresse, **specifiche clausole**, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti:

- la risoluzione dello stesso
- ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta;
- l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta;
- o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto.

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.2 ... Sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto di cui al presente paragrafo, **le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare idonei controlli** ai sensi dell'articolo 71, comma 1, del DPR 28 dicembre 2000, n. 445; a tal fine le stesse si dotano di apposito **regolamento**, od altro atto equivalente, nel quale sono definite

- una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati,
- nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.3 Per lavori, servizi e forniture di importo **superiore a 5.000,00 euro e non superiore a 20.000,00 euro**, in caso di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base

- di un'apposita **autodichiarazione** resa dall'operatore economico ai sensi e per gli effetti del DPR n. 445/2000 **secondo il modello del documento di gara unico europeo**, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti.

In tal caso la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto da effettuarsi nelle forme di cui all'art.32, co. 14, del Codice dei contratti pubblici,

- alla consultazione del casellario ANAC,
- alla **verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80**, commi 1, [*assenza condanne per reati gravi*], 4 [*regolarità fiscale e contributiva*] e 5, lettera b), [*assenza procedura fallimentari*] del Codice dei contratti pubblici
- e dei **requisiti speciali** ove previsti,
- nonché delle **condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni**
- **dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività** (ad esempio ex articolo 1, comma 52, Legge n. 190/2012).

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.3 Il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti:

- la risoluzione dello stesso
- ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta;
- l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta
- o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto.

Sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto di cui al presente paragrafo, le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare idonei controlli ai sensi dell'art. 71, co. 1, del DPR 28 dicembre 2000, n. 445; a tal fine le stesse si dotano di apposito regolamento, od altro atto equivalente, nel quale sono definite una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

Verifica dei requisiti negli affidamenti diretti

ANAC - Aggiornamento Linee guida n. 4

4.2.4 Per **importi superiori a 20.000,00 euro**, nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante, prima di stipulare il contratto, nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici,

- procede alle **verifiche del possesso dei requisiti** di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici
- e di quelli speciali, se previsti,
- nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni
- o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. articolo 1, comma 52, Legge n. 190/2012).

Decreto «Semplificazione»

Ultime novità

DECRETO-LEGGE 14 dicembre 2018, n. 135

Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione (GU Serie Generale n.290 del 14-12-2018)

Entrata in vigore del provvedimento: 15/12/2018

- Rispetto al testo iniziale sono state espunte le numerose modifiche agli artt. 23, 36, 95, 105, 113, 174 del Codice
- E' stata confermata solo la modifica all'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice
- Comunicato del Governo sul D.L. semplificazione «Tra le principali misure, si prevede: Disposizioni in materia di contratti pubblici volte ad assicurare la piena coerenza delle norme interne in tema di partecipazione alle gare con il contesto europeo, garantendo la piena tutela delle stazioni appaltanti in caso di gravi illeciti professionali o carenze nell'esecuzione di precedenti contratti»
- Relazione illustrativa: «Le modifiche relative al grave illecito professionale, sono tese ad allineare il testo dell'articolo 80, co. 5, lett. c), del Codice alla Direttiva comunitaria 2014/24/UE, articolo 57, par. 4, che considera in maniera autonoma le quattro fattispecie di esclusione indicate erroneamente, a titolo esemplificativo, nell'attuale lett. c) dell'articolo 80, co. 5, del Codice...»

Ultime novità

Art. 80 D.Lgs. n. 50/2016 (Versione previgente)

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

(...)

c) la stazione appaltante dimostri con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di gravi illeciti professionali, tali da rendere dubbia la sua integrità o affidabilità. Tra questi rientrano: le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione anticipata, non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio, ovvero hanno dato luogo ad una condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni; il tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio; il fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione ovvero l'omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

Ultime novità

Direttiva 2014/24/UE

Articolo 57 - Motivi di esclusione

4. Le amministrazioni aggiudicatrici possono escludere, oppure gli Stati membri possono chiedere alle amministrazioni aggiudicatrici di escludere dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni:

(...)

➤ c) se l'amministrazione aggiudicatrice può dimostrare con mezzi adeguati che l'operatore economico si è reso colpevole di **gravi illeciti professionali**, il che rende dubbia la sua integrità;

(...)

➤ g) se l'operatore economico ha evidenziato **significative o persistenti carenze nell'esecuzione** di un requisito sostanziale nel quadro di un precedente contratto di appalto pubblico, di un precedente contratto di appalto con un ente aggiudicatore o di un precedente contratto di concessione che hanno causato la cessazione anticipata di tale contratto precedente, un risarcimento danni o altre sanzioni comparabili;

(...)

➤ i) se l'operatore economico ha tentato di **influenzare indebitamente il procedimento decisionale** dell'amministrazione aggiudicatrice, ha tentato di ottenere informazioni confidenziali che possono conferirgli vantaggi indebiti rispetto alla procedura di aggiudicazione dell'appalto, oppure ha fornito per negligenza informazioni fuorvianti che possono avere un'influenza notevole sulle decisioni riguardanti l'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione.

Ultime novità

DECRETO-LEGGE 14 dicembre 2018, n. 135

Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione

Art. 5 Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria

1. All'articolo 80, comma 5, del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, la lettera c) è sostituita dalle seguenti:

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

c-bis) l'operatore economico abbia **tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale** della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione;

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

Ultime novità

Nuova formulazione della lett. c)

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

- L'ampia formulazione della disposizione in esame conferma l'interpretazione estensiva della stessa, diretta ad attribuire rilevanza escludente a numerose situazioni che interessano le imprese, come ad esempio le condotte anticoncorrenziali o di rilevanza penale, anche se non ricomprese nell'art. 80 e non definitivamente accertate.
- Sparisce, invece, dalla nuova norma sui requisiti di ordine generale la successiva elencazione di illeciti professionali, avente carattere meramente esemplificativo e non tassativo e introdotta dall'inciso "tra questi rientrano". Le ipotesi originariamente contenute nell'elenco sono ora disciplinate come autonomi motivi di esclusione dall'art. 80.
- Sul punto si possono ancora ritenere applicabili le indicazioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 6

Ultime novità

Nuova formulazione della lett. c-bis)

«c-bis) l'operatore economico abbia tentato di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a fini di proprio vantaggio oppure abbia fornito, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione, ovvero abbia omesso le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento della procedura di selezione».

- Sul punto si possono ancora ritenere applicabili le indicazioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 6

Ultime novità

Novità rilevante nella nuova formulazione della lett. c-ter)

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

- **Soppressione dell'inciso "non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio"** riferito alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto per carenze evidenziate nella fase di relativa esecuzione.
- Tale precisazione, non presente nella corrispondente disciplina europea, ha infatti dato luogo a numerose difficoltà interpretative laddove subordinava l'esclusione dell'impresa, colpevole di gravi illeciti professionali, alla circostanza che la risoluzione contrattuale non fosse *sub iudice* o, alla circostanza che il relativo giudizio si fosse concluso con la soccombenza dell'appaltatore.

Ultime novità

Novità rilevante nella nuova formulazione della lett. c-ter)

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

- La modifica apportata dal Decreto, elimina dunque il riferimento all'insussistenza di un contenzioso pendente relativo alla risoluzione, **finendo tuttavia per attribuire rilevanza escludente anche a risoluzioni contrattuali, per ipotesi, illecite o illegittime, riducendo indubbiamente le garanzie a tutela degli operatori economici.**
- L'unica forma di tutela in tal senso è costituita dall'inserimento dell'obbligo di motivazione della stazione appaltante rispetto **"al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"**, che tuttavia non contempla tra gli elementi oggetto di ponderazione **le eventuali contestazioni che l'operatore economico abbia mosso avverso il provvedimento di risoluzione**

Ultime novità

DECRETO-LEGGE 14 dicembre 2018, n. 135

Disposizioni urgenti in materia di sostegno e semplificazione per le imprese e per la pubblica amministrazione

Art. 5 Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici sotto soglia comunitaria

2. Le disposizioni di cui al comma 1 si applicano alle procedure i cui bandi o avvisi, con i quali si indicano le gare, sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del presente decreto, nonche', in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure in cui, alla medesima data, non sono ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

- Bandi pubblicati dal 15 dicembre 2018
- Lettere di invito o RDO inviate dal 15 dicembre 2018
- **Necessità di aggiornare il DGUE per le nuove procedure**
- Si attende l'aggiornamento delle Linee guida ANAC n. 6

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.1 Rilevano quali cause di esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c), del Codice **gli illeciti professionali gravi accertati con provvedimento esecutivo**, tali da rendere dubbia l'integrità del concorrente, intesa come moralità professionale, o la sua affidabilità, intesa come reale capacità tecnico professionale, nello svolgimento dell'attività oggetto di affidamento. Al ricorrere dei presupposti di cui al periodo precedente, **gli illeciti professionali gravi rilevano ai fini dell'esclusione dalle gare a prescindere dalla natura civile, penale o amministrativa dell'illecito.**

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

3.1 I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico **o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice.**

Ultime novità

TRGA Bolzano, 22 gennaio 2019, n. 1

Il Collegio ritiene che i motivi di esclusione previsti dal comma 5 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016, siano da riferirsi **esclusivamente all'operatore economico che partecipa alla gara, o al suo subappaltatore**, come espressamente stabilito dalla stessa norma. (..) Il Collegio è consapevole che le Linee guida dell'ANAC, adottate dall'Autorità in esecuzione di quanto previsto dal comma 13 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50 del 2016 e s.m., hanno precisato, con riferimento specifico al comma 5, lett. c), dell'art. 80, che *"i gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3, del Codice"* (Linee guida n. 6 approvate con Deliberazione del Consiglio dell'Autorità n. 1293 del 16 novembre 2016, da ultimo aggiornate con Deliberazione n. 1008 dell'11 ottobre 2017 - cfr. doc. 19 della ricorrente).

Ultime novità

TRGA Bolzano, 22 gennaio 2019, n. 1

Va rilevato, tuttavia, che **le dette Linee guida non hanno natura vincolante**, come sottolineato dal Consiglio di Stato nel Parere n. 2296/2016, reso il 3 novembre 2016 dall'Adunanza della Commissione speciale: *"Avuto riguardo alla tipologia di linee guida previste dal citato art. 80, co. 13, è da ritenere che quelle ivi previste appartengano al novero di quelle a carattere non vincolante, che hanno una funzione promozionale di buone prassi da parte delle stazioni appaltanti"* (nello stesso senso, cfr. anche Consiglio di Stato, Sez. V, 2 marzo 2018, n. 1299). Il riferimento contenuto nelle Linee guida ai soggetti individuati dal comma 3 dell'art. 80 del D.Lgs. n. 50/2016 si pone, a giudizio del Collegio, **in contrasto non solo con il comma 5 dell'art. 80, ma anche con il dettato dello stesso comma 3, che si riferisce testualmente alle sole ipotesi tassative di esclusione previste ai commi 1 e 2 dell'art. 80**. E tale disposizione non può essere oggetto di interpretazioni estensive o analogiche, come affermato di recente anche dal TAR Lombardia: *"Né può condividersi l'interpretazione estensiva della previsione di cui all'art. 80, co. 3, D.Lgs. n. 50/2016 delineata dall'ANAC nelle Linee guida n. 6/2016 ed accolta dall'Amministrazione comunale in quanto si pone in netto contrasto con la lettera della norma, la quale delimita chiaramente il proprio ambito di operatività alle sole ipotesi di cui ai commi 1 e 2 dello stesso articolo e non trova, pertanto, applicazione nelle ipotesi di cui al comma 5"* (Milano, Sez. I, 29 gennaio 2018, n. 250).

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

3.2 Con riferimento ai gravi illeciti commessi dai subappaltatori si ritiene che quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, **è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti** e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.

- Nuova posizione dell'ANAC rispetto ai bandi-tipo

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

- **Rilevano ai fini della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c) (N.d.a.)**

2.2. In particolare, rilevano - salvo che le stesse configurino altra causa ostativa che comporti l'automatica esclusione dalla procedura di affidamento ai sensi dell'art. 80 del Codice - **le condanne non definitive per i reati di cui all'art. 80, co. 1,** nonché i **seguenti reati:**

- abusivo esercizio di una professione;
- Reati fallimentari (bancafallimento semplice e bancafallimento fraudolento, omessa dichiarazione di beni da comprendere nell'inventario fallimentare, ricorso abusivo al credito);
- reati tributari ex D.Lgs. n. 74/2000, i reati societari, i delitti contro l'industria e il commercio;
- reati urbanistici di cui all'art. 44, comma 1, lettere b) e c), del Testo Unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (DPR 6 giugno 2001, n. 380), con riferimento agli affidamenti aventi ad oggetto lavori o servizi di architettura e ingegneria;
- reati previsti dal D.Lgs. n. 231/2001.

Rileva, altresì, quale illecito professionale grave, che la stazione appaltante deve valutare ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. c) del codice, la **condanna non definitiva per taluno dei reati di cui agli artt. 353, 353 bis, 354, 355 e 356 c.p.,** fermo restando che le condanne definitive per tali delitti costituiscono motivo di automatica esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 1, lett. b), del Codice.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.1 Significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto

➤ *Rilevano ai fini della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c-ter) (N.d.a.)*

Indicazioni non più applicabili dopo la novella del D.L. n. 135/2018

2.2.1.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1 la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i **comportamenti gravi e significativi riscontrati nell'esecuzione di precedenti contratti, anche stipulati con altre amministrazioni**, che abbiano comportato, alternativamente o cumulativamente:

- a) la risoluzione anticipata non contestata in giudizio, ovvero confermata con provvedimento esecutivo all'esito di un giudizio;
- b) la condanna al risarcimento del danno, sanzioni o penali derivanti da inadempienze particolarmente gravi o la cui ripetizione sia indice di una persistente carenza professionale.

Ultime novità

Novità rilevante nella nuova formulazione della lett. c-ter)

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

- **Soppressione dell'inciso "non contestata in giudizio, ovvero confermata all'esito di un giudizio"** riferito alla risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto per carenze evidenziate nella fase di relativa esecuzione.
- Tale precisazione, non presente nella corrispondente disciplina europea, ha infatti dato luogo a numerose difficoltà interpretative laddove subordinava l'esclusione dell'impresa, colpevole di gravi illeciti professionali, alla circostanza che la risoluzione contrattuale non fosse *sub iudice* o, alla circostanza che il relativo giudizio si fosse concluso con la soccombenza dell'appaltatore.

Ultime novità

Novità rilevante nella nuova formulazione della lett. c-ter)

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

- La modifica apportata dal Decreto, elimina dunque il riferimento all'insussistenza di un contenzioso pendente relativo alla risoluzione, **finendo tuttavia per attribuire rilevanza escludente anche a risoluzioni contrattuali, per ipotesi, illecite o illegittime, riducendo indubbiamente le garanzie a tutela degli operatori economici.**
- L'unica forma di tutela in tal senso è costituita dall'inserimento dell'obbligo di motivazione della stazione appaltante rispetto **"al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa"**, che tuttavia non contempla tra gli elementi oggetto di ponderazione **le eventuali contestazioni che l'operatore economico abbia mosso avverso il provvedimento di risoluzione**

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.1.2 In particolare, assumono rilevanza:

1. l'inadempimento di una o più obbligazioni contrattualmente assunte;
2. le carenze del prodotto o servizio fornito che lo rendono inutilizzabile per lo scopo previsto;
3. l'adozione di comportamenti scorretti;
4. il ritardo nell'adempimento;
5. l'errore professionale nell'esecuzione della prestazione;
6. l'aver indotto in errore l'amministrazione circa la fortuità dell'evento che dà luogo al ripristino dell'opera danneggiata per caso fortuito interamente a spese dell'amministrazione stessa;
7. nei contratti misti di progettazione ed esecuzione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile all'esecutore che ha determinato una modifica o variante ai sensi dell'art. 106, comma 2, del Codice, o della previgente disciplina (art. 132 D.Lgs. n. 163/2006);
8. negli appalti di progettazione o concorsi di progettazione, qualunque omissione o errore di progettazione imputabile al progettista, che ha determinato, nel successivo appalto di lavori, una modifica o variante, ai sensi dell'art. 106 del Codice, o della previgente disciplina (art. 132 D.Lgs. n. 163/2006).

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.1.3 Tali circostanze **non determinano di per sé l'esclusione** ai sensi dell'art. 80, comma 5, del Codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare.

2.2.1.4 L'amministrazione è **tenuta a motivare il provvedimento** con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico, alla gravità della fattispecie e alla connessione tra la condotta valutata e l'oggetto del contratto da affidare.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara *Rilevano ai fini della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c-bis) (N.d.a.)*

2.1.2.1. Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente, i comportamenti idonei ad alterare illecitamente la par condicio tra i concorrenti oppure in qualsiasi modo finalizzati al soddisfacimento illecito di interessi personali in danno dell'Amministrazione aggiudicatrice o di altri partecipanti, posti in essere, volontariamente e consapevolmente dal concorrente.

2.1.2.2. Rilevano:

1. quanto all'ipotesi legale del «**tentativo di influenzare indebitamente il processo decisionale della stazione appaltante**», gli atti idonei diretti in modo non equivoco a influenzare le decisioni della stazione appaltante in ordine:

- 1.1 alla valutazione del possesso dei requisiti di partecipazione;
- 1.2 all'adozione di provvedimenti di esclusione;
- 1.3 all'attribuzione dei punteggi.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.2 Gravi illeciti professionali posti in essere nello svolgimento della procedura di gara Rilevano ai fini della fattispecie di cui all'art. 80, co. 5, lett. c-bis) (N.d.a.)

2. quanto all'ipotesi legale del «tentativo di ottenere informazioni riservate ai fini di proprio vantaggio» i comportamenti volti a ottenere informazioni in ordine:

- 2.1 al nominativo degli altri concorrenti;
- 2.2 al contenuto delle offerte presentate.

Acquista, inoltre, rilevanza, al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la previsione di accordi con altri operatori economici intesi a falsare la concorrenza oggettivamente e specificamente idonei a incidere sulla regolarità della procedura e debitamente documentati.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.1.2.3. Quanto alle ipotesi legali del «fornire, anche per negligenza, informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare le decisioni sull'esclusione, la selezione o l'aggiudicazione» e dell'«omettere le informazioni dovute ai fini del corretto svolgimento delle procedure di selezione», rilevano i comportamenti che integrino i presupposti di cui al punto 2.1 posti in essere dal concorrente con dolo o colpa grave volti a ingenerare, nell'Amministrazione, un convincimento erroneo su una circostanza rilevante ai fini della partecipazione o dell'attribuzione del punteggio. La valutazione della sussistenza della gravità della colpa deve essere effettuata tenendo in considerazione la rilevanza o la gravità dei fatti oggetto della dichiarazione omessa, fuorviante o falsa e il parametro della colpa professionale. Fermo restando che in caso di presentazione di documentazione o dichiarazioni non veritiere nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalto si applica l'art. 80, co. 1, lett. f-bis) del Codice, rientrano nella fattispecie, a titolo esemplificativo:

1. la presentazione di informazioni fuorvianti in ordine al possesso dei requisiti di partecipazione o ad altre circostanze rilevanti ai fini della gara;
2. la presentazione di informazioni false relative a circostanze diverse dal possesso dei requisiti generali o speciali di partecipazione;
3. l'omissione di informazioni in ordine alla carenza, sopravvenuta rispetto al momento in cui è stata presentata la domanda, di requisiti o elementi non specificatamente richiesti dal bando di gara ai fini della partecipazione, ma indicati dall'offerente per conseguire un punteggio ulteriore o per fornire le spiegazioni richieste dalla stazione appaltante nel caso in cui l'offerta appaia anormalmente bassa.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.1.2.4. Assumono rilevanza, altresì, tutti i comportamenti contrari ai doveri di leale collaborazione che abbiano comportato la mancata sottoscrizione del contratto per fatto doloso o gravemente colposo dell'affidatario e la conseguente escussione della garanzia prevista dall'art. 93 del Codice.

2.1.2.5. Tali circostanze **non determinano di per sé l'esclusione** ai sensi dell'art. 80 comma 5 del codice che può invece essere disposta solo quando il comportamento illecito incida in concreto sull'integrità o sull'affidabilità dell'operatore economico in considerazione della specifica attività che lo stesso è chiamato a svolgere in esecuzione del contratto da affidare.

2.1.2.6. L'amministrazione è **tenuta a motivare il provvedimento** con specifico riferimento alle ragioni che l'hanno condotta alla valutazione di inaffidabilità dell'operatore economico e alla gravità della fattispecie.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

2.2.3 Altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico

➤ **Rilevano ai fini della fattispecie di cui all'art. 80, c.5, lett. c) (N.d.a.)**

2.2.3.1 Al ricorrere dei presupposti di cui al punto 2.1, la stazione appaltante deve valutare, ai fini dell'eventuale esclusione del concorrente:

1. i **provvedimenti definitivi dell'Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato** di condanna per pratiche commerciali scorrette o per illeciti antitrust gravi aventi effetti sulla contrattualistica pubblica e posti in essere nel medesimo mercato oggetto del contratto da affidare.

2. i **provvedimenti sanzionatori definitivi comminati dall'ANAC ai sensi dell'art. 213**, comma 13, del codice e **iscritti nel Casellario dell'Autorità** nei confronti degli operatori economici che abbiano rifiutato od omesso, senza giustificato motivo, di fornire informazioni o documenti richiesti dall'Autorità o che non abbiano ottemperato alla richiesta della stazione appaltante di comprovare i requisiti di partecipazione o che, a fronte di una richiesta di informazione o di esibizione di documenti da parte dell'Autorità, abbiano fornito informazioni o documenti non veritieri.

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

III. Ambito soggettivo

3.1 I gravi illeciti professionali assumono rilevanza ai fini dell'esclusione dalla gara quando sono riferiti direttamente all'operatore economico o ai soggetti individuati dall'art. 80, comma 3 e comma 5, del Codice.

3.2 Con riferimento ai gravi illeciti commessi dai **subappaltatori** si ritiene che quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, **è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni.**

IV. Obblighi di comunicazione

4.1 La sussistenza delle cause di esclusione individuate dall'art. 80 nonché dei mezzi di prova specificatamente indicati nelle presenti Linee guida deve essere autocertificata dagli operatori economici mediante utilizzo del DGUE.

4.2 La stazione appaltante che venga a conoscenza della sussistenza di una **causa ostativa non inserita nel casellario informatico** ne tiene conto ai fini delle valutazioni di competenza, **previe idonee verifiche dei fatti.**

Ultime novità

ANAC – Linee guida n. 6 (Testo bozza di revisione)

VI. I procedimenti di valutazione dei gravi illeciti professionali

5.1 L'esclusione dalla gara ai sensi dell'art. 80, comma 5, lettera c) deve essere disposta all'esito di un **procedimento in contraddittorio** con l'operatore economico interessato all'esito di una **valutazione che operi un apprezzamento complessivo del candidato in relazione alla specifica prestazione affidata.**

5.2 Gli organismi di attestazione, ai fini delle valutazioni di competenza ai sensi dell'art. 84, comma 4, lett. a) del codice, accertano, mediante consultazione del casellario informatico, la presenza di gravi illeciti professionali imputabili all'impresa e valutano l'idoneità delle condotte ad incidere sull'integrità e/o sulla moralità della stessa in relazione alla qualificazione richiesta. Valutano, altresì, l'idoneità delle misure di self-cleaning eventualmente adottate dall'impresa a dimostrare la sua integrità e affidabilità nell'esecuzione di affidamenti nelle categorie e classifiche di qualificazione richieste, nonostante l'esistenza di una pertinente causa ostativa.

Decreto «Sicurezza»

Ultime novità

Legge 1/12/2018 n. 132

Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata. Delega al Governo in materia di riordino dei ruoli e delle carriere del personale delle Forze di polizia e delle Forze armate

Art. 25 Sanzioni in materia di subappalti illeciti

1. All'articolo 21, comma 1, della Legge 13 settembre 1982, n. 646, sono apportate le seguenti modificazioni:

- a) al primo periodo, le parole «l'arresto da sei mesi ad un anno e con l'ammenda» sono sostituite dalle seguenti: «la reclusione da uno a cinque anni e con la multa»;
- b) al secondo periodo, le parole «dell'arresto da sei mesi ad un anno e dell'ammenda» sono sostituite dalle seguenti: «della reclusione da uno a cinque anni e della multa».

Ultime novità

Legge 1/12/2018 n. 132

➤ Inasprimento sanzioni per i subappalti non autorizzati

Per “chiunque, avendo in appalto opere riguardanti la Pubblica Amministrazione, concede anche di fatto, in subappalto o a cottimo, in tutto o in parte le opere stesse senza l’autorizzazione dell’autorità competente”, la sanzione passa “dall’arresto da sei mesi ad un anno e con l’ammenda non inferiore ad un terzo del valore dell’opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell’opera ricevuta in appalto”, alla **“reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore ad un terzo del valore dell’opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell’opera ricevuta in appalto”**.

Nei confronti del subappaltatore e dell’affidatario del cottimo la sanzione passa dall’arresto da sei mesi ad un anno e dell’ammenda pari ad un terzo del valore dell’opera ricevuta in subappalto o in cottimo”, alla **reclusione da uno a cinque anni e della multa pari ad un terzo del valore dell’opera ricevuta in subappalto o in cottimo**.

Massima attenzione quindi alla verifica dei presupposti per l’autorizzazione del subappalto.

Ultime novità

Legge 1/12/2018 n. 132

➤ Inasprimento sanzioni per i subappalti non autorizzati

Il comma unico dell’articolo 25 del Decreto-Legge **trasforma i reati in questione da contravvenzioni in delitti**, puniti con la pena della reclusione da uno a cinque anni e con la multa non inferiore a un terzo del valore dell’opera concessa in subappalto o a cottimo e non superiore ad un terzo del valore complessivo dell’opera ricevuta in sub-appalto.

In proposito è opportuno rilevare che la trasformazione in delitto - in mancanza di una espressa previsione - **comporta l’esclusione della punibilità delle ipotesi colpose**. Si tratta di una conseguenza di non poco conto soprattutto per gli effetti inter-temporali della trasformazione: in altri termini in sede applicativa si dovrà chiarire se i fatti colposi commessi ante Decreto-Legge restino punibili alla luce della previgente fattispecie contravvenzionale oppure la restrizione dell’area della rilevanza penale alle sole ipotesi dolose, conseguente alla trasformazione del reato da contravvenzione a delitto, si riverberi anche ai fatti antecedenti alla modifica normativa. del predetto imputato integrerebbe quella colpa idonea a configurare il reato.

Con riguardo alle ipotesi colpose si segnala Corte d’appello di Milano, Sentenza 18 febbraio 2005, con la quale il giudice meneghino ha ritenuto integrato il reato a titolo di colpa, in quanto il subappaltatore, nel dare inizio ai lavori, avrebbe comunque dovuto accertarsi di essere stato regolarmente autorizzato dall’autorità competente o comunque, nel caso dell’invocata autorizzazione, perfezionata con il c.d. "silenzio assenso", accertarsi che la procedura posta in essere dalla stazione appaltante fosse corretta; **l’omissione di qualsivoglia controllo integrerebbe quella colpa idonea a configurare il reato**

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

Art. 105, comma 3:

«Le seguenti categorie di forniture o servizi, per le loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto:

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

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

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

ANAC - Rassegna massime in materia di subappalto 2017-2018

2.2. Affidamenti a lavoratori autonomi.

Sempre restando sul piano della delimitazione dell'istituto da altre fattispecie, con Pareri n. 246 dell'8 marzo 2017 e n. 256 del 7 marzo 2018 l'Autorità ha sottolineato che l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o a progetto (nei casi in esame si trattava, rispettivamente, di affidamento di attività di recapito nell'ambito di un servizio di riscossione e di raccolta dei manifesti pubblicitari a supporto di un servizio di affissione pubblica comunale), in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale **contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa**. Tale orientamento, già fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943), trova conferma anche nell'art. 105, comma 3, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016.

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

c-bis) **le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto.**

- L'affidatario di un contratto pubblico può far eseguire a terzi parte delle prestazioni oggetto dell'appalto, senza che ciò costituisca subappalto, a condizione che prima di sottoscrivere il contratto d'appalto, o tutt'al più contestualmente alla sottoscrizione di quest'ultimo, depositi i contratti con i quali, prima dell'indizione della gara, abbia affidato a tali terzi l'esecuzione di tali prestazioni.
- Nella norma non sono peraltro indicati i limiti (quantitativi e qualitativi) alla possibilità di esternalizzare a terzi prestazioni di servizi e forniture senza configurare un subappalto soggetto alle limitazioni dell'art. 105

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

TAR Emilia Romagna, 20 giugno 2018, n. 514

- Nell'appalto per il servizio di ritiro, trasferimento nello stabilimento di lavorazione, trasformazione del plasma prodotto dalle strutture trasfusionali delle regioni, è stato ritenuto ammissibile che in gara un concorrente dichiarasse di utilizzare il contratto continuativo di cooperazione per demandare a piccoli autotrasportatori, proprietari del veicolo che conducono in proprio la raccolta del plasma presso i centri e la distribuzione dei farmaci ottenuti dalla lavorazione del plasma.
- In tal caso, secondo i giudici amministrativi, il predetto contratto - sempre che ricorrano i presupposti previsti dal richiamato art. 105, ossia che il predetto contratto sia stato sottoscritto in epoca antecedente all'indizione della procedura di gara - non costituisce subappalto.

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

TAR Lombardia, Milano, 28 maggio 2018, n. 1366.

Per la fornitura di ambulanze da soccorso, comprensiva di manutenzione ed assistenza per numero Y di anni, i giudici amministrativi hanno ritenuto che l'affidamento a terzi dell'esecuzione di parte delle prestazioni contrattuali, relative all'assistenza meccanica sugli allestimenti e sulle attrezzature delle ambulanze, potesse legittimamente essere ricondotta alla fattispecie di cui al comma 3-bis dell'art. 105 del Codice dei contratti pubblici e pertanto non costituire subappalto. Per tale ragione – osserva la medesima giurisprudenza - il concorrente non era tenuto a indicare tali contratti in sede di gara.

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

TAR Sicilia Palermo sez. III 6/12/2018 n. 2583

1. La disciplina contenuta nell'art. 105, co. 3, lett. c-bis) del D.Lgs n. 50/2016 deve essere adeguatamente interpretata alla luce del centrale e fondante principio, valevole in materia di appalti pubblici, in ragione del quale le attività oggetto di appalto devono, in linea di principio, essere eseguite dal soggetto che risulta aggiudicatario delle stesse, con le eccezioni, e le correlate cautele, espressamente previste per legge. **Tali prestazioni, in particolare, devono essere limitate ad attività sussidiarie e secondarie rispetto a quelle propriamente rientranti nell'oggetto dell'appalto;** diversamente opinando sarebbe talmente vistosa la deviazione rispetto al principio di personalità nell'esecuzione dell'appalto, in assenza di alcuna forma di tutela degli interessi pubblici immanenti nell'aggiudicazione ed esecuzione di un appalto.

2. Per potersi avvalere delle prestazioni rese da terzi, ai sensi della lett. c-bis, co. 3, dell'art. 105 del D.Lgs n. 50/2016, il concorrente in fase di gara non è tenuto a provare la sussistenza di tale rapporto (la norma prevede espressamente che vadano verificati al momento della stipula del contratto), **ma deve quanto meno dichiararne l'esistenza non essendo sufficiente una mera dichiarazione ad accordi che dovranno essere stipulati.**

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

ANAC – Linee guida n. 1/2017

- Altro caso di applicazione dell'art. 105, co. 3, lett. c-bis) è quello relativo alla redazione della relazione geologica, quando questa sia predisposta da un professionista diverso dall'affidatario dell'incarico di progettazione.
- E' ben noto, infatti, che le relazioni geologiche non possono costituire oggetto di subappalto (art. 31 comma 8 del Codice).
- Al riguardo, le Linee guida dell'ANAC, n. 1, aventi ad oggetto *“Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria”*, nel ribadire che la relazione geologica non può costituire oggetto di subappalto, evidenziano come la presenza del geologo all'interno della più complessa struttura di progettazione, può essere ammessa quale componente di una associazione temporanea o associato di una associazione tra professionisti oppure quale socio/amministratore/direttore tecnico di una società di professionisti o di ingegneria che detenga con queste ultime un *“rapporto stabile di natura autonoma”, subordinata o parasubordinata.*

Subappalto

Contratti che non costituiscono subappalto

ANAC – Linee guida n. 1/2017

In precedenza la stessa ANAC (Parere n. 205 del 25 novembre 2015), richiamando una precedente pronuncia del Consiglio di Stato, ha affermato che il rapporto tra l'impresa ed il professionista iscritto all'albo, come consulente esterno contrattualmente impegnato, non può essere inquadrato di per sé nell'ambito del contratto d'appalto (e perciò del subappalto) infatti manca degli elementi specifici dell'istituto quali l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera intellettuale da rendersi anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa. Ed allora, il rapporto con il professionista esterno ben potrebbe essere ricondotto all'ipotesi del contratto continuativo di cooperazione, prevista dall'art. 105, co. 3, lett. c-bis del Codice, sempre che, ovviamente, ricorrano i presupposti previsti dal tale norma, di cui sopra detto.

Subappalto

Subappalto e subfornitura

Consiglio di Stato, sez. III, 30/11/2018 n. 6822

Con il **subappalto** di cui all'art. 105, co. 2, del D.Lgs. n. 50/2016 (sulla scia della fattispecie di cui all'art. 1676 e segg. del Codice civile), l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione direttamente a favore della stazione appaltante di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto - derivato di carattere trilaterale; al contrario, il contratto di **subfornitura** è una forma non paritetica di cooperazione imprenditoriale nella quale il ruolo del subfornitore (es. componentistica di beni complessi) si palesa solo sul piano interno del rapporto commerciale e di mercato tra le due imprese.

In altri termini, mentre il **subappaltatore** assume di eseguire in tutto o in parte una prestazione dell'appaltatore (art. 1655 e ss. del Codice civile) a diretto beneficio del committente, il **subfornitore** si impegna a porre nella disponibilità dell'appaltatore un certo bene da inserire nella produzione dell'appaltatore, per cui il relativo rapporto rileva esclusivamente sotto il profilo privatistico dei rapporti bilaterali di carattere commerciale fra le aziende.

Ultime novità

Art. 12-ter - Obblighi di trasparenza per le cooperative sociali che svolgono attività in favore di stranieri

1. Al comma 125 dell'articolo 1 della Legge 4 agosto 2017, n. 124, dopo il primo periodo è inserito il seguente: «Le cooperative sociali sono altresì tenute, qualora svolgano attività a favore degli stranieri di cui al Decreto Legislativo 25 luglio 1998, n. 286, a pubblicare trimestralmente nei propri siti internet o portali digitali l'elenco dei soggetti a cui sono versate somme per lo svolgimento di servizi finalizzati ad attività di integrazione, assistenza e protezione sociale».

Ultime novità

LEGGE 4 agosto 2017, n. 124

Legge annuale per il mercato e la concorrenza (17G00140) (GU Serie Generale n.189 del 14-08-2017)

Art. 1

125. A decorrere dall'anno 2018, i soggetti di cui all'art. 13 della Legge n. 349/1986, e successive modificazioni, i soggetti di cui all'art. 137 del Codice di cui al D.Lgs. n. 206/2005, nonché le associazioni, le Onlus e le fondazioni che intrattengono rapporti economici con le Pubbliche Amministrazioni e con i soggetti di cui all'art. 2-bis del D.Lgs. n. 33/2013, nonché con società controllate di diritto o di fatto direttamente o indirettamente da Pubbliche Amministrazioni, ivi comprese quelle che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e le società da loro partecipate, e con società in partecipazione pubblica, ivi comprese quelle che emettono azioni quotate in mercati regolamentati e le società da loro partecipate, **pubblicano entro il 28 febbraio di ogni anno**, nei propri siti o portali digitali, le informazioni relative a sovvenzioni, contributi, incarichi retribuiti e comunque a vantaggi economici di qualunque genere ricevuti dalle medesime pubbliche amministrazioni e dai medesimi soggetti nell'anno precedente. Le cooperative sociali sono altresì tenute, qualora svolgano attività a favore degli stranieri di cui al D.Lgs. n. 286/1998, **a pubblicare trimestralmente nei propri siti internet o portali digitali l'elenco dei soggetti a cui sono versate somme per lo svolgimento di servizi finalizzati ad attività di integrazione, assistenza e protezione sociale.**

Ultime novità

LEGGE 4 agosto 2017, n. 124

Legge annuale per il mercato e la concorrenza (17G00140) (GU Serie Generale n.189 del 14-08-2017)

Art. 1

... Le imprese che ricevono sovvenzioni, contributi, incarichi retribuiti e comunque vantaggi economici di qualunque genere dalle pubbliche amministrazioni e dai soggetti di cui al primo periodo sono tenute a pubblicare tali importi nella nota integrativa del bilancio di esercizio e nella nota integrativa dell'eventuale bilancio consolidato. **L'inosservanza di tale obbligo comporta la restituzione delle somme ai soggetti eroganti entro tre mesi dalla data di cui al periodo precedente.** Qualora i soggetti eroganti appartengano alle amministrazioni centrali dello Stato ed abbiano adempiuto agli obblighi di pubblicazione previsti dall'articolo 26 del Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le somme di cui al terzo periodo sono versate ad apposito capitolo dell'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate ai pertinenti capitoli degli stati di previsione delle amministrazioni originariamente competenti per materia. Nel caso in cui i soggetti eroganti non abbiano adempiuto ai prescritti obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 26 del Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, le somme di cui al terzo periodo sono versate all'entrata del bilancio dello Stato per essere riassegnate al Fondo per la lotta alla povertà e all'esclusione sociale, di cui all'articolo 1, comma 386, della Legge 28 dicembre 2015, n. 208.

Ultime novità

LEGGE 4 agosto 2017, n. 124

Legge annuale per il mercato e la concorrenza (17G00140) (GU Serie Generale n.189 del 14-08-2017)

Art. 1

126. A decorrere dall'anno 2018, gli obblighi di pubblicazione di cui all'articolo 26 del Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33, si applicano anche agli enti e alle società controllati di diritto o di fatto, direttamente o indirettamente, dalle amministrazioni dello Stato, mediante pubblicazione nei propri documenti contabili annuali, nella nota integrativa del bilancio. L'inosservanza di tale obbligo comporta una sanzione pari alle somme erogate.

127. Al fine di evitare l'accumulo di informazioni non rilevanti, **l'obbligo di pubblicazione di cui ai commi 125 e 126 non sussiste ove l'importo delle sovvenzioni, dei contributi, degli incarichi retribuiti e comunque dei vantaggi economici di qualunque genere ricevuti dal soggetto beneficiario sia inferiore a 10.000 euro nel periodo considerato.**

Ultime novità

Dopo la sollecitazione di ANAC, degli operatori, del Ministero del Lavoro, del Ministero dello Sviluppo Economico (nota n. 4767 del 27 febbraio 2018) il Consiglio di Stato, Sez. Seconda, Adunanza di Sezione del 28 marzo 2018 con il Parere Numero 01449/2018 e data 01/06/2018 Spedizione ha chiarito che gli obblighi di trasparenza imposti dal comma 125, risultano essere nuovi rispetto a quelli imposti dal D.Lgs. n. 33/2013.

Essendo nuovi, dunque, essi si aggiungono a quelli del D.Lgs n. 33/2013.

il Consiglio di Stato:

ritiene che, in assenza peraltro di qualsiasi interlocuzione con l'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), non debba farsi carico la predetta Autorità di ulteriori compiti specifici che il Legislatore non le ha abbia esplicitamente attribuito (fatte salve le competenze generali di vigilanza e controllo applicabili anche alle fattispecie in questione).

Sembra, pertanto, alla Sezione che spetti in prima battuta alle singole Amministrazioni provvedere all'attuazione e al controllo delle erogazioni e delle attività indicate nelle norme in esame.

Procedura di infrazione UE

Procedura di infrazione UE

Commissione UE - procedura di infrazione n. 2018/2273

Con lettera della Commissione Europea del 24.1.2019, indirizzata al Ministro degli Affari esteri e della Cooperazione internazionale, si evidenzia la “mancata conformità del quadro giuridico italiano alle Direttive del 2014 in materia di contratti pubblici, vale a dire la Direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione, la Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici e la Direttiva 2014/25/UE sulle procedure d’appalto degli enti erogatori nei settori dell’acqua, dell’energia, dei trasporti e dei servizi postali”.

Il Governo è tenuto a trasmettere le sue osservazioni entro due mesi dal ricevimento della lettera di costituzione in mora.

Ai sensi dell’art. 258 del TFUE “La Commissione, quando reputi che uno Stato membro abbia mancato a uno degli obblighi a lui incombenti in virtù dei Trattati, emette un parere motivato al riguardo, dopo aver posto lo Stato in condizioni di presentare le sue osservazioni. Qualora lo Stato in causa non si conformi a tale parere nel termine fissato dalla Commissione, questa può adire la Corte di Giustizia dell’Unione europea”.

Procedura di infrazione UE

I criteri di calcolo del valore dell'appalto suddiviso in lotti

Art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti)

9. Per i contratti relativi a lavori e servizi:

- a) quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati **contemporaneamente** per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;
- b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

10. Per gli appalti di forniture:

- a) quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dare luogo ad appalti aggiudicati **contemporaneamente** per lotti distinti, nell'applicazione delle soglie di cui ai commi 1 e 2 è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;
- b) quando il valore cumulata dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

Procedura di infrazione UE

I criteri di calcolo del valore dell'appalto suddiviso in lotti

La Commissione UE ha sottolineato che i commi 9 e 10, dell'art. 35 del Codice, laddove prevedono che il valore dell'appalto è dato dal "valore complessivo stimato della totalità di tali lotti", hanno aggiunto, rispetto al testo della direttiva, che tale criterio si applica quando l'appalto "può dare luogo ad appalti aggiudicati **contemporaneamente** per lotti distinti" e non anche nel caso di aggiudicazione non contemporanea dei diversi lotti.

La Commissione osserva che, aggiungendo la qualifica "contemporaneamente", la normativa italiana sembra aver ristretto l'applicabilità dell'obbligo di computare il valore complessivo stimato della totalità dei lotti. Pertanto la Commissione conclude che l'articolo 35, comma 9, lettera a), e l'articolo 35, comma 10, lettera a), del Decreto Legislativo n. 50/2016 violano l'articolo 5, paragrafo 8, primo comma, e l'articolo 5, paragrafo 9, primo comma, della Direttiva 2014/24/UE nonché l'articolo 16, paragrafo 8, primo comma, e l'articolo 16, paragrafo 9, primo comma, della Direttiva 2014/25/UE.

Procedura di infrazione UE

L'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia

Art. 16, comma 2, DPR n. 380/2011

2-bis. Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di cui al comma 7, di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del Decreto Legislativo 12 aprile 2006, n. 163 (ora art. 35, comma 1, D.Lgs. n. 50 del 2016 - n.d.r.) , funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il Decreto Legislativo n. 163/2006.

In caso di lotti distinti per la realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria, la deroga al Codice si applica

- tenendo conto solo del valore di ciascun lotto, (interpretazione non conforme) ?
- ovvero della totalità dei lotti nei quali è suddiviso l'intervento di realizzazione delle opere di urbanizzazione primaria ?

Procedura di infrazione UE

L'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia

ANAC – Linee guida n.4

2.2. il valore delle opere di urbanizzazione primaria di cui all'articolo 16, comma 7, del Decreto del Presidente della Repubblica n. 380/2001, di importo inferiore alla soglia comunitaria, ai fini della individuazione del valore stimato dell'appalto, non si somma al valore delle altre opere di urbanizzazione eventualmente da realizzarsi.

Secondo la Commissione l'indicazione "viola l'articolo 5, paragrafo 8, secondo comma, della direttiva 2014/24/UE in quanto, nei casi in cui un dato progetto di costruzione preveda sia "opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate" sia "altre opere di urbanizzazione", tale disposizione determina una riduzione artificiale del valore calcolato dell'appalto, in quanto alcuni lotti, vale a dire le opere di urbanizzazione primaria riaggiudicate, sono considerati isolatamente rispetto agli altri lotti, vale a dire le altre opere di urbanizzazione da eseguirsi nel quadro di tale progetto".

Procedura di infrazione UE

L'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia

ANAC –Testo della bozza di aggiornamento delle Linee guida n.4

“2.2 Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire. La previsione contenuta nell'articolo 16, comma 2 bis, Decreto del Presidente della Repubblica n. 380/2001 **si applica unicamente quando il valore degli affidamenti, calcolato ai sensi dell'articolo 35, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, non raggiunge le soglie di rilevanza comunitaria.** Per l'effetto: se il valore complessivo delle opere di urbanizzazione a scomputo – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, DPR n. 380 del 2001, esclusivamente per le opere funzionali; al contrario, qualora il valore complessivo di tali opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali.

Procedura di infrazione UE

L'affidamento delle opere di urbanizzazione primaria sotto soglia

ANAC –Testo della bozza di aggiornamento delle Linee guida n.4

2.3 Si applica l'articolo 35, comma 11, del Codice dei contratti pubblici».

Art. 35 (Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti)

11. In deroga a quanto previsto dai commi 9 e 10, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatari possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare le disposizioni del presente Codice, quando il valore stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a euro 80.000 per le forniture o i servizi oppure a euro 1.000.000 per i lavori, purché il valore cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera prevista, il progetto di acquisizione delle forniture omogenee, o il progetto di prestazione servizi.

Procedura di infrazione UE

I gravi illeciti professionali

- Ha osservato la Commissione UE che nel caso di offerenti che abbiano contestato in giudizio la risoluzione anticipata di un precedente contratto di appalto o concessione, si preclude alle stazioni appaltanti ogni valutazione circa l'affidabilità di tali offerenti sino a quando il giudizio non abbia confermato la risoluzione anticipata.
- Tale violazione è quindi stata superata dalla nuova formulazione della lett. c-ter) del comma 5 dell'art. 80 del Codice, a seguito della novella di cui all'art. 5 del D.L. n. 135/2018 conv. in L. n. 2/2019, per il quale "operatore economico abbia dimostrato significative o persistenti carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto o di concessione che ne hanno causato la risoluzione per inadempimento ovvero la condanna al risarcimento del danno o altre sanzioni comparabili; su tali circostanze la stazione appaltante motiva anche con riferimento al tempo trascorso dalla violazione e alla gravità della stessa".
- Ora le stazioni appaltanti, da un lato, detengono una maggiore discrezionalità nella valutazione della gravità e persistenza delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto che ha comportato la risoluzione per inadempimento o altre sanzioni comparabili (indipendentemente dalla pendenza di un giudizio), ma, dall'altro, devono ben motivare, oltre alla gravità della violazione, anche tenendo conto del tempo trascorso dalla violazione.

Procedura di infrazione UE

L'accertamento delle gravi violazioni in materia fiscale e contributiva

- Come noto, l'articolo 80, comma 4, consente l'esclusione del concorrente solo se questo ha commesso violazioni gravi, "definitivamente accertate", rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali; costituiscono "violazioni definitivamente accertate" quelle contenute in **sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione**.
- Tuttavia l'art. 57, par. 2, primo e secondo comma, della Direttiva 2014/24/UE (e, analogamente, l'art. 38, par. 5, primo e secondo comma, della Direttiva 2014/23/UE), prevede che le amministrazioni aggiudicatrici possono parimenti escludere se dimostrano, **"con qualunque mezzo adeguato"**, che l'operatore economico non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali."
- Secondo la Commissione UE, dunque, l'articolo 80, comma 4, del Codice non è conforme alle suddette disposizioni della Direttiva 2014/23/UE e della direttiva 2014/24/UE in quanto non consente di escludere un operatore economico che ha violato gli obblighi relativi al pagamento di imposte o contributi previdenziali qualora tale violazione – pur non essendo stata stabilita da una decisione giudiziaria o amministrativa avente effetto definitivo – possa essere comunque adeguatamente dimostrata dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore.

Procedura di infrazione UE

I limiti al subappalto

Come rilevato dalla Commissione UE: “Ai sensi della normativa italiana, il subappalto non può superare il 30% dell’importo totale di un contratto pubblico. Tale limite del 30% è previsto dalle seguenti disposizioni del Decreto Legislativo n. 50/2016:

- l’articolo 105, comma 2, terza frase, in forza del quale l’eventuale subappalto non può superare la quota del 30% dell’importo complessivo del contratto di lavori, servizi o forniture²⁴;
- l’articolo 105, comma 5, in forza del quale, per le opere di cui all’articolo 89, comma 11, l’eventuale subappalto non può superare il 30% dell’importo delle opere. Le opere di cui all’articolo 89, comma 11, sono “opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali”.

Procedura di infrazione UE

I limiti al subappalto

- La Commissione rileva che nelle Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE non vi sono disposizioni che consentano un siffatto limite obbligatorio all’importo dei contratti pubblici che può essere subappaltato. Al contrario, le Direttive si basano sul principio secondo cui occorre favorire una maggiore partecipazione delle piccole e medie imprese (PMI) agli appalti pubblici, e il subappalto è uno dei modi in cui tale obiettivo può essere raggiunto. Conformemente a tale approccio, l’art. 63, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24/UE consente alle amministrazioni aggiudicatrici di limitare il diritto degli offerenti di ricorrere al subappalto, ma solo ove siffatta restrizione sia giustificata dalla particolare natura delle prestazioni da svolgere (la stessa impostazione si ritrova nell’art. 79, par. 3, della Direttiva 2014/25/UE).
- Nei considerandi delle Direttive si chiarisce che uno degli obiettivi di questa disposizione è proprio quello di facilitare la partecipazione delle PMI. Pertanto, secondo la Commissione, occorre concludere che la normativa italiana viola il diritto UE in quanto essa limita il ricorso al subappalto in tutti i casi, e non solo nei casi in cui una restrizione del subappalto sia oggettivamente giustificata dalla natura delle prestazioni dedotte in contratto. La suddetta conclusione è confermata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (sent. 14.7.2016 C 406/14) la quale ha già statuito che una clausola che impone limitazioni al ricorso a subappaltatori per una parte dell’appalto fissata in maniera astratta in una determinata percentuale dello stesso, e ciò a prescindere dalla possibilità di verificare le capacità di eventuali subappaltatori e senza menzione alcuna del carattere essenziale delle prestazioni di cui si tratta, è incompatibile con la Direttiva 2004/18/CE.

Procedura di infrazione UE

I limiti al subappalto

Il Consiglio di Stato, nel Parere della Comm. Spec. N. 782/2017), pur non ignorando la giurisprudenza comunitaria, aveva difeso i limiti nazionali, osservando come “La nuova Direttiva 2014/24 consente agli Stati membri di dettare una più restrittiva disciplina del subappalto, rispetto alla maggiore libertà del subappalto nella previgente Direttiva. Le Direttive del 2014, rispetto alle precedenti del 2004, per la prima volta includono nella disciplina del subappalto finalità che finora erano state specifiche della legislazione italiana, ossia una maggiore trasparenza e la tutela giuslavoristica. E’ vero che nemmeno le nuove Direttive, al pari delle previgenti, contemplano espressamente limiti quantitativi al subappalto, salva la possibilità per la stazione appaltante di esigere di conoscere preventivamente i nomi dei subappaltatori e la facoltà per gli Stati membri di imporre norme di tutela giuslavoristica. Tuttavia, **la complessiva disciplina delle nuove Direttive, più attente, in tema di subappalto, ai temi della trasparenza e della tutela del lavoro, in una con l’ulteriore obiettivo, complessivamente perseguito dalle Direttive, della tutela delle micro, piccole e medie imprese, può indurre alla ragionevole interpretazione che le limitazioni quantitative al subappalto, previste da legislatore nazionale, non sono in frontale contrasto con il diritto europeo.** Esse vanno infatti vagliate, e possono essere giustificate, da un lato alla luce dei principi di sostenibilità sociale che sono alla base delle stesse Direttive, e dall’altro lato alla luce di quei valori superiori, declinati dall’art. 36 TFUE, che possono fondare restrizioni della libera concorrenza e del mercato, tra cui, espressamente, l’ordine e la sicurezza pubblici. In tale prospettiva, il Governo ben potrebbe scegliere “l’opzione zero” ossia di non intervenire sulla scelta di fondo già operata dal codice, difendendo la scelta italiana in sede di eventuale procedura di infrazione (ove essa venisse avviata dalla Commissione europea, ... e se del caso modificando in un secondo momento la norma de quo, a seguito di una eventuale condanna in sede comunitaria”.

Procedura di infrazione UE

La terna dei subappaltatori

- La Commissione ritiene che, sebbene l’art. 71, paragrafo 2, della Direttiva 2014/24/UE preveda che le amministrazioni aggiudicatrici possono chiedere agli operatori di indicare nelle loro offerte “i subappaltatori proposti”, una disposizione quale l’art. 105, co. 6, del D.Lgs. n. 50/2016, che obbliga gli offerenti ad indicare sempre tre subappaltatori, anche qualora all’offerente ne occorrono meno di tre, viola il principio UE di proporzionalità di cui all’art. 18, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE. Inoltre, soggiunge la Commissione, la disposizione di cui all’art. 105, co. 6, del Codice è resa ancor più sproporzionata dal fatto che, in base al testo di detta disposizione e come confermato dai fatti della causa C-395/1834, l’art. 105, co. 6, del Codice viene interpretato e applicato dalle Autorità italiane nel senso che gli operatori sono obbligati ad indicare nelle loro offerte una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, essi non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore.
- Pertanto la Commissione conclude che l’art. 105, co. 6, del Codice viola l’art. 18, paragrafo 1, e l’art. 71 della Direttiva 2014/24/UE, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, detti offerenti non intendono fare ricorso a nessun subappaltatore, sia perché impone agli offerenti di indicare una terna di subappaltatori anche quando, in realtà, a detti offerenti occorrono meno di tre subappaltatori.

Procedura di infrazione UE

Subappalto a cascata

- L'articolo 71, par. 5, quinto comma, della Direttiva 2014/24/UE (e, nello senso l'art. 88, par. 5, quinto comma, della Direttiva 2014/25/UE e l'articolo 42, par. 3, quarto comma, della Direttiva 2014/23/UE) recita: "Le amministrazioni aggiudicatrici possono estendere o possono essere obbligate dagli Stati membri a estendere gli obblighi previsti al primo comma, [cioè l'obbligo di indicare alle amministrazioni aggiudicatrici nome, recapito e rappresentanti legali dei subappaltatori] ad esempio: [...] b) ai **subappaltatori dei subappaltatori** del contraente principale o ai subappaltatori successivi nella catena dei subappalti".
- Da tali disposizioni, nonché dall'obbligo di rispettare i principi di proporzionalità e parità di trattamento risulta che gli Stati membri non possono imporre ai subappaltatori un divieto generale e universale di fare a loro volta ricorso ad altri subappaltatori.
- Dunque, l'articolo 105, comma 19, del Codice, che vieta in modo generale e universale che le prestazioni subappaltate possano essere oggetto di ulteriore subappalto, si pone in contrasto con le citate disposizioni delle Direttive.

Procedura di infrazione UE

Limiti all'avvalimento dei requisiti

Vengono contestati, in particolare,

- il divieto di avvalimento "a cascata" (art. 89, comma 6 del Codice),
- il divieto che della stessa impresa ausiliaria si avvalga più di un concorrente, ovvero che partecipino sia l'impresa ausiliaria che quella che si avvale dei requisiti (art. 89, co. 7)
- il divieto di avvalimento per le SIOS (art. 89, co. 11).

Le tre Direttive prevedono che "l'operatore economico può [...] affidarsi alle capacità di altri soggetti, indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro".

La Commissione ritiene che la frase "indipendentemente dalla natura giuridica dei suoi rapporti con loro" comporti necessariamente che gli Stati membri non possono vietare al soggetto, sulla cui capacità l'operatore intende fare affidamento, di affidarsi a sua volta alle capacità di un altro soggetto. Un siffatto divieto sarebbe inoltre inconciliabile con il fatto che le Direttive non consentono alle stazioni appaltanti di opporsi, in modo generale, a che gli offerenti facciano affidamento sulle capacità di altri soggetti oppure facciano ricorso a subappaltatori.

Procedura di infrazione UE

Limiti all'avvalimento dei requisiti

L'art. 89, co. 7, del Codice dispone, a pena di esclusione, che in una determinata procedura di gara due o più offerenti non possono avvalersi delle capacità dello stesso soggetto. Lo stesso articolo dispone altresì, a pena di esclusione, che in una determinata procedura di gara l'offerente e il soggetto delle cui capacità l'offerente intende avvalersi non possono entrambi presentare un'offerta in quella stessa procedura di gara.

Inoltre, l'art. 105, co. 4, lett. a), del Codice prevede che l'offerente in una determinata procedura di gara risultato aggiudicatario dell'appalto possa far ricorso a subappaltatori purché questi ultimi non abbiano partecipato alla medesima procedura di gara.

Ciò significa – osserva la Commissione – “che la normativa italiana vieta incondizionatamente:

- i) ai diversi offerenti in una determinata procedura di gara di affidarsi alle capacità dello stesso soggetto,
- ii) al soggetto delle cui capacità un offerente intende avvalersi di presentare un'offerta nella stessa procedura di gara e
- iii) all'offerente in una data procedura di gara di essere subappaltatore di un altro offerente nella stessa procedura di gara. procedura di infrazione.

Procedura di infrazione UE

Limiti all'avvalimento dei requisiti

La Commissione è dell'avviso che i divieti incondizionati di cui ai precedenti punti i), ii) e iii) siano incompatibili con il principio di proporzionalità (di cui all'art. 3, paragrafo 1, della Direttiva 2014/23/UE, all'art. 18, paragrafo 1, della Direttiva 2014/24/UE e all'articolo 36, paragrafo 1, della direttiva 2014/25/UE), in quanto essi non lasciano agli operatori economici alcuna possibilità di dimostrare che il fatto di aver partecipato alla stessa procedura di gara, o di essere collegati a partecipanti nella stessa procedura di gara, non ha influito sul loro comportamento nell'ambito di tale procedura di gara né incide sulla loro capacità di rispettare gli obblighi contrattuali”.

Tale avviso risulta invero confermato dalla consolidata giurisprudenza della Corte di Giustizia UE (C-538/07 C-376/08, C-124/14).

Procedura di infrazione UE

Limiti all'avvalimento dei requisiti

Ultimo limite all'avvalimento censurato dalla Commissione, è quello relativo alle cd. SIOS di cui all'art. 89, co. 11, per il quale "Non è ammesso l'avvalimento qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti e opere speciali".

La Commissione ritiene che tale disposizione sia sproporzionata perché, invece di proibire l'avvalimento in relazione agli specifici "lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica" compresi nell'appalto, **essa proibisce l'avvalimento in relazione all'intero appalto**, andando così oltre quanto disposto dall'art. 63, paragrafi 1 e 2, della Direttiva 2014/24/UE e dall'art. 79, paragrafi 2 e 3, della Direttiva 2014/25/UE, i quali stabiliscono norme in materia di avvalimento e prevedono che le stazioni appaltanti possono esigere che taluni compiti essenziali siano direttamente svolti dall'offerente stesso.

Procedura di infrazione UE

Esclusione automatica delle offerte anomale

La Commissione osserva che la disposizione di cui all'art. 97, co. 8, del Codice, la quale non figura nelle Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, è incompatibile con l'art. 69, paragrafi 1 e 3, della Direttiva 2014/24/UE e con l'articolo 84, paragrafi 1 e 3, della Direttiva 2014/25/UE in quanto, contrariamente a tali disposizioni UE, consente alle stazioni appaltanti di escludere offerte anormalmente basse senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni.

Dalla sentenza della CGUE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06 emerge che:

1) che, in caso di appalti con un valore inferiore alla soglia UE, le offerte anormalmente basse possono essere escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) **purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che l'appalto non ha un interesse transfrontaliero certo;**

2) che è consentito fissare una soglia (un numero minimo di offerte ammesse) oltre la quale le offerte anormalmente basse sono escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) **purché tale soglia sia sufficientemente elevata da giustificare** l'argomento secondo cui un numero di offerte pari o superiore a tale soglia potrebbe obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a procedere alla verifica in contraddittorio di un numero di offerte talmente alto da eccedere la loro capacità amministrativa o da poter compromettere la realizzazione del progetto a causa del ritardo che tale verifica potrebbe comportare.

Procedura di infrazione UE

Esclusione automatica delle offerte anomale

ANAC – Testo bozza aggiornamento Linee guida n.4

«... Ciò posto, l’Autorità in sede di revisione delle presenti Linee guida sul sotto-soglia potrebbe fornire un’interpretazione comunitariamente orientata della norma, nonché indicazioni interpretative, sulla base delle citate sentenze della Corte, al fine di individuare gli indicatori dell’interesse transfrontaliero certo, quali potrebbero essere

- l’importo dell’affidamento,
- le caratteristiche tecniche o
- la zona di esecuzione della prestazione.

Sul punto, si chiede, quindi agli Stakeholder di esprimere il proprio parere in ordine all’opportunità di offrire l’interpretazione proposta e di individuare possibili indici dell’interesse transfrontaliero certo”.

Linee guida ANAC sulle clausole sociali

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”
Approvate con Deliberazione 13 febbraio 2019, n. 114

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

1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81. I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50 per cento dell'importo totale del contratto.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

1. Finalità e contesto normativo

Ai sensi dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici le stazioni appaltanti inseriscono, nella lex specialis di gara, comunque denominata, specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.

Ulteriori clausole sociali, diverse da quelle oggetto di queste Linee guida, sono consentite in base all'articolo 3, comma 1, lettera qq), del Codice dei contratti pubblici .

- Art. 3, co. 1, lett. qq) «**clausole sociali**», disposizioni che impongono a un datore di lavoro il rispetto di determinati standard di protezione sociale e del lavoro come condizione per svolgere attività economiche in appalto o in concessione o per accedere a benefici di legge e agevolazioni finanziarie

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

2. Ambito di applicazione

La disciplina recata dall’articolo 50 del Codice dei contratti pubblici si applica agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera.

Per **servizi di natura intellettuale**, si intendono i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all’effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all’organizzazione di mezzi e risorse. Il servizio, pertanto, non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all’obbligo di iscrizione in albi professionali.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

- Le stazioni appaltanti possono prevedere la clausola sociale **anche in appalti non ad alta intensità di manodopera**, con esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale):
 - degli appalti di fornitura;
 - degli appalti di natura occasionale.

Laddove l’oggetto del contratto comprenda in modo scindibile sia prestazioni afferenti ad attività assoggettate all’obbligo di previsione della clausola sociale, sia prestazioni non soggette a tale obbligo, la clausola sociale si applica limitatamente alle attività ricadenti nell’obbligo di previsione della clausola sociale.

Resta ferma la facoltà per la stazione appaltante di estendere l’applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all’obbligo, purché non escluse ai sensi dell’articolo 50 del Codice dei contratti pubblici. Nella **determina a contrarre** le stazioni appaltanti esplicitano i presupposti per l’applicazione della clausola sociale, nei casi in cui sussiste l’obbligo di previsione, ovvero motivano in ordine alla scelta effettuata negli altri casi.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

- Ai sensi dell’articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, le clausole sociali **possono** essere previste anche negli affidamenti sotto soglia.
- La disciplina delle clausole sociali è inoltre applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall’articolo 114, comma 1, del Codice dei contratti pubblici alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58
- La clausola sociale, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, non si applica al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

3. L’applicazione delle clausole sociali

- La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell’art. 50 del Codice dei contratti pubblici, inserisce la clausola sociale all’interno della *lex specialis* di gara. L’operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l’obbligo è riportato nel contratto.

L’obbligo richiede, in ogni caso, che siano rispettate le seguenti **condizioni**:

- - il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere. L’inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un’oggettiva e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare,
- L’incompatibilità è oggettiva quando pertiene alle prestazioni dedotte nel contratto e non deriva da valutazioni o profili meramente soggettivi attinenti agli operatori economici. Non sussiste di regola incompatibilità laddove il contratto di cui si tratta preveda prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo il caso in cui, per l’entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l’oggetto dell’affidamento;

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

3. L'applicazione delle clausole sociali

- - l'applicazione della clausola sociale **non comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente**, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici).
- Ai fini dell'applicazione della clausola sociale, si considera di regola **il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei sei mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento.**

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

3. L'applicazione delle clausole sociali

Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, **la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale**, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali:

- numero di unità,
- monte ore,
- CCNL applicato dall'attuale appaltatore,
- qualifica,
- livelli retributivi,
- scatti di anzianità,
- sede di lavoro,
- eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della Legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

3. L'applicazione delle clausole sociali

- È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti. Le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli **schemi contrattuali, specifiche clausole** che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.
- La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un **progetto di assorbimento**, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta contrattuale (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1. Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà oggetto di **monitoraggio da parte della stazione appaltante** durante l'esecuzione del contratto.

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

4. Il rapporto con i contratti collettivi

Le **stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile** in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, all'articolo 51 del Decreto Legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, comma 4, del Codice dei contratti pubblici. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico

Clausole sociali

Linee guida ANAC n. 13 recanti “La disciplina delle clausole sociali”

5. Conseguenze del mancato adempimento

La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un’offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l’esclusione dalla gara.

L’esclusione, viceversa, non è fondata nell’ipotesi in cui l’operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d’impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 3.

L’inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l’applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l’articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

6. Entrata in vigore

Le presenti Linee guida entrano in vigore 15 (quindici) giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

Albo dei commissari

Ultime novità

Comunicato Presidente ANAC 9/1/2019

Differimento dell'operatività dell'Albo dei Commissari di gara di cui all'articolo 78 del Decreto Legislativo 19 aprile 2016, n. 50

Nel Comunicato del Presidente del 18 luglio 2018 è stata stabilita la data del 15 gennaio 2019 per la piena operatività dell'Albo di cui all'art. 78 del Codice dei contratti pubblici e il superamento del regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12 del medesimo Codice.

L'Autorità in attuazione della disposizione di cui all'art. 78 ha già adottato in modo completo la disciplina di riferimento, mediante l'adozione delle previste Linee guida, e ha predisposto il sistema informatico per l'iscrizione all'Albo già attivo in parte qua dal 10 settembre 2018 - e per l'estrazione degli esperti da nominare nelle commissioni giudicatrici.

All'attualità il numero di iscritti nelle diverse sottosezioni dell'Albo ammonta a circa 2.100, di cui solo la metà estraibili per commissioni esterne alle amministrazioni aggiudicatrici. Numerose sottosezioni (circa il 30%) risultano completamente prive di esperti iscritti, altre (circa il 40%) con un numero di esperti molto ridotto (meno di 10).

Ultime novità

Comunicato Presidente ANAC 9/1/2019

Differimento dell'operatività dell'Albo dei Commissari di gara di cui all'articolo 78 del Decreto Legislativo 19 aprile 2016, n. 50

Tenuto conto dello stato di fatto delle iscrizioni presenti in Albo e del previsto numero di gare bandite annualmente che richiedono la nomina di commissioni giudicatrici ai sensi dell'art. 77, allo stato, il numero degli esperti iscritti all'Albo non consente di soddisfare le richieste stimate in relazione al numero di gare previste.

In base a quanto sopra, tenuto conto, peraltro, che il quadro normativo non sembra consentire la possibilità di nominare i commissari con modalità diverse da quelle descritte all'art. 77 per i casi di assenza e/o carenza di esperti, l'Autorità ritiene necessario, per evitare ricadute sul mercato degli appalti, **differire il termine di avvio del sistema dell'Albo dei commissari di gara al 15 aprile 2019.**

Le criticità evidenziate saranno oggetto di segnalazione, ai sensi dell'art. 213, comma 2, lett. c), del Codice, al Governo e al Parlamento da parte dell'Autorità.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019 n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

«... il quadro normativo non sembra consentire la possibilità di nominare i commissari con modalità diverse da quelle descritte all'art. 77 per i casi di assenza e/o carenza di esperti.

Infatti il legislatore non ha provveduto a disciplinare il caso della mancata/parziale implementazione dell'Albo dei commissari di gara, ad eccezione delle specifiche previsioni dettate a tal riguardo per la sezione speciale, dal comma 3 dell'art. 77, a tenore del quale "i commissari sono ...nel caso di procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'art. 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale".

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019 n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Sembra, inoltre, difficile ipotizzare la possibilità di istituire un "doppio regime" di nomina dei commissari di gara in caso di mancata o parziale implementazione dell'Albo o di singole sottosezioni dello stesso, tale da ritenere applicabili - contemporaneamente - il sistema transitorio delineato dal citato art. 216, comma 12, e quello disciplinato con Linee guida dell'Autorità. Ciò in ragione del tenore letterale delle norme in esame, che non contemplano tale possibilità, né prevedono che la stessa sia demandata alla fonte di rango secondario (le linee guida dell'Autorità) posto che - come sopra sottolineato - le Linee guida possono disciplinare esclusivamente gli aspetti indicati dagli artt. 77 e 78 del Codice.

Dunque il dato letterale delle norme non sembra consentire di ipotizzare una attuazione parziale dell'Albo dei commissari, stabilendo di ritenere operative solo talune sottosezioni dello stesso, con esclusione delle sottosezioni prive di iscrizioni o con iscrizioni esigue, in quanto tale ipotesi rischierebbe, verosimilmente, di determinare difficoltà applicative dell'intero sistema.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019 n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Tenuto conto, infatti, che l'iscrizione all'Albo avviene per sottosezioni legate alle professionalità dei commissari (secondo quanto previsto dal par. 2.1 delle Linee guida n. 5/2018), risulterebbe complesso distinguere i settori sottoposti al nuovo regime ex art. 77 da quelli sottratti allo stesso fino alla piena operatività del sistema gestito dall'Autorità. Infatti, di frequente si verifica la necessità di una composizione della commissione giudicatrice con professionalità miste, ciò che determinerebbe, in molti casi, l'impossibilità di costituire la commissione ove si rendesse necessaria la presenza, all'interno della stessa, di professionalità appartenenti a sottosezioni prive di iscrizioni o scarsamente implementate (eccezion fatta, in quest'ultimo caso, per le prime estrazioni che potrebbero essere evase fino a concorrenza delle limitate iscrizioni).

Le criticità sopra illustrate richiedono quindi una urgente modifica normativa delle previsioni del Codice volta a consentire alle stazioni appaltanti la nomina dei commissari nel caso di mancata o insufficiente implementazione delle singole sottosezioni dell'Albo dei commissari.

Nelle more della auspicata modifica normativa l'Autorità, con Comunicato del 9 gennaio 2019, ha differito il termine del 15 gennaio 2019 previsto per la piena attuazione dell'Albo dei commissari alla data del 15 aprile 2019.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019 n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, l'Autorità segnala la necessità di un intervento urgente di modifica delle previsioni dell'art. 77 del Codice, finalizzato a consentire alle stazioni appaltanti di procedere alla nomina dei commissari in caso di mancata o insufficiente implementazione delle singole sottosezioni dell'Albo.

5. Proposta di modifica dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016

Ai fini sopra indicati, si suggerisce la modifica dell'art. 77 del d.lgs. 50/2016, mediante inserimento del comma 3-bis, dal seguente tenore «**In caso di indisponibilità o di disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'Albo ai fini della compilazione della lista di cui al comma 3, la commissione è nominata, anche solo parzialmente, dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante**».

Ultime novità

➤ **Fino al 14.4.2019 trova applicazione il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12**

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

➤ Gran parte delle disposizioni dell'art. 77 del nuovo Codice sono comunque immediatamente applicabili (escluso il comma 3 riferito all'Albo nazionale).

➤ Parte della giurisprudenza ritiene che, per la nomina dei membri esterni, la disciplina applicabile sia sostanzialmente quella contenuta nell'articolo 84 del Codice previgente.

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”

Consultazione on line dell'8 febbraio 2019 – invio contributi entro il 25 febbraio 2019

Si è manifestata la necessità di intervenire sul testo vigente delle Linee guida n. 5 recanti “Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici”, introducendo alcune modifiche. A tal fine, il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 7 febbraio 2019, ha deliberato di avviare una breve consultazione pubblica sottoponendo all'esame degli Stakeholder un documento di consultazione recante le modifiche proposte.

Gli interventi sul testo riguardano i seguenti aspetti:

- Trattamento del personale in quiescenza
- Personale in posizione di distacco, comando o fuori ruolo o dipendente da altra articolazione organizzativa del medesimo ente
- Personale interno alla stazione appaltante delegante nelle gare delegate
- Nomina del Presidente negli appalti ad alto profilo tecnologico
- Caratteristica della copertura assicurativa
- Introduzione di nuove sottosezioni.

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

Ai sensi dell'articolo 77 del Codice dei contratti pubblici la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, compete a una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto. Per poter far parte della commissione gli esperti devono necessariamente essere iscritti all'Albo, **anche se appartenenti alla stazione appaltante che indice la gara**. È da considerarsi interno alla stazione appaltante il commissario di gara scelto tra i dipendenti dei diversi enti aggregati ai sensi dell'articolo 37, commi 3 e 4, del Codice dei contratti pubblici ovvero delle centrali di committenza e delle stazioni appaltanti committenti, anche se gli stessi non hanno perfezionato l'iter di costituzione delle forme aggregative di cui ai citati commi, a condizione che abbiano deliberato di dare vita alle medesime. Appartengono sempre alla stazione appaltante e **non devono essere iscritti** all'albo il segretario e il custode della documentazione di gara, se diverso dal segretario. **Devono altresì essere considerati come interni delle stazioni appaltanti anche:**

- a. i dipendenti delle diverse articolazioni organizzative dell'ente cui appartiene la stazione appaltante;
- b. il personale distaccato, comandato o fuori ruolo presso la stazione appaltante.

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

2.3.

e) I professionisti, assicurati in ottemperanza al disposto di cui all'art. 5 del predetto decreto, verificano che la polizza copra o comunque includa la copertura relativa all'attività quale commissario di gara. Il professionista individua autonomamente il massimale di copertura, fermi i limiti minimi stabiliti in applicazione della normativa indicata al periodo precedente.

È considerata adeguata, ai fini dell'attività di commissario di gara, una copertura con massimale, per anno e per sinistro, non inferiore al 5% del valore del contratto e con garanzia postuma non inferiore a 5 anni dalla scadenza della polizza.

La stazione appaltante, di regola nei documenti di gara, in considerazione della rilevanza del contratto, delle presumibili difficoltà in ordine all'attività di valutazione delle offerte o per altre ragioni, può indicare specifici massimali e clausole della copertura assicurativa, non eccedenti, salvo casi eccezionali, quelli indicati al periodo precedente. L'esperto sorteggiato dovrà fornire, prima della nomina, dimostrazione di avere sottoscritto una polizza assicurativa conforme

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

2.7. ... Ai fini dell'estrazione l'esperto in quiescenza è considerato come esperto esterno, anche nell'ipotesi in cui l'estrazione riguarda un'amministrazione presso cui ha prestato servizio.

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

Nuove Sottosezioni

A) Professioni tecniche

- Ingegnere aeronautico
- Specialista in difesa e sicurezza nazionale – settore tecnico
- Specialista in difesa e sicurezza economico finanziaria– settore tecnico
- Informatico

B) Professioni del settore sanitario

- Tecnico sanitario di laboratorio biomedico Tecnico audiometrista
- Tecnico audioprotesista
- Tecnico ortopedico
- Dietista
- Tecnico di radiologia medica
- Assistente sanitario
- Tecnico di neurofisiopatologia
- Tecnico di fisiopatologia cardiocircolatoria e perfusione cardiovascolare
- Logopedista
- Igienista dentale

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

Nuove Sottosezioni

B) Professioni del settore sanitario

- Podologo
- Ortottista e assistente di oftalmologia
- Terapista della neuro e psicomotricità dell'età evolutiva
- Terapista occupazionale
- Educatore professionale
- Tecnico nella prevenzione nell'ambiente e nei luoghi di lavoro
- Fisico specialista in fisica medica
- Specialista in difesa e sicurezza nazionale – settore sanitario
- Specialista in difesa e sicurezza economico finanziaria – settore sanitario

Commissioni giudicatrici

Aggiornamento Linee guida n. 5 (bozza in consultazione)

Nuove Sottosezioni

C. Professioni relative ad altri servizi e forniture

- Specialista in difesa e sicurezza nazionale – altri settori
- Specialista in difesa e sicurezza economico finanziaria – altri settori
- Esperti in appalti pubblici (riservato dipendenti pubblici)
- Archeologo
- Specialisti di pianificazione e/o gestione dei trasporti

Ultime novità

Decreto Legislativo 12/1/2019 n. 14

Codice della crisi d'impresa e dell'insolvenza in attuazione della Legge 19 ottobre 2017, n. 155

Art. 372 (Modifiche al codice dei contratti pubblici di cui al Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50)

Allineamento alla nuova disciplina del Codice della crisi d'impresa dei seguenti articoli:

- Art. 48, co. 7
- Art. 80, co. 5, lett. b)
- Art. 110

Procedure elettroniche

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 40 (Obbligo di uso dei mezzi di comunicazione elettronici nello svolgimento di procedure di aggiudicazione)

1. Le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure di cui al presente codice svolte da centrali di committenza sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici ai sensi dell'articolo 5-bis del D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82, Codice dell'amministrazione digitale.

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

Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni)

1. Nei settori ordinari e nei settori speciali, **tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici** in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TLC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Direttiva 2014/24/UE

➤ Art. 90 - Recepimento e disposizioni transitorie

1. Gli Stati membri mettono in vigore le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative necessarie per conformarsi alla presente Direttiva entro il 18 aprile 2016. Essi comunicano immediatamente alla Commissione il testo di tali disposizioni.

2. In deroga al paragrafo 1 del presente articolo, gli Stati membri possono rinviare l'applicazione dell'articolo 22, paragrafo 1, fino al 18 ottobre 2018,

➤ Articolo 22 - Regole applicabili alle comunicazioni

1. Gli Stati membri provvedono affinché tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui alla presente direttiva, in particolare la trasmissione in via elettronica, siano eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici in conformità con quanto disposto dal presente articolo. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TIC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Direttiva 2014/24/UE

52° cons. «I mezzi elettronici di informazione e comunicazione possono semplificare notevolmente la pubblicazione degli appalti e accrescere l'efficacia e la trasparenza delle procedure di appalto. **Dovrebbero diventare la norma per la comunicazione e lo scambio di informazioni nel corso delle procedure di appalto in quanto aumentano enormemente le possibilità degli operatori economici di partecipare a procedure d'appalto nell'ambito del mercato interno.** A tal fine, è opportuno introdurre l'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere disponibili in forma elettronica i documenti di gara nonché, trascorso un periodo di transizione di trenta mesi, **l'obbligo della comunicazione integralmente elettronica, ossia la comunicazione tramite strumenti elettronici, in tutte le fasi della procedura, compresa la trasmissione di richieste di partecipazione e, in particolare, la presentazione (trasmissione per via elettronica) delle offerte.** Gli Stati membri e le amministrazioni aggiudicatrici che lo desiderino dovrebbero mantenere la facoltà di introdurre misure più avanzate. Occorre altresì precisare che il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva **non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato.** Inoltre, ai sensi della presente direttiva, l'obbligo di ricorrere a mezzi di comunicazione elettronici non dovrebbe riguardare alcun elemento della procedura di appalto pubblico dopo l'aggiudicazione dell'appalto né la comunicazione interna nell'ambito dell'amministrazione aggiudicatrice».

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

- **Pubblicazione elettronica del bando di gara (Simap.eu.int; «Amministrazione trasparente», istituendo piattaforme digitale ANAC) e accesso elettronico dei documenti di gara (e-notice; e-access)**
- **Modello DGUE disponibile in formato elettronico (dal 18.4.2016)**
- **Presentazione elettronica delle offerte (e-submission)**
- **Verifica elettronica dei requisiti (AVCPass; istituendo Banca Dati Nazionale degli Operatori Economici; e-certis: sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure d'appalto)**
- **Pubblicazione elettronica sul profilo «Amministrazione Trasparente» di tutti gli atti di gara e del provvedimento di ammissione ed esclusione**
- **Comunicazioni via PEC con gli operatori economici**
- **Pubblicazione elettronica dell'avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione**

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

D.Lgs. 7 marzo 2005, n. 82 - Codice dell'amministrazione digitale

Art. 5-bis. Comunicazioni tra imprese e amministrazioni pubbliche

1. La presentazione di istanze, dichiarazioni, dati e lo scambio di informazioni e documenti, anche a fini statistici, **tra le imprese e le amministrazioni pubbliche avviene esclusivamente utilizzando le tecnologie dell'informazione e della comunicazione**. Con le medesime modalità le amministrazioni pubbliche adottano e comunicano atti e provvedimenti amministrativi nei confronti delle imprese.
2. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro per la pubblica amministrazione e l'innovazione, di concerto con il Ministro dello sviluppo economico e con il Ministro per la semplificazione normativa, sono adottate le modalità di attuazione del comma 1 da parte delle pubbliche amministrazioni centrali e fissati i relativi termini.
3. AgID, anche avvalendosi degli uffici di cui all'articolo 17, provvede alla verifica dell'attuazione del comma 1 secondo le modalità e i termini indicati nel decreto di cui al comma 2.
4. Il Governo promuove l'intesa con regioni ed enti locali in sede di Conferenza unificata per l'adozione degli indirizzi utili alla realizzazione delle finalità di cui al comma 1.

Procedure telematiche

Consiglio di Stato, Sentenza n. 4050 del 2016

“Ciò che caratterizza le gare telematiche rispetto ad una tradizionale gara d'appalto è l'utilizzo di una piattaforma on-line di e-procurement e di strumenti di comunicazione digitali (firma digitale e PEC), che di fatto rendono l'iter più efficiente, veloce e sicuro rispetto a quello tradizionale, basato sull'invio cartaceo della documentazione e delle offerte. Le fasi di gara seguono una successione temporale che offre garanzia di corretta partecipazione, inviolabilità e segretezza delle offerte: **la firma digitale** garantisce infatti la certezza del firmatario dell'offerta e la **marcatore temporale** ne garantisce la data certa di firma e l'univocità della stessa. Attraverso l'apposizione della firma e marcatore temporale, da effettuare inderogabilmente prima del termine perentorio fissato per la partecipazione, e la trasmissione delle offerte esclusivamente durante la successiva fase di finestra temporale, si garantisce la corretta partecipazione e inviolabilità delle offerte. **I sistemi provvedono, infatti, alla verifica della validità dei certificati e della data e ora di marcatore**: l'affidabilità degli algoritmi di firma digitale e marca temporale garantiscono la sicurezza della fase di invio/ricezione delle offerte in busta chiusa.

Procedure telematiche

Consiglio di Stato, Sentenza n. 4050 del 2016

Nella gara telematica la conservazione dell'offerta è affidata allo stesso concorrente, garantendo che questa non venga, nelle more, modificata proprio attraverso l'imposizione dell'obbligo di firma e marcatura nel termine fissato per la presentazione delle offerte.

Firma e marcatura corrispondono alla "chiusura della busta". Il Timing di gara indica all'impresa non solo il termine ultimo perentorio di "chiusura della busta", ma anche il periodo e relativo termine ultimo di upload (trasferimento dei dati sul server dell'Azienda appaltante).

Alla chiusura del periodo di upload, le offerte in busta chiusa sono disponibili nel sistema; al momento dell'apertura delle offerte il sistema redige in automatico la graduatoria, tenendo conto anche dei punteggi tecnici attribuiti dalla Commissione, graduatoria che viene pubblicata con l'indicazione delle offerte pervenute, del punteggio tecnico ed economico complessivo attribuito e del miglior prezzo.

Inoltre, nessuno degli addetti alla gestione della gara potrà accedere ai documenti dei partecipanti, fino alla data ed all'ora di seduta della gara, specificata in fase di creazione della procedura."

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

D.Lgs. n. 50/2016 – Codice dei contratti pubblici

Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni)

1. Nei settori ordinari e nei settori speciali, **tutte le comunicazioni e gli scambi di informazioni di cui al presente codice sono eseguiti utilizzando mezzi di comunicazione elettronici** in conformità con quanto disposto dal presente comma e dai commi da 2 a 9, nonché dal Codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Gli strumenti e i dispositivi da utilizzare per comunicare per via elettronica, nonché le relative caratteristiche tecniche, hanno carattere non discriminatorio, sono comunemente disponibili e compatibili con i prodotti TLC generalmente in uso e non limitano l'accesso degli operatori economici alla procedura di aggiudicazione.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni)

... In deroga al primo e secondo periodo, le stazioni appaltanti non sono obbligate a richiedere mezzi di comunicazione elettronici nella procedura di presentazione dell'offerta esclusivamente nelle seguenti ipotesi:

- a) a causa della natura specialistica dell'appalto, l'uso di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe specifici strumenti, dispositivi o formati di file che non sono in genere disponibili o non sono gestiti dai programmi comunemente disponibili;
- b) i programmi in grado di gestire i formati di file, adatti a descrivere l'offerta, utilizzano formati che non possono essere gestiti mediante altri programmi aperti o generalmente disponibili ovvero sono protetti da licenza di proprietà esclusiva e non possono essere messi a disposizione per essere scaricati o per farne un uso remoto da parte della stazione appaltante;
- c) l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiede attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili alle stazioni appaltanti;
- d) i documenti di gara richiedono la presentazione di un modello fisico o in scala ridotta che non può essere trasmesso per mezzo di strumenti elettronici;
- e) l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è necessario a causa di una violazione della sicurezza dei mezzi di comunicazione elettronici ovvero per la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile che richiedono un livello talmente elevato di protezione da non poter essere adeguatamente garantito mediante l'uso degli strumenti e dispositivi elettronici che sono generalmente a disposizione degli operatori economici o che possono essere messi loro a disposizione mediante modalità alternative di accesso ai sensi del comma 6.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 52 (Regole applicabili alle comunicazioni)

2. Nei casi in cui non sono utilizzati mezzi di comunicazione elettronici ai sensi del terzo periodo del comma 1, la comunicazione avviene per posta o altro idoneo supporto ovvero mediante una loro combinazione.

3. Le stazioni appaltanti indicano nella relazione unica i motivi per cui l'uso di mezzi di comunicazione diversi dai mezzi elettronici è stato ritenuto necessario in applicazione del comma 1, terzo periodo.

4. In deroga ai commi da 1 a 3, la comunicazione orale può essere utilizzata in relazione a comunicazioni diverse da quelle relative agli elementi essenziali della procedura di appalto, purché il contenuto della comunicazione orale sia sufficientemente documentato. A tal fine, gli elementi essenziali della procedura di appalto includono i documenti di gara, le richieste di partecipazione, le conferme di interesse e le offerte. In particolare, le comunicazioni orali con offerenti che potrebbero incidere significativamente sul contenuto e la valutazione delle offerte sono documentate in misura sufficiente e con mezzi adeguati.

5. In tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. **Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione.**

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 44 (Digitalizzazione delle procedure)

1. Entro un anno dalla data di entrata in vigore del presente codice, con decreto del Ministro per la semplificazione e la pubblica amministrazione, di concerto con il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita l'Agenzia per l'Italia Digitale (AGID) nonché dell'Autorità garante della privacy per i profili di competenza, sono definite le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per interoperabilità dei dati delle pubbliche amministrazioni. Sono, altresì, definite le migliori pratiche riguardanti metodologie organizzative e di lavoro, metodologie di programmazione e pianificazione, riferite anche all'individuazione dei dati rilevanti, alla loro raccolta, gestione ed elaborazione, soluzioni informatiche, telematiche e tecnologiche di supporto.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 58 (Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione)

1. Ai sensi della normativa vigente in materia di documento informatico e di firma digitale, nel rispetto dell'articolo 52 e dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia delle procedure, le stazioni appaltanti ricorrono a procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici nel rispetto delle disposizioni di cui al presente codice. L'utilizzo dei sistemi telematici non deve alterare la parità di accesso agli operatori o impedire, limitare o distorcere la concorrenza o modificare l'oggetto dell'appalto, come definito dai documenti di gara.

2. Le stazioni appaltanti possono stabilire che l'aggiudicazione di una procedura interamente gestita con sistemi telematici avvenga con la presentazione di un'unica offerta ovvero attraverso un'asta elettronica alle condizioni e secondo le modalità di cui all'articolo 56.

3. (abrogato)

4. Il sistema telematico crea ed attribuisce in via automatica a ciascun operatore economico che partecipa alla procedura un codice identificativo personale attraverso l'attribuzione di userID e password e di eventuali altri codici individuali necessari per operare all'interno del sistema.

5. Al momento della ricezione delle offerte, la stazione appaltante trasmette in via elettronica a ciascun concorrente la notifica del corretto recepimento dell'offerta stessa.

6. (abrogato)

7. Conclusa la procedura di cui al comma 6, il sistema telematico produce in automatico la graduatoria.

8. Le procedure di gara interamente gestite con sistemi telematici possono essere adottate anche ai fini della stipula delle convenzioni di cui all'articolo 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)

1. Le stazioni appaltanti, fermi restando gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa, possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, nonché attraverso l'effettuazione di ordini a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione dalle centrali di committenza e dai soggetti aggregatori. Per effettuare procedure di importo superiore alle soglie indicate al periodo precedente, le stazioni appaltanti devono essere in possesso della necessaria qualificazione ai sensi dell'articolo 38.

2. Salvo quanto previsto al comma 1, per gli acquisti di forniture e servizi di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, nonché per gli acquisti di lavori di manutenzione ordinaria d'importo superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro, le stazioni appaltanti in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 nonché gli altri soggetti e organismi di cui all'articolo 38, comma 1, procedono mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente. In caso di indisponibilità di tali strumenti anche in relazione alle singole categorie merceologiche, le stazioni appaltanti operano ai sensi del comma 3 o procedono mediante lo svolgimento di procedure di cui al presente Codice.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Art. 37 (Aggregazioni e centralizzazione delle committenze)

3. Le stazioni appaltanti non in possesso della necessaria qualificazione di cui all'articolo 38 procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza ovvero mediante aggregazione con una o più stazioni appaltanti aventi la necessaria qualifica.

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

- a) ricorrendo a una centrale di committenza o a soggetti aggregatori qualificati;
- b) mediante unioni di comuni costituite e qualificate come centrali di committenza, ovvero associandosi o consorziandosi in centrali di committenza nelle forme previste dall'ordinamento;
- c) ricorrendo alla stazione unica appaltante costituita presso le province, le città metropolitane ovvero gli enti di area vasta ai sensi della Legge 7 aprile 2014, n. 56.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Legge 27 dicembre 2006, n. 296

Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (finanziaria 2007)

Art. 1

450. Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al Decreto Legislativo 30 luglio 1999, n. 300, **per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro** e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al DPR 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre Amministrazioni Pubbliche di cui all'articolo 1 del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro e di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Legge 7 agosto 2012, n. 135

Conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95: Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario

Art. 15. Disposizioni urgenti per l'equilibrio del settore sanitario e misure di governo della spesa farmaceutica

13. Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi:

d) fermo restando quanto previsto dall'art. 17, co. 1, lettera a), del D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito con modificazioni dalla Legge 15 luglio 2011, n. 111, gli enti del servizio sanitario nazionale, ovvero, per essi, le regioni e le province autonome di Trento e Bolzano, utilizzano, per l'acquisto di beni e servizi relativi di importo pari o superiore a 1.000 euro alle categorie merceologiche presenti nella piattaforma CONSIP, gli strumenti di acquisto e negoziazione telematici messi a disposizione dalla stessa CONSIP, ovvero, se disponibili, dalle centrali di committenza regionali di riferimento costituite ai sensi dell'art. 1, co. 455, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296. I contratti stipulati in violazione di quanto disposto dalla presente lettera sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa;

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

➤ Comunicato Presidente ANAC 30/10/2018

Indicazioni alle stazioni appaltanti sull'applicabilità dell'art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro

- Sono giunte richieste di chiarimento in merito all'applicabilità dell'art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro. In particolare, è stato chiesto se, in relazione alla disposizione recata dall'art. 40, co. 2, del Codice, sia consentito, per gli affidamenti infra 1.000 euro, procedere senza utilizzare mezzi telematici, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, co. 450, della Legge 27 dicembre 2006, n. 296.
- **L'Autorità ritiene che, per gli acquisti infra 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici.**

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Legge 28 dicembre 2015, n. 208

Disposizioni per la formazione del bilancio annuale e pluriennale dello Stato (Legge di stabilità 2016)

Art. 1

512. Al fine di garantire l'ottimizzazione e la razionalizzazione degli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, fermi restando gli obblighi di acquisizione centralizzata previsti per i beni e servizi dalla normativa vigente, le amministrazioni pubbliche e le società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, come individuate dall'Istituto nazionale di statistica (ISTAT) ai sensi dell'articolo 1 della Legge 31 dicembre 2009, n. 196, provvedono ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite gli strumenti di acquisto e di negoziazione di Consip Spa o dei soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e i servizi disponibili presso gli stessi soggetti. Le regioni sono autorizzate ad assumere personale strettamente necessario ad assicurare la piena funzionalità dei soggetti aggregatori di cui all'articolo 9 del D.L. 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89, in deroga ai vincoli assunzionali previsti dalla normativa vigente, nei limiti del finanziamento derivante dal Fondo di cui al comma 9 del medesimo articolo 9 del D.L. n. 66 del 2014.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

Legge 7 agosto 2012, n. 135

Conversione, con modificazioni, del Decreto-Legge 6 luglio 2012, n. 95: Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario

Art. 1. Riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure

1. Successivamente alla data di entrata in vigore della legge di conversione del presente decreto, i contratti stipulati in violazione dell'art. 26, co. 3, della Legge 23 dicembre 1999, n. 488 ed i **contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.** Ai fini della determinazione del danno erariale si tiene anche conto della differenza tra il prezzo, ove indicato, dei detti strumenti di acquisto e quello indicato nel contratto. Le centrali di acquisto regionali, pur tenendo conto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., non sono soggette all'applicazione dell'art. 26, co. 3, della Legge 23 dicembre 1999, n. 488. La disposizione del primo periodo del presente comma non si applica alle Amministrazioni dello Stato quando il contratto sia stato stipulato ad un prezzo più basso di quello derivante dal rispetto dei parametri di qualità e di prezzo degli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A., ed a condizione che tra l'amministrazione interessata e l'impresa non siano insorte contestazioni sulla esecuzione di eventuali contratti stipulati in precedenza.

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

- **Gli articoli 40 e 52 del Codice costituiscono il recepimento della Direttiva comunitaria 2014/24/UE e si applicano anzitutto per le procedure sopra soglia comunitaria**
- **Il legislatore della spending review e il nuovo Codice (art. 37) hanno già previsto obblighi di ricorso a strumenti telematici (MePA, piattaforme di negoziazione regionali), ben prima del 18 ottobre 2018; tali obblighi si applicano anzitutto alle amministrazioni pubbliche e non a tutte le stazioni appaltanti.**
- **Nelle procedure sotto-soglia, al netto degli obblighi di ricorso agli strumenti telematici previsti dalla spending review e dall'art. 37, co. 2, del Codice, è incerta l'applicazione diretta degli artt. 40 e 52 del Codice**
- Da un lato, si fa osservare che l'art. 52 del Codice è inserito tra le «disposizioni comuni» della Parte II, cap. e quindi applicabili in via generale a tutte le procedure; inoltre, l'art. 40, co. 2, fa riferimento alle «le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle **procedure di cui al presente codice**», riferendosi quindi alla generalità delle procedure (fatti salvi gli affidamenti diretti infra 40.000 euro in assenza di procedura concorsuale);
- Dall'altro lato, si osserva che l'art. 36, comma 1, non richiama, nel quadro normativo **speciale** per le procedure sotto-soglia, l'art. 52 tra le disposizioni di obbligatoria applicazione; inoltre, l'art. 50 (anch'esso compreso nelle «disposizioni comuni»), pur richiamato dall'art. 36, co. 1, è previsto sia applicato solo «facoltativamente» dalla stazione appaltante (ubi lex voluit dixit, ubi tacuit, noluit);

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

ANCI – Nota operativa per l'utilizzo obbligatorio, dal 18 ottobre, dei mezzi di comunicazione elettronici

Si ritiene che dal 18 ottobre u.s. ci sia unicamente la necessità per tutte le stazioni appaltanti di utilizzare idonei strumenti informatici per la trasmissione e ricezione della documentazione di gara, **ma non vi sia alcun obbligo di ricorso alle procedure telematiche, di cui all'art. 58.** Il ragionamento logico-giuridico alla base di tale affermazione, si basa sulla motivazione dell'articolo 52 della direttiva Ue n. 24/2014, in base alla quale «il ricorso obbligatorio a mezzi di comunicazione elettronici ai sensi della presente direttiva non dovrebbe tuttavia obbligare le amministrazioni aggiudicatrici a effettuare il trattamento elettronico delle offerte, né a procedere alla valutazione elettronica o al trattamento automatizzato».

Ciò peraltro risulta confermato dall' articolo 37 comma 2, del Codice degli Appalti che prevede la possibilità, per tutte le stazioni appaltanti, in caso indisponibilità di strumenti telematici di negoziazione, di ricorrere agli affidamenti con procedure ordinarie.

Pertanto, si ritiene che, anche a seguito dell'entrata in vigore dell'articolo 40 comma 2, le stazioni appaltanti, **senza ricorrere alla gestione integrale della gara su piattaforma informatica**, possano utilizzare sistemi informatici specifici che si limitino alla ricezione e trasmissione della documentazione e informazioni di gara, incluse le domande di partecipazione e il DGUE, previsti dal (e-notification: pubblicazione elettronica dei bandi di gara; e-access: accesso elettronico ai documenti di gara; e-submission: presentazione elettronica delle offerte; e-Certis sistema informatico che consente di individuare i certificati e gli attestati più frequentemente richiesti nelle procedure d'appalto)".

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

ANCI – Nota operativa per l'utilizzo obbligatorio, dal 18 ottobre, dei mezzi di comunicazione elettronici

Si ritiene infine che, in assenza di una piattaforma di e-procurement (propria o convenzionata di cui al precedente punto 2, o di soggetti aggregatori), ovvero di un sistema informatico di trasmissione e gestione della documentazione di gara, le stazioni appaltanti possano ancora ricorrere a **soluzioni alternative**, quantomeno in attesa della piena implementazione degli strumenti telematici sicuri.

Come già ricordato infatti, non risulta adottato il D.M. di cui all'articolo 44 del Codice Appalti, che avrebbe dovuto definire le modalità di digitalizzazione delle procedure di tutti i contratti pubblici, anche attraverso l'interconnessione per l'interoperabilità dei dati delle Pubbliche Amministrazioni. Non esiste dunque, nell'attuale quadro ordinamentale della materia, una definizione dello standard da utilizzare per la digitalizzazione delle procedure di gara.

Nelle more dunque del completamento di tale assetto normativo, possono essere utilizzate le deroghe di cui al succitato articolo 52, in quanto costituiscono eccezioni all'obbligo di richiedere mezzi di comunicazione elettronici". In particolare, l'art. 52, con riferimento alla procedura di presentazione stabilisce che le amministrazioni possano ancora ricorrere all'uso di mezzi di comunicazione diversi da quelli elettronici (quindi quelli tradizionali) quando ciò si renda necessario, tra l'altro, per assicurare la sicurezza e la protezione di informazioni di natura particolarmente sensibile (art. 52, comma 1, lett. e).

Le procedure elettroniche dopo il 18.10.2018

ANCI – Nota operativa per l'utilizzo obbligatorio, dal 18 ottobre, dei mezzi di comunicazione elettronici

Il comma 5 dell'articolo 52, chiarisce che non può intendersi come comunicazione per la fase di presentazione delle offerte, l'invio mediante posta elettronica certificata, perché se è vero che la PEC (come idoneo strumento telematico di comunicazione e strumento di scambio di informazioni), garantisce l'integrità dei dati, di certo non può garantire la riservatezza e l'apertura del contenuto soltanto dopo il termine di presentazione delle offerte.

Pertanto, può ragionevolmente affermarsi che, anche dopo il 18 ottobre u.s., resti comunque possibile, per la presentazione dell'offerta, la possibilità di ricorrere a modalità alternative a quelle elettroniche, purché siano le uniche in grado di assicurare l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte (tra queste, ad esempio, si ritiene annoverarsi anche **la possibilità di presentare l'offerta in formato elettronico, su supporto informatico, all'interno della busta chiusa, sigillata e controfirmata**).

Ovviamente, il ricorso a tali altri mezzi, costituendo una deroga, andrà **motivato** nei termini anzidetti, nella relazione unica (comma 3 dell'articolo 52) dell'offerta".

Commissioni di gara

Ultime novità

Comunicato Presidente ANAC 9/1/2019

Differimento dell'operatività dell'Albo dei Commissari di gara di cui all'articolo 78 del Decreto Legislativo 19 aprile 2016, n. 50

Nel Comunicato del Presidente del 18 luglio 2018 è stata stabilita la data del 15 gennaio 2019 per la piena operatività dell'Albo di cui all'art. 78 del Codice dei contratti pubblici e il superamento del regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12 del medesimo Codice.

L'Autorità in attuazione della disposizione di cui all'art. 78 ha già adottato in modo completo la disciplina di riferimento, mediante l'adozione delle previste Linee guida, e ha predisposto il sistema informatico per l'iscrizione all'Albo già attivo in parte qua dal 10 settembre 2018 - e per l'estrazione degli esperti da nominare nelle commissioni giudicatrici.

All'attualità il numero di iscritti nelle diverse sottosezioni dell'Albo ammonta a circa 2.100, di cui solo la metà estraibili per commissioni esterne alle amministrazioni aggiudicatrici. Numerose sottosezioni (circa il 30%) risultano completamente prive di esperti iscritti, altre (circa il 40%) con un numero di esperti molto ridotto (meno di 10).

Ultime novità

Comunicato Presidente ANAC 9/1/2019

Differimento dell'operatività dell'Albo dei Commissari di gara di cui all'articolo 78 del Decreto Legislativo 19 aprile 2016, n. 50

Tenuto conto dello stato di fatto delle iscrizioni presenti in Albo e del previsto numero di gare bandite annualmente che richiedono la nomina di commissioni giudicatrici ai sensi dell'art. 77, allo stato, il numero degli esperti iscritti all'Albo non consente di soddisfare le richieste stimate in relazione al numero di gare previste.

In base a quanto sopra, tenuto conto, peraltro, che il quadro normativo non sembra consentire la possibilità di nominare i commissari con modalità diverse da quelle descritte all'art. 77 per i casi di assenza e/o carenza di esperti, l'Autorità ritiene necessario, per evitare ricadute sul mercato degli appalti, **differire il termine di avvio del sistema dell'Albo dei commissari di gara al 15 aprile 2019.**

Le criticità evidenziate saranno oggetto di segnalazione, ai sensi dell'art. 213, comma 2, lett. c) del Codice, al Governo e al Parlamento da parte dell'Autorità.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019, n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

«... il quadro normativo non sembra consentire la possibilità di nominare i commissari con modalità diverse da quelle descritte all'art. 77 per i casi di assenza e/o carenza di esperti. Infatti il legislatore non ha provveduto a disciplinare il caso della mancata/parziale implementazione dell'Albo dei commissari di gara, ad eccezione delle specifiche previsioni dettate a tal riguardo per la sezione speciale, dal comma 3 dell'art. 77, a tenore del quale "i commissari sono ...nel caso di procedure di aggiudicazione svolte da CONSIP S.p.a, INVITALIA - Agenzia nazionale per l'attrazione degli investimenti e lo sviluppo d'impresa S.p.a. e dai soggetti aggregatori regionali di cui all'articolo 9 del decreto legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla Legge 23 giugno 2014, n. 89, tra gli esperti iscritti nell'apposita sezione speciale dell'Albo, non appartenenti alla stessa stazione appaltante e solo se non disponibili in numero sufficiente, anche tra gli esperti della sezione speciale che prestano servizio presso la stessa stazione appaltante ovvero, se il numero risulti ancora insufficiente, ricorrendo anche agli altri esperti iscritti all'Albo al di fuori della sezione speciale".

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019, n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Sembra, inoltre, difficile ipotizzare la possibilità di istituire un "doppio regime" di nomina dei commissari di gara in caso di mancata o parziale implementazione dell'Albo o di singole sottosezioni dello stesso, tale da ritenere applicabili - contemporaneamente - il sistema transitorio delineato dal citato art. 216, comma 12, e quello disciplinato con Linee guida dell'Autorità. Ciò in ragione del tenore letterale delle norme in esame, che non contemplano tale possibilità, né prevedono che la stessa sia demandata alla fonte di rango secondario (le linee guida dell'Autorità) posto che - come sopra sottolineato - le Linee guida possono disciplinare esclusivamente gli aspetti indicati dagli artt. 77 e 78 del Codice.

Dunque il dato letterale delle norme non sembra consentire di ipotizzare una attuazione parziale dell'Albo dei commissari, stabilendo di ritenere operative solo talune sottosezioni dello stesso, con esclusione delle sottosezioni prive di iscrizioni o con iscrizioni esigue, in quanto tale ipotesi rischierebbe, verosimilmente, di determinare difficoltà applicative dell'intero sistema.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019, n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50

Tenuto conto, infatti, che l'iscrizione all'Albo avviene per sottosezioni legate alle professionalità dei commissari (secondo quanto previsto dal par. 2.1 delle Linee guida n. 5/2018), risulterebbe complesso distinguere i settori sottoposti al nuovo regime ex art. 77 da quelli sottratti allo stesso fino alla piena operatività del sistema gestito dall'Autorità. Infatti, di frequente si verifica la necessità di una composizione della commissione giudicatrice con professionalità miste, ciò che determinerebbe, in molti casi, l'impossibilità di costituire la commissione ove si rendesse necessaria la presenza, all'interno della stessa, di professionalità appartenenti a sottosezioni prive di iscrizioni o scarsamente implementate (eccezion fatta, in quest'ultimo caso, per le prime estrazioni che potrebbero essere evase fino a concorrenza delle limitate iscrizioni).

Le criticità sopra illustrate richiedono quindi una urgente modifica normativa delle previsioni del Codice volta a consentire alle stazioni appaltanti la nomina dei commissari nel caso di mancata o insufficiente implementazione delle singole sottosezioni dell'Albo dei commissari.

Nelle more della auspicata modifica normativa l'Autorità, con Comunicato del 9 gennaio 2019, ha differito il termine del 15 gennaio 2019 previsto per la piena attuazione dell'Albo dei commissari alla data del 15 aprile 2019.

Ultime novità

Atto di segnalazione ANAC 9/1/2019, n. 1

Concernente la disciplina dell'Albo nazionale dei componenti delle commissioni giudicatrici di cui all'art. 77 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50

4. Conclusioni

Alla luce di quanto sopra esposto, l'Autorità segnala la necessità di un intervento urgente di modifica delle previsioni dell'art. 77 del Codice, finalizzato a consentire alle stazioni appaltanti di procedere alla nomina dei commissari in caso di mancata o insufficiente implementazione delle singole sottosezioni dell'Albo.

5. Proposta di modifica dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016

Ai fini sopra indicati, si suggerisce la modifica dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016, mediante inserimento del comma 3-bis, dal seguente tenore «**In caso di indisponibilità o di disponibilità insufficiente di esperti iscritti nella sezione ordinaria dell'Albo ai fini della compilazione della lista di cui al comma 3, la commissione è nominata, anche solo parzialmente, dall'organo della stazione appaltante competente ad effettuare la scelta del soggetto affidatario del contratto, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate da ciascuna stazione appaltante**».

Ultime novità

➤ **Fino al 14.4.2019 trova applicazione il regime transitorio di cui all'art. 216, comma 12**

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

- Gran parte delle disposizioni dell'art. 77 del nuovo Codice sono comunque immediatamente applicabili (escluso il comma 3 riferito all'Albo nazionale).
- Parte della giurisprudenza ritiene che, per la nomina dei membri esterni, la disciplina applicabile sia sostanzialmente quella contenuta nell'articolo 84, comma 8, del codice previgente.
- «I commissari diversi dal presidente sono selezionati tra i funzionari della stazione appaltante. In caso di accertata carenza in organico di adeguate professionalità, nonché negli altri casi previsti dal regolamento in cui ricorrono esigenze oggettive e comprovate, i commissari diversi dal presidente sono scelti tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'articolo 3, comma 25, ovvero con un criterio di rotazione tra gli appartenenti alle seguenti categorie:
 - a) professionisti, con almeno dieci anni di iscrizione nei rispettivi albi professionali, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dagli ordini professionali;
 - b) professori universitari di ruolo, nell'ambito di un elenco, formato sulla base di rose di candidati fornite dalle facoltà di appartenenza».

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Responsabile del procedimento

- Art. 31 Codice
- Linee guida ANAC n.3/2016 (vincolanti *erga omnes*)

Commissione giudicatrice

- Art. 77 e 216, c.12 Codice
- Linee guida ANAC n. 5/2016 (vincolanti *erga omnes*)
- Regolamenti interni

Seggio di gara

- Linee guida ANAC n. 3/2016, par. 5.2
- Regolamenti interni
- **ANAC Bando-tipo n. 1/2017** Schema di disciplinare di gara "Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo".

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

19. SVOLGIMENTO OPERAZIONI DI GARA: APERTURA DELLA BUSTA A – VERIFICA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

La **prima seduta pubblica** avrà luogo il giorno, alle ore presso ... *[indicare l'indirizzo]* e vi potranno partecipare i legali rappresentanti/procuratori delle imprese interessate oppure persone munite di specifica delega. In assenza di tali titoli, la partecipazione è ammessa come semplice uditore.

Tale seduta pubblica, se necessario, sarà **aggiornata** ad altra ora o a giorni successivi, nel luogo, nella data e negli orari che saranno comunicati ai concorrenti a mezzo *[specificare mezzo: es. pubblicazione sul sito informatico/PEC]* almeno*[indicare il numero]* giorni prima della data fissata.

Parimenti le successive sedute pubbliche saranno comunicate ai concorrenti a mezzo *[specificare mezzo: ad es. pubblicazione sul sito informatico/PEC, etc.]* almeno*[indicare il numero]* giorni prima della data fissata.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Linee guida ANAC n. 3/2016 ss.mm.

5.2. Verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP

Il controllo della documentazione amministrativa, è svolto

- dal RUP,
- da un seggio di gara istituito ad hoc
- oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante.

In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e **adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate**

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

19. SVOLGIMENTO OPERAZIONI DI GARA: APERTURA DELLA BUSTA A – VERIFICA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

Il [scegliere tra **RUP** ovvero **seggio di gara** istituito ad hoc ovvero, se presente nell'organico della stazione appaltante, apposito **ufficio-servizio** a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante - cfr. Linee Guida ANAC n.3/2016] procederà, nella prima seduta pubblica, a **verificare il tempestivo deposito e l'integrità dei plichi** inviati dai concorrenti e, una volta aperti, a controllare la completezza della documentazione amministrativa presentata.

Successivamente il [RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] procederà a:

- a) **verificare la conformità della documentazione** amministrativa a quanto richiesto nel presente disciplinare;
- b) attivare la procedura di **soccorso istruttorio** di cui al precedente punto 14;
- c) redigere apposito **verbale** relativo alle attività svolte;
- d) **adottare il provvedimento che determina le esclusioni e le ammissioni** dalla procedura di gara, provvedendo altresì agli adempimenti di cui all'art. 29, comma 1, del Codice.

Pubblicazione dei verbali di gara?

ANAC - Prime linee guida recanti indicazioni sull'attuazione degli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni contenute nel D.Lgs. n. 33/2013 come modificato dal D.Lgs. n. 97/2016

RELAZIONE AIR, p. 14

<<Per quanto riguarda l'obbligo di pubblicazione dei **verbali di gara**, valutate le problematiche legate a profili di riservatezza che potrebbero derivarne, nelle LG è stato specificato che **si ritiene sufficiente la pubblicazione degli elenchi dei verbali delle commissioni di gara**, ferma restando la possibilità di esercizio del diritto di accesso civico generalizzato ai predetti verbali, ai sensi degli artt. 5, co. 2, e 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013>>

Pubblicazione dei verbali di gara ?

Decreto Legislativo 14 marzo 2013, n. 33

Art. 7-bis

4. Nei casi in cui norme di legge o di regolamento prevedano la pubblicazione di atti o documenti, le pubbliche amministrazioni provvedono a rendere non intelligibili i dati personali non pertinenti o, se sensibili o giudiziari, non indispensabili rispetto alle specifiche finalità di trasparenza della pubblicazione.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

- Tra le note positive che riscontriamo nel testo definitivamente approvato, si evidenzia l'opportuna soppressione della previsione contenuta al punto 19. lett. c) dello schema inizialmente posto in consultazione, relativa alla verifica dei requisiti autodichiarati dai concorrenti nella fase di controllo della documentazione amministrativa (si era previsto: "... il [RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] procederà: (...) **c) ad effettuare, ai sensi dell'art.71 del DPR n. 445/2000, i controlli sulle dichiarazioni sostitutive rese dai concorrenti in merito all'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice, nonché alla sussistenza dei requisiti di idoneità, capacità economico-finanziaria e tecnico professionale di cui al precedente punto 7 (cfr. Comunicato del Presidente ANAC del 26 ottobre 2016);"**
- La clausola poteva infatti ingenerare l'equivoco della reintroduzione di una verifica a campione dei requisiti sia generali che speciali, ciò che avrebbe invero comportato un notevole aggravamento della procedura ed una significativa dilatazione dei suoi tempi, soprattutto in considerazione della mancata attivazione della Banca dati nazionale degli operatori economici. Si legge ora al punto 19, tra le istruzioni operative: "*la stazione appaltante procede alla suddetta verifica in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive (DGUE e altre dichiarazioni integrative), rese dai concorrenti in merito al possesso dei requisiti generali e speciali*".

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

19. SVOLGIMENTO OPERAZIONI DI GARA: APERTURA DELLA BUSTA A – VERIFICA DOCUMENTAZIONE AMMINISTRATIVA

La stazione appaltante, al fine di tutelare il principio di segretezza delle offerte, adotta le seguenti **modalità di conservazione dei plichi** e di **trasferimento degli stessi dal RUP alla commissione giudicatrice**: [indicare le relative modalità].

Ai sensi dell'art. 85, comma 5, primo periodo del Codice, la stazione appaltante si riserva di chiedere agli offerenti, in qualsiasi momento nel corso della procedura, di presentare tutti i documenti complementari o parte di essi, qualora questo sia necessario per assicurare il corretto svolgimento della procedura.

N.B: la stazione appaltante procede alla suddetta verifica in tutti i casi in cui sorgono fondati dubbi, sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive (DGUE e altre dichiarazioni integrative), rese dai concorrenti in merito al possesso dei requisiti generali e speciali.

Tale verifica avverrà, ai sensi degli artt. 81 e 216, comma 13, del Codice, attraverso l'utilizzo del sistema AVCPass, reso disponibile dall'ANAC, con le modalità di cui alla Delibera n. 157/2016 [tale prescrizione è valida fino all'istituzione della Banca dati nazionale degli operatori economici].

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

20. COMMISSIONE GIUDICATRICE

*[N.B.: le prescrizioni che seguono sono applicabili al **periodo transitorio in attesa dell'operatività dell'Albo dei Commissari istituito presso ANAC** di cui all'art. 77 del Codice. Pertanto, i commissari continueranno ad essere scelti dalla stazione appaltante, secondo regole di competenza e trasparenza preventivamente individuate dalla stazione appaltante ai sensi **dell'art. 216, comma 12 del Codice**. Al momento di entrata in vigore dell'Albo tali prescrizioni verranno aggiornate.*

Le incompatibilità di cui all'art. 77 comma 4 del Codice trovano una deroga dal secondo cpv. del comma 4 che consente la nomina del RUP in seno alla commissione, previa valutazione con riferimento alla singola procedura.]

Commissione giudicatrice

Art. 77 (Commissione giudicatrice)

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

2. La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a cinque, individuato dalla stazione appaltante e può lavorare a distanza con procedure telematiche che salvaguardino la riservatezza delle comunicazioni.

Commissione giudicatrice

Consiglio di Stato, sez. III, 11/1/2019 n. 276

Relativamente ai tempi "ridotti" di valutazione delle offerte tecniche, è legittimo l'operato della Commissione giudicatrice che per accelerare i tempi di chiusura del procedimento di gara abbia fatto accesso da remoto alla relativa documentazione sulla piattaforma telematica così come risulta dai tabulati attestanti gli accessi da parte dei commissari. Tale modus operandi - previsto dall'art. 77, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016 - ha consentito di chiudere in tempi rapidi la fase collegiale, alla quale ogni commissario è arrivato avendo già studiato le offerte nelle singole componenti.

Commissione giudicatrice

ANAC - DELIBERA 8 novembre 2017, n. 1143

“... che la composizione della commissione di gara sia formata da un **numero dispari** di componenti è invece un aspetto imprescindibile per garantire la funzionalità del principio maggioritario nell’ambito di un collegio perfetto qual è l’organo in questione (Cons. Stato, n. 2143/2009; Tar Toscana n. 1989 del 6 dicembre 2012; TAR Veneto, Sez. I, n. 471 del 15 maggio 2017). Il filone giurisprudenziale che ne afferma l’indispensabilità è prevalente rispetto alla minoritaria interpretazione che nega valore di principio alla regola e l’interpretazione letterale della norma induce le stesse conclusioni.

Nel numero pari o dispari di membri della commissione deve essere computato anche il presidente, il quale ne fa parte a pieno titolo e, in disparte i poteri che abbia deciso di esercitare o meno nel caso concreto, ha diritto di voto al pari degli altri componenti. Per quanto attiene alla figura del segretario, invece, trattandosi del soggetto “verbalizzante”, non può essere ricompreso nel novero dei membri della commissione.”

Commissione giudicatrice

TAR Campania, Napoli sez. V, 30/5/2018 n. 3587

Il Presidente della commissione di gara non è controinteressato nel giudizio proposto avverso la procedura di gara, con la conseguenza che allo stesso non va notificato il ricorso, e ciò in quanto la Commissione è un organo tecnico, privo di rilevanza esterna, la cui attività viene trasfusa – previa apposita approvazione – nel provvedimento finale della procedura di gara, e cioè l’aggiudicazione, adottata dalla stazione appaltante.

L’onere di immediata impugnativa è circoscritto alle clausole del bando di gara impeditive della partecipazione alla procedura o impositive di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale, e, pertanto, immediatamente lesive sotto questi profili, mentre ogni altra questione, ivi compresa la legittima composizione della Commissione di gara, è rimessa all’impugnazione contro l’altrui aggiudicazione, perché è solo in tale momento che si concretizza la lesione – e quindi l’interesse al ricorso – per gli altri partecipanti alla procedura e può conseguentemente ritenersi sorto l’onere di impugnazione.

Commissione giudicatrice

Art. 77 (Commissione giudicatrice)

4. 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. **La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura.**

Commissione giudicatrice

Relazione tecnica di accompagnamento delle Linee guida n. 3/2016 modificate dall'ANAC con Deliberazione n. 1007/2017

*“Al punto 2.2 è stata eliminata la previsione che ribadiva l’incompatibilità del ruolo di RUP con le funzioni di commissario di gara e di presidente della commissione giudicatrice e manteneva ferme le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza, attesa l’innovazione introdotta dal correttivo all’art. 77, comma 4, secondo cui, ferma restando l’incompatibilità tra il ruolo di commissario e lo svolgimento di altre funzioni o incarichi tecnici o amministrativi relativamente al contratto da affidare, la possibilità della nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura. **Le valutazioni richieste sul punto alle stazioni appaltanti dovranno attenere alle attività effettivamente svolte dal RUP nell’ambito della specifica procedura di gara. Si ribadisce che il RUP non può ricoprire il ruolo di Presidente della commissione, essendo tale posizione riservata ad un commissario esterno per espressa previsione dell’art. 77, comma 8, del codice”.***

Commissione giudicatrice

TAR Veneto, sez. III, n. 973/2017

*“a seguito della modifica intervenuta con il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n.56, la nuova formulazione dell’art. 77, comma 4, D.Lgs n. 50/2016 (in vigore dal 20 maggio 2017, applicabile al presente giudizio ratione temporis), **esclude la figura del RUP dalla generale incompatibilità prevista nel medesimo comma 4, prevedendo ora al contrario che: “La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”.***

*Inoltre la novella del 2017 rende non più applicabili le Linee Guida Anac n.3 del 26 ottobre 2016 “Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l’affidamento di appalti e concessioni”, dovendosi in ogni caso segnalare che anche le suddette Linee Guida (art. 2.2.), pur prevedendo l’incompatibilità nei confronti del RUP sulla base della precedente versione del citato articolo 77, comma 4, **facevano comunque salve “le acquisizioni giurisprudenziali in materia di possibile coincidenza” tra il ruolo di RUP e quello di commissario o presidente della Commissione giudicatrice.***

Commissione giudicatrice

TAR Veneto, sez. III, n. 973/2017

*Pertanto la censura non può essere accolta, non essendo stata offerta **la concreta dimostrazione dell’incompatibilità, sotto il profilo dell’interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione di gara, e non essendo stata fornita nel caso di specie alcuna prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento al soggetto di cui si controverte, tra i compiti del RUP e quelli di presidente della Commissione di gara (cfr., ex multis, TAR Veneto, Sez. I, 7 luglio 2017, n.660; Cons. Stato, sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565), non essendo al riguardo sufficiente la mera circostanza che la medesima persona sia anche direttore dell’ente che ha indetto la procedura d’appalto”.***

Commissione giudicatrice

TAR Umbria, sez. I, 2/1/2018 n. 10

“Deve concludersi per l'infondatezza del(..) motivo con cui si censura il cumulo in capo al (..) dirigente dei servizi formativi e sociali del Comune (..), delle funzioni di presidente della commissione di gara e di responsabile unico del relativo procedimento, non essendo stata fornita alcuna prova circa una eventuale situazione di incompatibilità, con riferimento al funzionario di cui si controverte, tra i compiti del RUP e quelli di presidente della Commissione di gara (cfr., ex multis, TAR Veneto, sez. I, 7 luglio 2017, n. 660; Cons. st., sez. V, 23 marzo 2015, n. 1565); e ciò coerentemente alla disposizione ex adverso invocata di cui all'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016, a tenore del quale la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara deve valutarsi con riferimento alla singola procedura”.

Commissione giudicatrice

TAR Marche, sez. I, 2/1/2018 n. 7

*“1. Con riguardo ai profili di **pretesa incompatibilità tra RUP** (titolare anche del sub-procedimento di valutazione di anomalia dell'offerta) e **presidente della commissione di gara**, l'odierno Collegio non intravede ragioni per discostarsi dall'orientamento recentemente seguito, su un caso simile, da questo stesso Tribunale (cfr. TAR Marche, 6.2.2017 n. 108), **che esclude forme di automatismo nell'individuare incompatibilità tra le funzioni qui in esame** (cfr. anche TAR Lazio, Roma, Sez. III-quater, 11.1.2017 n. 452 e giurisprudenza ivi richiamata)”.*

Commissione giudicatrice

TAR Lazio, Latina sez. I, 23/5/2017 n. 325

*La mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall'articolo 77 implica chiaramente che **il r.u.p. non possa essere componente della commissione nemmeno quale presidente** e quindi il superamento della giurisprudenza formatasi sotto il vigore del soppresso codice degli appalti; non è d'altro lato condivisibile il rilievo secondo cui la nuova regola del comma 4 sarebbe destinata ad operare solo dopo l'istituzione dell'albo dei commissari previsto dall'articolo 77, comma 2, dato che essa è formulata in termini generali ed è pertanto **immediatamente efficace** anche nel regime transitorio delineato dal comma 12 dell'articolo 77 (con il quale è compatibile).*

Commissione giudicatrice

TAR Puglia, Lecce sez. II, 29/6/2017 n. 1074

*"L'art. 77, comma 4 del D.Lgs.18 aprile 2016, n. 50 stabilisce che "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". E' evidente la finalità, perseguita dall'art. 77 comma 4 citato, di **evitare** che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.*

*Ritiene il Collegio di dover precisare, sul punto, che il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va declinato nel senso di garantire loro la cd **virgin mind**, ossia la totale mancanza di un pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa. Tale pregiudizio può essere agevolmente rintracciato in un caso in cui la **predisposizione, da parte del Presidente della Commissione di gara, addirittura delle c.d. regole del gioco può influenzare la successiva attività di arbitro della gara**".*

Commissione giudicatrice

TAR Puglia, Lecce sez. II, 27/6/2016 n. 1040

*“L’aver **approvato gli atti di gara** non costituisce un’operazione di natura meramente formale ma implica, necessariamente, un’analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una **piena condivisione**. Ne deriva che l’approvazione degli atti di gara integra proprio una «funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta» il cui svolgimento è precluso ai componenti la Commissione giudicatrice”.*

Commissione giudicatrice

ANAC - DELIBERA 8 novembre 2017, n. 1143

*“... che la composizione della commissione di gara sia formata da un **numero dispari** di componenti è invece un aspetto imprescindibile per garantire la funzionalità del principio maggioritario nell’ambito di un collegio perfetto qual è l’organo in questione (Cons. Stato, n. 2143/2009; Tar Toscana n. 1989 del 6 dicembre 2012; TAR Veneto, Sez. I, n. 471 del 15 maggio 2017). Il filone giurisprudenziale che ne afferma l’indispensabilità è prevalente rispetto alla minoritaria interpretazione che nega valore di principio alla regola e l’interpretazione letterale della norma induce le stesse conclusioni.*

Nel numero pari o dispari di membri della commissione deve essere computato anche il presidente, il quale ne fa parte a pieno titolo e, in disparte i poteri che abbia deciso di esercitare o meno nel caso concreto, ha diritto di voto al pari degli altri componenti. Per quanto attiene alla figura del segretario, invece, trattandosi del soggetto “verbalizzante”, non può essere ricompreso nel novero dei membri della commissione.”

Commissione giudicatrice

ANAC - DELIBERA 8 novembre 2017, n. 1143

“... L’illegittima composizione della commissione giudicatrice vizia in radice la procedura selettiva e ne comporta l’integrale rinnovazione.

Riguardo il secondo motivo di contestazione sollevato, si fa rilevare che l’art. 77 comma 4 esclude che i commissari possano aver svolto o svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. In questo modo, la norma rafforza un principio già espresso dall’art. 84 comma 4, riportandolo in termini diversi e più stringenti, **eliminando così l’eccezione per il Presidente della commissione che non sopravvive al vecchio Codice.**

La regola risponde al principio di tutela dell’imparzialità e dell’oggettività e mira a **prevenire il pericolo concreto di possibili effetti distorsivi prodotti dalla partecipazione alle commissioni giudicatrici di soggetti (progettisti, dirigenti e così via) che siano intervenuti a diverso titolo nella procedura concorsuale definendo i contenuti e le regole della procedura** (vd. TAR Latina, sez. I, sent. 13 aprile 2016, n. 226).

Commissione giudicatrice

ANAC - DELIBERA 8 novembre 2017, n. 1143

“Circa i limiti dell’incompatibilità del rup a far parte della commissione di gara, parte della giurisprudenza rintraccia una sorta di graduazione della violazione in ragione dell’apporto decisionale fornito da tale figura alla procedura di gara. Si distingue quindi tra il **responsabile con ruolo soltanto propositivo e/o istruttorio rispetto agli atti di gara**, la cui posizione risulterebbe meno in conflitto nel caso venga a coincidere con un membro della commissione e quella invece del **rup con poteri dirigenziali che approva il disciplinare, il capitolato e adotta anche atti di modifica con proprie determinazioni dirigenziali** (vd. TAR Puglia sez. II, Lecce, sent. 23.gennaio 2017 n.93) il quale non può assumersi anche la valutazione dei concorrenti accentrando così ogni onere decisionale.

Il caso di specie rientra in quest’ultima casistica giacché, avendo il Presidente della commissione di gara, in qualità di rup, definito contenuti e regole della procedura, oltre a sottoscrivere la determina a contrarre e tutti gli atti di gara, non possono sollevarsi dubbi circa un pregnante rilievo della incompatibilità riscontrata”.

Commissione giudicatrice

TAR Puglia, Lecce sez. I, 12 gennaio 2018 n. 24

*Non appare fondato, (...) il secondo motivo di ricorso in quanto, a seguito della modifica intervenuta con il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n.56, la nuova formulazione dell'art. 77, comma 4, D.Lgs n.50/2016, **esclude la figura del RUP dalla generale incompatibilità prevista nel medesimo comma 4**, prevedendo ora al contrario che: "La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura". Pertanto la censura non può essere accolta, **non essendo stata offerta la concreta dimostrazione dell'incompatibilità, sotto il profilo dell'interferenza sulle rispettive funzioni assegnate al RUP e alla Commissione di gara**, e non essendo stata fornita nel caso di specie alcuna prova circa gli elementi concreti da cui scaturirebbe una eventuale situazione di incompatibilità".*

Commissione giudicatrice ed Enti Locali

TAR Emilia Romagna, Bologna sez. II, Sentenza 25 gennaio 2018 n. 87

"nell'ambito delle amministrazioni locali l'art. 107 del d.lgs. n. 267 del 2000 attribuisce ai dirigenti «tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente [...] la presidenza delle commissioni di gara e di concorso; la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso [...]»".

"E' del tutto evidente che la responsabilità della procedura di gara è affiancata dallo stesso legislatore a quella della presidenza delle commissioni nell'ambito dello stesso assetto di competenze di natura gestionale, sicché può agevolmente affermarsi che la sottoscrizione degli atti indittivi della procedura, poiché costituenti provvedimenti tipici della prima delle due indicate competenze (la quale ben può assorbire quella di responsabile del procedimento ai sensi della regola generale ex art. 5, comma 2, L. n. 241 del 1990), guardata autonomamente ed in linea di principio (ed al netto di specifiche situazioni particolari ove censurate), non può dar luogo ad una necessaria situazione di incompatibilità del presidente della commissione (o altro componente) che sia anche RUP".

Commissione giudicatrice ed Enti Locali

TAR Emilia Romagna, Bologna sez. II, sentenza 25 gennaio 2018 n. 87

“Al contrario, una lettura della disciplina in tema di contratti pubblici volta a predicare un’assoluta incompatibilità, sempre e comunque, del RUP quale componente o presidente della commissione di gara, si porrebbe in contrasto con una regola a presidio dell’esercizio delle funzioni fondamentali degli enti locali quale è quella appena citata che disciplina le competenze degli organi. In tal senso, nell’ottica di una lettura di sistema, non è del tutto irrilevante, con riferimento alla disciplina del testo unico degli enti locali, la valenza interpretativa dell’art. 1, comma 4, del D.Lgs. n. 267 del 2000 secondo cui «ai sensi dell’articolo 128 della Costituzione le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni».”

Pertanto, “Calando i suesposti principi al caso di specie, nessuna automatica incompatibilità tra il RUP e le funzioni di componente della commissione giudicatrice può essere qui ravvisata e la stessa automaticità non è neppure predicabile con riferimento alle funzioni di presidente della commissione svolte dal presidente della commissione” (responsabile del servizio interessato dall’appalto) “nonché in relazione alla sottoscrizione, da parte della stessa, degli atti indittivi della procedura”.

Commissione giudicatrice ed Enti Locali

TAR Lazio, Latina sez. I, 23 febbraio 2018, n. 92

1. Il Collegio osserva che, anche a prescindere dal carattere di contratto sotto soglia dell’affidamento all’esame (rilievo al quale potrebbe opporsi che l’incompatibilità invocata è questione di “trasparenza” al rispetto del cui principio sono soggetti anche i contratti sotto soglia), l’articolo 77 è stato modificato (la nuova formulazione è in vigore dal 20 maggio 2017), nel senso di non escludere a priori la partecipazione del RUP alle commissioni di gara (“la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura”); **nella fattispecie, se si considera la modestia dell’affidamento e soprattutto la circostanza che la stazione appaltante è un istituto di istruzione nel cui organico deve supporre non esista personale amministrativo che abbia una particolare specializzazione in materia di gare, la partecipazione alla commissione del Dirigente scolastico che ha anche assunto la veste di RUP non può essere considerata illegittima, apparendo ragionevolmente giustificata.**

Commissione giudicatrice ed Enti Locali

Consiglio di Stato, sez. III, 26/10/2018 n. 6089

Dando seguito, alla qui condivisa impostazione secondo la quale non può essere ravvisata alcuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice, a meno che essa non venga dimostrata in concreto - nell'ottica di una lettura dell'art. 77, comma 4, del D.Lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente D.Lgs. n. 163/2006 (cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) - occorre ulteriormente evidenziare che:

- la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di **soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi** (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, Parere n. 46 del 21 marzo 2012);
- la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della **concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara**, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);

Commissione giudicatrice ed Enti Locali

Consiglio di Stato, sez. III, 26/10/2018 n. 6089

- per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi "non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una **effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario**" (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);
- ad integrare la prova richiesta, **non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità**, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);
- detto **onere della prova** grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);
- in ogni caso, la predetta incompatibilità **non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso** (cfr. TAR Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; TAR Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

20. COMMISSIONE GIUDICATRICE

La commissione giudicatrice è nominata, ai sensi dell'art. 216, comma 12 del Codice, **dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte** ed è composta da un numero dispari pari a n.....[*min. 3 max 5*] membri, esperti nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto. In capo ai commissari non devono sussistere cause ostative alla nomina ai sensi dell'art. 77, comma 9, del Codice. A tal fine i medesimi rilasciano apposita dichiarazione alla stazione appaltante.

La commissione giudicatrice è **responsabile della valutazione delle offerte tecniche ed economiche dei concorrenti e fornisce ausilio al RUP nella valutazione della congruità delle offerte tecniche** (cfr. Linee guida n. 3 del 26 ottobre 2016).

La stazione appaltante pubblica, sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" **la composizione della commissione giudicatrice e i curricula dei componenti**, ai sensi dell'art. 29, comma 1, del Codice.

Commissione giudicatrice ed esperienza commissari

Consiglio di Stato, sez. V, 11/12/2017 n. 5830

*Il requisito enunciato dell'esperienza «nello specifico settore cui si riferisce l'oggetto del contratto» deve essere inteso in modo coerente con la **poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare**, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un **approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere.***

Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della Commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (v., ex plurimis, Cons. St., sez. VI, 10.6.2013, n. 3203). (Cons. Stato, III, 1 dicembre 2015, n. 5706).

Commissione giudicatrice ed esperienza commissari

TAR Toscana, sez. III, 5/7/2018 n. 970

E' noto che in linea di principio non è inibito alle commissioni di gara di avvalersi di consulenti esterni per meglio valutare elementi di possibile criticità, purché nei limiti di un mero supporto tecnico e non per supplire all'attività valutativa che compete ai commissari in via esclusiva (fra le molte, cfr. Cons. Stato, sez. III, 15 gennaio 2016, n. 112; id., sez. IV, 4 febbraio 2015, n. 552; id., sez. VI, 5 aprile 2012, n. 2026).

Commissione giudicatrice ed esperienza commissari

Consiglio di Stato, sez. V, 25/6/2018 n. 3921

La composizione della Commissione appare coerente con i principi applicativi dell'art. 77 D.Lgs. n. 50 del 2016 individuati da questa Sezione, da ultimo con il precedente del 4 dicembre 2017, n. 5694, a mente del quale, in un collegio analogo a quello su cui si discute, "la competenza della Commissione potrà ritenersi concretamente soddisfatta **"allorché due dei suoi tre componenti siano portatori di una specifica competenza nel settore cui il singolo appalto si riferisce ed il terzo membro vanti comunque una competenza tecnica generale in materia di pubbliche gare"**.

Risulta infatti dagli atti che nel caso di specie due dei tre membri della Commissione venivano scelti tra "tecnici" con competenze ed esperienze specifiche nel settore oggetto dell'appalto, ossia un ingegnere ed un geometra (ferma peraltro la possibilità di attribuire all'espressione "tecnico" o "esperto nello specifico settore" un significato estensivo, in ragione delle competenze eterogenee richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare: Cons. Stato, III, 14 dicembre 2015 n. 5670), laddove il terzo membro veniva individuato nella persona del Segretario generale del Comune (...), in coerenza – peraltro – proprio con quanto previsto dall'allegato H della *lex specialis* di gara, richiamato dall'appellante (a mente del quale "Il Presidente di Commissione, nel rispetto del D.Lgs. n. 267/2000, potrà essere solo un Dirigente o Responsabile di servizio con posizione organizzativa legittimato a svolgere funzioni dirigenziali"). Deve pertanto ritenersi, conclusivamente, che l'indicazione di cui all'allegato H) della *lex specialis* non operi vincolativamente per tutti i componenti della Commissione di gara, ma solamente per la maggioranza di essi, nei termini di cui al richiamato precedente giurisprudenziale e – comunque – non necessariamente per il Presidente, attesa la specifica previsione che lo riguarda.

Commissione giudicatrice ed esperienza commissari

Consiglio di Stato, sez. V, 18/6/2018 n. 3721

Nelle gare pubbliche la legittima composizione della commissione presuppone solo la prevalente, seppure non esclusiva, presenza di membri esperti del settore oggetto dell'appalto (in tal senso Cons. Stato, V, 11 luglio 2017, n. 3400, che cita Cons. Stato, V, 9 aprile 2015; id., VI, 2 luglio 2015, n. 3295; id., V, 5 maggio 2016, n. 1817).

Il riferimento normativo al "settore" sta a significare che rileva la competenza per aree tematiche omogenee, non per tutte e ciascuna delle materie rientranti nell'area tematica oggetto dell'appalto o addirittura per i singoli e specifici aspetti presi in considerazione dalla *lex specialis* di gara ai fini valutativi (così, da ultimo, Cons. Stato, IV, 20 aprile 2016, n. 1556, che aggiunge che "i dati, in base ai quali ritenere presente una preparazione specifica dei componenti la commissione, possono essere legittimamente costituiti dal possesso del titolo di studio").

Pertanto va condivisa l'affermazione giurisprudenziale per la quale il requisito enunciato deve essere inteso in modo coerente con la poliedricità delle competenze spesso richieste in relazione alla complessiva prestazione da affidare, non solo tenendo conto, secondo un approccio formale e atomistico, delle strette professionalità tecnico-settoriali implicate dagli specifici criteri di valutazione, la cui applicazione sia prevista dalla *lex specialis*, ma considerando, secondo un approccio di natura sistematica e contestualizzata, anche le professionalità occorrenti a valutare sia le esigenze dell'Amministrazione, alla quale quei criteri siano funzionalmente preordinati, sia i concreti aspetti gestionali ed organizzativi sui quali gli stessi siano destinati ad incidere.

Commissione giudicatrice ed esperienza commissari

Consiglio di Stato, sez. V, 18/6/2018 n. 3721

Non è, in particolare, necessario che l'esperienza professionale di ciascun componente copra tutti gli aspetti oggetto della gara, potendosi le professionalità dei vari membri integrare reciprocamente, in modo da completare ed arricchire il patrimonio di cognizioni della commissione, purché idoneo, nel suo insieme, ad esprimere le necessarie valutazioni di natura complessa, composita ed eterogenea (cfr., tra le altre, Cons. Stato, VI, 10 giugno 2013, n. 3203; id., III, 17 dicembre 2015, n. 5706; id., III, 9 gennaio 2017, n. 31).

Commissione giudicatrice

Consiglio di Stato, sez. V, 14/1/2019 n. 283

Nessuna delle forme di pubblicità richieste dalla legge, ai diversi fini perseguiti dalle norme in tema di trasparenza nella P.A. , costituisce “elemento essenziale” dell’atto di nomina dei commissari di gara, la cui mancanza –analogamente alla violazione degli obblighi di forma prescritti appunto per gli atti formali- ne causi l’illegittimità o, addirittura, la nullità.

La procedura di gara può essere inficiata soltanto dall’effettiva esistenza, in concreto, delle situazioni di incompatibilità o di conflitto di interessi che l’adempimento dei detti obblighi di trasparenza e di pubblicità mira soltanto a prevenire, favorendo la conoscenza (o conoscibilità) delle diverse situazioni ivi considerate.

Commissione giudicatrice e incompatibilità di un membro

Consiglio di Stato, sez. III, 6/8/2018 n. 4830

Possono richiamarsi i principi espressi da questo Consiglio di Stato nella decisione della Quinta Sezione n. 5732/2014, secondo cui:

- la nomina di una commissione di gara contenente un commissario incompatibile non solo inficia le decisioni e le determinazioni a valle, assunte dalla commissione stessa in quanto manifestazioni di volontà complessa imputabili a tale organo, ma preclude anche la nomina di tutti i medesimi commissari (e non solo di quello dichiarato incompatibile), a tutela dei principi di trasparenza e di imparzialità delle operazioni di gara;
- non esiste un principio assoluto di unicità o immodificabilità delle commissioni giudicatrici, poiché tale principio è destinato ad incontrare deroghe ogni volta vi sia un caso di indisponibilità da parte di uno dei componenti della commissione a svolgere le proprie funzioni;
- è ammessa la sostituzione avvenuta per indisponibilità di un componente in un momento in cui la commissione non aveva ancora cominciato le operazioni valutative (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 25 febbraio 2013, n. 1169);

Commissione giudicatrice e incompatibilità di un membro

Consiglio di Stato, sez. III, 6/8/2018 n. 4830

- ogni qualvolta emergano elementi che siano idonei, anche soltanto sotto il profilo potenziale, a compromettere tale delicato e cruciale ruolo di garante di imparzialità delle valutazioni affidato alle commissioni di gara, la semplice sostituzione di un componente rispetto al quale sia imputabile la causa di illegittimità dovrebbe dunque ritenersi né ammissibile, né consentita, in particolare nelle ipotesi in cui la commissione abbia già operato;
- il rischio che il ruolo e l'attività di uno dei commissari, dichiarato incompatibile, possano avere inciso nei confronti anche degli altri commissari durante le operazioni di gara, influenzandoli verso un determinato esito valutativo, impedisce la sua semplice sostituzione ed implica la decadenza e la necessaria sostituzione di tutti gli altri commissari;
- la sostituzione totale di tutti i commissari (in luogo del solo commissario designato in modo illegittimo) garantisce maggiormente il rispetto del principio di trasparenza nello svolgimento delle attività di gara;

Commissione giudicatrice e incompatibilità di un membro

Consiglio di Stato, sez. III, 6/8/2018 n. 4830

- non è possibile estendere gli effetti dell'invalidità derivante dalla nomina di una commissione illegittima, ai sensi degli artt. 84, commi 4 e 10, del Codice dei contratti pubblici, anche a tutti gli altri atti anteriori, disponendo la caducazione radicale dell'intera gara, atteso che la stessa pronuncia dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 7 maggio 2013, n. 13, ha stabilito inequivocabilmente e perentoriamente che "secondo i principi generali, la caducazione della nomina, ove si accerti, come nella specie, essere stata effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, comporterà in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento";
- vengono travolti per illegittimità derivata tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio, ma non certo gli atti anteriori, anche in ossequio al principio generale per il quale l'invalidità ha effetti nei confronti degli atti a valle, non certo degli atti a monte;

Commissione giudicatrice e incompatibilità di un membro

Consiglio di Stato, sez. III, 6/8/2018 n. 4830

- non si vede perché la rinnovazione delle operazioni di gara dovrebbe essere tanto radicale da incidere su tutti gli atti a monte, compreso il bando di gara, il disciplinare e tutti gli atti in base ai quali è stata indetta la gara, atteso che il vizio riscontrato riguarda esclusivamente la composizione della commissione, il che non incide affatto, né in senso logico né giuridico, sui predetti atti a monte del procedimento, non inficiandoli in alcun modo;
- la rinnovazione radicale finirebbe per pregiudicare gli interessi pubblici sottesi alla gara d'appalto, anche sotto il profilo dei costi amministrativi aggiuntivi, senza in alcun modo tutelare detti interessi pubblici, ma esclusivamente, ed in modo sbilanciato, l'interesse privato dell'appellante a poter formulare una nuova offerta competitiva;
- l'espressione "rinnovazione della gara", cui fa menzione l'art. 122 del Codice del processo amministrativo, evocato dall'anzidetta pronuncia dell'Adunanza Plenaria 7 maggio 2013, n. 13, è compatibile con la sola rinnovazione delle valutazioni discrezionali.

Commissione giudicatrice e divergenze valutative

Consiglio di Stato, sez. III, 20/3/2018 n. 1765

La divergenza delle valutazioni dei singoli commissari in ordine alle singole voci dell'offerta tecnica è immanente alla dialettica propria di un organo collegiale chiamato a scrutinare le offerte di una gara d'appalto ed è espressione delle preferenze soggettive dei commissari (cfr. Consiglio di Stato sez. VI 10 giugno 2013 n. 3203).

Pertanto, il medesimo elemento può legittimamente essere remunerato con un punteggio elevato da parte di alcuni componenti e con retribuzione più bassa da parte di altri in conseguenza del ritenuto maggiore o minore pregio tecnico - qualitativo della proposta sulla base di elementi di preferenza, necessariamente soggettivi e opinabili, circa le soluzioni offerte.

Anzi, tali differenze di attribuzione dei punteggi sono fisiologiche e costituiscono un'indiretta testimonianza di autonomia di giudizio del singolo componente della commissione.

In ogni caso, gli apprezzamenti dei singoli commissari sono destinati ad essere assorbiti nella decisione collegiale finale, costituente momento di sintesi della comparazione e composizione dei giudizi individuali.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

21. APERTURA DELLE BUSTE B E C – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE ED ECONOMICHE

Una volta effettuato il controllo della documentazione amministrativa, il.....[RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] **procederà a consegnare gli atti alla commissione giudicatrice.**

La **commissione giudicatrice, in seduta pubblica, procederà all'apertura della busta concernente l'offerta tecnica** ed alla verifica della presenza dei documenti richiesti dal presente disciplinare.

In una o più **sedute riservate** la commissione procederà all'esame ed alla valutazione delle offerte tecniche e all'assegnazione dei relativi punteggi applicando i criteri e le formule indicati nel bando e nel presente disciplinare.

[Facoltativo: in caso riparametrazione] La commissione procederà alla riparametrazione dei punteggi secondo quanto indicato al precedente punto 18.4.

[Facoltativo: in caso di soglia di sbarramento al punteggio tecnico di cui al punto 18.1] La commissione individua gli **operatori che non hanno superato la soglia di sbarramento** e li comunica al.....[RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio] che procederà ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), del Codice. La commissione non procederà alla apertura dell'offerta economica dei predetti operatori.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

21.APERTURA DELLE BUSTE B E C – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE ED ECONOMICHE

Successivamente, in **seduta pubblica**, la **commissione** darà **lettura dei punteggi** [già riparametrati, ove sia prevista la riparametrazione] attribuiti alle singole offerte tecniche, darà atto delle eventuali esclusioni dalla gara dei concorrenti [ad esempio in caso di mancato superamento della soglia di sbarramento etc.].

Nella medesima seduta, o in una seduta pubblica successiva, la **commissione** procederà **all'apertura della busta contenente l'offerta economica** e quindi alla relativa valutazione, che potrà avvenire anche in successiva seduta riservata, secondo i criteri e le modalità descritte al punto 18.

La stazione appaltante procederà dunque all'individuazione dell'unico parametro numerico finale per la formulazione della **graduatoria**, ai sensi dell'art. 95, comma 9, del Codice.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

21. APERTURA DELLE BUSTE B E C – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE ED ECONOMICHE

Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo, ma punteggi differenti per il prezzo e per tutti gli altri elementi di valutazione, **sarà collocato primo in graduatoria il concorrente che ha ottenuto il miglior punteggio sul[scegliere tra prezzo o offerta tecnica].**

Nel caso in cui le offerte di due o più concorrenti ottengano lo stesso punteggio complessivo e gli stessi punteggi parziali per il prezzo e per l'offerta tecnica, si procederà mediante **sorteggio in seduta pubblica.**

All'esito delle operazioni di cui sopra, la **commissione**, in seduta pubblica, redige la graduatoria e procede ai sensi di quanto previsto al punto 23.

Qualora individui offerte che superano la soglia di anomalia di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, **la commissione, chiude la seduta pubblica dando comunicazione al RUP**, che procederà secondo quanto indicato al successivo punto 22.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

21.APERTURA DELLE BUSTE B E C – VALUTAZIONE DELLE OFFERTE TECNICHE ED ECONOMICHE

In qualsiasi fase delle operazioni di valutazione delle offerte tecniche ed economiche, la **commissione provvede a comunicare, tempestivamente al.....[RUP/seggio di gara/apposito ufficio-servizio]** - che procederà, sempre, ai sensi dell'art. 76, comma 5, lett. b), del Codice - i casi di **esclusione** da disporre per:

- mancata separazione dell'offerta economica dall'offerta tecnica, ovvero l'inserimento di elementi concernenti il prezzo in documenti contenuti nelle buste A e B;
- presentazione di offerte parziali, plurime, condizionate, alternative nonché irregolari, ai sensi dell'art. 59, comma 3, lett. a), del Codice, in quanto non rispettano i documenti di gara, ivi comprese le specifiche tecniche;
- presentazione di offerte inammissibili, ai sensi dell'art. 59, comma 4, lett. a) e c), del Codice, in quanto la commissione giudicatrice ha ritenuto sussistenti gli estremi per informativa alla Procura della Repubblica per reati di corruzione o fenomeni collusivi o ha verificato essere in aumento rispetto all'importo a base di gara.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

22. VERIFICA DI ANOMALIA DELLE OFFERTE.

Al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 97, comma 3, del Codice, e in ogni altro caso in cui, in base a elementi specifici, l'offerta appaia anormalmente bassa, **il RUP, avvalendosi, se ritenuto necessario, della commissione, valuta la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte che appaiono anormalmente basse.**

Si procede a verificare la prima migliore offerta anormalmente bassa. Qualora tale offerta risulti anomala, si procede con le stesse modalità nei confronti delle successive offerte, fino ad individuare la migliore offerta ritenuta non anomala. **È facoltà della stazione appaltante procedere contemporaneamente alla verifica di congruità di tutte le offerte anormalmente basse.**

Il RUP richiede per iscritto al concorrente la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni, se del caso indicando le componenti specifiche dell'offerta ritenute anomale.

A tal fine, assegna un termine non inferiore a quindici giorni dal ricevimento della richiesta.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Consiglio di Stato, sez. V, 23/1/2018, n. 430

In tema di valutazione dell'anomalia dell'offerta e del relativo procedimento di verifica, siano da considerare acquisiti, in premessa, i seguenti principi (cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 30 ottobre 2017, n. 4978):
a) il procedimento di verifica dell'anomalia non ha carattere sanzionatorio e non ha per oggetto la ricerca di specifiche e singole inesattezze dell'offerta economica, mirando piuttosto ad accertare se in concreto l'offerta, nel suo complesso, sia attendibile ed affidabile in relazione alla corretta esecuzione dell'appalto: esso mira, in generale, a garantire e tutelare l'interesse pubblico concretamente perseguito dall'amministrazione attraverso la procedura di gara per la effettiva scelta del miglior contraente possibile ai fini dell'esecuzione dell'appalto, così che l'esclusione dalla gara dell'offerente per l'anomalia della sua offerta è l'effetto della valutazione (operata dall'amministrazione appaltante) di complessiva inadeguatezza della stessa rispetto al fine da raggiungere;

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Consiglio di Stato, sez. V, Sentenza 23/1/2018, n. 430

b) il corretto svolgimento del procedimento di verifica presuppone l'effettività del contraddittorio (tra amministrazione appaltante ed offerente), di cui costituiscono necessari corollari: l'assenza di preclusioni alla presentazione di giustificazioni ancorate al momento della scadenza del termine di presentazione delle offerte; la immodificabilità dell'offerta ed al contempo la sicura modificabilità delle giustificazioni, nonché l'ammissibilità di giustificazioni sopravvenute e di compensazioni tra sottostime e sovrastime, purché l'offerta risulti nel suo complesso affidabile al momento dell'aggiudicazione e a tale momento dia garanzia di una seria esecuzione del contratto;

c) il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta costituisce espressione di discrezionalità tecnica, sindacabile solo in caso di macroscopica illogicità o di erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta;

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Consiglio di Stato, sez. V, 23/1/2018, n. 430

d) la valutazione di congruità deve essere, perciò, globale e sintetica, senza concentrarsi esclusivamente ed in modo parcellizzato sulle singole voci di prezzo, dal momento che l'obiettivo dell'indagine è l'accertamento dell'affidabilità dell'offerta nel suo complesso e non già delle singole voci che lo compongono: il che, beninteso, non impedisce all'amministrazione appaltante e, per essa, alla commissione di gara di limitarsi a chiedere le giustificazioni per le sole voci sospette di anomalia e non per le altre, giacché il concorrente, per illustrare la propria offerta e dimostrarne la congruità, può fornire, ex art. 87, 1° comma, d.lgs. n. 163/2006, spiegazioni e giustificazioni su qualsiasi elemento dell'offerta e quindi anche su voci non direttamente indicate dall'amministrazione come incongrue, così che se un concorrente non è in grado di dimostrare l'equilibrio complessivo della propria offerta attraverso il richiamo di voci ed elementi diversi da quelli individuati nella richiesta di giustificazioni, in via di principio ciò non può essere ascritto a responsabilità della stazione appaltante per erronea o inadeguata formulazione della richiesta di giustificazioni (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5 settembre 2014, n. 4516).

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

Consiglio di Stato, sez. V, 23/1/2018, n. 430

Ne discende (nella assenza di rilievi che possano concretamente evidenziare l'erroneità, la contraddittorietà o l'insufficienza delle valutazioni effettuate dalla stazione appaltante) l'inconfigurabilità di alcun vizio nell'operato di quest'ultima, per il solo fatto che abbia ritenuto sufficienti a dimostrare la congruità dell'offerta le giustificazioni fornite dall'aggiudicataria in relazione alla maggior parte delle voci di costo.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

22. VERIFICA DI ANOMALIA DELLE OFFERTE

Il RUP, con il supporto della commissione, esamina in **seduta riservata** le spiegazioni fornite dall'offerente e, ove le ritenga non sufficienti ad escludere l'anomalia, **può chiedere, anche mediante audizione orale, ulteriori chiarimenti, assegnando un termine massimo per il riscontro.**

Il RUP esclude, ai sensi degli articoli 59, comma 3, lett. c), e 97, commi 5 e 6, del Codice, le offerte che, in base all'esame degli elementi forniti con le spiegazioni risultino, nel complesso, inaffidabili e procede ai sensi del seguente articolo 23.

- *Altra modifica da salutare con favore è la soppressione dell'obbligo di seduta pubblica della Commissione giudicatrice per comunicare l'esito del procedimento di verifica di congruità dell'offerta. Adempimento non solo non previsto da nessuna norma vigente (l'art. 121 del DPR 207/2010, dal quale era stata inizialmente mutuata la clausola, è invero abrogato) ma sostanzialmente privo di reale utilità (anzi foriero di un possibile aggravamento anche in termini finanziari, nella prospettiva della composizione esterna della Commissione una volta che l'Albo nazionale sarà operativo).*

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

TAR Marche, sez. I, 23/1/2017 n. 66

“L’art. 97 del nuovo Codice dei Contratti, delineando un procedimento semplificato rispetto a quello ex art. 88 del D.Lgs. n. 163/2006, non contempla più alcune fasi obbligatorie, come la richiesta di precisazioni scritte (nel caso in cui le giustificazioni non siano state ritenute sufficienti) e l’audizione diretta dell’offerente (qualora anche le precisazioni non abbiano chiarito dubbi e perplessità rilevati dalla stazione appaltante).

*Il nuovo Codice, stante la sua diretta derivazione dalle norme comunitarie, deve essere interpretato in coerenza con i superiori principi di riferimento e, in particolare per quanto qui interessa, con l’art. 69 della Direttiva n. 2014/24 secondo cui “L’amministrazione aggiudicatrice valuta le informazioni fornite consultando l’offerente”, quindi **garantendo il pieno contraddittorio anche, all’occorrenza (se necessario), mediante più passaggi procedurali, nella forma ritenuta più opportuna, volti a chiarire i profili ancora dubbi o in contestazione** dopo la presentazione delle iniziali giustificazioni scritte; tutto questo anche per le procedure sotto soglia qualora non sussista una disciplina specifica (come, ad es., quella di cui al comma 8 dello stesso art. 97) o emerga l’inequivocabile contrasto con i principi di cui all’art. 30, comma 1, richiamati dall’art. 36, comma 1, del Codice”.*

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL’APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

All’esito delle operazioni di cui sopra la **commissione** – o il **RUP**, qualora vi sia stata verifica di congruità delle offerte anomale – **formularà la proposta di aggiudicazione** in favore del concorrente che ha presentato la migliore offerta, chiudendo le operazioni di gara e trasmettendo al RUP tutti gli atti e documenti della gara ai fini dei successivi adempimenti.

[Facoltativo] Qualora nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all’oggetto del contratto, **la stazione appaltante si riserva la facoltà di non procedere all’aggiudicazione ai sensi dell’art. 95, comma 12, del Codice.**

La verifica dei requisiti generali e speciali avverrà, ai sensi dell’art. 85, comma 5, del Codice, sull’offerente cui la stazione appaltante ha deciso di aggiudicare l’appalto.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

Prima dell'aggiudicazione, la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 85, co. 5 del Codice, **richiede al concorrente cui ha deciso di aggiudicare l'appalto di presentare i documenti di cui all'art. 86 del Codice**, ai fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 (ad eccezione, con riferimento ai subappaltatori, del comma 4) e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'art. 83 del medesimo Codice. Tale verifica avverrà attraverso l'utilizzo del sistema AVCPass.

Ai sensi dell'art. 95, comma 10, la stazione appaltante **prima dell'aggiudicazione** procede, laddove non effettuata in sede di verifica di congruità dell'offerta, alla **valutazione di merito circa il rispetto di quanto previsto dall'art. 97, comma 5, lett. d), del Codice**.

Art. 97 (Offerte anormalmente basse)

5. La stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 4 o se ha accertato, con le modalità di cui al primo periodo, che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23, comma 16.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

La stazione appaltante, **previa verifica ed approvazione della proposta di aggiudicazione** ai sensi degli artt. 32, comma 5 e 33, comma 1 del Codice, aggiudica l'appalto.

L'aggiudicazione diventa **efficace**, ai sensi dell'art. 32, comma 7, del Codice, all'esito positivo della verifica del possesso dei requisiti prescritti.

In caso di **esito negativo delle verifiche**, la stazione appaltante procederà

- alla **revoca** dell'aggiudicazione,
- alla **segnalazione all'ANAC**
- nonché all'**incameramento della garanzia provvisoria**.

La stazione appaltante aggiudicherà, quindi, al **secondo graduato** procedendo altresì, alle verifiche nei termini sopra indicati.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

Nell'ipotesi in cui l'appalto non possa essere aggiudicato neppure a favore del concorrente collocato al 2° posto nella graduatoria, l'appalto verrà aggiudicato, nei termini sopra detti, **scorrendo la graduatoria**.

La stipulazione del contratto è subordinata al positivo esito delle procedure previste dalla **normativa vigente in materia di lotta alla mafia**, fatto salvo quanto previsto dall'art. 88, comma 4-bis, 89 e dall'art. 92, comma 3, del D.Lgs. 159/2011.

Ai sensi dell'art. 93, commi 6 e 9 del Codice, la **garanzia provvisoria verrà svincolata**, all'aggiudicatario, automaticamente al momento della stipula del contratto; agli altri concorrenti, verrà svincolata tempestivamente e comunque entro trenta giorni dalla comunicazione dell'avvenuta aggiudicazione.

[In caso di servizi o forniture rientranti in una delle attività a maggior rischio di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 1, co. 53, della Legge 190/2012] Laddove l'aggiudicatario sia in possesso della sola domanda di iscrizione all'elenco dei fornitori, prestatori di servizi non soggetti a tentativo di infiltrazione mafiosa (cd. *white list*) istituito presso la Prefettura della provincia in cui l'operatore economico ha la propria sede, la stazione appaltante consulta la Banca dati nazionale unica della documentazione antimafia immettendo i dati relativi all'aggiudicatario (ai sensi dell'art. 1, comma 52, della L. n. 190/2012 e dell'art. 92, commi 2 e 3, del D.Lgs. n. 159/2011).

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

Trascorsi i termini previsti dall'art. 92, commi 2 e 3, D.Lgs. n. 159/2011 dalla consultazione della Banca dati, la stazione appaltante procede alla **stipula del contratto** anche in assenza di dell'informativa antimafia, salvo il successivo **recesso** dal contratto laddove siano successivamente accertati elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 92, co. 4, del D.Lgs. n. 159/2011.

Il contratto, ai sensi dell'art. 32, co. 9, del Codice, non potrà essere stipulato prima di **35 giorni** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.

La stipula avrà luogo entro 60 giorni *[la stazione appaltante può stabilire un termine diverso]* dall'intervenuta efficacia dell'aggiudicazione ai sensi dell'art. 32, co. 8, del Codice, salvo il differimento espressamente concordato con l'aggiudicatario.

All'atto della stipulazione del contratto, l'aggiudicatario deve presentare la **garanzia definitiva** da calcolare sull'importo contrattuale, secondo le misure e le modalità previste dall'art. 103 del Codice.

(N.B.: nei casi di cui all'art. 103, co. 11, del Codice, la stazione appaltante modifica la clausola sopra indicata prevedendo l'esonero della garanzia, sulla base di adeguata motivazione e miglioramento del prezzo di aggiudicazione, secondo le modalità di cui al predetto articolo).

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

Il contratto sarà stipulato..... *[indicare "con atto pubblico notarile informatico" oppure "in modalità elettronica, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante" oppure "in modalità elettronica, mediante scrittura privata"]*.

Il contratto è soggetto agli obblighi in tema di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla Legge 13 agosto 2010, n. 136.

Nei casi di cui all'art. 110, comma 1, del Codice la stazione appaltante interpella progressivamente i soggetti che hanno partecipato alla procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento del servizio/fornitura.

I diversi soggetti e organi nella procedura di aggiudicazione

ANAC Bando-tipo n. 1/2017

23. AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO E STIPULA DEL CONTRATTO

Le spese relative alla pubblicazione del bando e dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento, ai sensi dell'art. 216, co. 11, del Codice e del D.M. 2 dicembre 2016 (GU 25.1.2017 n. 20), sono a carico dell'aggiudicatario e dovranno essere rimborsate alla stazione appaltante entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione. In caso di suddivisione dell'appalto in lotti, le spese relative alla pubblicazione saranno suddivise tra gli aggiudicatari dei lotti in proporzione al relativo valore.

L'importo presunto delle spese di pubblicazione è pari a €.....La stazione appaltante comunicherà all'aggiudicatario l'importo effettivo delle suddette spese, nonché le relative modalità di pagamento.

Sono a carico dell'aggiudicatario anche tutte le spese contrattuali, gli oneri fiscali quali imposte e tasse - ivi comprese quelle di registro ove dovute - relative alla stipulazione del contratto.

Ai sensi dell'art. 105, co. 2, del Codice l'affidatario comunica, per ogni sub-contratto che non costituisce subappalto, l'importo e l'oggetto del medesimo, nonché il nome del sub-contraente, prima dell'inizio della prestazione. L'affidatario deposita, prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto, i contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura di cui all'art. 105, co. 3, lett. c bis), del Codice

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici

Accesso agli atti

- **Accesso civico semplice:** basato su obblighi di pubblicazione sui siti istituzionali e sulla legittimazione di ogni cittadino a richiederne l'adempimento (FOIA art. 5, comma 1, D.Lgs. n. 33/2013); accesso tramite Internet («Amministrazione trasparente») non tracciabile, ovvero accesso tramite richiesta di quei dati e documenti non pubblicati pur in presenza di un obbligo in tal senso;
- **Accesso civico generalizzato:** che si estende anche ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di accesso civico semplice, azionabile da chiunque, senza alcun onere di motivazione e senza dover dimostrare la sussistenza di un interesse concreto e attuale in relazione a situazioni giuridicamente rilevanti, considerato lo *“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”* (art. 5, co. 2, D.Lgs. n. 33/2013);
 - Limiti (art. 5-bis, co. 2, D.Lgs. N. 33/2013: «2. L'accesso ... è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:
 - a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;
 - b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;
 - c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.

Accesso agli atti

- **Accesso documentale generale:** previsto dalla legge sul procedimento amministrativo a tutela degli interessi del richiedente, posto in una posizione differenziata (interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso) che gli conferisce il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo (artt. 22-27 della L. n. 241/1990);
- La finalità dell'accesso documentale è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Sicché dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso, il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".
- L'accesso civico, invece, è azionabile da chiunque, senza dover motivare e dimostrare la sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, al fine di consentire una pubblicità diffusa e integrale di dati considerati dalle norme come pubblici e, perciò, conoscibili.

Accesso agli atti

- Mentre la Legge n. 241 del 1990 esclude l'utilizzo del diritto di accesso al fine di sottoporre l'Amministrazione a un controllo generalizzato, il diritto di accesso generalizzato è riconosciuto proprio "*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*" (TAR Campania, Napoli sez. VI, 13 dicembre 2017 n. 5901).
- Conseguentemente, un soggetto, pur essendo titolare di una posizione differenziata che gli consenta l'accesso ai sensi dell'art. 22 e seguenti della Legge n. 241 del 1990, potrebbe decidere di fare ricorso all'accesso civico che non richiede l'obbligo di motivazione.
- Tuttavia potrebbe verificarsi anche il caso in cui non opera l'accesso civico ma l'accesso di cui al citato art. 22, dato che i limiti applicabili alla nuova forma di accesso civico, di cui all'art.5 bis del D.Lgs. n. 33 del 2013, sono più ampi e dettagliati rispetto a quelli indicati dall'articolo 24 della Legge n. 241 del 1990.

Accesso agli atti

- **Accesso documentale generale:** previsto dalla legge sul procedimento amministrativo a tutela degli interessi del richiedente, posto in una posizione differenziata (interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso) che gli conferisce il diritto di conoscere e di estrarre copia di un documento amministrativo (artt. 22-27 della Legge n. 241/1990);
- La finalità dell'accesso documentale è quella di porre i soggetti interessati in grado di esercitare al meglio le facoltà - partecipative e/o oppositive e difensive - che l'ordinamento attribuisce loro a tutela delle posizioni giuridiche qualificate di cui sono titolari. Sicché dal punto di vista soggettivo, ai fini dell'istanza di accesso, il richiedente deve dimostrare di essere titolare di un "interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è chiesto l'accesso".
- L'accesso civico, invece, è azionabile da chiunque, senza dover motivare e dimostrare la sussistenza di un interesse attuale e concreto per la tutela di situazioni rilevanti, al fine di consentire una pubblicità diffusa e integrale di dati considerati dalle norme come pubblici e, perciò, conoscibili.

Accesso agli atti

- **Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione:** di cui all'art. 53 del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n.50 (Codice dei contratti pubblici) che, rispetto al diritto di accesso previsto dagli artt. 22 e seguenti della Legge n. 241 del 1990, contiene una disciplina particolare e più restrittiva, che la giurisprudenza ha definito eccezionale (cfr., Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2017, n.48139)
- Accesso diretto mediante «Amministrazione Trasparente» (art. 29 Codice)
- Accesso su richiesta di tipo esplorativo (limiti art. 53, comma 5, Codice)
- Accesso su richiesta di tipo difensivo (art. 53, comma 6, Codice)

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: ambito soggettivo**
- E' possibile attivare l'accesso generalizzato nei confronti dei soggetti indicati all'art. 2 bis, commi 1, 2 e 3, del D.Lgs. n. 33 del 2013, come introdotto dal D.Lgs. n. 97 del 2016. Si tratta di Pubbliche Amministrazioni (per «Pubbliche Amministrazioni» si intendono "tutte le Amministrazioni di cui all'articolo 1, co. 2, del Decreto Legislativo 30 marzo 2001, n. 165 e successive modificazioni, ivi comprese le autorità portuali, nonché le autorità amministrative indipendenti di garanzia, vigilanza e regolazione"); di enti pubblici economici, ordini professionali, società in controllo pubblico (come definite dal D.Lgs. n. 175 del 2016, emanato in attuazione dell'art. 18 della Legge 7 agosto 2015, n. 124) e altri enti di diritto privato assimilati; di società in partecipazione pubblica e altri enti di diritto privato assimilati.
- Per la **categoria di soggetti non appartenenti alle Pubbliche Amministrazioni**, il legislatore ha previsto che la disciplina della trasparenza si applichi "in quanto compatibile"

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: ambito oggettivo**
- Con riguardo all'ambito oggettivo, l'accesso civico generalizzato è esercitabile relativamente "ai dati e ai documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione". Il riferimento è quindi non solo ai "documenti amministrativi", ma anche ai "dati", che riguardano un'informazione più ampia, da ricondurre al dato conoscitivo in sé, indipendentemente dal supporto fisico che lo incorpora e dai vincoli relativi alle modalità di organizzazione e conservazione.
- Considerato che la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda i dati e i documenti detenuti dalle Pubbliche Amministrazioni (art. 5, comma 2, del Decreto trasparenza), resta escluso che l'amministrazione sia tenuta a formare o raccogliere o altrimenti procurarsi informazioni che non siano già in suo possesso. Pertanto, l'Amministrazione ha il solo obbligo di consentire l'accesso ai documenti nei quali siano contenute le informazioni già detenute e gestite dall'Amministrazione stessa.
- In ogni caso, dato il tenore della norma, non è ammissibile una richiesta meramente esplorativa, volta semplicemente a "scoprire" di quali informazioni l'Amministrazione dispone, o altrimenti generica, dovendo la stessa consentire l'individuazione del dato, del documento o dell'informazione, con riferimento alla loro natura e al loro oggetto (cfr., Consiglio di Stato, Parere 18 febbraio 2016, par.11.3).

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- La regola della generale accessibilità è limitata dalla previsione di eccezioni poste a tutela di interessi pubblici e privati che possono subire un pregiudizio dalla diffusione generalizzata di talune informazioni.
- Dalla lettura dell'art. 5 bis, commi 1, 2 e 3, del Decreto trasparenza si possono distinguere due tipi di eccezioni, assolute o relative
- L'Amministrazione deve quindi verificare che la richiesta non riguardi atti, documenti o informazioni sottratte alla possibilità di accesso o ad accesso "condizionato" in quanto ricadenti in una delle fattispecie indicate nell'art. 5 bis, comma 3.
- L'accesso civico, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli **interessi pubblici** inerenti a:
 - a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;
 - b) la sicurezza nazionale;
 - c) la difesa e le questioni militari;
 - d) le relazioni internazionali;
 - e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;
 - f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;
 - g) il regolare svolgimento di attività ispettive.

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- All'art. 5 bis, comma 2, si prevede che l'accesso generalizzato sia rifiutato se il diniego risulta essere necessario per evitare pregiudizio concreto alla tutela degli **interessi privati** sotto indicati:
 - a) protezione dei dati personali;
 - b) libertà e segretezza della corrispondenza;
 - c) interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali.
- Delibera ANAC n. 1309 del 2016 «LINEE GUIDA RECANTI INDICAZIONI OPERATIVE AI FINI DELLA DEFINIZIONE DELLE ESCLUSIONI E DEI LIMITI ALL'ACCESSO CIVICO DI CUI ALL'ART. 5, CO. 2, DEL D.LGS. N. 33/2013»

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- «c) interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi proprietà intellettuale, diritto d'autore e segreti commerciali»
- Delibera ANAC n. 1309 del 2016: «Costituiscono oggetto di tutela (segreti commerciali) le informazioni aziendali e le esperienze tecnico industriali, comprese quelle commerciali, quelle relative all'organizzazione, quelle finanziarie, ossia il know-how aziendale, soggette al legittimo controllo del detentore, ove tali informazioni siano segrete, nel senso che non siano, nel loro insieme o nella precisa configurazione e combinazione dei loro elementi, generalmente note o facilmente accessibili agli esperti ed agli operatori del settore; abbiano valore economico in quanto segrete; siano sottoposte, da parte delle persone al cui legittimo controllo sono soggette, a misure da ritenersi ragionevolmente adeguate a mantenerle segrete; riguardino dati relativi a ricerche, prove o altri dati segreti, la cui elaborazione comporti un considerevole impegno ed alla cui presentazione sia subordinata l'autorizzazione dell'immissione in commercio di prodotti chimici, farmaceutici o agricoli implicanti l'uso di sostanze chimiche.
- Con la recente Direttiva UE 2016/943 dell'8 giugno 2016, sono state emanate disposizioni sulla protezione del know-how riservato e delle informazioni commerciali riservate (segreti commerciali) contro l'acquisizione, l'utilizzo e la divulgazione illeciti. La direttiva è volta a garantire il buon funzionamento del mercato interno, e a svolgere un effetto deterrente contro la divulgazione illecita di segreti commerciali, senza minare i diritti e le libertà fondamentali o l'interesse pubblico, in particolare la pubblica sicurezza, la tutela dei consumatori, la sanità pubblica, la tutela dell'ambiente e la mobilità dei lavoratori.

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- All'art. 5 bis, comma 3, si prevede che «3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della Legge n. 241 del 1990.
- **ESCLUSIONE ASSOLUTA DELL'ACCESSO CIVICO**
- Nelle procedure di aggiudicazione di contratti pubblici ulteriori limiti al diritto di accesso sono stabiliti dall'art. 53 del Codice

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- Il TAR Emilia Romagna, Parma, con la Decisione del 18 luglio 2018, n. 197, ha ritenuto legittimo il provvedimento con il quale l'amministrazione appaltante ha respinto una richiesta di accesso ex art. 5, co. 2, del D.Lgs. n.33 del 2013, relativa alla documentazione di gara e al contratto di appalto stipulato, in quanto non rientra nel diritto di accesso civico "generalizzato" ai documenti, dati e informazioni non soggetti a obbligo di pubblicazione.
- Il TAR ha ritenuto che la speciale disciplina contenuta nell'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (incluso l'espresso richiamo all'applicabilità dell'accesso documentale) esclude - sulla base di un duplice profilo, letterale e interpretativo - l'applicabilità dell'accesso civico, ai sensi del comma 3 dell'art. 5 bis.
- Con riguardo al dato letterale ha affermato che "il comma 3 dell'art. 5-bis del D.Lgs. n. 33 del 2013 è cristallino nello stabilire che il diritto di accesso civico generalizzato "è escluso" nei casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti. Sotto questo specifico profilo, è altresì pacifico che **l'accesso agli atti delle procedure ad evidenza pubblica sia soggetto al rispetto di particolari condizioni e limiti**".

Accesso agli atti

- **Accesso civico generalizzato: i limiti**
- Infatti, l'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016 "richiamando in toto la normativa contenuta nel codice dei contratti pubblici previgente, detta espressamente una **disciplina sull'accesso in parte derogatoria rispetto alle ordinarie regole**", e in tale speciale disciplina "dev'essere ricompresa anche la premessa, secondo cui il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241": dunque una precisa norma di legge rimanda espressamente, derogandola parzialmente, alla disciplina dell'accesso ordinario.
- Con riguardo al dato interpretativo, che giustifica la sottrazione degli atti delle procedure di affidamento ed esecuzione di contratti pubblici alle modalità di accesso previste dal D.Lgs. n. 33 del 2013, il TAR ha evidenziato che **tali atti sono riconducibili a una disciplina del tutto "speciale e a sé stante"**: un "complesso normativo chiuso, in quanto espressione di precise direttive europee volte alla massima tutela del principio di concorrenza e trasparenza negli affidamenti pubblici, che dunque attrae a sé anche la regolamentazione dell'accesso agli atti connessi alle specifiche procedure espletate", che giustifica "una scelta del legislatore volta a sottrarre anche solo implicitamente... una possibilità indiscriminata di accesso alla documentazione di gara e post-gara da parte di soggetti non qualificati".

Accesso agli atti

Accesso civico generalizzato: i limiti

L'esclusione dell'applicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara contraddice la **Delibera ANAC n. 317 del 2017**, lì dove afferma che "l'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d, Codice dei contratti)", conseguentemente, "Alla luce di tale disciplina, si deve ritenere che - **prima dell'aggiudicazione** - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.Lgs. n. 50/2016; **successivamente all'aggiudicazione** della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.Lgs. n. 33/2013 (...). Si ritiene, pertanto, che l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, co. 2, del D.Lgs. n. 33/2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, ma che possa comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto, ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5-bis, comma 2, del D.Lgs. n. 33/2013".

Accesso agli atti

• Accesso civico generalizzato: i limiti

- L'ANAC ammette l'accesso civico generalizzato, ma con i seguenti distinguo: prima dell'aggiudicazione, dev'essere sottoposto ai divieti di accesso previsti dall'art.53 del Codice dei contratti, e successivamente, ai limiti previsti dall'art. 5 bis del D.Lgs. n. 33 del 2013.
- Il TAR, invece, esclude l'accesso civico generalizzato, indipendentemente dal momento in cui è stato richiesto, vale a dire anche nei casi di richiesta relativa a gare concluse o comunque aggiudicate, e porta a ritenere che (e fino a quando il legislatore non si determinerà in modo differente):
- **i soggetti partecipanti a una gara** possano accedere agli atti secondo la disciplina dettata dall'art. 53 del D.Lgs. n. 50 del 2016;
- **i soggetti terzi** possano accedere agli atti di gara ai sensi dell'art. 22 della Legge n. 241 del 1990, qualora siano portatori di un interesse diretto, concreto e attuale;
- **i soggetti privi d'interesse qualificato** non possano accedere agli atti di gara, fatto salvo l'accesso agli atti e i documenti a pubblicazione obbligatoria, ai sensi dell'art. 5, co. 1, del D.Lgs. n. 33 del 2013.

Accesso agli atti

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione: la disciplina del Codice

Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)

1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della Legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

Accesso agli atti

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione: la disciplina del Codice

Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)

2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è **differito**:

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

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

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

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

Accesso agli atti

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione: la disciplina del Codice

Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)

3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.
4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del Codice penale.

Accesso agli atti

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione: la disciplina del Codice

Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)

5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, **sono esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione** in relazione:

- a) alle **informazioni** fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo **motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali**;
- b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
- c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, del direttore dell'esecuzione e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
- d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

Accesso agli atti

Accesso agli atti nelle procedure di aggiudicazione: la disciplina del Codice

Art. 53 (Accesso agli atti e riservatezza)

6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente **ai fini della difesa in giudizio** dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

Accesso agli atti

Consiglio di Stato, sez. III, 26/10/2018 n. 6083

Quanto alla portata della nuova disciplina ex D.Lgs. n. 50/2016 in tema di diritto all'accesso alle offerte nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, la recente giurisprudenza ha avuto modo di osservare (vedi CdS, sez. III, n. 1213/2017, citata dalla stessa appellata) che, in via di principio, "Un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dal D.Lgs. n. 50/2016, la quale fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per "le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali".

Inoltre questo giudice di appello ha precisato che (vedi CdS. Sez.V.1692/2017) "Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito - ad avviso del Collegio - dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, co. 7, 2° periodo, della L. n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso".

Accesso agli atti

Consiglio di Stato, sez. III, 26/10/2018 n. 6083

- Pertanto, alla luce dei riportati principi generali, in primo luogo (come già rappresentato da questa Sezione nell'Ordinanza cautelare n. 3686/2017), nel caso di specie, nel quadro del **bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo"** (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta **necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate.**
- Sotto diverso, ma speculare aspetto, inoltre, **l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce.**

Accesso agli atti

TAR Puglia, Bari Sez. III, (Ord.) 14 gennaio 2019, n. 49

Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione - come avvenuto nella fattispecie concreta oggetto di giudizio - di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza.

Peraltro, la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, **fermo restando l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici.**

Vi è, in altri termini, nella decisione di un'impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest'ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all'interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest'ultima.

Accesso agli atti

TAR Lazio, Roma sez. I, 26/10/2017 n. 10738

L'espressione "ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto", non pone particolari dubbi interpretativi in ordine all'esclusione dell'accesso cd. defensionale nei casi in cui

- il concorrente chieda di accedere a documenti che contengano segreti tecnici o commerciali per utilizzarli in giudizi diversi da quelli concernenti direttamente la procedura di gara,
- ovvero per invocare un intervento dell'amministrazione in autotutela,
- ovvero ancora per sollecitare l'intervento di un'autorità indipendente.