



CORTE D'APPELLO DI MILANO

**LA GOVERNANCE DEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE
NEGLI UFFICI DISTRETTUALI
DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA**
Dai modelli normativi alle applicazioni operative

MANUALE

Aspetti teorici sull'affidamento degli appalti pubblici
negli Uffici Giudiziari

Francesca Sgro'

20 Dicembre 2019

La *governance* degli appalti di servizi e forniture negli Uffici Distrettuali dell'Amministrazione della Giustizia: dai modelli normativi alle applicazioni operative.

Indice

Introduzione

Capitolo 1. GLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE NEGLI UFFICI DISTRETTUALI DELL'AMMINISTRAZIONE DELLA GIUSTIZIA

1. Note introduttive sugli appalti pubblici e sui principi che ne orientano la disciplina
2. Gli appalti pubblici nell'ambito del Ministero della Giustizia

Capitolo 2. LE FONTI IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

1. Premessa
2. Il quadro normativo in materia di appalti pubblici delineato dal c.d. Codice De Lise (d.lgs. n. 163/2006)
3. Il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e le novità introdotte dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri (l. n. 55/2019 di conversione del d.l. n. 32/2019)
4. Le linee guida dell'ANAC ed il sistema di «soft law»
5. Il regolamento unico di attuazione del Codice dei contratti pubblici di prossima emanazione

Capitolo 3. LA *GOVERNANCE* DEGLI APPALTI DI SERVIZI E FORNITURE PRESSO GLI UFFICI GIUDIZIARI

1. La procedura di affidamento degli appalti pubblici presso gli Uffici giudiziari
2. Fasi e sotto-fasi della procedura ad evidenza pubblica
3. Il responsabile del procedimento negli appalti di beni e servizi presso gli Uffici giudiziari
4. Il direttore dell'esecuzione
5. La Conferenza permanente
6. Le spese di funzionamento degli Uffici giudiziari

Capitolo 4. LA «DETERMINA A CONTRARRE» E LE PROCEDURE DI GARA

1. L'avvio della procedura di gara e la c.d. «determina a contrarre»
2. Il bando di gara
3. Brevi cenni sulle procedure di gara previste in materia di appalti pubblici
 - 3.1. La procedura aperta e la procedura ristretta
 - 3.2. La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo
 - 3.3. Il partenariato per l'innovazione
 - 3.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando

Capitolo 5. L’AFFIDAMENTO DI BENI E SERVIZI NEGLI APPALTI DI VALORE INFERIORE ALLA SOGLIA DI RILEVANZA EUROPEA

1. Le procedure di gara negli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea
2. L’affidamento di beni e servizi di valore inferiore a 40.000 euro
 - 2.1. La semplificazione delle verifiche
 - 2.2. La motivazione dell’affidamento: obbligo o facoltà?
 - 2.3. Il principio di rotazione
3. L’affidamento di beni e servizi di valore superiore a 40.000 euro ed inferiore alla soglia di rilevanza europea
 - 3.1. La selezione degli operatori: le indagini di mercato e la costituzione degli elenchi di operatori
 - 3.2. L’invito a partecipare alla gara
 - 3.3. Le offerte anormalmente basse

Capitolo 6. LA PARTECIPAZIONE ALLA GARA D’APPALTO E LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

1. I criteri per l’aggiudicazione della gara d’appalto
2. Requisiti di partecipazione alla gara e motivi di esclusione
3. I mezzi di prova per la verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale
4. Il soccorso istruttorio
5. L’avvalimento
6. Il subappalto

Capitolo 7. L’AGGIUDICAZIONE DELLA GARA E LA STIPULA DEL CONTRATTO

1. L’aggiudicazione dell’appalto
2. La stipula del contratto
3. Disposizioni antimafia e oneri di trasparenza
4. Consip spa e gli strumenti del c.d. “programma acquisti”
 - 4.1. Il Mercato elettronico della Pubblica amministrazione (MEPA)
5. Le modifiche successive alla stipula del contratto
 - 5.1. Le varianti
6. La regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali
7. La risoluzione del contratto

Introduzione

La disciplina giuridica degli appalti pubblici appare metaforicamente come un “leviatano”, ossia un imponente *corpus* le cui membra sono costituite dai diversi settori della contrattualistica pubblica, distinti ma comunque accomunati da un'unica matrice identitaria che contribuiscono essi stessi a cesellare.

Gli appalti pubblici includono, infatti, istituti tra loro eterogeni (appalti di lavori, affidamenti di servizi e forniture, concessioni, etc.) e sottoposti a regimi giuridici parzialmente differenti i quali, tuttavia, sono connotati dallo sviluppo di un analogo processo decisionale che, originandosi dalla «determina a contrarre», conduce prima all'aggiudicazione e poi alla stipula del contratto pubblico.

Si tratta dunque di una normativa complessa, composita e in costante evoluzione, che viene declinata in modo parzialmente diverso in base all'oggetto dell'appalto da affidare e al soggetto/amministrazione che gestisce la procedura ad evidenza pubblica per gli acquisti funzionali al proprio fabbisogno.

La presente trattazione nasce con l'obiettivo di esaminare un particolare ambito della contrattualistica pubblica, cioè quello che attiene agli appalti gestiti all'interno dell'Amministrazione della Giustizia per la fornitura dei beni e dei servizi necessari al funzionamento degli Uffici giudiziari ed all'espletamento delle loro specifiche attività istituzionali.

Si illustreranno dunque le tappe principali della sequenza procedimentale attraverso la quale gli Uffici giudiziari approdano all'aggiudicazione, stipulano il contratto pubblico e verificano la sua corretta esecuzione. Si intende, in definitiva, offrire agli operatori del diritto un vademecum sintetico incentrato sulla particolare fisionomia che connota il processo di approvvigionamento di beni e servizi quando sono gli Uffici giudiziari ad assumere il ruolo di stazione appaltante.

CAPITOLO 1. Gli appalti di servizi e forniture negli Uffici distrettuali dell'Amministrazione della Giustizia.

1. Note introduttive sugli appalti pubblici e sui principi che ne orientano la disciplina. –
2. Gli appalti pubblici nell'ambito del Ministero della Giustizia.

1. Note introduttive sugli appalti pubblici e sui principi che ne orientano la disciplina.

L'appalto – secondo la definizione civilistica di cui all'art. 1655 CC – è «il contratto con cui una parte assume con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio il compimento di un'opera o di un servizio verso corrispettivo in denaro».

Quando è la Pubblica amministrazione (PA) ad indire una gara d'appalto per l'affidamento di un lavoro o per la fornitura di un bene o di un servizio è necessario seguire una procedura ad evidenza pubblica orientata al rispetto dei principi fondamentali dell'attività amministrativa: legalità, imparzialità, buon andamento, trasparenza, economicità. Ciò spiega l'operatività di una normativa speciale.

L'affidamento dei lavori pubblici e l'acquisto di beni o servizi da parte della PA sono, infatti, sottoposti al rispetto di una stringente disciplina, che è contenuta nel d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e s.m.i. (Codice dei Contratti Pubblici, c.d. CCP) e che per molti aspetti è stata integrata dalle interpretazioni proposte dall'ANAC (Autorità Nazionale Anti Corruzione) nelle sue «linee guida». Tale complessa architettura normativa regola sia la fase ad evidenza pubblica che si apre per effetto della programmazione dell'acquisto e si conclude con l'aggiudicazione, sia la successiva fase contrattuale, che inizia con la stipula e s'incentra sull'esecuzione del contratto (concludendosi poi con il pagamento delle fatture per le prestazioni appaltate).

Molteplici sono gli interessi costituzionalmente rilevanti che entrano in gioco nell'ambito degli appalti pubblici e che necessitano di essere garantiti attraverso una loro composizione razionale. In particolare, l'esigenza di adottare un ampio ventaglio di garanzie a tutela dell'«imparzialità» e della «trasparenza» nella scelta del contraente deve conciliarsi con l'obiettivo del «buon andamento» della PA sul piano della semplificazione, della celerità e della massima funzionalizzazione delle attività svolte – in termini di efficienza e di efficacia – alla cura dell'interesse pubblico perseguito, senza tuttavia pregiudicare (ma anzi promuovendo) la parità di trattamento e la libera concorrenza nei mercati di riferimento. Ciò spiega la continua attenzione del legislatore per il *corpus* normativo confluito nel Codice dei contratti pubblici che viene frequentemente aggiornato e novellato, come da ultimo per effetto della legge 17 giugno 2019 n. 55 (di conversione del d.l. n. 32/2019, c.d. decreto Sbocca-cantieri) e della legge 28 giugno 2019 n. 58 (di conversione del d.l. n. 34/2019, c.d. decreto Crescita).

I principi generali che regolano l'azione amministrativa in materia di appalti pubblici sono declinati nell'art. 30, c. 1 CCP che integra e coordina i principi tipici dell'azione amministrativa con le norme di diritto primario contenute nel Trattato sull'UE che si applicano a tutti i contratti pubblici (a prescindere dal loro valore economico). Secondo tale disposizione (intitolata «Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni») «*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».

Sul piano dei principi generali si constata che le ultime tendenze in materia di appalti pubblici – che hanno condotto alla recente novella del Codice dei contratti pubblici (attuata dal d.l. n. 32/2019 convertito nella l. n. 55/2019, c.d. riforma Sblocca-cantieri) – testimoniano la volontà del legislatore italiano di privilegiare i principi della trasparenza e della semplificazione, anche talora ridimensionando il peso del criterio di economicità (che pure nella successione dei principi sancita dall'art. 30 CCP è menzionato prima degli altri), in nome di un'inedita accelerazione delle procedure che è diretta, per un verso, ad incrementare la realizzazione di opere pubbliche (“sbloccando” quelle già *in fieri*) e la “crescita” del Paese, e per altro verso a snellire gli adempimenti procedurali quando il valore del contratto non ha una significativa consistenza economica.

Esiste, invero, un duplice livello normativo stabilito a livello europeo che individua e distingue due tipologie di appalti sulla base del loro valore economico. Tutta la disciplina sugli appalti di ispirazione sovranazionale è, infatti, diretta a regolamentare in modo uniforme sul territorio europeo solo gli appalti che hanno una consistenza economica particolarmente rilevante, il cui importo cioè supera apposite soglie di valore stabilite dalla Commissione europea. Per tali appalti è prevista una disciplina molto dettagliata ed obblighi particolarmente stringenti sia per le stazioni appaltanti, sia per gli operatori del mercato, così da delineare un *corpus* normativo uniforme sull'intero territorio europeo, che consenta agli operatori economici di tutti gli Stati membri di partecipare alle gare pubbliche d'appalto, ovunque bandite nell'Unione europea.

Per gli appalti pubblici che hanno un valore inferiore alle soglie di rilevanza europea è invece previsto un regime procedimentale meno rigoroso, in quanto la normativa nazionale è sottoposta (soltanto) al rispetto dei principi generali desunti dai Trattati europei in materia di *public procurement*, mentre la normativa di dettaglio è lasciata all'autonomia dei singoli Stati. Invero, mentre il c.d. Codice De Lise sui contratti pubblici (d.lgs. n. 163/2006) – nel dare attuazione alle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (di cui si dirà in seguito) – aveva disatteso tale distinzione e aveva sostanzialmente allineato la disciplina sugli appalti c.d. sotto-soglia europea a quella prevista per gli appalti c.d. sopra-soglia europea, il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) – specialmente dopo la c.d. riforma Sblocca-cantieri – ha invertito questa tendenza ed ha significativamente semplificato le procedure di affidamento per i contratti c.d. sotto-soglia europea, seppure rafforzando l'incidenza di alcuni principi generali ritenuti imprescindibili, quali la tutela della trasparenza, della concorrenza e della parità di trattamento degli operatori economici.

2. La disciplina degli appalti pubblici nell'ambito del Ministero della Giustizia.

Una fisionomia particolare assume l'*iter* procedurale quando viene coinvolto il Ministero della Giustizia, e cioè quando la stazione appaltante è costituita dagli Uffici giudiziari in qualità di «organismi committenti». Per effetto della riforma della Pubblica amministrazione attuata con la legge 23 dicembre 2014 n. 190, gli Uffici giudiziari hanno infatti assunto la gestione delle procedure di appalto inerenti ai servizi e alle forniture che è indispensabile acquistare per le proprie esigenze interne¹. In virtù di tale riforma, nell'ambito delle procedure di gara gestite dagli Uffici giudiziari sono stati coinvolti diversi attori istituzionali, il cui ruolo è diretto ad assicurare il coordinamento e la tutela degli interessi pubblici coinvolti.

Le procedure maggiormente utilizzate dagli Uffici giudiziari sono prevalentemente dedicate all'acquisizione di beni e servizi che sono necessari al loro funzionamento e allo svolgimento delle specifiche attività istituzionali, mentre non rientra nella competenza degli Uffici giudiziari (e della presente trattazione) la gestione delle gare d'appalto aventi ad oggetto i lavori pubblici.

La peculiarità della disciplina in esame riguarda pertanto sia il profilo oggettivo inerente alla tipologia di appalti aggiudicati, sia il profilo soggettivo inerente agli attori pubblici chiamati ad intervenire. Sul piano oggettivo, infatti, rilevano (in via esclusiva o prevalente) gli affidamenti di servizi e forniture il cui valore non è significativamente consistente, in quanto non supera le soglie europee di valore indicate nell'art. 35 CCP. Sul piano soggettivo, invece, la particolarità della disciplina sugli appalti pubblici è legata al coinvolgimento nella gestione delle gare – seppure a differente titolo e con differenti funzioni – di molteplici attori istituzionali, che appartengono a distinti poteri dello Stato (a differenza delle altre amministrazioni aggiudicatrici, formate esclusivamente da pubblici funzionari). La singolarità ed eterogeneità del profilo istituzionale degli attori pubblici che intervengono nelle procedure *de quo* contribuisce quindi a rendere “speciale” la disciplina delle gare, alle quali partecipano sia il Ministero della Giustizia, sia la Conferenza permanente, sia infine l'Autorità Nazionale Anti Corruzione (ANAC).

Il Ministero della Giustizia si pone al vertice di un'organizzazione piramidale che – pur facendo leva sull'autonomia gestionale degli Uffici giudiziari – controlla e autorizza la spesa pubblica per l'acquisto del servizio e/o della fornitura oggetto dell'appalto pubblico. Il Ministero della Giustizia, da un lato, svolge un controllo sull'opportunità del contratto da stipulare in termini di coerenza e funzionalità rispetto al fabbisogno segnalato dagli Uffici giudiziari e, dall'altro lato, accerta la congruità della spesa prospettata dalla stazione appaltante, perseguendo l'interesse alla sana gestione economica pubblica.

Il Ministero della Giustizia interviene *ex se* nell'autorizzare la spesa, ma partecipa anche alle procedure in via indiretta, sia mediante l'attività delegata ai Capi degli Uffici giudiziari, sia mediante la gestione affidata ai propri dirigenti e funzionari. I Capi degli Uffici giudiziari, in particolare, sono formalmente delegati alla gestione delle procedure ad evidenza pubblica ed alla stipula del successivo contratto (diventando il relativo Ufficio giudiziario stazione appaltante). I dirigenti ed i funzionari del Ministero della Giustizia assumono invece le funzioni di Responsabile unico del procedimento (RUP) e di Direttore dell'esecuzione del contratto (DEC) e, stante il rapporto di immedesimazione

¹ Cfr. art.1, c. 526 della legge 23 dicembre 2014 n. 190.

organica che caratterizza il rapporto di pubblico impiego, diventano l'interfaccia del Ministero della Giustizia all'esterno, cioè nei rapporti con gli operatori economici presenti nel mercato.

In ambito territoriale, all'interno degli Uffici giudiziari assume un ruolo di grande rilievo la Conferenza permanente², che è un organo misto cui partecipano i magistrati posti ai vertici degli Uffici giudiziari interessati ed i dirigenti amministrativi dei medesimi Uffici. La Conferenza permanente svolge funzioni di carattere amministrativo e, in particolare, raccoglie le istanze degli Uffici giudiziari che vi partecipano, formulando le richieste di fabbisogno da inoltrare al Ministero della Giustizia. E' quindi l'organo che dialoga con il Ministero, in quanto filtra le istanze della base (Uffici giudiziari) e le trasmette al vertice dell'apparato ministeriale. La Conferenza permanente è legittimata ad approvare in via autonoma contratti e spese, nei limiti dell'autonomia finanziaria riconosciuta dalla legislazione nazionale e dai vigenti regolamenti ministeriali.

L'ANAC, infine, in quanto Autorità indipendente, svolge una funzione di garanzia che si sostanzia nell'espletamento di attività regolamentari, consultive e di controllo nei confronti delle amministrazioni che bandiscono le gare d'appalto e nei confronti degli operatori economici che vi partecipano. L'ANAC interviene nella procedura di aggiudicazione dell'appalto pubblico offrendo molteplici servizi diretti a consentire agli utenti – stazioni appaltanti, pubbliche amministrazioni, “società organismi di attestazione” (SOA) ed operatori economici – di acquisire e/o trasmettere informazioni che semplificano lo svolgimento degli adempimenti di legge. L'intervento dell'ANAC nel settore dei contratti pubblici e il controllo da essa svolto tanto nei confronti delle stazioni appaltanti, quanto nei confronti degli operatori economici sono espressamente previsti dal Codice dei contratti pubblici (art. 213) e sono legittimati in quanto funzionali alla tutela della trasparenza ed alla prevenzione della corruzione con riguardo a tutti gli appalti gestiti dalle amministrazioni centrali e periferiche.

Attraverso la procedura ad evidenza pubblica gli Uffici giudiziari – al pari di ogni altra amministrazione pubblica, seppure con proprie peculiarità – manifestano la propria volontà a contrarre, definiscono le “regole del gioco” e affidano il contratto pubblico.

In via di estremamente sintesi, la sequenza procedimentale che conduce alla conclusione del contratto pubblico di appalto si articola in tre 3 macro-fasi:

- I** – “Determina a contrarre”³ adottata dal Ministero della Giustizia (o dall'amministrazione aggiudicatrice nel caso di determina semplificata) sulla base del fabbisogno degli Uffici giudiziari previamente rilevato dalla Conferenza permanente.
- II** – Scelta del contraente, che include specifiche attività: l'istruttoria preliminare, la redazione e pubblicazione del bando (e di eventuali capitoli speciali), la procedura di gara espletata secondo i metodi di scelta ed i criteri di aggiudicazione predeterminati, la selezione delle offerte con la correlata verifica del possesso dei requisiti dei partecipanti.
- III** – Aggiudicazione, cui segue la stipula del contratto di appalto.

² La Conferenza permanente (di cui si dirà *infra*) è stata istituita con il d.P.R. 18 agosto 2015 n. 133.

³ La «determina a contrarre» è l'atto, di spettanza dirigenziale, con il quale la stazione appaltante/pubblica amministrazione, manifesta la propria volontà di stipulare un contratto.

Vi è una poi un ulteriore segmento procedurale incentrato sull'esecuzione del contratto, che apre una fase successiva alla conclusione della procedura ad evidenza pubblica, ma anch'essa sottoposta a puntuali disposizioni di ordine pubblicistico.

L'intento di questa trattazione è dunque quello di esaminare e descrivere – seppure in modo sintetico – le fasi in cui si snoda la procedura ad evidenza pubblica quando si verte in materia di appalti pubblici gestiti dagli Uffici giudiziari. Si tratta di una disciplina che – come anticipato – presenta specifiche peculiarità, in quanto viene necessariamente calibrata, da un lato, sulla base della particolare fisionomia degli attori pubblici coinvolti (si pensi, ad esempio, al Presidente o al Procuratore Generale della Corte d'Appello delegati dal Ministero della Giustizia alla stipula del contratto pubblico) e, dall'altro, sulle specifiche esigenze degli Uffici giudiziari, i cui contratti hanno ad oggetto prevalentemente l'acquisizione di beni e servizi.

CAPITOLO 2. Le fonti in materia di appalti pubblici.

1. Premessa. – 2. Il quadro normativo in materia di appalti pubblici delineato dal c.d. Codice De Lise (d.lgs. n. 163/2006). – 3. Il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e le novità introdotte dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri ((l. n. 55/2019 di conversione del d.l. n. 32/2019). – 4. Le linee guida dell'ANAC ed il sistema di «soft law». – 5. Il regolamento unico di attuazione del Codice dei contratti pubblici di prossima emanazione.

1. Premessa

La materia degli appalti pubblici è sottoposta ad una complessa disciplina normativa, primaria e secondaria, che definisce in modo puntuale ciascuna fase in cui si snoda il procedimento che conduce alla conclusione del contratto pubblico.

La principale fonte primaria è il c.d. Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50), che ha recepito due importanti direttive europee inerenti rispettivamente agli appalti pubblici nei c.d. settori ordinari (direttiva UE n. 2014/24/UE) ed agli appalti pubblici nei c.d. settori speciali (direttiva UE n. 2014/25/UE). Mentre i settori speciali dei contratti pubblici riguardano gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica, il settore ordinario è definito in via residuale e comprende tutto ciò che non è contemplato dai settori speciali.

Il recepimento delle direttive europee del 2014 ha determinato l'introduzione nella contrattualistica pubblica italiana di alcuni importanti principi comuni già affermati in ambito europeo, al fine di garantire un livello uniforme di modernizzazione, trasparenza e semplificazione delle procedure sugli appalti pubblici e di promuovere l'implementazione della crescita economica e dei livelli di occupazione. Nel 2016 il legislatore italiano ha recepito tali principi ed ha orientato ad essi la disciplina confluita in una nuova edizione del Codice dei contratti pubblici.

Si tratta di un *corpus* normativo che viene sottoposto a frequente aggiornamento e che è stato da ultimo novellato per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri del 2019 (di cui si dirà oltre) che, nel ridefinire alcune importanti procedure, ha segnato per molti versi un cambio di rotta rispetto agli obiettivi tracciati dal legislatore del 2016.

2. Il quadro normativo in materia di appalti pubblici delineato dal c.d. Codice De Lise (d.lgs. n. 163/2006).

Fino all'adozione del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (l'attuale Codice dei contratti pubblici), i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture erano disciplinati dal d.lgs. n. 163/2006 (c.d. Codice De Lise sui contratti pubblici) e dal collegato regolamento di esecuzione ed attuazione (d.P.R. n. 207/2010)⁴, nonché – sul piano della tutela giurisdizionale – dal Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010)⁵.

⁴ Il Regolamento di cui al d.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207 – composto in origine da 359 articoli e 15 allegati, suddiviso in sette parti – riproponeva l'architettura normativa del c.d. Codice De Lise, apportando modifiche e correttivi alle procedure inerenti ai lavori, ai servizi ed alle forniture.

⁵ Il c.d. Codice del processo amministrativo è stato approvato con il d.lgs. 2 luglio 2010 n. 104 ed è stato da ultimo modificato dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri.

Il c.d. Codice De Lise nasceva dalla necessità di operare una semplificazione ed una riorganizzazione complessiva della materia che fino ad allora era stata regolata dalla c.d. “legge Merloni”⁶, con l’obiettivo specifico di recepire nell’ordinamento interno le fonti europee in materia di appalti pubblici adottate qualche anno prima (direttiva n. 2004/17/UE per i settori ordinari e n. 2004/18/UE per i settori speciali), nonché di riordinare le previgenti disposizioni nazionali sparse in molteplici atti normativi primari e secondari⁷.

Tuttavia, nell’arco di qualche anno si era manifestata l’esigenza di aggiornare e ulteriormente razionalizzare la materia degli appalti pubblici sia per effetto dell’adozione di nuove fonti sovranazionali in materia, sia tenendo conto dei processi evolutivi che avevano caratterizzato nell’ultimo decennio i mercati nazionali ed europei. In particolare, il settore degli appalti e delle concessioni veniva riformato per effetto dell’approvazione di tre nuove direttive: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei cd. “settori ordinari”, la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei cd. “settori speciali” (acqua, energia, trasporti, servizi postali, etc.) e la direttiva 2014/23/UE sull’aggiudicazione dei contratti di concessione.

Secondo quanto statuito dalle nuove direttive, all’interno degli Stati membri l’aggiudicazione dei contratti pubblici avrebbe dovuto rispettare i principi del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE), e in particolare la libera circolazione delle merci, la libertà di stabilimento e la libera prestazione di servizi, nonché i principi che ne rappresentano i corollari in sede applicativa, come la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza.

Le tre direttive del 2014 avevano preso origine dal Libro verde, adottato dalla Commissione europea nel 2011 e diretto a promuovere la modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici, al fine di favorire la crescita economica e i livelli d’occupazione⁸. Le direttive avevano poi affermato, quali ulteriori obiettivi, la lotta alla corruzione, nonché la tutela della concorrenza e della semplificazione amministrativa ed avevano coniato nuovi istituti e nuovi moduli operativi a presidio di tali principi.

Le novità più significative introdotte in ambito europeo riguardavano non solo la definizione di una disciplina sistematica delle concessioni di beni e servizi (affidata a una specifica e autonoma direttiva), ma anche l’introduzione di strumenti di aggiudicazione innovativi e flessibili (quali il partenariato per l’innovazione), la promozione di strumenti innovativi di negoziazione e aggiudicazione (come il dialogo competitivo di cui veniva ampliato l’impiego), nonché l’utilizzo generalizzato di forme di comunicazione elettronica⁹.

⁶ La legge 11 febbraio 1994 n. 109 («legge quadro sui lavori pubblici») nel corso della sua vigenza era stata sottoposta ad numerose revisioni.

⁷ Il c.d. Codice De Lise si componeva di 257 articoli e di 22 allegati.

⁸ Si fa riferimento al «LIBRO VERDE sulla modernizzazione della politica dell’UE in materia di appalti pubblici per una maggiore efficienza del mercato europeo degli appalti», adottato dalla Commissione europea il 27 gennaio 2011 (COM 2011/15).

⁹ Tra le principali novità introdotte dalle direttive 2014/UE/23-24-25 si segnala la previsione di una disciplina organica con riguardo ad importanti istituti quali la centralizzazione della committenza; la suddivisione in lotti; il subappalto e gli appalti relativi ai servizi sociali. Emergeva la chiara preferenza per il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa e si

Al fine di dare una traduzione operativa a tali principi si rendeva, quindi, necessario rivedere ed adeguare le procedure nazionali di aggiudicazione delineate dal c.d. Codice De Lise attraverso la sua sostanziale riscrittura.

3. Il Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50/2016) e le novità introdotte dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri (l. n. 55/2019 di conversione del d.l. n. 32/2019).

In Italia, per effetto della delega conferita al Governo¹⁰ per dare attuazione alle direttive 2014/UE/23-24-25, è stato redatto ed approvato il nuovo Codice dei contratti pubblici (d.lgs n. 50/2016) con l'obiettivo di rinnovare la disciplina degli appalti pubblici in conformità ai principi di derivazione sovranazionale.

La nuova normativa, per un verso, si è orientata alla semplificazione e all'accelerazione delle procedure e, per altro verso, ha puntato alla tutela della trasparenza ed alla promozione della concorrenza, alla prevenzione della corruzione e delle infiltrazioni della criminalità organizzata, alla tutela ambientale e alla tutela sociale. Proprio per realizzare tali obiettivi, alcuni principi definiti dalle direttive europee sono stati declinati dal legislatore italiano in modo maggiormente rigoroso che in ambito europeo, come nel caso della centralizzazione obbligatoria della committenza, della qualificazione obbligatoria delle stazioni appaltanti, dell'istituzione di un albo dei commissari di gara, della separazione tra la fase di progettazione e quella di esecuzione dell'appalto.

La promozione della qualità – quale traduzione dell'efficienza dell'amministrazione – si rintracciava nell'intento di conciliare il raggiungimento di standard qualitativi adeguati con la sostenibilità effettiva dell'offerta, decretando in tal modo il superamento di criteri meramente economicistici basati sul prezzo più basso.

In modo del tutto innovativo, la definizione della disciplina di esecuzione e di attuazione del Codice dei contratti pubblici veniva affidata non più ad una fonte tradizionale del diritto (quale era il regolamento di attuazione del c.d. Codice De Lise, di cui al d.P.R. n. 207/2010), ma ad inedite fonti di «soft law», cioè alle linee guida emanate dall'ANAC cui era stata demandata tutta la disciplina di dettaglio che integra le disposizioni codicistiche.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici, adottato con il d.lgs 18 aprile 2016 n. 50, è più breve e snello del precedente testo normativo (avendo attuato una riduzione del numero complessivo di articoli)¹¹ e si articola in sei parti:

- La prima parte definisce l'ambito di applicazione del Codice e comprende le definizioni (art. 3), l'indicazione dei settori esclusi in tutto o in parte dal suo ambito di applicazione (artt. 4-20), le norme sulla pianificazione, programmazione e progettazione (artt. 21-27) e i principi comuni sulle modalità di affidamento (artt. 28-34).
- La seconda parte – relativa ai contratti di appalto per lavori, servizi e forniture – è articolata in sei titoli:

prevedevano criteri di sostenibilità ambientale nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti. Per esigenze legate agli obiettivi di trasparenza ed imparzialità, si introduceva il documento unico europeo di gara (DGUE) si razionalizzavano le ipotesi di conflitto d'interesse e si sanciva la risoluzione dell'appalto per gravi violazioni commesse in sede di aggiudicazione.

¹⁰ La legge 28 gennaio 2016 n. 11 ha individuato 71 principi cui il Governo si è dovuto attenere per l'elaborazione della normativa nazionale.

¹¹ Il Codice dei contratti pubblici del 2016 comprende 220 articoli e 25 allegati.

- 1) rilevanza comunitaria e contratti sotto soglia (artt. 35-36);
 - 2) qualificazione delle stazioni appaltanti (artt. 37-43);
 - 3) procedura di affidamento (artt. 44-93);
 - 4) aggiudicazione per i settori ordinari (artt. 94-99);
 - 5) esecuzione (artt. 100-113);
 - 6) regimi particolari di appalto (cioè gli appalti nei settori speciali, nei servizi sociali, nel settore dei beni culturali, nei concorsi di progettazione e di idee, nei servizi ricerca e sviluppo ed in specifici settori: artt. 114-163);
- La parte terza riguarda i contratti di concessione (artt. 164-178);
 - La parte quarta disciplina il partenariato pubblico privato e il contraente generale (artt. 179-199);
 - La parte quinta attiene alle infrastrutture e agli insediamenti prioritari (artt. 200-203);
 - La parte sesta contiene le disposizioni finali e transitorie (artt. 204-220).

La normativa del Codice dei contratti pubblici è stata sottoposta ad un primo significativo intervento riformatore per effetto del d.lgs. 19 aprile 2017 n. 56 (c.d. decreto Correttivo) che ha mirato a semplificare le procedure soprattutto con riguardo agli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea¹².

Un più incisivo intervento riformatore è stato di recente realizzato con la c.d. riforma Sblocca-cantieri – di cui al d.l. 18 aprile 2019 n. 32 convertito nella legge 14 giugno 2019 n. 55 – che tende a mitigare il rigore che permea l'originaria impostazione codicistica e punta a valorizzare la fluidità delle transazioni gestite dall'amministrazione, al fine di snellire le procedure e ridurre gli oneri che gravano tanto sulle stazioni appaltanti, quanto sugli operatori economici. La c.d. riforma Sblocca-cantieri muove invero dalla necessità di superare i rilievi mossi all'Italia dalla Commissione europea che ha avviato una procedura di infrazione¹³ per la non conformità alle direttive europee di numerose norme del Codice dei contratti pubblici (nonostante le modifiche attuate con il c.d. decreto Correttivo), contestando in particolare alcune scelte di fondo del legislatore italiano che restringono notevolmente l'accesso degli operatori economici alle commesse pubbliche italiane.

Si spiega in questa prospettiva l'innalzamento delle soglie che consentono l'affidamento diretto degli appalti e la riforma del subappalto (notevolmente semplificato). Traspare in sostanza un intento di semplificazione che coinvolge in particolare gli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea, nel cui ambito – come si vedrà – viene significativamente valorizzato il criterio di aggiudicazione del minor prezzo

¹² Come si vedrà in seguito, il d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto Correttivo) ha introdotto significative modifiche ai contratti sotto-soglia, disponendo che:

- 1) fosse escluso l'obbligo di adeguata motivazione (indicato legislativamente ed esplicitato nelle linee guida dell'ANAC) per gli affidamenti di valore inferiore a 40.000 euro (ex art. 36, c. 2, *lett. a* CCP);
- 2) fossero semplificate le verifiche, sottoponendo ai controlli il solo aggiudicatario;
- 3) potesse sempre essere utilizzato il prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione;
- 4) nel caso di ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economica più vantaggiosa, l'offerta economica non potesse valere più di 30/100 punti.

¹³ Si tratta della procedura di infrazione n. 2018/2273.

(sostanzialmente parificato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa) proprio in quanto rende più celere e agevole la selezione delle offerte.

La c.d. riforma Sblocca-cantieri celebra il ritorno alle fonti tradizionali, che essendo rigide, garantiscono maggiormente la certezza del diritto. La previsione di un regolamento unico di prossima emanazione (entro 180 giorni dall'entrata in vigore della c.d. riforma Sblocca-cantieri) che assorbirà alcune delle più importanti linee guida dell'ANAC determina il ridimensionamento del sistema di «soft law» sancito nel Codice del 2016, che di certo presenta maggiori vantaggi in termini di flessibilità e di adattamento alla mutevoli esigenze derivanti dalle modifiche legislative e dalle prassi applicative nella materia degli appalti pubblici, ma che ha creato non solo incertezze applicative, ma anche non poche difficoltà di inquadramento delle linee guida nell'ambito del tradizionale sistema delle fonti interne.

4. Le linee guida dell'ANAC ed il sistema di «soft law».

La disciplina del Codice dei Contratti pubblici è integrata da alcune fonti di rango secondario (già previste dalla legge n. 11/2016 e attualmente indicate nell'art. 36, c. 7 e nell'art. 213, c. 2 CCP), che completano la normativa con importanti disposizioni attuative ed operative. L'ANAC infatti (ai sensi dell'art. 213, c. 2 CCP) interviene attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolazione flessibile, comunque denominati con la specifica finalità di promuovere l'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi) e di incentivare lo sviluppo di “*best practices*”.

Le linee guida adottate dall'ANAC costituiscono un sistema di «soft law» che integra la disciplina del Codice dei contratti pubblici quale sua fonte attuativa. Invero, possono essere individuati e distinti tre strumenti di regolazione flessibile, tra loro eterogenei ma tutti riconducibili all'alveo delle linee guida.

Una prima tipologia si rintraccia nei decreti ministeriali che contengono le linee guida proposte dall'ANAC. Si tratta di atti sottoposti al parere delle Commissioni parlamentari e del Consiglio di Stato e costituiscono veri e propri regolamenti governativi (ai sensi dell'art. 17 della legge 23 agosto 1988 n. 400).

Circa l'effettiva vincolatività di questa tipologia di fonti, il Consiglio di Stato – nel parere emesso sulle linee guida relative al Responsabile Unico del Procedimento, all'Offerta Economicamente Più Vantaggiosa ed ai Servizi attinenti all'Architettura e all'Ingegneria¹⁴ – ha avuto modo di evidenziare che «le amministrazioni e gli enti aggiudicatori sono obbligati a osservare il precetto normativo, senza che alle stesse sia attribuito il potere di disattendere il contenuto. La violazione dei decreti comporta l'illegittimità del provvedimento attuativo». Pertanto, le stazioni appaltanti non possono in nessun caso discostarsi dalle prescrizioni contenute in questo tipo di linee guida e il provvedimento eventualmente adottato in difformità sarà illegittimo.

Sono poi previste le linee guida c.d. «vincolanti» dell'ANAC, che non sono regolamenti, bensì atti di regolazione tipici dell'Autorità indipendente e sono approvate nel rispetto di alcune garanzie procedimentali minime, quali la richiesta di pareri al Consiglio di Stato;

¹⁴ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 1767 del 2 agosto 2016.

il ricorso ad adeguate forme di pubblicità; l'utilizzo della consultazione pubblica, l'applicazione degli strumenti di analisi e di verifica di impatto della regolazione (AIR/VIR) e delle metodologie di qualità della regolazione.

Sul piano dell'efficacia di queste fonti, il Consiglio di Stato ha chiarito che «la natura vincolante delle linee guida non lascia poteri valutativi nella fase di attuazione alle amministrazioni e agli enti aggiudicatori, che sono obbligati a darvi concreta attuazione. La particolare natura delle linee guida in esame comporta che, in mancanza di un intervento caducatorio (da parte della stessa Autorità, in via di autotutela, o in sede giurisdizionale), le stesse devono essere osservate, a pena di illegittimità degli atti consequenziali»¹⁵.

Anche con riguardo a questa seconda tipologia di linee guida esiste un obbligo per le stazioni appaltanti di osservare i precetti in esse stabiliti, a pena di illegittimità degli atti adottati. Tuttavia, mentre le linee guida contenute nei decreti ministeriali non lasciano spazio alla discrezionalità amministrativa, le linee guida c.d. vincolanti potrebbero consentire comunque uno spazio residuo per un'attività valutativa e decisionale dell'amministrazione, da valutarsi caso per caso. In sostanza, quindi, la “vincolatività” di tali provvedimenti non esclude *ex se* la “discrezionalità” esecutiva delle amministrazioni, ma occorre valutare di volta in volta la natura del precetto per stabilire se esso sia compatibile con ulteriori attività valutative e decisionali delle singole stazioni appaltanti. Infine, un terzo strumento di regolazione dell'ANAC è costituito dalle linee guida c.d. «non vincolanti» che hanno solo un valore di indirizzo e sono dirette a orientare l'azione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici in modo “virtuoso” e conforme ai precetti normativi. Con riguardo alle linee guida c.d. non vincolanti, il Consiglio di Stato ha evidenziato in primo luogo che “la diversità ontologica rispetto alle linee guida vincolanti segna anche la diversità di disciplina”. Pertanto, le stazioni appaltanti hanno la potestà di discostarsi da queste linee guida, fornendo un'adeguata e puntuale motivazione delle ragioni che giustificano la diversa scelta amministrativa (come, ad esempio, la peculiarità della fattispecie concreta) e che spiegano lo scostamento dall'indirizzo fornito dall'ANAC. Le linee guida c.d. non vincolanti possono quindi essere disattese dalla stazione appaltante, purché ne sia data puntuale motivazione, ma – al di fuori di questa ipotesi – la violazione delle linee guida può essere considerata come elemento sintomatico dell'eccesso di potere, sulla falsariga dell'elaborazione giurisprudenziale inerente alla violazione delle circolari”¹⁶.

Attualmente, l'ANAC ha adottato 13 linee guida in tema di appalti pubblici, che sono aggiornate periodicamente: si tratta di 8 linee guida non vincolanti, di 3 linee guida vincolanti e di 2 linee guida con efficacia mista (in parte vincolanti e in parte non vincolanti)¹⁷.

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 1767 del 2 agosto 2016.

¹⁶ Il Consiglio di Stato, nel citato parere n. 1767/2016, ha infine posto in rilievo la necessità che alla fase di adozione delle linee guida segua poi una attenta verifica *ex post* dell'impatto della regolazione (VIR), ai fini di un eventuale adattamento del contenuto delle linee guida alle esigenze emerse nella fase di concreta ed effettiva applicazione.

¹⁷ L.G. n. 1: Affidamento servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria (non vincolanti); L.G. n. 2: Offerta economicamente più vantaggiosa (non vincolanti); L.G. n. 3: Indicazioni sulla nomina, ruolo e compiti del RUP (vincolanti); L.G. n. 4: Affidamento dei contratti pubblici di

Invero, alcune delle linee guida in materia di appalti pubblici saranno sostituite da un regolamento unico demandato al Governo. In particolare, è proprio il Codice dei contratti pubblici (il cui art. 216, c. 27-*octies* è stato novellato dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri) a disporre l'adozione di un regolamento unico nel quale confluiranno le norme di esecuzione, di attuazione e di integrazione del Codice dei contratti pubblici e che quindi assorbirà (abrogandole) le disposizioni contenute in alcune delle principali linee guida adottate dall'ANAC in materia di appalti pubblici.

5. Il regolamento unico di attuazione del Codice dei contratti pubblici di prossima emanazione.

Per espressa disposizione legislativa (prevista nell'art. 216, c. 27-*octies* CCP, così come novellato dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri), sarà adottato entro 180 giorni dall'entrata in vigore della c.d. riforma Sblocca-cantieri un regolamento unico di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice dei contratti pubblici nel quale confluiranno tutte le norme di dettaglio, di carattere applicativo, che attualmente sono contenute in modo disorganico in una pletora di fonti secondarie e nelle linee guida dell'ANAC. Il regolamento unico assorbirà l'efficacia di alcune delle linee guida dell'ANAC che, invero, avevano posto un duplice problema di ordine sistematico inerente, per un verso, alla loro esatta collocazione nel sistema delle fonti interne e, per altro verso, alla legittimità dell'ANAC, quale organismo di garanzia, ad interferire in modo sostanziale e incisivo sulla funzione legislativa in materia di appalti pubblici.

Il legislatore, pertanto, è intervenuto per centralizzare le competenze normative e coinvolgere direttamente il Governo¹⁸ cui è demandato il compito di redigere l'intera disciplina di esecuzione e di attuazione del Codice novellato, in modo da predisporre un regime giuridico coerente con l'indirizzo politico che ha ispirato le scelte di fondo della c.d. riforma Sblocca-cantieri. Il regolamento unico si occuperà, tra l'altro, di molti aspetti che attualmente costituiscono oggetto delle principali linee guida dell'ANAC (la cui disciplina sarà abrogata), con l'obiettivo di razionalizzare l'intera materia. Al regolamento, infatti, spetterà la definizione della normativa di esecuzione inerente ai

importo inferiore alle soglie rilevanza europea (non vincolanti); L.G. n. 5: Criteri di scelta dei commissari di gara e di iscrizione degli esperti nell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle Commissioni giudicatrici (vincolanti); L.G. n. 6: Mezzi di prova e carenze rilevanti ai sensi dell'art. 80, comma 5 *lett. c*) del Codice (non vincolanti); L.G. n. 7: Iscrizione nell'elenco delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori che operano mediante affidamenti diretti nei confronti di proprie società *in house* previsto dall'art. 192 del d.lgs. n. 50/2016 (vincolanti); L.G. n. 8: Procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando in caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (non vincolanti); L.G. n. 9: Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato (parte prima non vincolante e parte seconda vincolante); L.G. n. 10: Affidamento del servizio di vigilanza privata (non vincolanti); L.G. n. 11: Indicazioni per la verifica del rispetto dei limiti previsti dall'art. 177 del Codice (parte prima non vincolante e parte seconda vincolante); L.G. n. 12: Affidamento dei servizi legali (non vincolanti); L.G. n. 13: La disciplina delle clausole sociali (non vincolanti).

¹⁸ Il regolamento unico sarà adottato su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza permanente per i rapporti tra lo Stato, le regioni e le Province autonome di Trento e di Bolzano.

seguenti temi: a) nomina, ruolo e compiti del RUP; b) progettazione di lavori, servizi e forniture e verifica del progetto; c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori dei lavori e dei contraenti generali; d) procedure di affidamento ed esecuzione degli appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea; e) direzione dei lavori e dell'esecuzione; f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali; g) collaudo e verifica di conformità; h) requisiti degli operatori economici negli affidamenti dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria; i) lavori riguardanti i beni culturali.

Le linee guida che disciplinano gli istituti devoluti al regolamento unico potranno comunque essere modificate ed adeguate alla c.d. riforma Sblocca-cantieri (come già si è verificato con riguardo alle Linee guida n. 4)¹⁹ e continueranno ad essere efficaci fino all'emanazione del regolamento unico, quando verranno abrogate.

Occorre subito rilevare che non tutte le linee guida saranno espunte dal sistema delle fonti per effetto della prossima emanazione del regolamento unico, che infatti assorbirà le Linee guida n. 3 sul RUP e le Linee guida n. 4 sugli affidamenti al di sotto della soglia di rilevanza europea. Le altre linee guida rimarranno in vigore ed inoltre l'ANAC potrà adottarne di nuove allo scopo di garantire la promozione dell'efficienza e la qualità dell'attività delle stazioni appaltanti (ex art. 213, c. 2 CCP). Di certo, non appena verrà emanato, il regolamento unico costituirà la principale fonte di attuazione e di esecuzione del Codice dei contratti pubblici.

¹⁹ Le Linee guida n. 4 («Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici») sono state adottate dall'ANAC con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e sono state, da ultimo, aggiornate a seguito della c.d. riforma Sblocca-cantieri con delibera dell'ANAC n. 636 del 10 luglio 2019, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.

CAPITOLO 3. La governance degli appalti di servizi e forniture presso gli Uffici giudiziari.

1. La procedura di affidamento degli appalti pubblici presso gli Uffici giudiziari. – 2. Fasi e sotto-fasi della procedura ad evidenza pubblica. – 3. Il responsabile del procedimento negli appalti di beni e servizi presso gli Uffici giudiziari. – 4. Il direttore dell'esecuzione. – 5. La Conferenza permanente. – 6. Le spese di funzionamento degli Uffici giudiziari.

1. La procedura di affidamento degli appalti pubblici presso gli Uffici giudiziari.

Le procedure di affidamento degli appalti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle stazioni appaltanti (previsti dal Codice o dalle norme vigenti)²⁰. La programmazione degli acquisti è quindi una fase preliminare all'acquisizione del bene o del servizio.

La determinazione del fabbisogno di ciascun Ufficio giudiziario è effettuata attraverso l'individuazione dei beni e dei servizi di cui lo stesso ha necessità e che saranno oggetto dei contratti pubblici. Il fabbisogno, che confluisce in una programmazione biennale dei contratti pubblici che dovranno essere stipulati per le esigenze degli uffici, è approvato dalla Conferenza permanente ed è trasmesso al Ministero della Giustizia.

Una volta rilevato il fabbisogno, inteso come complesso di beni e servizi necessari allo svolgimento dell'attività istituzionale degli Uffici giudiziari, si apre la procedura ad evidenza pubblica, che si snoda attraverso 3 macro-fasi e che si conclude con l'aggiudicazione. La successiva stipula del contratto esula dalla procedura ad evidenza pubblica ed inaugura una fase ulteriore incentrata sull'esecuzione del contratto.

Le fasi – indicate sommariamente nell'art. 32 CCP e approfondite nelle norme successive – rappresentano le tappe fondamentali del procedimento delineato dalla disciplina codicistica e sono incentrate sulle sue principali attività:

- fase della “determina a contrarre”;
- la fase di “scelta del contraente”, connotata dai metodi di scelta e dai criteri di aggiudicazione previsti dalla legge;
- fase dell' “aggiudicazione”;
- fase della “stipula” e dell' “esecuzione” del contratto.

Definita la programmazione dei contratti da stipulare, l'organo decisionale della stazione appaltante adotta la determina a contrarre, nella quale sono individuati gli elementi essenziali del contratto, i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte ed è designato il Responsabile unico del procedimento (RUP).

Sulla base della determina autorizzativa, il RUP nomina il direttore dell'esecuzione del contratto (ove previsto) e predispose i documenti di gara, tra cui il bando o l'avviso di indizione della gara, con la chiara indicazione della procedura di affidamento e dei criteri di aggiudicazione adottati. Tutti gli atti della gara saranno resi noti mediante pubblicazione sui siti ufficiali (Gazzetta Ufficiale, sito dell'ANAC, sito dell'amministrazione aggiudicatrice). Da qui in avanti, il RUP si dedicherà alla procedura

²⁰ Così dispone l'art. 32 CCP.

di gara, rispondendo ad eventuali richieste di chiarimenti al bando, ricevendo le offerte, predisponendo la documentazione per le verifiche ed i controlli sui partecipanti.

Decorsi i termini per la presentazione delle offerte, il RUP prende visione e seleziona le offerte ricevute e, al termine, predispone a favore del concorrente che ha presentato l'offerta migliore – sulla base del criterio di aggiudicazione previamente indicato nel bando di gara – una proposta di aggiudicazione che dovrà essere approvata dall'organo deliberativo della stazione appaltante (Capo dell'Ufficio giudiziario). Infine, il RUP procede all'aggiudicazione definitiva. L'aggiudicazione non equivale all'accettazione della proposta dell'operatore economico, ma comporta in prima battuta la verifica dei requisiti in capo all'affidatario.

La successiva stipula del contratto non rientra nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica (ormai conclusasi), ma apre la fase negoziale inerente all'esecuzione del contratto.

Presso gli Uffici giudiziari di ciascun distretto sono costituite apposite unità amministrative dedicate alla gestione operativa delle procedure di gara, alle quali il Presidente della Corte d'Appello – delegato dal Ministero della Giustizia all'attività contrattualistica – affida la negoziazione e la stipula del contratto. Si tratta di strutture che assumono la concreta conduzione delle procedure ad evidenza pubblica a livello periferico e la verifica dell'esecuzione dei rapporti contrattuali, con compiti e responsabilità di grande rilievo, tanto da rappresentare sia un punto di riferimento informativo ed operativo per gli altri Uffici giudiziari del distretto che si trovano a gestire gare pubbliche, sia un interlocutore privilegiato della Direzione Generale del Ministero della Giustizia che autorizza gli acquisti.

Queste unità amministrative – di cui si sono dotati quasi tutti gli Uffici giudiziari dopo il trasferimento delle spese di funzionamento al Ministero della Giustizia (sancito dalla legge 23 dicembre 2014 n. 190, di cui si dirà oltre) – sono ormai specializzate nel settore degli appalti pubblici ed hanno progressivamente consolidato una conoscenza ed un'esperienza approfondite nel settore dell'e-procurement. Tali strutture si avvalgono sia delle competenze giuridiche dei funzionari giudiziari che (in alternanza con i dirigenti amministrativi) assumono la veste di RUP, seguendo tutti i segmenti procedurali che conducono alla stipula dei contratti, sia – ove possibile (considerata la carenza di organico tecnico nel Ministero della Giustizia) – delle competenze dei funzionari tecnici (spesso architetti e ingegneri), che si occupano della redazione dei capitolati speciali (particolarmente utili nei contratti di manutenzione) e che intervengono con le funzioni di DEC nell'esecuzione dei contratti che presentano profili di particolare complessità tecnica.

Il Ministero della Giustizia e le sue diramazioni territoriali (al pari di tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche) dal 1° luglio 2007 sono tenuti a fare ricorso per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario al c.d. Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA), essendo diventato obbligatorio per le PA utilizzare procedure telematiche di acquisto per l'approvvigionamento di beni e servizi²¹.

²¹ Per un'analisi del Mercato elettronico della pubblica amministrazione («MEPA»), si rinvia al Capitolo 7.

2. Fasi e sotto-fasi della procedura ad evidenza pubblica.

Il procedimento ad evidenza pubblica è una fattispecie complessa a formazione progressiva, al cui interno è possibile individuare alcune fasi e sotto-fasi che scandiscono i diversi passaggi che determinano la selezione del contraente e l'affidamento dell'appalto. In via di estrema sintesi e in conformità all'art. 32 CCP, nella procedura ad evidenza pubblica possono essere individuate 3 fasi più ampie, che sono funzionalmente incentrate rispettivamente sulla formazione della determina a contrarre, sulla scelta del contraente e sull'aggiudicazione. Queste 3 fasi si snodano poi in specifiche sotto-fasi, che seguono lo sviluppo dell'*iter* logico-giuridico che conduce alla stipula del contratto:

I FASE = Determina a contrarre

- **I sottofase)** Rilevamento del fabbisogno di beni e servizi necessari allo svolgimento delle attività dell'amministrazione aggiudicatrice, al fine di consentire all'organo decisionale dell'amministrazione centrale di verificare la congruità della scelta e di accantonare la relativa spesa.
- **II sottofase)** Determinazione a contrarre contenente l'indicazione delle caratteristiche dei beni o dei servizi richiesti, i criteri di selezione, l'importo massimo stimato, le principali condizioni contrattuali e la nomina del RUP.

II FASE = Scelta del contraente

- **I sottofase)** Svolgimento di indagini di mercato e predisposizione della documentazione di gara: bando, disciplinare, capitolato.
- **II sottofase)** Richiesta del Codice Identificativo della Gara (CIG) all'ANAC (e pagamento della contribuzione, ove previsti) che dovrà essere indicato in tutti gli atti della gara.
- **III sottofase)** Pubblicazione del bando o spedizione della lettera d'invito.
- **IV sottofase)** Presentazione delle offerte.
- **V sottofase)** Svolgimento della gara:
 - Va) apertura delle buste contenenti la documentazione amministrativa e verifica a campione sugli operatori economici;
 - Vb) valutazione delle offerte tecniche e confronto delle offerte economiche da parte della commissione aggiudicatrice in seduta riservata (nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa) oppure confronto sulla base del prezzo (nel caso di prezzo più basso) e lettura della graduatoria;
 - Vc) verifica delle offerte anomale.

III FASE = Aggiudicazione e Stipula

- **I sottofase)** Aggiudicazione provvisoria e dichiarazione di aggiudicazione definitiva.
- **II sottofase)** Verifica sul possesso dei requisiti soggettivi in capo all'aggiudicatario ed al secondo classificato.
- **III sottofase)** Piena efficacia dell'aggiudicazione definitiva all'esito della verifica dei requisiti del concorrente.

- **IV sottofase)** Stipula del contratto di appalto, decorso il termine sospensivo dall'aggiudicazione (ove necessario) “mediante scrittura privata” o “mediante corrispondenza” elettronica.
- **V sottofase)** Comunicazione all'affidatario e agli altri concorrenti e pubblicazione del decreto di aggiudicazione su siti web istituzionali e/o su strumenti ufficiali (come la Gazzetta Ufficiale e la Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea).

Lo schema proposto delinea in modo estremamente sommario i segmenti nei quali si articola la procedura ad evidenza pubblica, i quali si arricchiscono di ulteriori oneri (e quindi di ulteriori sotto-fasi) in base alla tipologia e in proporzione alla complessità dell'appalto pubblico da aggiudicare.

3. Il responsabile del procedimento negli appalti di beni e servizi presso gli Uffici giudiziari.

Il responsabile unico del procedimento è una figura della pubblica amministrazione istituita dalla legge n. 241/1990 con il compito di istruire e gestire il procedimento amministrativo ed adottare il provvedimento finale con riguardo a qualunque azione dell'amministrazione che abbia rilevanza esterna. Nell'ambito delle procedure di gara ad evidenza pubblica, il responsabile unico del procedimento (RUP) ha acquisito una fisionomia specifica in quanto dalla c.d. legge Merloni (legge 11 febbraio 1994 n. 109 sugli appalti di lavori pubblici) in poi gli è stato conferito il ruolo di *dominus* di una complessa sequenza procedimentale che, pur conducendo alla stipula di un unico contratto pubblico, si snoda attraverso molteplici fasi, che richiedono un coordinamento unitario ed un'unica cabina di regia.

La definizione del ruolo e dei compiti del RUP è espressamente sancita nell'art. 31 CCP, integrato ed ulteriormente dettagliato dalla disciplina adottata dall'ANAC nelle Linee guida n. 3²² che saranno vigenti fino all'emanazione del regolamento unico (di cui all'art. 216, c. 27-*octies* CCP) previsto dalla c.d. riforma Sbocca-cantieri.

Il RUP è un dirigente o un funzionario dell'amministrazione aggiudicatrice, in possesso di un'adeguata preparazione e di una significativa esperienza professionale in materia di appalti. Per la designazione quale RUP, infatti, occorre non solo possedere una specifica formazione professionale, commisurata alla tipologia ed alla complessità dell'intervento

²² Per integrare la disciplina codicistica sul RUP, l'ANAC ha adottato proprie linee guida, in virtù della delega conferitale dal Codice dei contratti pubblici (segnatamente dall'art. 31, c. 5 CCP, nella versione precedente alla riforma c.d. Sbocca-cantieri). Le Linee guida dell'ANAC n. 3 recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni» sono state adottate con delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016 (e da ultimo aggiornate con delibera n. 1007 del 11 ottobre 2017) e rimarranno in vigore fino all'adozione del regolamento previsto dall'art. 216, c. 27-*octies* CCP.

da realizzare, ma anche acquisire un'adeguata formazione in materia di *Project Management*²³ e mantenere un costante aggiornamento²⁴.

Il RUP è il “regista” delle procedure di gara inerenti all'affidamento di beni e servizi nelle quali interviene sia con funzioni propulsive ed organizzative, sia con funzioni decisorie mediante l'adozione di atti dotati di rilevanza esterna (esclusioni, stipule, etc.), così da gestire in modo razionale ed efficiente le diverse fasi che conducono alla stipula del contratto ed anche (in determinati casi) alla verifica della sua esecuzione. Invero, i compiti del RUP si riscontrano sin dalla fase prodromica all'indizione della gara e si estendono anche successivamente alla stipula del contratto mediante un potere di verifica e controllo sull'esecuzione del contratto che gli consente di accertare se le prestazioni sono state eseguite in modo completo e a regola d'arte.

Più nel dettaglio, prima e al di fuori delle procedure di gara il RUP è chiamato a formulare proposte e a fornire informazioni utili alla predisposizione degli atti di programmazione dei contratti pubblici di servizi e forniture, che – nel caso degli Uffici giudiziari – vanno indirizzati alla Conferenza permanente e poi al Ministero della giustizia. Il RUP inoltre gestisce le attività istruttorie dirette alla predisposizione del bando di gara relativo all'intervento.

Dopo la stipula, invece, il RUP può svolgere anche le funzioni di direttore dell'esecuzione, a condizione che sia in possesso del titolo di studio, della formazione e dell'esperienza professionale necessaria e che non intervengano cause ostative alla

²³ A decorrere dall'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 CCP, a prescindere dall'importo del contratto, il RUP deve possedere anche un'adeguata formazione in materia di *Project Management* (ai sensi di quanto previsto ai paragrafi 4.3 e 7.3 delle Linee guida ANAC n. 3).

²⁴ Secondo quanto dispongono le Linee guida ANAC n. 3, al paragrafo 7, il RUP deve in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale commisurati alla tipologia e all'entità dei servizi e delle forniture da affidare. Nello specifico: a) Per i servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 CCP, il RUP deve essere in possesso, alternativamente, di: 1. diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato da un istituto superiore al termine di un corso di studi quinquennale e un'anzianità di servizio ed esperienza almeno quinquennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture; 2. laurea triennale ed esperienza almeno triennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture; 3. laurea quinquennale ed esperienza almeno biennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture. b) Per i servizi e le forniture di valore pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 CCP, il RUP deve essere in possesso di diploma di laurea triennale, magistrale o specialistica e di un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno 5 anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture. Possono svolgere, altresì, le funzioni di RUP coloro che sono in possesso di diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato al termine di un corso di studi quinquennale e un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno dieci anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture. Requisiti ulteriori sono previsti per appalti che richiedano necessariamente valutazioni tecniche e competenze altamente specialistiche.

coincidenza delle due figure²⁵. Nella fase esecutiva del contratto, inoltre, il RUP fornisce alla stazione appaltante dati, informazioni ed elementi utili ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, nonché per le attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali, ove affidate ad altro soggetto. Il RUP è poi tenuto a valutare e ad autorizzare le modifiche e le varianti contrattuali con le modalità e nei limiti fissati dall'art. 106 CCP.

Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il RUP può proporre alla stazione appaltante di conferire, sin dai primi atti di gara, appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa (ex art. 31, c. 7 CCP) Inoltre, il RUP può chiedere all'amministrazione aggiudicatrice che sia nominata una struttura a supporto delle sue attività per l'espletamento della gara e per l'esecuzione del contratto (ex art. 31, c. 9 CCP).

Rientra tra le competenze del RUP la gestione delle informazioni da trasmettere all'ANAC in relazione a ciascuna procedura di appalto seguita. Il RUP infatti, in occasione della redazione del bando e del capitolato, procede all'acquisizione del Codice Identificativo della Gara (CIG) sulla piattaforma dell'ANAC, segnando l'avvio della procedura di gara in senso stretto attraverso il suo "censimento" formale, e successivamente cura la raccolta, la verifica e la trasmissione all'Osservatorio dell'ANAC dei dati relativi ai contratti stipulati²⁶.

4. Il direttore dell'esecuzione.

La direzione dell'esecuzione si sostanzia in un insieme di attività volte a garantire che l'esecuzione del contratto avvenga nei tempi stabiliti ed in conformità alle prescrizioni contenute nei documenti contrattuali e nelle condizioni offerte in sede di aggiudicazione e/o affidamento.

L'esecuzione dei contratti pubblici è diretta dal RUP, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni e che, per tale attività, può avvalersi del direttore dell'esecuzione del contratto (DEC), ai sensi dell'art. 101, c. 1 CCP e 102, c. 1 CCP.

La stazione appaltante, su proposta del RUP, nomina il direttore dell'esecuzione individuandolo tra i soggetti in possesso dei requisiti di adeguata professionalità e competenza in relazione all'oggetto del contratto²⁷.

²⁵ Cfr. Linee Guida ANAC n. 3, paragrafi 8 e 9. Per effetto della modifica apportata dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri all'art. 31, c. 5 CCP è attribuito al regolamento unico di attuazione del Codice – in luogo delle linee guida emanate dall'ANAC – il compito di definire:

- la disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, e sugli ulteriori requisiti di professionalità, rispetto a quanto disposto dal Codice in relazione alla complessità dei lavori;

- l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione.

²⁶ Per una più completa trattazione del CIG si rinvia al Capitolo 7.

²⁷ Per una definizione dettagliata dei requisiti di professionalità che deve possedere il DEC si veda il Regolamento recante: «Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione» adottato dal Ministero delle Infrastrutture e trasporti con decreto 7 marzo 2018 n. 49.

L'incarico di DEC è di regola ricoperto dal RUP (ex art. 31, c. 5 CCP). E', tuttavia, espressamente sancito che il DEC sia una persona fisica diversa dal RUP²⁸ in uno dei seguenti casi:

- a) quando le prestazioni contrattuali hanno un importo superiore a 500.000 euro;
- b) per interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- c) per prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze (come i servizi a supporto della funzionalità delle strutture sanitarie che comprendono trasporto, pulizie, ristorazione, sterilizzazione, vigilanza, interventi socio-sanitari, supporto informatico);
- d) per interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- e) situazioni che, per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, impongono il coinvolgimento di un'unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

Nello svolgimento dei propri compiti il DEC rappresenta l'amministrazione committente e la sua attività di coordinamento, direzione e controllo tecnico-contabile sull'esecuzione del contratto si spiega e si giustifica sia in virtù del dovere di cooperazione che grava sulla stazione appaltante nei confronti dell'impresa aggiudicatrice, sia in conseguenza del potere di ingerenza e controllo che l'amministrazione esercita con riguardo all'esecuzione del contratto²⁹.

Il DEC è tenuto a:

- presentare periodicamente al RUP un rapporto sull'andamento dell'esecuzione del contratto;
- proporre modifiche e varianti dei contratti in corso di esecuzione, indicandone i motivi in apposita relazione da inviare al RUP, nei casi e alle condizioni previste dall'art. 106 CCP;
- comunicare al RUP le contestazioni insorte circa aspetti tecnici che possono influire sull'esecuzione del contratto e redigere processo verbale delle circostanze contestate in contraddittorio con l'imprenditore;
- impartire all'impresa affidataria le disposizioni e le istruzioni necessarie tramite ordini di servizio che devono essere comunicati al RUP;
- redigere i processi verbali di accertamento dei fatti e le relazioni per il RUP;
- rilasciare certificati, come il certificato attestante l'ultimazione delle prestazioni, che saranno trasmessi al RUP.

Se il RUP impartisce un ordine di servizio all'impresa affidataria che secondo il DEC potrebbe compromettere la regolare esecuzione del contratto, il DEC sarà tenuto a comunicare per iscritto le ragioni motivate del proprio dissenso al RUP e, se questi conferma la propria posizione, il DEC sarà costretto a procedere in conformità delle istruzioni ricevute.

²⁸ Cfr. sul punto le Linee guida dell'ANAC n. 3 al paragrafo 10.

²⁹ In applicazione della disciplina sul conflitto di interesse (ex art. 42, c. 4 CCP), il DEC deve rifiutare nuovi incarichi professionali da parte dell'impresa affidataria, dal momento dell'aggiudicazione e fino alla verifica di conformità e deve segnalare alla stazione appaltante eventuali rapporti intrattenuti con l'aggiudicatario.

5. La Conferenza permanente.

A seguito dell'adozione della legge 23 dicembre 2014 n. 190 (c.d. legge di stabilità 2015), è stato sancito il trasferimento delle spese di funzionamento degli Uffici giudiziari dalla gestione dei Comuni alla competenza del Ministero della Giustizia. Per effetto di tale riforma, quindi, l'intera gestione delle spese necessarie allo svolgimento delle attività degli Uffici giudiziari³⁰ è diventata una competenza ministeriale affidata, a livello centrale, alla Direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie del Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi e, a livello periferico, alle Conferenze permanenti incardinate in ogni circondario.

Le Conferenze permanenti – istituite con il d.P.R. 18 agosto 2015 n. 133 – sono articolazioni amministrative cui è affidato il compito di gestire in modo unitario le attività e le correlate spese necessarie al funzionamento degli Uffici giudiziari in esse rappresentati.

Ciascuna Conferenza permanente è costituita dai Capi degli Uffici giudiziari del circondario e dai relativi dirigenti amministrativi ed è convocata e presieduta dal Presidente della Corte d'Appello (ovvero dal Presidente del Tribunale, nelle sedi che non sono capoluogo del distretto). Il Presidente invita alle riunioni il Presidente del locale Consiglio dell'Ordine degli avvocati, i coordinatori degli Uffici del Giudice di pace interessati e può invitare esperti ovvero rappresentanti degli enti locali e di altre amministrazioni pubbliche, senza diritto di voto. In materia di sicurezza, la Conferenza permanente può essere convocata su richiesta del Procuratore generale presso la Corte d'Appello (che in tale settore ha una competenza esclusiva)³¹.

La Conferenza permanente ha il compito di individuare i fabbisogni necessari per il funzionamento degli Uffici giudiziari e di indicare le specifiche esigenze concernenti la gestione, anche logistica³², e la manutenzione degli immobili (e delle strutture pertinenti), nonché le esigenze concernenti i servizi, compresi il riscaldamento, la climatizzazione, le utenze, la pulizia e la disinfestazione, la raccolta e lo smaltimento dei rifiuti, il giardinaggio, il facchinaggio, i traslochi, la vigilanza e la custodia (inclusi gli aspetti tecnici e amministrativi della sicurezza degli edifici). La Conferenza permanente informa, senza ritardo, di ogni necessità i soggetti obbligati alla manutenzione straordinaria e alla conservazione strutturale degli immobili (che nel caso degli Uffici giudiziari sono i Provveditorati alle opere pubbliche).

La Conferenza permanente è, quindi, un organo collegiale a composizione mista – essendo formata in parte dai vertici giudiziari e in parte dai vertici amministrativi degli Uffici giudiziari – e (come indicato) svolge funzioni tipicamente amministrative³³. La

³⁰ Sulle spese di funzionamento si veda il paragrafo 6.

³¹ Le Conferenze permanenti delle sedi che non sono capoluogo del distretto sono tenute a trasmettere al Procuratore generale le delibere inerenti alla sicurezza per le valutazioni di competenza e il Procuratore generale le trasmetterà all'autorità di pubblica sicurezza (art. 4, c. 4 e c. 5 del d.P.R. n. 133/2015).

³² Rientra nella gestione degli immobili, affidata alla competenza della Conferenza permanente ex art. 4, c. 1 del d.P.R. n. 133/2015, anche la ripartizione e l'assegnazione degli spazi interni tra Uffici.

³³ Ai sensi dell'art. 5 del d.P.R. n. 133/2015, alla Conferenza permanente è riconosciuta la facoltà di stipulare accordi o convenzioni al fine di prevedere una collaborazione gestionale per assicurare

Conferenza delibera con il voto favorevole della maggioranza dei presenti e, in caso di parità, prevale il voto del Presidente.

Un ruolo di particolare responsabilità è affidato ai dirigenti amministrativi che intervengono in una duplice veste: da un lato, sono componenti effettivi della Conferenza permanente e, dall'altro, ne rappresentano la *longa manus* operativa, in quanto sono chiamati sia a dare esecuzione alle delibere adottate, sia a vigilare (per conto della Conferenza) sulla corretta esecuzione dei contratti inerenti alle spese di funzionamento, sia infine a riferire ai Presidenti sugli esiti della loro attività.

La Conferenza permanente è quindi deputata a governare il funzionamento degli Uffici giudiziari in ambito locale ed ha piena autonomia decisionale con riguardo all'attuazione dei propri compiti, ma opera pur sempre nell'ambito degli indirizzi e secondo le linee di pianificazione strategica stabiliti dalla Direzione generale del Ministero della Giustizia cui è, infatti, tenuta a comunicare tempestivamente le proprie delibere. In sostanza, la Conferenza ha un potere di impulso che si sostanzia nell'individuazione del fabbisogno degli Uffici giudiziari ed è diretto ad ottenere l'autorizzazione del Ministero alla relativa spesa. Spetta, tuttavia, alla Direzione generale del Ministero la decisione sulle proposte di approvvigionamento trasmesse dalla Conferenza.

In definitiva, il soddisfacimento delle esigenze per il funzionamento degli Uffici giudiziari promana dall'individuazione del fabbisogno da parte della Conferenza permanente. L'Ufficio giudiziario sarà infatti legittimato ad inoltrare al Ministero della Giustizia la richiesta di autorizzazione alla spesa con riguardo a ciascuna procedura di acquisto proprio sulla base del fabbisogno rilevato dalla Conferenza permanente. A questo punto, il Ministero – valutata la coerenza della spesa sia con il proprio indirizzo e con le linee di pianificazione strategica definite a livello centrale, sia con il fabbisogno segnalato dalla Conferenza – autorizzerà la spesa attraverso l'adozione della determina a contrarre e delegherà il Capo dell'Ufficio giudiziario ad avviare e gestire la procedura ad evidenza pubblica diretta alla stipula del contratto, designandone al contempo il RUP.

Al termine di questo processo autorizzatorio incentrato sul dialogo tra la Conferenza permanente ed il Ministero della Giustizia, saranno delegate ai Capi degli Uffici giudiziari le specifiche attività di negoziazione e di contrattazione.

6. Le spese di funzionamento degli Uffici giudiziari.

E' affidata agli Uffici giudiziari la gestione delle spese necessarie al proprio funzionamento (di cui al capitolo 1550 del bilancio dello Stato).

Si tratta di una competenza che spetta al Ministero della Giustizia e che viene formalmente delegata ai Capi degli Uffici giudiziari, i quali saranno tenuti ad avviare le procedure ad evidenza pubblica ed a stipulare i correlati contratti per soddisfare i fabbisogni dei propri Uffici giudiziari.

Le spese di funzionamento riguardano sia l'acquisto di beni e servizi strumentali alla gestione degli immobili giudiziari, come gli impianti e le apparecchiature, i servizi

la continuità dei servizi per il funzionamento degli Uffici giudiziari. Al fine di definire l'uniformità dei criteri gestionali cui si devono attenere gli accordi e le convenzioni conclusi dalla Conferenza, il Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi del Ministero della Giustizia è legittimato a stipulare accordi o convenzioni quadro.

telefonici e informatici, sia la manutenzione degli impianti di pertinenza degli Uffici giudiziari³⁴, sia i servizi di riscaldamento, disinfestazione, pulizia dei locali, smaltimento dei rifiuti speciali (come i toner)³⁵.

Agli Uffici giudiziari spetta inoltre la gestione di ulteriori acquisti che, pur non essendo ricompresi tra le spese di funzionamento, sono comunque indispensabili per lo svolgimento delle attività amministrative. Rientrano in questa categoria³⁶ le spese per i servizi postali, per l'acquisto di risme di carta o di libri per la biblioteca, per la fornitura degli arredi degli uffici, per alcuni tipi di manutenzione (come quella relativa a particolari impianti di archivio), cui si aggiungono le spese inerenti a specifiche attività istituzionali, come le spese che ciascuna Corte d'Appello è tenuta a sostenere per l'organizzazione annuale degli esami di abilitazione alla professione di avvocato e per la gestione dei servizi elettorali in occasione di ogni consultazione. In tali casi, le procedure autorizzative differiscono (seppure solo parzialmente) da quelle previste per le spese di funzionamento³⁷.

Nell'ambito delle spese di funzionamento, in particolare, il Ministero della Giustizia adotta un'unica determina con cui autorizza l'intera sequenza procedimentale, per cui la stipula del contratto non dovrà essere nuovamente sottoposta al controllo ministeriale per la valutazione della sua congruità. Successivamente, una volta eseguita la prestazione

³⁴ Si fa riferimento – tra le altre – alle spese per la manutenzione degli impianti elevatori, dei presidi antincendio, delle apparecchiature tecnologiche, dei totem eliminacode.

³⁵ Si tratta delle spese necessarie al funzionamento degli Uffici giudiziari indicate dall'art. 1, c. 1 della legge 24 aprile 1941 n. 392, come modificato dal c. 526, unico articolo della legge 23 dicembre 2014 n. 190. Secondo l'originaria versione della norma, vi rientravano le seguenti spese: «1) le spese necessarie per il primo stabilimento delle Corti e Sezioni di Corti di appello e relative Procure generali, delle Corti di assise, dei Tribunali e relative Regie procure, e delle Preture e sedi distaccate di Pretura; 2) le spese necessarie per i locali ad uso degli Uffici giudiziari, e per le pigioni, riparazioni, manutenzione, illuminazione, riscaldamento e custodia dei locali medesimi; per le provviste di acqua, il servizio telefonico, la fornitura e le riparazioni dei mobili e degli impianti per i detti Uffici; nonché, per le sedi distaccate di Pretura, anche le spese per i registri e gli oggetti di cancelleria; 3) le spese per la pulizia dei locali innanzi indicati». Ai sensi del nuovo art. 1, c. 2 della l. n. 392/1941, «a decorrere dal 1° settembre 2015 le spese obbligatorie di cui al primo comma sono trasferite dai Comuni al Ministero della Giustizia e non sono dovuti ai Comuni canonici in caso di locazione o comunque utilizzo di immobili di proprietà comunale, destinati a sedi di uffici giudiziari. Il trasferimento delle spese obbligatorie non scioglie i rapporti in corso e di cui è parte il Comune per le spese obbligatorie di cui al primo comma, né modifica la titolarità delle posizioni di debito e di credito sussistenti al momento del trasferimento stesso. Il Ministero della Giustizia subentra nei rapporti di cui al periodo precedente, fatta salva la facoltà di recesso. Anche successivamente al 1° settembre 2015 i locali demaniali adibiti ad uso di uffici giudiziari continuano a conservare tale destinazione».

³⁶ Non rientrano tra le spese di funzionamento degli Uffici giudiziari (e sono ascritte ad un capitolo di bilancio diverso dal capitolo 1550) e su di esse la Conferenza permanente non ha alcun potere decisionale quelle che, ad esempio, riguardano l'acquisto di arredi e archivi, di computer, di carta, di testi per la biblioteca, nonché i servizi postali.

³⁷ Con riguardo alla fornitura di risme di carta (cap. 1451.21), ad esempio, il Ministero della Giustizia dispone uno stanziamento unico annuale per ciascun Ufficio giudiziario, sulla base del quale l'Ufficio procederà con uno o più acquisti, senza che siano necessarie ulteriori determinazioni autorizzative.

oggetto dell'affidamento, la relativa spesa (e la fattura) sarà trasmessa dall'Ufficio giudiziario alla Conferenza permanente per la necessaria approvazione.

Nel caso invece di contratti che non rientrano tra le spese di funzionamento, è necessario che l'Ufficio giudiziario (tramite il RUP) – prima di procedere all'aggiudicazione definitiva – rediga una scheda sostitutiva degli atti di gara, da trasmettere al Ministero per la sua autorizzazione alla stipula, mentre la Conferenza permanente – a differenza di quanto previsto per le spese di funzionamento – non è competente ad autorizzare la spesa.

CAPITOLO 4. La «determina a contrarre» e le procedure di gara.

1. L'avvio della procedura di gara e la c.d. «determina a contrarre». – 2. Il bando di gara. – 3. Brevi cenni sulle procedure di gara previste in materia di appalti pubblici. – 3.1. La procedura aperta e la procedura ristretta. – 3.2. La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo. – 3.3. Il partenariato per l'innovazione. – 3.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

1. L'avvio della procedura di gara e la c.d. «determina a contrarre».

La prima fase, che determina l'avvio della procedura ad evidenza pubblica, è una fase autorizzativa, nella quale l'organo decisionale della stazione appaltante adotta la c.d. determina a contrarre (art. 32 CCP), che è il provvedimento mediante il quale l'amministrazione manifesta la volontà di addivenire ad un contratto. Si tratta di un atto amministrativo di tipo programmatico con efficacia interna, rilevante solo ai fini del procedimento formativo della volontà del committente pubblico.

La determina a contrarre giustifica e legittima lo svolgimento della procedura di aggiudicazione e la successiva stipula del contratto, in quanto con essa l'organo decisionale della PA dà atto delle esigenze dell'amministrazione coinvolta e della necessità di effettuare l'acquisto di beni e/o servizi necessari allo svolgimento dell'attività istituzionale, autorizzandone la relativa spesa. La determina a contrarre orienta e vincola la gara d'appalto e il successivo rapporto negoziale, in quanto in essa sono individuati il responsabile del procedimento (RUP), la procedura da seguire, i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, l'eventuale direttore dell'esecuzione del contratto (ove diverso dal RUP), nonché gli elementi essenziali del futuro contratto.

Sulla base della c.d. determina autorizzativa, il RUP redige il bando di gara o l'avviso ad offrire da pubblicare sul sito della propria amministrazione e/o da inviare alle ditte preselezionate.

Nell'ambito degli Uffici giudiziari, la fase autorizzativa di ciascuna gara d'appalto è affidata al Ministero della Giustizia, e in particolare, alla Direzione generale delle risorse materiali e delle tecnologie presso il Dipartimento dell'organizzazione giudiziaria, del personale e dei servizi), che assume la funzione di organo deliberativo della stazione appaltante a livello centrale. Il Ministero della Giustizia (tramite la propria Direzione generale) adotta la c.d. determina a contrarre, autorizzando l'Ufficio giudiziario (sulla base della programmazione biennale elaborata grazie ai rilevamenti del fabbisogno trasmessi dalla Conferenza permanente) ad esperire la procedura ad evidenza pubblica per l'acquisto di un bene o per l'affidamento di un servizio e, al contempo, dispone l'accantonamento della somma che sarà pagata per il costo del bene e/o del servizio aggiudicato.

Il Ministero della Giustizia esercita una supervisione sulla gara d'appalto che coinvolge tutte le fasi della procedura, in quanto è tenuto ad approvare non solo la determina a contrarre ma, con riguardo ai contratti che non rientrano tra le spese di funzionamento, anche lo schema di bando di gara (con i relativi documenti), la nomina dell'eventuale commissione di gara, nonché il successivo schema del contratto di appalto.

Il Ministero della Giustizia adotta la determina a contrarre per l'approvvigionamento di beni e servizi, a meno che non sia il Capo dell'Ufficio giudiziario – nelle spese di

ridotta consistenza economica (fino a 5.000 euro) – ad autorizzare la procedura e la spesa attraverso una propria determina di affidamento.

Con riguardo agli Uffici giudiziari occorre rilevare un'importante distinzione procedurale che deriva dal tipo di contratto che si dovrà stipulare. In particolare, laddove sia necessario stipulare un contratto avente ad oggetto le spese di funzionamento (di cui al capitolo di bilancio 1550)³⁸, ciascun Ufficio potrà adottare in autonomia la determina a contrarre fino ad un importo di 5.000 euro. Per i contratti che hanno un valore superiore ai 5.000 euro l'Ufficio giudiziario sarà tenuto a chiedere al Ministero una determina a contrarre *ad hoc*. Per tutte le altre spese che non rientrano in senso stretto tra le spese di funzionamento (capitoli di bilancio diversi dal capitolo 1550)³⁹, sarà sempre necessario acquisire la determina ministeriale che autorizza la procedura sulla base del fabbisogno trasmesso dagli Uffici giudiziari.

L'attore principale delle procedure ad evidenza pubblica è il responsabile del procedimento (RUP), che viene designato nella determina a contrarre e che gestisce e coordina tutte le attività che conducono all'aggiudicazione e all'esecuzione del contratto pubblico, quale *longa manus* della stazione appaltante.

Il RUP infatti interviene in ciascuna delle fasi (e delle sotto-fasi) della gara con il ruolo di *dominus* della procedura. Con riguardo alla determina a contrarre, è infatti il RUP a predisporre – sulla base delle esigenze rilevate e a seguito delle indagini di mercato compiute – lo schema di determina che sottoporrà poi all'organo deliberativo della stazione appaltante per ricevere l'autorizzazione alla stipula.

Acquisita la determina a contrarre, il RUP redige il bando di gara sulla base delle specifiche contenute nella determina ministeriale e provvede alla sua pubblicazione sul sito dell'Ufficio giudiziario (sezione "Amministrazione trasparente"), nonché sui mezzi ufficiali di pubblicità (quali ad es. la Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana) previsti dalla legge (ove richiesto). Da qui in avanti, il RUP si dedicherà alla procedura di gara, rispondendo ad eventuali richieste di chiarimenti sul bando, ricevendo le offerte, predisponendo la documentazione per le verifiche ed i controlli dei partecipanti. Decorsi i termini per la presentazione delle offerte, il RUP visionerà e selezionerà le offerte ricevute e procederà ad elaborare la proposta di aggiudicazione dell'appalto – che sarà approvata dall'organo deliberativo della stazione appaltante – a favore dell'operatore economico che soddisfa i requisiti previsti dal bando sulla base del criterio di aggiudicazione ivi indicato.

Infine, il RUP stipula il contratto di regola mediante atto pubblico notarile informatico in modalità elettronica (considerata la prevalente operatività tramite il Mercato elettronico della PA) e, ove non diversamente previsto, segue l'esecuzione del contratto fino a quando lo stesso terminerà di avere efficacia per scadenza naturale o eventualmente in via anticipata.

³⁸ Come già indicato, rientrano tra le spese di funzionamento (di cui al capitolo 1550) i servizi di disinfestazione, alcuni servizi di manutenzione, di custodia e portierato.

³⁹ Si fa riferimento, tra l'altro, all'acquisto di arredi, di computer, di testi per la biblioteca dell'amministrazione, ai servizi postali, a molti interventi manutentivi.

2. Il bando di gara.

Il bando è il provvedimento immediatamente conseguenziale alla determina a contrarre e segna l'avvio del procedimento di scelta del contraente.

Di regola, la gara prende avvio con la predisposizione e pubblicazione del bando redatto ex art. 71 CCP o dell'avviso di indizione della gara. In particolare, le stazioni appaltanti che utilizzano le procedure aperte o ristrette saranno tenute a pubblicare preventivamente un bando o un avviso di indizione di gara (ex art. 59, c. 1 CCP). Nel caso in cui la stazione appaltante adotti una procedura ristretta o una procedura competitiva con negoziazione, verrà adottato e pubblicato un avviso di pre-informazione (ex art. 70 CCP), in virtù del quale gli operatori che hanno precedentemente manifestato il proprio interesse sono poi invitati a confermarlo per iscritto. Nel caso della procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara (ex art. 63 CCP), invece, il bando è sostituito dall'avviso di indizione della gara.

Più in generale, la gara è indetta dal RUP che, sulla base dei criteri previsti dalla legge, individua la procedura da seguire per l'aggiudicazione dell'appalto e pubblica il bando che indica i requisiti di partecipazione e le modalità di selezione, configurandosi come "*lex specialis*" della procedura di affidamento.

I bandi di gara – che sono qualificati dalla prevalente dottrina come "inviti ad offrire" – vengono di regola redatti in conformità ai bandi tipo che l'ANAC ha adottato quali modelli di riferimento per agevolare l'attività delle stazioni appaltanti, omogeneizzandone le condotte. Il RUP ha tuttavia la facoltà di redigere un bando parzialmente difforme dal modello proposto dall'ANAC, purché fornisca un'adeguata motivazione dello scostamento.

Nell'ambito delle procedure di affidamento di beni e servizi al di sotto della soglia di rilevanza europea, sono previste regole semplificate per quanto attiene alla pubblicità del bando di gara che invece richiede, negli appalti al di sopra della soglia europea, il rispetto di stringenti oneri (di cui agli artt. 71, 72 e 73 CCP).

Il bando ripropone gli elementi indicati nella determina a contrarre, che specifica ulteriormente, ed esplicita le clausole che dovranno necessariamente essere applicate al futuro contratto.

E' il caso delle c.d. clausole sociali ex art. 50 CCP che dovranno essere inserite nei contratti che hanno ad oggetto l'affidamento di un servizio (come i servizi manutentivi) e che il bando di gara deve già menzionare. Infatti, per gli affidamenti di appalti di servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo agli appalti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti inseriscono specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario dei contratti collettivi di settore (di cui all'art. 51 CCP). 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.

Le stazioni appaltanti sono quindi esentate dall'obbligo di inserire le clausole sociali, pur in presenza di prestazioni ad alta intensità di manodopera, nei soli appalti di servizi di natura intellettuale, negli appalti di fornitura di beni e negli appalti di natura occasionale. La mancata accettazione della clausola sociale da parte dell'operatore economico equivale alla manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, determinando la sua 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. L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. In particolare, nel capitolato prestazionale o nello schema di contratto la stazione appaltante inserisce clausole risolutive espresse ovvero penali per l'inadempimento dell'affidatario agli obblighi che derivano dalla clausola sociale e inoltre, ove ne ricorrano i presupposti, promuove la risoluzione per inadempimento (ex art. 108, c. 3, CCP).

Poiché le clausole del bando di gara non sono immediatamente lesive, risolvendosi nella mera enunciazione "delle regole del gioco" della procedura selettiva, senza tuttavia essere idonee ad incidere sulla posizione giuridica degli operatori economici, l'impugnazione del bando potrà avvenire solo all'esito della gara, insieme all'impugnazione del provvedimento di aggiudicazione, che infatti è l'atto che integra la lesione concreta delle posizioni giuridiche dei concorrenti non aggiudicatari e che ne consolida l'interesse a ricorrere.

Si ritiene tuttavia che se le clausole del bando sono idonee a ledere immediatamente l'interesse di uno o più concorrenti (come nel caso delle clausole immediatamente escludenti o delle clausole che contengono oneri sproporzionati e non sostenibili), allora il bando potrà essere impugnato *ex se*, senza dover attendere l'aggiudicazione.⁴⁰ Secondo la giurisprudenza maggioritaria, non possono essere considerate immediatamente lesive delle posizioni giuridiche degli operatori economici, e come tali non possono essere impugunate autonomamente, le clausole dei bandi di gara inerenti al metodo di gara, al criterio di aggiudicazione ed alla valutazione dell'anomalia⁴¹.

3. Brevi cenni sulle procedure di gara previste in materia di appalti pubblici.

Il Codice dei contratti pubblici prevede 5 diverse modalità per esperire la procedura di gara:

1. Procedura aperta (art. 60 CCP)
2. Procedura ristretta (art. 61 CCP)
3. Procedura competitiva con negoziazione (art. 62 CCP)
4. Procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara (art. 63 CCP)
5. Dialogo competitivo (art. 64 CCP)
6. Partenariato per l'innovazione previa pubblicazione del bando o dell'avviso di indizione della gara (art. 65 CCP)

Al di fuori della procedura aperta e della procedura ristretta, le altre procedure ad evidenza pubblica sono definite «negoziata», in quanto la stazione appaltante consulta gli operatori economici previamente individuati e negozia con uno o più di essi le condizioni contrattuali.

3.1. La procedura aperta e la procedura ristretta.

Nella procedura aperta tutti gli operatori economici interessati e in possesso dei requisiti indicati dal bando possono partecipare alla gara e presentare un'offerta, senza necessità

⁴⁰ In tal senso cfr. Consiglio di Stato, III, sentenza n. 2014 del 2 maggio 2017.

⁴¹ Sul punto cfr. Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 4 del 26 aprile 2018.

di alcun invito da parte della stazione appaltante. L'offerta è trasmessa alla stazione appaltante non prima di 35 giorni dalla pubblicazione del bando⁴². In particolare, entro il termine indicato nel bando per la presentazione delle offerte, gli operatori interessati trasmettono le proprie proposte che spesso sono corredate da una relazione contenente le informazioni utili per la selezione qualitativa dell'offerta. La stazione appaltante verifica il possesso dei requisiti di ammissione, esamina le offerte e affida l'appalto sulla base del criterio di aggiudicazione prestabilito nel bando.

Nella procedura ristretta, invece, il RUP pubblica il bando o l'avviso di indizione della gara, al quale rispondono gli operatori economici interessati, presentando una richiesta di invito (o domanda di partecipazione alla gara). L'amministrazione aggiudicatrice valuta gli operatori economici che hanno presentato la richiesta di invito e trasmette a quelli che ritiene idonei (cioè in possesso dei requisiti previsti del bando) una lettera d'invito, che li legittima a presentare un'offerta nei successivi 30 giorni⁴³. Alla gara non possono invece partecipare gli operatori che, pur avendo manifestato l'interesse a partecipare alla gara, non sono stati invitati dalla stazione appaltante. Effettuata la valutazione delle richieste di partecipazione, infatti, l'Amministrazione aggiudicatrice procede ad invitare gli operatori che ritiene idonei, in numero non inferiore a 5 (ex art. 91, c. 2, CCP). Occorre che il numero di operatori da invitare sia specificato in modo chiaro e vincolante nel bando di gara.

Gli operatori invitati sono tenuti a presentare la propria offerta entro 30 giorni dalla trasmissione dell'invito. Ricevute le offerte, il RUP procede all'aggiudicazione al miglior offerente.

3.2. La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo.

La procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo sono utilizzabili soltanto in una delle seguenti ipotesi (indicate nell'art. 59, c. 2 CCP):

- quando le esigenze della stazione appaltante legate all'appalto da aggiudicare richiedono soluzioni immediatamente disponibili oppure necessitano di progetti e/o di soluzioni

⁴² Il termine di 35 giorni può essere ridotto dalla stazione appaltante nel caso di presentazione di offerte per via elettronica oppure per motivi di urgenza debitamente motivati oppure ancora nel caso in cui sia stato pubblicato (almeno 35 giorni prima del bando e non oltre 12 mesi dalla sua trasmissione) un avviso di pre-informazione ex art. 70, c. 2 e c. 3 CCP che, pur senza aver avviato la gara, abbia indicato con precisione le informazioni inerenti al futuro bando.

⁴³ Quando, per motivi di urgenza debitamente motivati è impossibile rispettare il termine di 30 giorni, la stazione appaltante (ex art. 61, c. 6 CCP) può stabilire: a) per la ricezione delle domande di partecipazione, un termine non inferiore a 15 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara; b) un termine di ricezione delle offerte non inferiore a 10 giorni a decorrere dalla data di invio dell'invito a

presentare offerte. Le stazioni appaltanti possono fissare il termine per la ricezione delle offerte di concerto con i candidati selezionati, purché questi ultimi dispongano di un termine identico per redigere e presentare le loro offerte; in assenza di un accordo sul termine per la presentazione delle offerte, il termine non può essere inferiore a 10 giorni dalla data di invio dell'invito a presentare offerte (art. 61, c. 5 CCP). Il termine di 30 giorni può essere ridotto dalla stazione appaltante a 10 giorni (ex art. 61, c. 4 CCP) nel caso in cui sia stato pubblicato (almeno 35 giorni prima del bando e non oltre 12 mesi dalla sua trasmissione) un avviso di pre-informazione ex art. 70, c. 2 e 3 CCP che, pur senza aver avviato la gara, abbia indicato con precisione le informazioni inerenti al futuro bando.

innovative oppure ancora rendono indispensabili negoziazioni *ad hoc* in conseguenza della natura dell'appalto o della sua complessità o per l'impostazione giuridico-finanziaria del suo oggetto o a causa dei rischi ad esso connessi;

- quando le specifiche tecniche non possono essere stabilite *ex ante* con sufficiente precisione dalla stazione appaltante con riferimento ad una norma, ad una valutazione tecnica europea, ad una specifica tecnica comune o ad un riferimento tecnico;

- quando si sia già svolta una procedura aperta o ristretta, nel cui ambito sono state presentate offerte irregolari o inammissibili (ex art. 59, c. 3 e 4): in tal caso, nella successiva procedura la stazione appaltante potrà ricorrere alla procedura competitiva, invitando alle stesse condizioni del bando originario tutti e solo gli operatori economici che nella procedura aperta o ristretta hanno presentato offerte conformi ai requisiti richiesti.

Nella procedura competitiva con negoziazione qualsiasi operatore con idonei requisiti può presentare una domanda di partecipazione in risposta all'avviso di indizione di gara (entro 30 giorni dalla pubblicazione del bando o dalla trasmissione dell'invito di pre-informazione). Il numero minimo di candidati da invitare non può essere inferiore a 3 e deve essere indicato nel bando o nell'invito (art. 91, c. 2 CCP). Nei documenti di gara, l'amministrazione aggiudicatrice individua l'oggetto dell'appalto, fornendo una descrizione delle esigenze ad esso sottese, illustrando le caratteristiche richieste per la fornitura o il servizio, specificando i criteri per l'aggiudicazione ed indicando i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare. Successivamente, l'amministrazione verificherà i requisiti delle ditte che hanno manifestato interesse mediante la domanda di partecipazione e procederà agli inviti⁴⁴.

Solo gli operatori economici invitati dall'amministrazione potranno presentare un'offerta entro 30 giorni dalla lettera d'invito (salvo abbreviazione dei termini⁴⁵). Le stazioni appaltanti negoziano con gli operatori le loro offerte iniziali e quelle successive, tranne l'offerta finale le cui condizioni sono trasmesse a tutti gli operatori impegnati nella negoziazione. Non possono essere oggetto di negoziazione i requisiti minimi previsti nel bando e i criteri di aggiudicazione.

Nel caso in cui siano apportate modifiche alle specifiche tecniche o ad altri documenti di gara (diversi da quelli che stabiliscono i requisiti minimi), la stazione appaltante deve informare per iscritto tutti i partecipanti le cui offerte non siano state escluse e devono concedere loro un tempo sufficiente per modificare e ripresentare, ove opportuno, le proprie offerte.

Quando le amministrazioni aggiudicatrici intendono concludere le negoziazioni, informano gli altri offerenti e stabiliscono un termine entro il quale possono essere presentate offerte nuove o modificate. Le amministrazioni aggiudicatrici, quindi, verificano che le offerte finali siano conformi ai requisiti minimi ex art. 94, poi valutano le offerte in base al criterio di aggiudicazione e, infine, aggiudicano l'appalto.

⁴⁴ La procedura competitiva con negoziazione può svilupparsi in più fasi successive, in modo da ridurre il numero di offerte da negoziare: in tal caso, la stazione appaltante deve indicarlo nel bando di gara, nell'invito a confermare l'interesse o in altro documento di gara, applicando i criteri di aggiudicazione ivi specificati.

⁴⁵ In questa procedura è consentita l'abbreviazione dei termini per le stesse ipotesi previste nella procedura ristretta ex art. 61, c. 4, c. 5 e c. 6 CCP.

Nel dialogo competitivo – cui (come visto) la stazione appaltante può ricorrere nelle ipotesi previste per la procedura competitiva con negoziazione (ex art. 59, c. 2 CCP) – qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare in risposta a un bando di gara o ad un avviso di indizione di gara, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa. L'appalto è aggiudicato unicamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (alla luce del miglior rapporto qualità/prezzo conformemente all'art. 95, c. 6 CCP).

Il provvedimento con cui la stazione appaltante decide di ricorrere al dialogo competitivo (ex art. 64 CCP) per la scelta del contraente deve essere espressamente motivato, cioè deve indicare con precisione le esigenze dell'amministrazione che giustificano il ricorso a tale procedura.

Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di 30 giorni dalla data di trasmissione del bando di gara o, nel caso di avviso di pre-informazione, dell'invito a confermare l'interesse. A seguito della valutazione delle informazioni fornite dagli operatori in risposta al bando o all'avviso di indizione della gara, le stazioni appaltanti selezionano gli operatori economici che sono invitati a partecipare al dialogo competitivo. Anche in tale procedura il numero minimo di candidati invitati non può essere inferiore a 3 e deve essere indicato nel bando o nell'invito (art. 91, c. 2 CCP). Nella seconda fase della procedura, le stazioni appaltanti avviano con i soli operatori economici invitati un confronto su ogni aspetto dell'appalto in modo da individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità. La stazione appaltante prosegue il dialogo competitivo fino a quando non sarà in grado di individuare la soluzione che possa soddisfare le proprie esigenze. Il dialogo si conclude con una dichiarazione della stazione appaltante che invita i partecipanti a presentare le offerte finali sulla base delle soluzioni esaminate e concordate durante il dialogo.

La stazione appaltante valuta le offerte ricevute sulla base dei sotto-criteri che specificano il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa fissati nel bando o nell'avviso di indizione della gara e – ferma l'immodificabilità degli elementi fondamentali dell'appalto (inclusi i requisiti indicati nel bando o nell'avviso) che ciascuna offerta deve contenere – può decidere di non procedere subito all'aggiudicazione, avendo a disposizione diverse alternative. La stazione appaltante, infatti, può chiedere agli offerenti di chiarire, di precisare o di perfezionare la propria offerta oppure può chiedere loro di integrare i documenti prodotti in base a quanto emerso nell'ambito del dialogo competitivo e può anche decidere di svolgere ulteriori negoziazioni con il concorrente la cui offerta presenta il miglior rapporto qualità/prezzo, in modo da definire in modo analitico ma concordato gli impegni finanziari e le altre condizioni contrattuali. Le stazioni appaltanti possono prevedere premi o pagamenti per i partecipanti al dialogo.

Nel corso delle negoziazioni che caratterizzano sia la procedura competitiva sia il dialogo competitivo le stazioni appaltanti garantiscono la parità di trattamento dei partecipanti, e infatti sono tenute a non fornire informazioni che possano avvantaggiare alcuni offerenti rispetto ad altri e (nei limiti di quanto disposto dall'art. 53 CCP in tema di accesso agli atti) a non rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate da ciascun concorrente, senza il suo consenso.

3.3. Il partenariato per l'innovazione.

La stazione appaltante ricorre al partenariato per l'innovazione, introdotto dal Codice dei contratti pubblici del 2016, per sviluppare prodotti, servizi o lavori innovativi non presenti sul mercato, a condizione che siano rispettati i livelli prestazionali ed i costi massimi concordati tra le stazioni appaltanti e i partecipanti⁴⁶. In sostanza, l'amministrazione ha l'esigenza di sviluppare prodotti e servizi innovativi che non sono reperibili sul mercato per poi procedere al loro acquisto.

Nei documenti di gara l'amministrazione aggiudicatrice fissa i requisiti minimi che tutti i concorrenti devono soddisfare e indica le condizioni dei prodotti e/o servizi richiesti in modo sufficientemente preciso, così da permettere agli operatori economici di individuare la natura e l'ambito della soluzione richiesta e di decidere se partecipare alla procedura. Il partenariato può essere instaurato con un solo operatore economico oppure anche con più operatori economici che conducono attività di ricerca e sviluppo differenti.

Nel partenariato per l'innovazione qualunque operatore economico può partecipare alla gara in risposta a un bando o ad un avviso di indizione della gara⁴⁷, presentando una domanda contenente le informazioni richieste dalla stazione appaltante per la selezione qualitativa. La stazione appaltante – che può limitare il numero di candidati idonei da invitare alla gara fermo restando il numero minimo di 3 (in conformità all'art. 91, c. 2 CCP) – seleziona i partecipanti e trasmette loro l'invito a presentare l'offerta. Anche in questo caso, pertanto, soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione in seguito alla valutazione delle informazioni fornite potranno partecipare alla procedura. Nella selezione dei candidati le amministrazioni aggiudicatrici applicano esclusivamente il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, per cui gli appalti sono aggiudicati unicamente sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo (ex art. 95, c. 6 CCP).

La procedura si sviluppa secondo una sequenza di attività che ricalca le fasi del processo di ricerca e di innovazione dei beni e/o servizi richiesti e che può comprendere non solo l'ideazione e la progettazione, ma anche la fabbricazione dei prodotti e la prestazione dei servizi.

Il partenariato per l'innovazione fissa obiettivi intermedi che le parti devono raggiungere e prevede il pagamento delle prestazioni mediante congrue rate. In base a questi obiettivi, la stazione appaltante può decidere, al termine di ogni fase, di risolvere il partenariato per l'innovazione o, nel caso di un partenariato con più operatori, di ridurre il numero degli operatori risolvendo singoli contratti, a condizione che essa abbia indicato nei documenti di gara tali possibilità e le condizioni per avvalersene.

Nell'ambito del partenariato l'amministrazione aggiudicatrice – ferma restando la parità di trattamento fra tutti gli offerenti – negozia le offerte iniziali e tutte le offerte successive presentate dagli operatori interessati (tranne le offerte finali) per migliorarne il contenuto. I requisiti minimi e i criteri di aggiudicazione non invece sono soggetti a negoziazioni.

⁴⁶ Si tratta di un metodo innovativo di negoziazione della PA, introdotto dal Codice dei contratti pubblici del 2016 in attuazione di uno dei principi cardine della c.d. «Strategia Europea 2020 – Ricerca e Innovazione» approvata dal Consiglio europeo il 10 giugno 2010.

⁴⁷ Il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 30 giorni dalla trasmissione del bando o dell'avviso.

Al pari delle altre procedure negoziate, anche nel partenariato per l'innovazione la stazione appaltante è tenuta a garantire il principio della libera concorrenza, e quindi non può fornire informazioni che possano avvantaggiare determinati offerenti rispetto ad altri e non può rivelare agli altri partecipanti informazioni riservate comunicate da ciascun concorrente, senza il suo accordo.

3.4. La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando si caratterizza per la semplificazione della sequenza procedimentale, in quanto la stazione appaltante svolge (anche in via informale) un'indagine conoscitiva del mercato di riferimento ed invita alla gara almeno 5 operatori economici. La stazione appaltante, in particolare, individua gli operatori economici da consultare in base alle informazioni riguardanti i requisiti di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-professionale desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, di concorrenza e di rotazione, e seleziona almeno 5 operatori economici (sempre che sussistano in tale numero soggetti idonei) ai quali chiede di presentare un'offerta. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha proposto le condizioni più vantaggiose, sulla base del criterio di aggiudicazione predefinito (ex art. 95 CCP).

Si tratta di una procedura alquanto semplificata, che riduce notevolmente i tempi e gli oneri amministrativi connessi alla pubblicazione del bando e che può essere utilizzata dalla stazione appaltante, previa adeguata motivazione, in molteplici ipotesi legislativamente previste (ex art. 63 CCP). Più in particolare, la stazione appaltante può ricorrere alla procedura negoziata senza bando qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta o nessuna offerta appropriata (cioè pertinente all'appalto), sempre che non vengano modificate le condizioni originarie. Tale procedura, inoltre, può essere utilizzata qualora le prestazioni possano essere offerte unicamente da un unico operatore economico, non essendo possibili soluzioni alternative in quanto lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte (o di una rappresentazione artistica) oppure in quanto la concorrenza è assente per motivi tecnici o per la tutela di diritti esclusivi (come i diritti della proprietà intellettuale). La procedura negoziata senza bando è, inoltre, adottata quando – per ragioni di urgenza derivanti da eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione aggiudicatrice – non possono essere rispettati i termini per le altre procedure ad evidenza pubblica.

Quando la prestazione da affidare riguarda la fornitura di beni, la stazione appaltante può ricorrere alla procedura negoziata senza bando nelle seguenti ulteriori ipotesi: qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo; qualora si tratti di forniture acquistate a condizioni particolarmente vantaggiose da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure si tratti di forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime; oppure ancora nel caso in cui i beni oggetto dell'appalto siano complementari a precedenti consegne effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale o all'ampliamento di forniture o di impianti esistenti, tenuto conto che la modifica del fornitore obbligherebbe l'amministrazione ad acquistare beni con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o manutenzione comporterebbe

incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate (fermo restando che la durata di tali contratti non può comunque superare i 3 anni).

Nel caso di somministrazione di servizi, invece, l'amministrazione può ricorrere alla procedura negoziata senza bando qualora l'appalto segua ad un concorso di progettazione che, in base alle norme applicabili, deve essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori saranno invitati a partecipare alla negoziazione.

CAPITOLO 5. L'affidamento di beni e servizi negli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea.

1. Le procedure di gara negli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea. –
2. L'affidamento di beni e servizi di valore inferiore a 40.000 euro. – 2.1. La semplificazione delle verifiche. – 2.2. La motivazione dell'affidamento: obbligo o facoltà? – 2.3. Il principio di rotazione. – 3. L'affidamento di beni e servizi di valore superiore a 40.000 euro ed inferiore alla soglia di rilevanza europea. – 3.1. La selezione degli operatori: le indagini di mercato e la costituzione degli elenchi di operatori. – 3.2. L'invito a partecipare alla gara. – 3.3. Le offerte anormalmente basse.

1. Le procedure di gara negli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea.

Ferma restando la sequenza delle attività che caratterizzano la gara d'appalto (determina, selezione del contraente, aggiudicazione, stipula ed esecuzione), sono previste alcune significative diversificazioni nella procedura ad evidenza pubblica dirette a semplificare l'*iter* procedimentale nel caso di contratti che hanno un valore economico contenuto. In particolare, le procedure cambiano parzialmente a seconda che il contratto abbia un valore economico (stimato al netto dell'Iva) superiore o inferiore a specifiche soglie definite dalla Commissione europea. Per il biennio 2018/2019 la soglia di rilevanza europea per gli appalti pubblici in materia di servizi e forniture nei settori ordinari è pari a 144.000 euro per i contratti stipulati dalle amministrazioni centrali dello Stato⁴⁸.

Il Codice dei contratti pubblici, infatti, detta una disciplina sugli appalti pubblici (di lavori, servizi e forniture) che differenzia le procedure da seguire sulla base del valore del contratto e della sua collocazione al di sopra o al di sotto delle soglie di rilevanza europea indicate nell'art. 35 CCP⁴⁹.

⁴⁸ Per le altre amministrazioni tenute all'osservanza della disciplina europea (come, ad esempio, gli enti locali) la soglia per i contratti di servizi e di forniture è pari a 221.000 euro.

⁴⁹ Le soglie di rilevanza europea sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. L'ultimo aggiornamento delle soglie è avvenuto per effetto dei Regolamenti UE/2017/2364-2365-2366 del 18 dicembre 2017, con decorrenza a partire dal 1° gennaio 2019. Ai sensi dell'art. 35 CCP, nei settori ordinari le soglie sono pari ai seguenti importi (Iva esclusa):

- a) euro 5.548.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 144.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali (indicate nell'allegato III del CCP); nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII al Codice;
- c) euro 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; nel settore della difesa, questa soglia si applica per appalti che concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del Codice.

Nei settori speciali le soglie sono pari ai seguenti importi (Iva esclusa):

- a) euro 5.548.000 per gli appalti di lavori;

Circoscrivendo l'analisi agli appalti di servizi e forniture sotto-soglia, è possibile individuare un'ulteriore tripartizione (ex art. 36 CCP), con conseguente differenziazione delle procedure, tra:

- i contratti di valore superiore alla soglia europea (144.000 euro)
- i contratti di valore inferiore alla soglia europea (da 40.000 euro a 144.000 euro)
- i contratti di valore inferiore a 40.000 euro

Sul punto occorre rilevare una significativa inversione di tendenza rispetto alle intenzioni che avevano ispirato la disciplina sugli appalti sotto-soglia del c.d. Codice De Lise che ne aveva sostanzialmente omologato le procedure a quelle previste per gli appalti sopra-soglia (salvo espressa deroga), rendendo in tal modo complesse le aggiudicazioni anche per gli approvvigionamenti di esiguo valore⁵⁰. Modificando questo orientamento, il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha invece voluto privilegiare la semplificazione e la rapidità negli appalti sotto-soglia, pur senza sacrificare la trasparenza e l'imparzialità della gara⁵¹ ed ha, pertanto, definito con un'autonoma disciplina (contenuta nell'art. 36 CCP) le procedure (più snelle) sugli affidamenti sotto-soglia. La c.d. riforma Sbloccacantieri del 2019 ha ulteriormente semplificato le procedure di affidamento di contratti che hanno un importo sostanzialmente ridotto, generalizzando il ricorso all'affidamento diretto.

Per gli appalti finalizzati alla fornitura di beni ed alla somministrazione di servizi di valore inferiore alla sotto soglia di rilevanza europea (144.000 euro), quindi, le stazioni appaltanti possono ricorrere alle procedure semplificate indicate dall'art. 36 CCP, che sono l'affidamento diretto c.d. puro (ex art. 36, c. 2, *lett. a* CCP) e l'affidamento diretto c.d. ibrido o misto (ex art 36, c. 2, *lett. b* CCP), che ha sostituito la procedura negoziata senza bando o per inviti in vigore fino all'approvazione della c.d. riforma Sbloccacantieri. Rimane sempre salva la possibilità di utilizzare le procedure ordinarie qualora le esigenze del mercato suggeriscano di garantire il massimo confronto concorrenziale⁵².

In linea generale, la disciplina degli appalti sotto-soglia europea – che l'art. 36 CCP detta con riguardo sia ai lavori, sia ai servizi, sia alle forniture – prevede le seguenti procedure:

- per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro e per i lavori in amministrazione diretta, si ricorre all'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici (art. 36, c. 2, *lett. a* CCP);
- per servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 144.000 euro (e per lavori di valore compreso tra i 40.000 e i 150.000 euro), si ricorre

b) euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Nelle concessioni, invece, vi è un'unica soglia di rilevanza europea, pari a euro 5.548.000.

⁵⁰ Sotto la vigenza del c.d. Codice De Lise era previsto un ventaglio di procedure semplificate, come gli affidamenti in economia, la licitazione privata semplificata, le procedure negoziate senza pubblicazione del bando e le procedure ordinarie semplificate.

⁵¹ Il Codice dei contratti pubblici del 2016 ha tipizzato 4 procedure di affidamento, la cui complessità aumenta all'aumentare dell'importo dell'appalto.

⁵² Sul punto cfr. Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 1903 del 13 settembre 2016.

all'affidamento diretto c.d. ibrido o mediato⁵³, che richiede la consultazione di almeno 5 operatori economici nel caso di servizi e forniture e di 3 operatori economici nel caso di lavori (art. 36, c. 2, *lett. b* CCP);

- per servizi e forniture di importo pari o superiore a 144.000 euro, si segue la procedura ordinaria;
- per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro⁵⁴, si ricorre alla procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di 10 operatori economici individuati con indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (art. 36, c. 2, *lett. c* CCP);
- per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 euro, si utilizza la procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di 15 operatori economici individuati con indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti (art. 36, c. 2, *lett. c-c* CCP);
- per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro, si ricorre alla procedura ordinaria (art. 36, c. 2, *lett. d* CCP).

Fino all'emanazione del regolamento unico di attuazione del Codice dei contratti pubblici previsto dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri (ex art. 216, c. 27-*octies* CCP), gli appalti sotto-soglia continuano ad essere regolati anche dalle linee guida dell'ANAC cui è demandata (ex art. 36, c. 7 CCP) la definizione della disciplina di dettaglio⁵⁵. In materia l'ANAC ha infatti adottato le Linee guida n. 4⁵⁶ che integrano in modo capillare le procedure per gli affidamenti sotto-soglia (di cui all'art. 36, c. 2 CCP), definiscono le

⁵³ Prima della c.d. riforma Sblocca-cantieri, la procedura negoziata senza bando ex art. 36, c. 2 *lett. b*) CCP consentiva l'aggiudicazione previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici (10 nel caso di appalti di lavori) individuati con indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. Si trattava, quindi, di una procedura selettiva vera e propria dove la consultazione degli operatori era prodromica e funzionale alla selezione, ai fini dell'aggiudicazione.

⁵⁴ Prima della c.d. riforma Sblocca-cantieri era previsto un regime normativo unitario per gli affidamenti di lavori di importo compreso tra 150.000 e 1.000.000 di euro, che si fondava sull'applicazione della procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici ove esistenti nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. La c.d. riforma Sblocca-cantieri ha segmentato gli importi inclusi in tale forbice di valore e ne ha differenziato le procedure di aggiudicazione.

⁵⁵ Nella versione originaria dell'art. 36, c. 7 CCP, è affidata all'ANAC la definizione delle modalità di dettaglio utili a supportare le stazioni appaltanti e a migliorare la qualità delle procedure sotto-soglia. Dopo la c.d. riforma Sblocca-cantieri, la norma demanda al regolamento unico di prossima emanazione la disciplina sulle modalità operative funzionali agli affidamenti sotto-soglia. Più in particolare, è affidata al regolamento unico la definizione delle norme di dettaglio inerenti alle indagini di mercato, alla formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, alle specifiche modalità operative per assicurare la rotazione degli inviti e degli affidamenti, per attuare le verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata e per effettuare gli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di escludere le offerte anomale.

⁵⁶ Come già rilevato, le Linee guida n. 4 recanti «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici» sono state approvate con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e sono state, da ultimo, aggiornate alla c.d. riforma Sblocca-cantieri con determina n. 636 del 10 luglio 2019.

modalità operative utili alle stazioni appaltanti per migliorare la qualità delle procedure e promuovono le indagini di mercato e la costituzione di elenchi di operatori economici presso ogni stazione appaltante⁵⁷.

Il ricorso alle procedure semplificate ex art. 36 CCP si giustifica con l'intento di accelerare e fluidificare i processi di contrattazione con la PA, ma non esime la stazione appaltante dal rispetto dei principi generali indicati dall'art. 30, c. 1 CCP che presiedono alla materia degli appalti pubblici: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione.

2. L'affidamento di beni e servizi di valore inferiore a 40.000 euro.

Nel caso di appalti per la fornitura di beni e la somministrazione di servizi di importo inferiore a 40.000 euro, le stazioni appaltanti possono procedere mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici (art. 36, comma 2, *lett. a*).

La procedura prende avvio con la determina a contrarre che deve indicare in modo sintetico gli elementi essenziali della gara, quali l'interesse pubblico da soddisfare, l'oggetto dell'affidamento, l'importo massimo stimato, la procedura seguita, la copertura contabile, il fornitore e le ragioni della sua scelta, le principali condizioni contrattuali, salvo il rinvio ad eventuali capitolati prestazionali. Si adotta in tale ipotesi la c.d. determina in forma semplificata (ex art. 32, c. 2 CCP)⁵⁸, che legittima lo svolgimento della procedura e il successivo affidamento senza la necessità di adottare ulteriori provvedimenti (quali un decreto di affidamento *ad hoc*).

La determina è preceduta dallo svolgimento da parte del RUP di indagini di mercato (preferibilmente, ma non tassativamente, sul MEPA) o dalla consultazione di elenchi di operatori economici (previamente stilati dalla stazione appaltante) per individuare non solo il costo del bene/servizio e le specifiche soluzioni proposte sul mercato, ma anche il fornitore ritenuto più affidabile.

Trattandosi di contratti di modico valore (fino a 40.000 euro), le recenti novelle legislative hanno puntato a liberalizzare progressivamente i relativi acquisti, sancendo la massima semplificazione procedurale in quanto la stazione appaltante, da un lato, non è tenuta a consultare altri operatori economici al fine di comparare più preventivi e, dall'altro, può affidare la fornitura o il servizio all'operatore economico, senza dover formulare nel provvedimento una motivazione *ad hoc*.

⁵⁷ Le Linee guida n. 4 consentivano alle stazioni appaltanti di affidare i servizi e le forniture sotto-soglia ed i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro con il criterio del minor prezzo, purché ricorressero le condizioni legislativamente previste (ai sensi dell'art. 95, c. 4 CCP). Tale disposizione ha adesso una portata attenuata, in quanto la c.d. riforma Sblocca-cantieri ha valorizzato il criterio del minor prezzo e lo ha parificato al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (come si vedrà in seguito), per cui la stazione appaltante può scegliere di utilizzare indifferentemente l'uno o l'altro dei due criteri.

⁵⁸ Il contenuto di tali atti può essere ulteriormente semplificato nel caso della trattativa diretta o nel caso dell'ordine diretto di acquisto (ODA) gestiti sul MEPA, nonché nel caso di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nome del fornitore e l'importo della fornitura.

2.1. La semplificazione delle verifiche

Prima di procedere all'affidamento, è necessario che la stazione appaltante verifichi il possesso dei requisiti di ordine generale ex art. 80 CCP e dei requisiti di ordine speciale (qualora siano previsti) ex art. 83 CCP che sono richiesti a tutti agli operatori economici che contrattano con la PA per accertarne la moralità e la serietà professionale⁵⁹.

Negli affidamenti di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea le verifiche sono svolte in forma semplificata e solo l'aggiudicatario è sottoposto agli accertamenti previsti⁶⁰.

L'operatore economico al quale s'intende aggiudicare la gara, per un verso, non deve trovarsi in una delle ipotesi indicate dall'art. 80 CCP quali motivi di esclusione dalla gara e la cui assenza vale come possesso dei requisiti generali e, per altro verso, deve essere in possesso dei seguenti requisiti minimi di idoneità professionale⁶¹, di capacità economico-finanziaria⁶² e di capacità tecnico-professionale⁶³ il cui possesso sia stato richiesto dalla stazione appaltante, in aggiunta ai requisiti di ordine generale, in conseguenza dell'oggetto del contratto e delle caratteristiche delle prestazioni da affidare. Con riguardo alle verifiche richieste per i contratti di valore inferiore ai 40.000 euro, è prevista un'ulteriore differenziazione della procedura. Il contratto di valore non superiore ai 20.000 euro può, infatti, essere stipulato consentendo all'operatore economico di presentare soltanto un'autodichiarazione (resa ai sensi del d.P.R. n. 445/2000) sul possesso dei requisiti generali ex art. 80 CCP e dei requisiti speciali (ove previsti). Per i contratti di valore pari o superiore ai 20.000 euro rimane in vigore il regime ordinario che richiede l'autocertificazione dei documenti che attestano il possesso dei predetti requisiti.

⁵⁹ Per un esame approfondito dei requisiti generali e speciali si rinvia al Capitolo 6.

⁶⁰ Come visto, il d.lgs. n. 56/2017 (c.d. decreto Correttivo) aveva introdotto alcune importanti modifiche ai contratti sotto-soglia, disponendo che:

- 1) fosse escluso l'obbligo di adeguata motivazione (indicato legislativamente ed esplicitato nelle linee guida dell'ANAC) per gli affidamenti di valore inferiore a 40.000 euro (art. 36, c. 2, *lett. a* CCP);
- 2) fossero semplificate le verifiche, sottoponendo ai controlli il solo aggiudicatario;
- 3) potesse sempre essere utilizzato il prezzo più basso quale criterio di aggiudicazione;
- 4) nel caso di ricorso al criterio di aggiudicazione dell'offerta economica più vantaggiosa, l'offerta economica non potesse valere più di 30/100 punti.

⁶¹ Sul punto l'art. 83, c. 3 CCP chiarisce che la stazione appaltante può chiedere all'operatore economico di attestare l'iscrizione al registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato o ad altro albo, ove previsto, idoneo a comprovare l'effettivo svolgimento di attività da parte della ditta nello specifico settore oggetto del contratto.

⁶² Al riguardo, la stazione appaltante può chiedere la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale, proporzionati all'oggetto dell'affidamento tali da non compromettere la possibilità delle micro, piccole e medie imprese di risultare affidatarie. In alternativa alla prova legata al fatturato, per permettere la partecipazione anche di imprese di nuova costituzione, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea, quale un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali (come indicato dall'art. 83, c. 4 e 5 CCP).

⁶³ Le capacità tecniche e professionali sono stabilite in ragione dell'oggetto e dell'importo dell'affidamento quali la disponibilità di risorse umane e tecniche (come il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico), nonché l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo (ex art. 83, c. 6 CCP).

Le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare idonei controlli a campione sulle autodichiarazioni rese dagli affidatari e, a tal fine, adottano un regolamento interno, nel quale sono definite sia una quota minima di controlli a campione che l'amministrazione effettua in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti conclusi, sia le concrete modalità di espletamento di tali controlli.

Qualora l'affidamento avvenga nell'ambito dei mercati elettronici, la verifica dei requisiti generali degli operatori economici ivi presenti è affidata al gestore di tali mercati e alla stazione appaltante spetta la verifica dei soli requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Tuttavia, poiché anche la verifica del gestore della piattaforma del mercato elettronico è effettuata a campione, qualora l'affidatario non sia stato sottoposto a tale controllo (non rientrando nel campione verificato), la stazione appaltante sarà comunque tenuta ad accertare la sussistenza dei requisiti generali.

Acquisita l'autodichiarazione sul possesso dei requisiti da parte dell'operatore economico, la stazione appaltante – prima di procedere alla stipula del contratto – effettua specifiche verifiche, che aumentano man mano che aumenta il valore del contratto.

Nel caso di contratti di valore inferiore a 5.000 euro, la stazione appaltante è tenuta a:

- consultare il casellario dell'ANAC;
- accertare la regolarità dell'iscrizione del fornitore nella categoria merceologica di riferimento e la regolarità dei suoi documenti societari (per mezzo della visura camerale);
- verificare la regolarità contributiva dell'operatore economico (mediante l'acquisizione del DURC⁶⁴ presso l'Inail o l'Inps)
- verificare la sussistenza dei requisiti speciali e delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni.

Nel caso di contratti di valore superiore a 5.000 euro e non superiore a 20.000 euro, in aggiunta alle verifiche richieste per i contratti di valore inferiore, la stazione appaltante deve accertare anche l'assenza delle cause di esclusione indicate nell'art. 80 CCP al comma 1 (condanna definitiva per i reati ivi indicati), al comma 4 (gravi violazioni degli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali) e al comma 5 *lett. b* (sottoposizione a fallimento, liquidazione coatta o concordato preventivo dichiarato nei confronti della ditta). A tal fine, il RUP acquisisce i documenti che comprovano l'assenza delle cause di esclusione indicate, quali il casellario giudiziale ed il certificato dell'Anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato, nonché i certificati dell'Agenzia delle Entrate.

Nel caso di contratti di valore superiore a 20.000 euro la stazione appaltante procede all'accertamento di tutti i requisiti di ordine generale ex art. 80 CCP e di ordine speciale, se previsti, nonché all'accertamento delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni.

Il contratto deve in ogni caso contenere specifiche clausole che prevedano la sua risoluzione nel caso in cui sia successivamente accertata l'assenza di uno dei requisiti dichiarati: in tal caso, l'interruzione del rapporto contrattuale implica il pagamento delle sole prestazioni già eseguite, l'incameramento della cauzione definitiva (ove sia stata richiesta) o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto.

⁶⁴ Si tratta del Documento unico di regolarità contabile, di cui si dirà *infra*.

Al fine di alleggerire gli oneri di partecipazione alla gara nelle procedure di affidamento diretto⁶⁵, la riforma c.d. Sblocca-cantieri ha introdotto una significativa novità in tema di garanzie. La stazione appaltante infatti ha la facoltà di rinunciare sia alla garanzia provvisoria (pari al 2% del valore dell'appalto) che l'operatore economico deve ordinariamente depositare per partecipare alla gara ex art. 93 CCP, sia alla garanzia definitiva richiesta per la stipula del contratto ex art. 103 CCP.

La stazione appaltante, infatti, ha la piena autonomia nel decidere di esentare l'operatore economico dal deposito della garanzia provvisoria prevista (ex art. 93, c. 1, ultimo periodo CCP) a corredo dell'offerta: si tratta di una facoltà il cui esercizio non richiede alcuna specifica motivazione, giustificandosi *ex se* per ragione di semplificazione procedurale. La scelta di escludere il deposito della garanzia definitiva richiede invece una adeguata motivazione ed è subordinata ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione (art. 103, c. 11 CCP). In tal caso, a fronte della rinuncia alla garanzia definitiva, l'amministrazione soddisfa l'interesse a conseguire un risparmio sulla spesa pubblica grazie al miglioramento del prezzo di aggiudicazione, mentre l'operatore commerciale ottiene un'utilità, evitando i costi economici e gli aggravii burocratici legati all'acquisizione della garanzia⁶⁶.

Un'ulteriore semplificazione che si applica ai soli affidamenti diretti di valore inferiore ai 40.000 euro riguarda l'esonero dall'obbligo che hanno le ditte di 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. Di conseguenza, la stazione appaltante è esonerata dal verificare, prima dell'affidamento, che il costo del personale impiegato non sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle allegate ai decreti del Ministero del lavoro.

2.2. La motivazione dell'affidamento: obbligo o facoltà?

Nel provvedimento che dispone l'affidamento diretto per gli appalti di valore inferiore ai 40.000 euro (ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP), la stazione appaltante non è obbligata ad indicare le motivazioni che giustificano la scelta dell'operatore economico.

Sul punto occorre dare atto di una progressiva modifica di orientamento che si è sviluppata nell'arco di pochi anni. Secondo l'impostazione originaria del Codice dei contratti pubblici del 2016, la stazione appaltante era tenuta a fornire una «adeguata motivazione» nel caso in cui l'appalto fosse stato aggiudicato mediante affidamento diretto. Le Linee guida n. 4 confermavano tale impostazione e (al punto 4.3.1) chiarivano che la stazione appaltante avrebbe dovuto motivare «in modo adeguato» 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 da soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative proposte dall'affidatario, della congruità del

⁶⁵ Come indicato dalla delibera dell'ANAC n. 140/2019 il regime semplificato inerente alle garanzie non si applica nelle procedure diverse dall'affidamento diretto.

⁶⁶ Il Consiglio di Stato si era espresso in senso contrario all'esonero dal deposito della garanzia richiesta ex art. 103 CCP e nel parere n. 782/17 aveva esplicitamente invitato il legislatore a mantenerla, ma l'invito è stato disatteso.

prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione. Tuttavia, nell'ottica di una maggiore semplificazione delle procedure sottosoglia, si consentiva alla stazione appaltante di assolvere *per relationem* all'obbligo di motivazione, adducendo cioè la comparazione tra preventivi per giustificare l'affidamento⁶⁷.

Il c.d. decreto Correttivo n. 56/2017 – con un significativo cambio di rotta rispetto alle posizioni dell'ANAC – è intervenuto direttamente sul Codice dei contratti pubblici e, al fine di implementare ulteriormente la semplificazione procedurale, ha abrogato la disposizione sull'obbligo di motivazione negli affidamenti diretti di valore inferiore ai 40.000 euro (ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP). La c.d. riforma Sblocca-cantieri del 2019 ha sostanzialmente confermato questa posizione.

Si registra quindi un'inversione di tendenza rispetto all'impostazione originaria del Codice dei contratti pubblici, corroborata poi dall'interpretazione dell'ANAC, per cui allo stato la stazione appaltante non è tenuta a fornire alcuna motivazione dell'affidamento diretto negli affidamenti di valore contenuto. Non può non rilevarsi, tuttavia, che la giurisprudenza continua a valorizzare la motivazione anche negli appalti sotto soglia, a tutela dei canoni di trasparenza e di pubblicità. Invero, pur se è stato eliminato qualunque riferimento normativo, la necessità di motivare l'affidamento discenderebbe dai principi generali di buon andamento, imparzialità e trasparenza dell'amministrazione, dall'art. 3 della legge n. 241/1990 e s.m.i. ed anche dalla previsione codicistica (ex art. 32, c. 2 CCP) secondo cui la determina a contrarre c.d. semplificata deve sempre indicare, sia pure in forma semplificata, le ragioni della scelta del fornitore.

E' quindi opportuno (seppure non necessario) che la stazione appaltante rediga sempre una motivazione sia pure sintetica sulla rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico da soddisfare, sulla congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, dando conto di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, nonché sul rispetto del principio di rotazione o sulla sua deroga.

Parimenti, per dimostrare la congruità del prezzo la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione con listini di mercato, con offerte precedentemente presentate per beni e servizi identici o analoghi o con i prezzi praticati ad altre amministrazioni⁶⁸. Di certo, il confronto tra più preventivi, sebbene non sia più espressamente richiesto, rappresenta ancora oggi una *best practice* utile ad assicurare la concorrenza e la trasparenza nonostante la semplificazione delle procedure di affidamento.

2.3. Il principio di rotazione.

Il ricorso alle procedure semplificate (di cui all'art. 36 CCP) non esime la stazione appaltante dal rispetto dei principi generali (ex art. 30, c. 1 CCP) che regolano la materia

⁶⁷ Secondo quanto previsto dalle Linee guida n. 4 al paragrafo 4.3.2, per gli affidamenti di modico valore (inferiore ad esempio a 1.000 euro) o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento interno all'amministrazione (come, ad esempio, il regolamento di contabilità), la motivazione avrebbe potuto essere espressa in forma sintetica.

⁶⁸ Così dispongono le Linee guida n. 4 al paragrafo 4.3.1. In senso conforme, cfr. Tar Sicilia, Catania, sentenza n. 2517 del 21 dicembre 2018, secondo cui l'onere motivazionale circa l'economicità dell'affidamento ed il rispetto del principio di rotazione possono essere soddisfatti anche senza la consultazione di due o più operatori economici.

degli appalti pubblici: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità. E' grandemente valorizzato il principio di rotazione, espressamente sancito nell'art. 36, c. 1, CCP con la finalità di promuovere la libera concorrenza, declinata sia come parità di trattamento degli operatori economici che accedono al mercato delle commesse pubbliche, sia come effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese nel caso di affidamenti di valore contenuto.

Il principio di rotazione, che costituisce un criterio di riferimento imprescindibile nelle procedure di affidamento sotto-soglia, è diretto ad evitare che si consolidino posizioni di vantaggio con riguardo agli operatori economici che hanno già vinto gare precedenti a quelle bandite (c.d. operatori uscenti) o che hanno comunque partecipato a precedenti procedure pur senza essere affidatari, i quali – avendo già acquisito informazioni sulla gestione delle gare da parte della stazione appaltante – sarebbero privilegiati rispetto agli altri operatori del mercato.

Tale principio si sostanzia sia nella c.d. rotazione degli affidamenti o delle aggiudicazioni, che è diretta escludere che un appalto possa essere affidato nuovamente all'operatore economico uscente, sia nella c.d. rotazione degli inviti, che è finalizzata ad impedire che siano invitati in una procedura ad evidenza pubblica tanto l'operatore economico uscente, quanto gli operatori economici già invitati nella precedente gara, seppure non affidatari.

Il principio di rotazione opera soltanto con riguardo all'ultima gara immediatamente precedente a quella che si gestisce ("un solo salto"), a condizione che l'oggetto dell'affidamento appartenga allo stesso settore merceologico o alla stessa categoria di servizi e che abbia un valore economico equivalente.

Il principio di rotazione non vincola la stazione appaltante se nella nuova gara è adottata la procedura ordinaria o comunque una procedura aperta che garantiscono la massima partecipazione degli operatori economici del settore merceologico di riferimento.

Sono invece illegittimi, in quanto diretti ad aggirare il principio di rotazione, sia l'arbitrario frazionamento dell'appalto, sia la determinazione infedele del valore dell'appalto. E' invece consentito alla stazione appaltante (previa definizione della disciplina in un regolamento interno) di suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico omogeneo, in modo da applicare la rotazione solo nel caso di affidamenti di analogo contenuto e che rientrano nella medesima fascia economica.

Il principio di rotazione non è tuttavia assoluto, essendo previsto che la stazione appaltante possa in via eccezionale derogarvi, purché fornisca un'adeguata motivazione⁶⁹. Ovviamente, è richiesta una motivazione più stringente nel caso in cui la deroga riguardi la c.d. rotazione degli affidamenti: in tal caso, occorre che la stazione appaltante giustifichi l'affidamento all'operatore uscente sulla base di dati oggettivi, come la particolare struttura del mercato e l'assenza di operatori alternativi e altrettanto competitivi, motivando altresì – seppure in seconda battuta – sul profilo soggettivo, cioè sull'affidabilità dell'operatore uscente desunta dal grado di soddisfazione registrato nel

⁶⁹ Cfr. Linee guida n. 4 al punto 3.7.

precedente rapporto contrattuale alla luce della qualità della prestazione resa, del rispetto dei tempi e dei costi pattuiti⁷⁰.

E' invece richiesta una motivazione meno rigorosa nel caso di deroga alla c.d. rotazione degli inviti: in tal caso, la stazione appaltante può giustificare l'invio rivolto all'operatore che ha partecipato alla precedente gara (seppure non affidatario) facendo riferimento all'aspettativa, desunta da pregressi 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.

Per gli affidamenti di valore inferiore ai 1.000 euro, è poi consentita una giustificazione della deroga al principio di rotazione ancora più blanda⁷¹, in quanto l'affidamento all'operatore uscente può essere motivato in forma sintetica anche nella determina a contrarre.

3. L'affidamento di beni e servizi di valore superiore a 40.000 euro ed inferiore alla soglia di rilevanza europea.

Gli affidamenti aventi ad oggetto l'acquisto di beni e servizi di valore pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alla soglia di rilevanza europea (144.000 euro) possono essere aggiudicati «mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti» (art. 36, c. 2 *lett. b* CCP)⁷².

Secondo tale inedita procedura – che è stata introdotta dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri e che è stata qualificata dai primi commentatori come “affidamento diretto c.d. mediato (o ibrido)” – la stazione appaltante effettua indagini di mercato o consultazioni di elenchi, al termine delle quali seleziona più operatori ai quali chiede un preventivo. Il confronto competitivo tra i preventivi determina, quindi, la scelta sull'affidatario.

L'affidamento diretto mediato o ibrido ha sostituito la procedura negoziata senza bando ma non ne ha stravolto i tratti connotanti in quanto, anche nella precedente versione dell'art. 36, comma 2, *lett. b* CCP, l'aggiudicazione veniva subordinata alla preventiva consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. In sostanza, non sembra che la novella del 2019 abbia mutato la natura ontologica dell'affidamento che continua a fondarsi sul confronto tra operatori economici, ma ne ha soltanto semplificato le forme, in quanto mentre la precedente disciplina (che di regola si

⁷⁰ Come rilevato, la stazione appaltante motiva la deroga al principio di rotazione in considerazione della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione.

⁷¹ In tal senso dispongono le Linee guida n. 4 ed anche il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, n. 361 del 12 febbraio 2018.

⁷² La procedura *de quo* si applica anche nel caso di lavori in amministrazione diretta (per acquisto o noleggio di mezzi).

svolgeva mediante RDO sul MEPA) imponeva alla stazione appaltante maggiori oneri di ordine meramente formale, adesso la procedura è senz'altro più snella.

Invero, la nuova disciplina sembra richiedere l'acquisizione di 5 preventivi e non la mera richiesta di offerta a 5 operatori (come prima previsto nell'ambito della procedura negoziata). La stazione appaltante è quindi costretta a consultare molteplici operatori per riuscire ad acquisire i 5 preventivi tra i quali effettuare la comparazione, e ciò sembra un elemento di irrigidimento della procedura (a dispetto delle intenzioni della riforma).

La procedura prende avvio mediante la determina a contrarre, che può essere adottata in forma semplificata (ex art. 32, c. 2 CCP) e contiene informazioni analoghe a quelle previste per l'atto di avvio della procedura di cui all'art. 36, comma 2, *lett. a* CCP (cui si rinvia).

Successivamente, la procedura si articola in 3 fasi:

- 1) «selezione degli operatori economici» da invitare al confronto competitivo mediante lo svolgimento di indagini di mercato e/o di consultazione di elenchi;
- 2) «invito» a presentare un'offerta indirizzato agli operatori economici selezionati;
- 3) «confronto competitivo» tra le offerte presentate e scelta dell'affidatario.

3.1 La selezione degli operatori: le indagini di mercato e la costituzione degli elenchi di operatori.

Gli operatori invitati alla procedura di gara dalla stazione appaltante devono essere selezionati in modo non discriminatorio, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a 5 sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre (ovvero dell'atto equivalente), nonché nel rispetto del principio di rotazione degli inviti.

Nell'affidamento diretto c.d. mediato o ibrido (al pari dell'affidamento diretto c.d. puro ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP), l'invito rivolto all'affidatario uscente ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato.

Le amministrazioni committenti possono dotarsi di un regolamento per effettuare la selezione degli operatori economici da invitare nel quale siano disciplinati:

- a) le modalità di svolgimento delle indagini di mercato⁷³, eventualmente distinte per fasce di importo;
- b) le modalità di costituzione degli elenchi di fornitori, eventualmente distinti per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare l'offerta.

Le indagini di mercato hanno una funzione esplorativa, essendo dirette ad identificare gli operatori economici presenti sul mercato che hanno i requisiti previsti dalla stazione

⁷³ Le Linee guida n. 4 hanno chiarito che lo svolgimento delle indagini di mercato non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura. Inoltre, le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico proprio delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti. La stazione appaltante assicura, infine, l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità.

appaltante e che sono interessati a partecipare alla gara d'appalto. Tale istruttoria consente inoltre alla stazione appaltante di conoscere meglio il mercato di riferimento e le condizioni che sono generalmente applicate, così da acquisire importanti informazioni inerenti sia alle caratteristiche ed agli standard qualitativi dei beni e servizi richiesti, sia ai costi praticati. La stazione appaltante gode della massima libertà nella scelta delle modalità con cui condurre le indagini di mercato e può differenziare il proprio *modus operandi* in base al valore dell'affidamento o alla tipologia di bene o servizio richiesto. Di regola, la modalità più utilizzata è la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico.

L'avvio dell'attività di indagine è reso noto mediante la pubblicazione di un avviso sul profilo dell'amministrazione committente (sezione "Amministrazione trasparente") per almeno 15 giorni (che possono essere ridotti fino a 5 nel caso di particolari urgenze). In tale avviso saranno sostanzialmente anticipati gli elementi che conterrà successivamente l'invito a partecipare alla gara, cioè il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economico-finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo (non inferiore a quello *ex lege*) ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

In alternativa alle indagini di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare al confronto competitivo, selezionandoli da appositi elenchi previamente costituiti a seguito di avviso pubblico. In sostanza, l'amministrazione committente (nella sezione "Amministrazione trasparente" del proprio sito istituzionale) pubblica un avviso con cui rende nota la volontà di costituire elenchi suddivisi per categorie merceologiche dai quali selezionerà gli operatori da invitare alla procedure di gara e indica i requisiti richiesti per l'iscrizione negli elenchi. In particolare, l'avviso – oltre a richiedere il possesso dei requisiti di carattere generale (ex art. 80 CCP) – deve indicare le modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui la stazione appaltante intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie. La stazione appaltante, per agevolare gli operatori economici nella predisposizione della dichiarazione sul possesso dei requisiti, può predisporre formulari standard allegati all'avviso pubblico, e può fare eventualmente ricorso al Documento di gara unico europeo (DGUE)⁷⁴.

Al termine dell'istruttoria, saranno pubblicati gli elenchi definitivi con l'indicazione degli operatori economici selezionati. E' la stazione appaltante a valutare la sussistenza dei requisiti per l'iscrizione, che comunque è sottoposta a rivalutazione periodica per accertarne la permanenza in capo agli operatori ivi indicati.

⁷⁴ Il Documento di gara unico europeo (di cui si tratterà oltre) – redatto ex art. 85 CCP in modalità elettronica e in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea – contiene le informazioni sui requisiti generali ex art. 80 CCP, sui requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dell'operatore economico ex art. 83 CCP e su eventuali cause di esclusione del concorrente e sull'eventuale ricorso al subappalto o all'avvalimento.

Consultando gli elenchi, la stazione appaltante avrà una lista di operatori di cui ha già vagliato la serietà e la professionalità e tali operatori oltretutto, avendo chiesto di iscriversi negli elenchi, hanno già manifestato la volontà di partecipare alle procedure di affidamento delle commesse pubbliche, per cui risultano più affidabili.

Nel caso in cui non sia possibile procedere alla selezione degli operatori economici da invitare sulla base dei requisiti posseduti o il numero degli operatori individuati a seguito delle indagini di mercato o della consultazione degli elenchi sia notevolmente elevato, la stazione appaltante può procedere al sorteggio delle ditte da invitare, a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine esplorativa o nell'avviso di costituzione dell'elenco.

3.2. L'invito a partecipare alla gara.

Nell'affidamento c.d. ibrido o mediato la stazione appaltante invita contemporaneamente tutti gli operatori economici selezionati a presentare un'offerta. L'invito deve contenere l'indicazione degli elementi che consentiranno alle imprese di formulare una proposta consapevole e congrua, quali:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;
- b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatori economici selezionati da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali sono stati inseriti nell'elenco;
- c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- e) il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 95 del Codice (e nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione);
- f) la misura delle penali;
- g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- h) l'eventuale richiesta di garanzie;
- i) il nominativo del RUP;
- j) la volontà di avvalersi della facoltà di prevista di esclusione automatica per le offerte anormalmente basse (ex art. 97, c. 8 CCP);
- k) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti.

Gli operatori economici invitati devono possedere i requisiti generali di moralità e affidabilità professionale previsti all'art. 80 CCP ed i requisiti speciali ex art. 83 CCP richiesti dall'avviso. La stazione appaltante è comunque tenuta a verificare il possesso dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale nei confronti del solo affidatario.

Con riguardo alla verifica dei requisiti degli operatori economici, occorre rilevare che la c.d. riforma Sblocca-cantieri – abrogando l'art. 36, c. 5 CCP⁷⁵ – ha eliminato la

⁷⁵ L'art. 36, c. 5 CCP – abrogato per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri – prevedeva che «nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque,

disposizione che, nel caso di affidamenti il cui valore fosse compreso tra i 40.000 euro e la soglia di rilevanza europea (ex art. 36, c. 2 lett. b), consentiva alla stazione appaltante di effettuare gli accertamenti in forma semplificata (come invece ancora previsto per gli affidamenti di valore inferiore ai 40.000 euro ex art. 36, c. 2 lett. a CCP). Alla luce di tale abrogazione, la stazione appaltante sarebbe, pertanto, tenuta ad effettuare verifiche a campione anche nei confronti degli operatori che partecipano alla gara pur non risultandone affidatari e verrebbe così sottoposta ad un regime oltremodo rigoroso, in contraddizione con lo spirito della c.d. riforma Sblocca-cantieri. Il regolamento unico di prossima emanazione (ex art. 216, c. 27-*octies* CCP) risolverà di certo tale antinomia, chiarendo l'effettiva portata delle verifiche per le ipotesi di affidamento diretto c.d. ibrido o mediato, e probabilmente offrirà una soluzione che continuerà a privilegiare la semplificazione per gli affidamenti di beni e servizi il cui valore sia compreso tra i 40.000 euro e la soglia di rilevanza europea.

3.3 Le offerte anormalmente basse.

La stazione appaltante valuta le offerte presentate dalle ditte invitate ed effettua una comparazione tra le stesse sulla base del criterio di aggiudicazione preventivamente stabilito. Nel corso di tale istruttoria una o più offerte possono risultare anormalmente basse, in quanto gli operatori economici hanno proposto il bene o il servizio richiesto ad un prezzo notevolmente ridotto rispetto al prezzo di mercato. In tali casi, la stazione appaltante compie una valutazione tecnica sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità dell'offerta e, in tale contesto, può chiedere spiegazioni agli operatori economici circa il prezzo o i costi proposti indicati nelle proprie offerte. Si tratta di una facoltà, che è espressione della discrezionalità tecnica di cui è titolare la stazione appaltante⁷⁶ e che viene esercitata ogni qualvolta l'offerta appaia, alla luce di una valutazione complessiva, anormalmente bassa. La stazione appaltante richiede per iscritto una spiegazione all'operatore economico, che questi è tenuto a fornire entro un termine non inferiore a quindici giorni. Le spiegazioni potranno riferirsi ad aspetti riguardanti:

- a) l'economia del processo di fabbricazione dei prodotti, dei servizi prestati o del metodo di costruzione;
- b) le soluzioni tecniche prescelte o le condizioni eccezionalmente favorevoli di cui dispone l'offerente per fornire i prodotti, per prestare i servizi o per eseguire i lavori;
- c) l'originalità dei lavori, delle forniture o dei servizi proposti dall'offerente.

La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti oppure se accerta che l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro (di cui all'art. 30, c. 3 CCP);
- b) non rispetta gli obblighi in materia di subappalto (ex art. 105 CCP);
- c) sono incongrui gli oneri aziendali in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ex art. 95, c. 10 CCP) rispetto all'entità e alle caratteristiche dei servizi e delle forniture;

estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito».

⁷⁶ In senso conforme cfr. Consiglio di Stato, V, sentenza n. 1331 del 5 aprile 2016.

d) il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle (di cui all'art. 23, c. 16 CCP)⁷⁷.

Se poi la stazione appaltante accerta che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, può decretarne l'esclusione unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno (ai sensi dell'art. 107 TFUE). In tale circostanza, la stazione appaltante, dopo aver escluso l'offerta, informa la Commissione europea.

Nelle procedure di affidamento di servizi e forniture di valore inferiore alle soglie europee (ex art. 35 CCP) che non presentano carattere transfrontaliero, qualora sia adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione delle offerte anomale in via automatica, cioè senza instaurare un contraddittorio con l'operatore che ha presentato l'offerta (come nei casi precedentemente indicati).

L'esclusione automatica può essere disposta solo quando il numero di offerte ammesse sia pari o superiore a 5 (per cui ne è esclusa l'operatività nel caso di affidamento diretto c.d. puro ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP) e coinvolge le offerte che superano la c.d. soglia di anomalia, che cioè presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di valore individuata secondo i sistemi di calcolo previsti dal Codice (ai sensi dell'art. 97 c. 2, c. 2-*bis* e c. 2-*ter* CCP).

La complessità del metodo di calcolo si giustifica per l'aleatorietà che deve connotare la soglia di anomalia che, infatti, non deve essere preventivabile dagli operatori economici. Si tratta di un sistema diretto a scongiurare la presentazione di offerte incongrue ed a scoraggiare gli operatori economici dal falsare la procedura di gara mediante condotte scorrette dirette ad ottenere l'aggiudicazione senza poter garantire l'esecuzione delle prestazioni affidate.

L'attuale modalità di calcolo dell'anomalia – che si caratterizza per il c.d. taglio delle ali – prevede un unico metodo declinato in una duplice versione, in quanto la procedura si differenzia parzialmente in base al numero di offerte ammesse (a seconda che siano superiori o inferiori a 15)⁷⁸.

⁷⁷ Non sono ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge. Non sono, inoltre, ammesse giustificazioni in relazione agli oneri di sicurezza di cui al piano di sicurezza e coordinamento previsto dall'art. 100 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81.

⁷⁸ Ai sensi dell'art. 97, c. 2 CCP «Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della somma e della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del 10 per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

Si tratta di un sistema di calcolo inedito, che è stato inserito nel Codice dei contratti pubblici dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri che, in tal modo, ha abrogato il previgente meccanismo basato su 5 differenti metodi di calcolo tra i quali il RUP avrebbe dovuto sorteggiare per individuare il sistema da applicare. La previsione di un unico meccanismo di calcolo introduce un elemento di semplificazione delle procedure (diffusamente invocato dagli operatori economici e dalle stazioni appaltanti) ed innesca parallelamente un circuito di equità che elimina sia la componente di casualità della precedente modalità di calcolo (insita nel sorteggio), sia il rischio di difformità delle valutazioni di anomalia, in quanto prima della riforma – a seconda del metodo di calcolo sorteggiato – il giudizio di anomalia sulla medesima offerta avrebbe potuto condurre ad esiti diversi.

L'esclusione automatica dell'offerta anomala ha un carattere comunque eccezionale e residuale, essendo necessaria per la sua applicazione la concomitante sussistenza di quattro condizioni:

- l'esclusione automatica deve essere stata prevista nel bando di gara;
- l'appalto non deve avere carattere transfrontaliero;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo della soglia come somma della media aritmetica e dello scarto medio aritmetico dei ribassi di cui alla lettera b);

d) la soglia calcolata al punto c) viene decrementata di un valore percentuale pari al prodotto delle prime due cifre dopo la virgola della somma dei ribassi di cui alla lettera a) applicato allo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)».

Ai sensi dell'art. 97, c. 2-*bis* «Quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e il numero delle offerte ammesse è inferiore a 15, la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata; ai fini della determinazione della congruità delle offerte, al fine di non rendere predeterminabili dagli offerenti i parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia, il RUP o la commissione giudicatrice procedono come segue:

a) calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali di tutte le offerte ammesse, con esclusione del dieci per cento, arrotondato all'unità superiore, rispettivamente delle offerte di maggior ribasso e quelle di minor ribasso; le offerte aventi un uguale valore di ribasso sono prese in considerazione distintamente nei loro singoli valori; qualora, nell'effettuare il calcolo del dieci per cento, siano presenti una o più offerte di eguale valore rispetto alle offerte da accantonare, dette offerte sono altresì da accantonare;

b) calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la media calcolata ai sensi della lettera a);

c) calcolo del rapporto tra lo scarto medio aritmetico di cui alla lettera b) e la media aritmetica di cui alla lettera a);

d) se il rapporto di cui alla lettera c) è pari o inferiore a 0,15, la soglia di anomalia è pari al valore della media aritmetica di cui alla lettera a) incrementata del 20 per cento della medesima media aritmetica;

e) se il rapporto di cui alla lettera c) è superiore a 0,15 la soglia di anomalia è calcolata come somma della media aritmetica di cui alla lettera a) e dello scarto medio aritmetico di cui alla lettera b)».

Per assicurare uniformità ed omogeneità nell'azione delle stazioni appaltanti, la Direzione generale per la regolazione e i contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ha emanato la Circolare n. 8 del 24 ottobre 2019 con l'obiettivo di fornire indicazioni operative relativamente alle modalità di calcolo per l'individuazione della soglia di anomalia nei casi di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso.

- deve essere stato adottato il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;
- devono essere state ammesse almeno 10 offerte.

Al di fuori dell'esclusione automatica dell'offerta anomala, qualora un'offerta non appaia pienamente congrua, la stazione appaltante (tramite il RUP) sarà tenuta ad avviare un contraddittorio con l'operatore economico, chiamato a giustificare la sostenibilità economica della propria proposta e, solo al termine di tale confronto, il RUP deciderà se escludere l'offerta, in quanto ritenuta incongrua e anomala.

Nel caso in cui sia stato adottato il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione di congruità utile ad individuare le offerte anomale è effettuata solo con riguardo alle offerte che presentano sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, entrambi pari o superiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti dal bando di gara. Tale sistema di calcolo è applicato solo se il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a 3. Anche al di fuori di questa ipotesi, rimane sempre salva la facoltà (già esaminata) della stazione appaltante di valutare la congruità delle offerte che, in base ad elementi specifici, appaiano anormalmente basse. In sostanza, se l'operatore propone un'offerta di notevole qualità tecnica ad un prezzo molto conveniente, così da ottenere sia un punteggio tecnico che un punteggio economico elevati, la stazione appaltante dovrà verificare che le prestazioni offerte a condizioni così vantaggiose per l'Amministrazione possano essere poi in concreto portate a termine, e ciò legittima la verifica di congruità mediante la richiesta di spiegazioni all'operatore economico.

Il giudizio di anomalia o di incongruità dell'offerta è espressione della discrezionalità tecnica riconosciuta alla stazione appaltante e può essere sindacato in sede giurisdizionale «solo in caso di macroscopica illogicità o erroneità fattuale che rendano palese l'inattendibilità complessiva dell'offerta»⁷⁹. Inoltre, il giudice amministrativo potrà sindacare la valutazione della stazione appaltante solo con riguardo alla profilo della logicità, della ragionevolezza e adeguatezza dell'istruttoria svolta, ma non potrà sostituirsi ad essa per effettuare in sede giurisdizionale la valutazione di congruità o di anomalia dell'offerta⁸⁰.

Il procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta è affidato alla stazione appaltante (art. 97, c. 4, 5, 6 e 7 CCP) che procede per mezzo dell'attività del RUP⁸¹. Nel caso in cui sia stato adottato il criterio del prezzo più basso, il RUP che si occupa della verifica della congruità può chiedere alla stazione appaltante di avvalersi di una struttura di supporto o di una commissione nominata *ad hoc*. Nel caso in cui sia stato adottato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), il RUP verifica la congruità delle offerte con il supporto (soltanto) eventuale della commissione giudicatrice.

⁷⁹ In tal senso cfr. Consiglio di Stato, V, 26 giugno 2012 n. 3737.

⁸⁰ In tal senso, cfr. Consiglio di Stato, V, 18 febbraio 2013 n. 974.

⁸¹ L'art. 97 CCP, pur delineando il procedimento di verifica delle offerte anomale, tuttavia, non chiarisce quale sia il soggetto deputato ad occuparsene. Pertanto, l'ANAC con le Linee guida n. 3 («Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalto e concessioni») ha colmato tale lacuna indicando nel RUP il funzionario preposto al giudizio di anomalia e di incongruità delle offerte e differenziando poi solo parzialmente le attività a questo deferite in base al criterio di aggiudicazione utilizzato.

CAPITOLO 6. La partecipazione alla gara d'appalto e la selezione delle offerte.

1. I criteri per l'aggiudicazione della gara d'appalto. – 2. Requisiti di partecipazione alla gara e motivi di esclusione. – 3. I mezzi di prova per la verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale. – 4. Il soccorso istruttorio. – 5. L'avvalimento. – 6. Il subappalto.

1. I criteri per l'aggiudicazione della gara d'appalto.

Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta, che rimane vincolante per il periodo indicato nel bando o nell'invito⁸².

La selezione delle offerte avviene mediante uno dei sistemi di aggiudicazione legislativamente previsti, che ex art. 95 CCP sono il criterio dell' "offerta economicamente più vantaggiosa" (OEPV) e il criterio del "prezzo più basso" (PPB). La stazione appaltante stabilisce nei documenti di gara il criterio di aggiudicazione dell'offerta, che deve essere pertinente alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. I criteri di aggiudicazione non conferiscono, comunque, alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta, ma garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti.

Mentre l'adozione del criterio del "prezzo più basso" restringe la valutazione ad un solo profilo (il costo della prestazione richiesta), e quindi semplifica il confronto tra le offerte, l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rende più complessa la valutazione da parte della stazione appaltante, chiamata a considerare molteplici profili, in ossequio ai principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento.

L'"offerta economicamente più vantaggiosa" è individuata «sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita» (ex art. 95, c. 2 CCP).

I costi legati al ciclo di vita del bene o del servizio offerto includono (ex art. 96 CCP) sia i costi interni (come le ricerche da realizzare, lo sviluppo, la produzione, il trasporto, l'utilizzo e la manutenzione); sia i costi di smaltimento finale; sia le esternalità ambientali (come le misure per neutralizzare o attenuare l'inquinamento causato dall'estrazione delle materie prime o causato dal prodotto o dalla sua fabbricazione, a condizione che possano essere monetizzati e controllati⁸³). In tal caso, è necessario che i documenti di gara indichino sia i criteri di valutazione (e gli eventuali sotto-criteri), sia la ponderazione attribuita a ciascun criterio.

Al riguardo sono individuati dal legislatore alcuni indici che consentono di valutare con esatta ponderazione i molteplici profili che la stazione appaltante è tenuta a considerare. L'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto

⁸² Nel caso di mancata indicazione nel bando o nella lettera d'invito, il termine entro il quale rimane vincolante l'offerta è di 180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione (art. 32, c. 4 CCP), salva la facoltà della stazione appaltante di chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

⁸³ In tal senso depone la direttiva 2014/24/UE al Considerando n. 96.

qualità/prezzo è individuata secondo criteri oggettivi inerenti agli aspetti qualitativi, ambientali e sociali connessi all'oggetto dell'appalto. Rientrano nell'ambito di tali criteri la qualità (pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, contenimento dei consumi energetici, caratteristiche innovative etc.); il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'UE; le qualifiche e l'esperienza del personale utilizzato nell'appalto; il servizio successivo alla vendita e l'eventuale assistenza tecnica; nonché le condizioni di consegna del bene o di esecuzione del servizio. Si tratta di requisiti inerenti all'organizzazione aziendale dell'operatore economico o alle qualifiche e all'esperienza del personale, che hanno valore premiante e incidono sulla valutazione dell'offerta.

Per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri, i due criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa) sono stati considerati equivalenti ed è stata sancita la piena libertà della stazione appaltante di scegliere il criterio ritenuto più adeguato senza alcun onere motivazionale. L'unica deroga a tale equivalenza riguarda i casi (ex art. 95, c. 3 CCP) in cui è previsto l'obbligatorio ricorso al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), e cioè:

- gli appalti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, c. 1 CCP, fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, c. 2, lett. a CCP;
- gli appalti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;
- gli appalti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

Invero, prima della c.d. riforma Sblocca-cantieri il criterio privilegiato dal legislatore per la scelta del contraente era quello dell'«offerta economicamente più vantaggiosa». Tale preferenza si spiegava tenendo conto che «l'idea sottostante al nuovo criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa è che la pubblica amministrazione quando acquista lavori, servizi o forniture per soddisfare direttamente proprie esigenze o per offrire determinati servizi all'utenza non deve badare esclusivamente a un risparmio sui costi ma deve anche considerare la qualità di ciò che viene acquistato»⁸⁴. Il criterio del «prezzo più basso» (ex art. 95, c. 4 CCP) rimaneva invece un criterio solo residuale⁸⁵. Tuttavia, il c.d. decreto Correttivo (d.lgs. n. 56/2017) – che, come già rilevato, ha apportato significative modifiche al Codice dei contratti pubblici – aveva già legittimato l'utilizzo del criterio di

⁸⁴ In tal senso si era espressa l'ANAC nelle Linee guida n. 2 recanti «Offerta economicamente più vantaggiosa», adottate con delibera n. 1005 del 21 settembre 2016 e da ultimo aggiornate con delibera n. 424 del 2 maggio 2018.

⁸⁵ L'art. 95, c. 4 CCP (nella versione precedente alla c.d. riforma Sblocca-cantieri) disponeva che «Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo».

aggiudicazione del prezzo più basso per i contratti sotto soglia europea nelle seguenti ipotesi:

- per i servizi e le forniture il cui importo non fosse stato superiore ai 40.000 euro;
- per i servizi e le forniture di importo superiore a 40.000 euro ed inferiore alla soglia di rilevanza europea, purché fossero caratterizzati da elevata ripetitività e fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico oppure a carattere innovativo;
- per i servizi e le forniture che avessero caratteristiche standardizzate e le cui condizioni fossero definite dal mercato.

Le stazioni appaltanti in definitiva avrebbero potuto utilizzare il criterio del “minor prezzo” – evitando gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo – quando i benefici derivanti da tale confronto fossero stati nulli o ridotti (in relazione all’importo del contratto)⁸⁶. Ciò si verificava quando le condizioni dell’offerta fossero tali da imporre di fatto l’acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi in termini di qualità fossero ridotti, in quanto ad esempio la stazione appaltante aveva una lunga esperienza nell’acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi. Le stazioni appaltanti che avessero adottato il criterio del minor prezzo avrebbero dovuto indicare nel bando di gara sia il criterio prescelto, sia una motivazione sintetica della scelta, in quanto si trattava di una deroga al principio generale dell’offerta economicamente più vantaggiosa⁸⁷.

Tale disciplina – che mirava ad una tutela rinforzata della libera concorrenza nel mercato degli operatori economici, anche a discapito della semplificazione delle procedure – è stata superata (come visto) dalla riforma c.d. Sblocca-cantieri che, parificando i due criteri di aggiudicazione, legittima l’adozione in via ordinaria (e non più eccezionale) del criterio del prezzo più basso in qualunque appalto di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea. Sono esclusi soltanto i servizi ad alta intensità di manodopera per i quali è sempre necessario ricorrere al criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa (in linea con quanto ribadito dalla recente giurisprudenza amministrativa)⁸⁸, anche quando si riscontrano caratteristiche standardizzate.

La “liberalizzazione” del criterio del prezzo più basso ha dunque l’obiettivo di velocizzare le procedure di affidamento, sebbene non manchi il timore che una selezione delle offerte fondata su una valutazione meramente economica possa comportare una flessione degli standard qualitativi (esclusi in tal caso dall’esame della stazione appaltante).

⁸⁶ Sul punto, si rinvia alle Linee guida n. 2 dell’ANAC.

⁸⁷ Secondo quanto previsto nelle Linee guida n. 2, nella motivazione le stazioni appaltanti, oltre ad argomentare sui motivi della deroga, avrebbero dovuto dimostrare che attraverso il ricorso al criterio minor prezzo non sarebbe stato avvantaggiato nessun operatore economico.

⁸⁸ Cfr. *ex multis* Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 8 del 21 maggio 2019.

Criteri di aggiudicazione

- Servizi o forniture fino a 40.000 euro ad alto contenuto tecnologico e/o carattere innovativo = **OEKV**
- Servizi fino a 40.000 euro di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale = **OEKV**
- Servizi fino a 40.000 euro ad alta intensità di manodopera = **OEKV**
- Servizi sociali di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, di qualsiasi valore = **OEKV**
- Tutti gli altri = **PPB**

Qualora sia adottato il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo la valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico ed economico è affidata ad una commissione giudicatrice, composta da esperti nello specifico settore cui afferisce l'oggetto del contratto (ex art. 77 CCP). La commissione è costituita da un numero dispari di commissari, non superiore a 5⁸⁹ ed è nominata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte⁹⁰.

I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo nella procedura in cui sono designati. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara non è esclusa, ma viene valutata con riferimento alla singola procedura. Nelle procedure di affidamento di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di prestazioni che non presentano particolare complessità, le stazioni appaltanti hanno la possibilità di nominare nella commissione giudicatrice i componenti interni all'amministrazione precedente, nel rispetto del principio di rotazione.

2. Requisiti di partecipazione alla gara e motivi di esclusione

L'operatore economico al quale s'intende aggiudicare la gara, da un lato, non deve trovarsi in una delle ipotesi indicate dall'art. 80 CCP quali motivi di esclusione dalla gara

⁸⁹ Con riguardo alle commissioni giudicatrici, l'ANAC ha adottato le 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» con delibera n. 1190 del 16 novembre 2016 (aggiornata, da ultimo, con delibera n. 4 del 10 gennaio 2018).

⁹⁰ Per poter far parte della commissione giudicatrice, il Codice dei contratti pubblici del 2016 aveva introdotto l'obbligo per gli esperti di preventiva iscrizione (previa verifica dei requisiti) in un apposito albo istituito presso l'ANAC (ex art. 77, c. 3 CCP). Si tratta dell'Albo nazionale obbligatorio dei componenti delle commissioni giudicatrici previsto dall'art. 78 CCP, nel quale possono essere iscritti professionisti dotati di requisiti di compatibilità e moralità, nonché di comprovata competenza e professionalità nello specifico settore al quale si riferisce il contratto. In tal modo, al momento della costituzione della commissione si sarebbe proceduto al sorteggio dei suoi componenti tra gli iscritti all'Albo. Tale disposizione è stata tuttavia sospesa fino al 31 dicembre 2020 dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri.

e la cui assenza vale come possesso dei requisiti di carattere generale e, dall'altro lato, deve essere in possesso dei seguenti requisiti minimi di carattere speciale:

- a) idoneità professionale
- b) capacità economica e finanziaria
- c) capacità tecnica e professionale

Mentre i requisiti di ordine generale sono diretti a garantire la moralità professionale e l'affidabilità dell'operatore economico e sono richiesti per la partecipazione a qualunque tipologia di appalto (superiore o inferiore alle soglie di rilevanza europea), i requisiti di ordine speciale ineriscono ad aspetti strettamente legati all'organizzazione aziendale dell'operatore economico e la decisione di richiederne all'aggiudicatario il possesso è assunta dalla stazione appaltante tenendo conto della natura e dell'oggetto dell'appalto da affidare.

La sussistenza dei requisiti di ordine generale in capo all'operatore economico si desume dall'assenza di una delle cause di esclusione indicate dall'art. 80 CCP, che possono essere raggruppate per macro-aree.

A) Costituisce motivo di esclusione automatica dalla gara (ex art. 80, c. 1 CCP) la condanna definitiva⁹¹ comminata all'operatore economico per alcuni delitti (puntualmente indicati nella norma) tra i quali rientrano i delitti di associazione a delinquere, anche di tipo mafioso, i delitti commessi con finalità di terrorismo, la corruzione, la concussione, il riciclaggio, le false comunicazioni sociali, la frode, lo sfruttamento di lavoro minorile, nonché per qualunque altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la PA⁹². Appartiene alla medesima tipologia di cause di esclusione dalla gara l'accertamento dell'applicazione di una misura

⁹¹ Si fa riferimento alla condanna definitiva comminata mediante sentenza definitiva, decreto penale di condanna irrevocabile o sentenza di applicazione della pena ex art. 444 CPP.

⁹² Ai sensi dell'art. 80, c. 1 CCP «Costituisce motivo di esclusione di un operatore economico dalla partecipazione a una procedura d'appalto o concessione, la condanna con sentenza definitiva o decreto penale di condanna divenuto irrevocabile o sentenza di applicazione della pena su richiesta ai sensi dell'art. 444 CPP, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'art. 105, c. 6 CCP, per uno dei seguenti reati: a) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 416, 416-bis CP ovvero delitti commessi avvalendosi delle condizioni previste dal predetto art. 416-bis ovvero al fine di agevolare l'attività delle associazioni previste dallo stesso articolo, nonché per i delitti, consumati o tentati, previsti dall'art. 74 del d.P.R. 9 ottobre 1990, n. 309, dall'art. 291-*quater* del d.P.R. 23 gennaio 1973 n. 43 e dall'art. 260 del d.lgs. 3 aprile 2006, n. 152, in quanto riconducibili alla partecipazione a un'organizzazione criminale, quale definita all'art. 2 della Decisione-quadro 2008/841/GAI del Consiglio; b) delitti, consumati o tentati, di cui agli artt. 317, 318, 319, 319-ter, 319-*quater*, 320, 321, 322, 322-bis, 346-bis, 353, 353-bis, 354, 355 e 356 CP, nonché all'art. 2635 CC; b-bis) false comunicazioni sociali di cui agli artt. 2621 e 2622 CC; c) frode ai sensi dell'art. 1 della Convenzione relativa alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità europee; d) delitti, consumati o tentati, commessi con finalità di terrorismo, anche internazionale, e di eversione dell'ordine costituzionale reati terroristici o reati connessi alle attività terroristiche; e) delitti di cui agli artt. 648-bis, 648-ter e 648-ter.1 CP, riciclaggio di proventi di attività criminose o finanziamento del terrorismo, quali definiti all'art. 1 del d.lgs. 22 giugno 2007, n. 109 e successive modificazioni; f) sfruttamento del lavoro minorile e altre forme di tratta di esseri umani definite con il d.lgs. 4 marzo 2014 n. 24; g) ogni altro delitto da cui derivi, quale pena accessoria, l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione».

di prevenzione che abbia determinato la decadenza, la sospensione o il divieto di contrattare con la PA ex art. 67 del d.lgs. n. 159/2011 (c.d. Codice delle leggi antimafia)⁹³ La verifica circa l'assenza di condanne per i reati indicati nell'art. 80, c. 1 e 2 CCP è svolta tanto nei confronti dei soggetti che hanno poteri di legale rappresentanza dell'azienda, quanto nei confronti dei soggetti che svolgono una funzione di direzione, di vigilanza e di controllo sulla società, anche senza poteri di legale rappresentanza⁹⁴. B) Una seconda tipologia di cause di esclusione (ex art. 80, c. 4 CCP) riguarda le ipotesi in cui l'operatore economico abbia commesso gravi violazioni, accertate in via definitiva, rispetto agli obblighi relativi al pagamento di imposte, tasse e contributi previdenziali⁹⁵.

⁹³ Ai sensi dell'art. 80, c. 2 CCP «Costituisce altresì motivo di esclusione la sussistenza, con riferimento ai soggetti indicati al comma 3, di cause di decadenza, di sospensione o di divieto previste dall'art. 67 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159 o di un tentativo di infiltrazione mafiosa di cui all'art. 84, c. 4, del medesimo decreto. Resta fermo quanto previsto dagli artt. 88, c. 4-*bis*, e 92, c. 2 e 3 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, con riferimento rispettivamente alle comunicazioni antimafia e alle informazioni antimafia. Resta fermo altresì quanto previsto dall'art. 34-*bis*, c. 6 e 7 del d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159».

⁹⁴ Ai sensi dell'art. 80, c. 3 CCP «L'esclusione di cui ai commi 1 e 2 va disposta se la sentenza o il decreto ovvero la misura interdittiva sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico, se si tratta di impresa individuale; di un socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico, se si tratta di società in accomandita semplice; dei membri del consiglio di amministrazione cui sia stata conferita la legale rappresentanza, ivi compresi institori e procuratori generali, dei membri degli organi con poteri di direzione o di vigilanza o dei soggetti muniti di poteri di rappresentanza, di direzione o di controllo, del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con un numero di soci pari o inferiore a quattro, se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata; l'esclusione non va disposta e il divieto non si applica quando il reato è stato depenalizzato ovvero quando è intervenuta la riabilitazione ovvero, nei casi di condanna ad una pena accessoria perpetua, quando questa è stata dichiarata estinta ai sensi dell'art. 179, c. 7 CP ovvero quando il reato è stato dichiarato estinto dopo la condanna ovvero in caso di revoca della condanna medesima».

⁹⁵ Ai sensi dell'art. 80, c. 4 CCP «Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'articolo 48-*bis*, c. 1 e 2-*bis* del d.P.R. 29 settembre 1973 n. 602. Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui al decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015 ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande».

C) Sono poi previsti specifici illeciti che configurano veri e propri reati professionali accertati nei confronti dell'operatore economico. In tali casi, non si verifica un'esclusione automatica dell'operatore (come nel caso di condanna definitiva per i reati indicati dai commi 1 e 2 dell'art. 80 CCP), ma la decisione di estromettere il concorrente dalla gara spetta alla stazione appaltante, su cui grava anche l'onere di dimostrare la sussistenza di queste cause ostative alla sua partecipazione alla gara. Si fa riferimento, tra le altre, alle ipotesi in cui la stazione appaltante accerti che l'operatore economico sia responsabile di gravi infrazioni in materia di salute, di sicurezza sui luoghi di lavoro o in materia ambientale, sociale e del lavoro (ex art. 30, c. 3 CCP) ovvero che sia stato sottoposto a fallimento o che abbia presentato nella gara documentazioni o dichiarazioni non veritiere o ancora che versi in una situazione di conflitto d'interesse ex art. 42, c. 2 CCP non risolvibile. Nell'ambito degli illeciti professionali indicati dall'art. 80, c. 5 CCP che rendono dubbia l'integrità e l'affidabilità dell'operatore economico, le Linee guida n. 6 dell'ANAC⁹⁶ hanno individuato e diversamente regolamentato tre distinte ipotesi:

- 1) le significative carenze nell'esecuzione di un precedente contratto, che ne avevano determinato la risoluzione anticipata e/o che avevano dato luogo alla condanna al risarcimento del danno o ad altre sanzioni;
- 2) i gravi illeciti posti in essere nello svolgimento della gara che incidono sulla *par condicio creditorum*, come il tentativo di influenzare il processo decisionale della stazione appaltante o di ottenere informazioni riservate a proprio vantaggio;
- 3) le altre situazioni idonee a porre in dubbio l'integrità o l'affidabilità dell'operatore economico⁹⁷, come nel caso in cui l'operatore economico ometta di comunicare le

⁹⁶ Cfr. Linee guida n. 6 dell'ANAC recanti «Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. c) del Codice» adottate con delibera n. 1293 del 16 novembre 2016 e, da ultimo, aggiornate con delibera n. 1008 del 11 ottobre 2017.

⁹⁷ Ai sensi dell'art. 80, c. 5 CCP «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'art. 105, c. 6 qualora: a) la stazione appaltante possa dimostrare con qualunque mezzo adeguato la presenza di gravi infrazioni debitamente accertate alle norme in materia di salute e sicurezza sul lavoro nonché agli obblighi di cui all'art. 30, c. 3 CCP; b) l'operatore economico sia stato sottoposto a fallimento o si trovi in stato di liquidazione coatta o di concordato preventivo o sia in corso nei suoi confronti un procedimento per la dichiarazione di una di tali situazioni, fermo restando quanto previsto dall'art. 110 CCP e dall'art. 186-bis del r.d. 16 marzo 1942 n. 267; 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 ommesso 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; c-quater) l'operatore economico abbia commesso grave inadempimento nei confronti di uno o più subappaltatori, riconosciuto o

informazioni necessarie ai fini del corretto svolgimento della gara oppure fornisca per negligenza informazioni false o fuorvianti suscettibili di influenzare la valutazione della stazione appaltante.

Sono sottoposti alle verifiche sulla sussistenza dei requisiti di ordine generale e di ordine speciali anche gli eventuali subappaltatori che intervengono ex art. 105 CCP.

In casi eccezionali e in presenza di particolari condizioni⁹⁸, è consentito all'operatore economico di partecipare alla gara, pur sussistendo i presupposti per la sua esclusione. Ciò si verifica (ai sensi dell'art. 80, c. 7 e 8 CCP) qualora l'operatore dimostri di aver risarcito o di essersi impegnato a risarcire qualunque danno causato dal reato o dall'illecito da lui compiuti e di aver adottato provvedimenti concreti di carattere tecnico, organizzativo e relativi al personale idonei a prevenire ulteriori reati o illeciti. Se la

accertato con sentenza passata in giudicato d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'art. 42, c. 2, non diversamente risolvibile; e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'art. 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive; f) l'operatore economico sia stato soggetto alla sanzione interdittiva di cui all'art. 9, c. 2, *lett. c* del d.lgs. 8 giugno 2001 n. 231 o ad altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'art. 14 del d.lgs. 9 aprile 2008 n. 81; f-bis) l'operatore economico che presenti nella procedura di gara in corso e negli affidamenti di subappalti documentazione o dichiarazioni non veritiere; f-ter) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalti. Il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel casellario informatico; g) l'operatore economico iscritto nel casellario informatico tenuto dall'Osservatorio dell'ANAC per aver presentato false dichiarazioni o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione di qualificazione, per il periodo durante il quale perdura l'iscrizione; h) l'operatore economico abbia violato il divieto di intestazione fiduciaria di cui all'art. 17 della legge 19 marzo 1990 n. 55. L'esclusione ha durata di un anno decorrente dall'accertamento definitivo della violazione e va comunque disposta se la violazione non è stata rimossa; i) l'operatore economico non presenti la certificazione di cui all'articolo 17 della legge 12 marzo 1999, n. 68, ovvero non autocertifichi la sussistenza del medesimo requisito; l) l'operatore economico che, pur essendo stato vittima dei reati previsti e puniti dagli articoli 317 e 629 del codice penale aggravati ai sensi dell'articolo 7 del decreto-legge 13 maggio 1991, n. 152, convertito, con modificazioni, dalla legge 12 luglio 1991, n. 203, non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano i casi previsti dall'articolo 4, primo comma, della legge 24 novembre 1981, n. 689. La circostanza di cui al primo periodo deve emergere dagli indizi a base della richiesta di rinvio a giudizio formulata nei confronti dell'imputato nell'anno antecedente alla pubblicazione del bando e deve essere comunicata, unitamente alle generalità del soggetto che ha omesso la predetta denuncia, dal procuratore della Repubblica precedente all'ANAC, la quale cura la pubblicazione della comunicazione sul sito dell'Osservatorio; m) l'operatore economico si trovi rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento, in una situazione di controllo di cui all'articolo 2359 del codice civile o in una qualsiasi relazione, anche di fatto, se la situazione di controllo o la relazione comporti che le offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale».

⁹⁸ L'operatività delle norme sul c.d. "*self-cleaning*" (di cui all'art. 80, c. 7 e 8 CCP) è circoscritta alle sole cause di esclusione indicate nell'art. 80, c. 1 CCP, limitatamente alle ipotesi in cui la sentenza definitiva abbia imposto una pena detentiva non superiore a 18 mesi ovvero abbia riconosciuto l'attenuante della collaborazione come definita per le singole fattispecie di reato, nonché alle cause di esclusione indicate nell'art. 80, c. 5 CCP.

stazione appaltante ritiene che tali misure correttive siano sufficienti a dimostrarne la recuperata affidabilità, l'operatore economico non sarà escluso della procedura d'appalto; diversamente, dell'esclusione viene data motivata comunicazione all'operatore economico. Si tratta di una norma che prevede il c.d. "self-cleaning", consentendo all'operatore economico di dimostrare la propria riabilitazione professionale e morale, ma che lascia alla discrezionalità della stazione appaltante la decisione ultima di decretare l'esclusione dalla gara.

Come chiarito dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato⁹⁹, l'accertamento della condanna definitiva per i delitti indicati dall'art. 80, c. 1 CCP è un atto vincolato che discende dalla legge, mentre l'accertamento dei gravi illeciti professionali indicati nell'art. 80, c. 5 CCP è rimesso alla stazione appaltante, che valuta discrezionalmente se escludere o meno l'operatore.

Se i requisiti di ordine generale – concepiti quali assenza dei motivi di esclusione indicati nell'art. 80 CCP – si configurano come condizioni di ammissibilità che legittimano la partecipazione degli operatori economici alla gara, i requisiti di ordine speciale (ex art. 83 CCP) rilevano quali criteri di selezione degli operatori economici e consistono nell'idoneità professionale, nella capacità economica e finanziaria e nelle capacità tecniche e professionali.

Per verificare l'idoneità professionale, la stazione appaltante ha la facoltà di chiedere all'operatore economico (ex art. 83, c. 3 CCP) di attestare l'iscrizione al registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato o ad altro albo, ove previsto, idoneo a comprovare l'effettivo svolgimento di attività da parte della sua azienda nello specifico settore oggetto del contratto.

Circa l'accertamento della capacità economica e finanziaria, la stazione appaltante può chiedere (ex art. 83, c. 4 e 5 CCP) che l'operatore dimostri di raggiungere livelli minimi di fatturato globale, proporzionati all'oggetto dell'affidamento e tali da non compromettere la possibilità delle micro, piccole e medie imprese di risultare affidatarie. In alternativa alla prova legata del fatturato, per permettere la partecipazione alla gara anche alle imprese di nuova costituzione, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea (come, ad esempio, un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali).

Le capacità tecniche e professionali sono stabilite in ragione dell'oggetto e dell'importo dell'affidamento e sono comprovate (ex art. 83, c. 6 CCP) dalla disponibilità in azienda di risorse umane e tecniche (come, ad esempio, il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico) oppure dall'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore o in altro settore ritenuto assimilabile (nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo).

3. I mezzi di prova per la verifica dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale.

Per verificare la sussistenza dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale, le stazioni appaltanti possono chiedere agli enti competenti certificati, dichiarazioni e altri mezzi di prova (indicati nell'art. 86 CCP e nell'allegato XVII del Codice) e gli operatori economici

⁹⁹ Cfr. Consiglio di Stato, V, sentenza n. 6529 del 19 novembre 2018.

possono avvalersi di qualsiasi mezzo documentale idoneo a provare che essi disporranno delle risorse necessarie per eseguire l'appalto.

Circa i documenti da esibire, si rileva che:

- l'assenza dei motivi di esclusione conseguenti alla condanna per uno dei delitti indicati (ex art. 80, c. 1, 2 e 3 CCP) è comprovata dal certificato del casellario giudiziale e dal certificato dell'anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato (rilasciati dal Ministero della Giustizia);

- l'assenza delle cause di esclusione dovute a gravi violazioni in materia di tasse, imposte e contributi previdenziali (ex art. 80, c. 4 CCP) è attestata dalle certificazioni dell'Agenzia delle entrate e dal Documento unico di regolarità contributiva (DURC) rilasciato dagli istituti di previdenza (Inps e Inail);

- la regolarità dell'iscrizione dell'operatore economico nella categoria merceologica di riferimento e la regolarità dei suoi documenti societari (utili a dimostrare l'assenza di alcuni dei motivi di esclusione ex art. 80, c. 5 CCP) è attestata dalla visura camerale del Registro delle Imprese fornita da Unioncamere;

- la comunicazione Antimafia (ove richiesta) è fornita dal Ministero dell'Interno.

Al momento della presentazione delle domande di partecipazione o delle offerte, le stazioni appaltanti accettano il Documento di gara unico europeo (DGUE), redatto ex art. 85 CCP in modalità elettronica e in conformità al modello di formulario approvato con regolamento dalla Commissione europea.

Il DGUE contiene le informazioni sui requisiti generali ex art. 80 CCP e sui requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi dell'operatore economico ex art. 83 CCP, nonché le informazioni su eventuali cause di esclusione del concorrente e sull'eventuale ricorso al subappalto o all'avvalimento.

Il DGUE è un'autodichiarazione aggiornata che rileva come prova documentale preliminare in sostituzione dei certificati rilasciati dalle autorità pubbliche competenti.

Una diversa modalità per comprovare la sussistenza dei requisiti di partecipazione alla gara d'appalto è offerta dall'ANAC che ha messo a disposizione delle stazioni appaltanti e degli operatori economici un sistema incentrato sullo scambio documentale telematico che accelera le verifiche della stazione appaltante. Si fa riferimento al «sistema AVC-PASS»¹⁰⁰, che è una banca-dati alla quale è necessario accedere nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica di valore superiore ai 40.000 euro¹⁰¹. In sostanza, l'operatore economico, tramite l'apposita area dedicata, inserisce nel sistema i documenti la cui produzione è richiesta per partecipare alle commesse pubbliche e che potrà utilizzare per partecipare a più gare. Al momento di presentare l'offerta per un appalto, l'operatore – indicando il CIG della gara per cui intende concorrere – acquisisce un codice (PASS-OE) che comunicherà alla stazione appaltante in occasione del deposito della

¹⁰⁰ Con riguardo al sistema AVC-PASS l'ANAC ha adottato la delibera n. 157 del 17 febbraio 2016.

¹⁰¹ Ai sensi del paragrafo 2.5. della delibera dell'ANAC n. 157/2016, il sistema AVC-PASS si applica a tutte le tipologie di contratti disciplinate dal Codice dei contratti pubblici di importo a base d'asta pari o superiore a 40.000 euro per le quali è previsto il rilascio del CIG attraverso il sistema SIMOG. Per gli affidamenti per i quali è consentito il rilascio del CIG in forma semplificata l'utilizzo della procedura di verifica basata sul PASS-OE comporta comunque l'acquisizione del CIG attraverso il sistema SIMOG.

propria offerta. La stazione appaltante, inserendo il PASS-OE nella piattaforma informatica dell'ANAC, potrà a quel punto effettuare le verifiche in modo semplice e rapido, in quanto acquisirà in tempi brevi ed in un'unica soluzione tutti i documenti ed i certificati¹⁰² che comprovano la sussistenza dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale del concorrente¹⁰³.

E' stato abrogato dalla c.d. riforma Sblocca-cantieri il rito super-accelerato introdotto nel *corpus* dell'art. 120 CPA dal Codice dei contratti pubblici del 2016 per consentire l'impugnazione immediata dei provvedimenti di ammissione e/o di esclusione adottati dalla stazione appaltante a seguito della verifica dell'insussistenza dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali degli operatori economici. Il rito super-accelerato – coniato con la finalità di deflazionare il contenzioso in materia – prevedeva l'obbligo per i concorrenti di impugnare gli atti di esclusione e/o di ammissione tempestivamente (entro 30 giorni dalla loro pubblicazione) e sanciva – nel caso fosse decorso inutilmente il termine di impugnazione – una preclusione processuale che impediva la contestazione dei successivi atti della procedura per illegittimità derivata. In sostanza, gli operatori che partecipavano alla gara erano tenuti ad impugnare (con importanti costi processuali) non solo la propria esclusione, ma anche l'ammissione degli altri concorrenti subito, cioè ancor prima di conoscere l'esito dell'aggiudicazione, e quindi prima di aver maturato un concreto interesse a ricorrere. L'abrogazione del rito super-accelerato, eliminando l'obbligo di tempestiva impugnazione, rimuove un onere assai gravoso per gli operatori economici che, per un verso, scoraggiava la contestazione della verifica dei requisiti (per i tempi brevi ed i costi elevati dell'impugnazione) ma che, per altro verso, poteva produrre l'effetto opposto, rischiando invece di intasare la procedura di affidamento qualora tutti i concorrenti avessero impugnato (inevitabilmente alla cieca) le ammissioni e le esclusioni decretate dalla stazione appaltante.

4. Il soccorso istruttorio

Il soccorso istruttorio è un istituto – introdotto in via generale dall'art. 6 della legge n. 241/1990 e disciplinato dal Codice dei contratti pubblici all'art. 83, c. 9 – che legittima la stazione appaltante ad intervenire *ad adiuvandum* nei confronti degli operatori economici che partecipando ad una gara abbiano commesso alcune irregolarità che possono essere sanate, senza pregiudicare la presentazione dell'offerta. Nell'ambito degli appalti pubblici, il soccorso istruttorio consente di rimediare ad eventuali omissioni,

¹⁰² Con riguardo ai requisiti di ordine generale, il PASS-OE permette alla stazione appaltante di acquisire i seguenti documenti: a) la Visura camerale del Registro delle Imprese fornita da Unioncamere; b) il certificato del Casellario giudiziale integrale fornito dal Ministero della Giustizia;

c) l'Anagrafe delle sanzioni amministrative dell'impresa, fornita dal Ministero della Giustizia; d) il Certificato di regolarità contributiva (DURC); e) la Comunicazione di regolarità fiscale fornita dall'Agenzia delle Entrate; f) la Comunicazione Antimafia fornita dal Ministero dell'Interno. Sui documenti comprovanti il possesso dei requisiti di ordine speciale che possono essere acquisiti tramite il PASS-OE si rinvia alla delibera dell'ANAC n. 157/2016.

¹⁰³ La mancata indicazione del PASS-OE non costituisce causa di esclusione dell'operatore economico, in quanto la stazione appaltante potrà chiedere la regolarizzazione della procedura *de quo* in sede di soccorso istruttorio.

incompletezze, irregolarità circa le informazioni o i documenti che l'operatore economico è tenuto a fornire per comprovare la sussistenza dei requisiti di ordine generale e di ordine speciale mediante la regolarizzazione e/o l'integrazione dei documenti.

In tal modo, si vuole privilegiare l'aspetto sostanziale dell'effettivo possesso dei requisiti da parte degli operatori economici partecipanti alla gara rispetto al dato formalistico rappresentato dalla mera correttezza documentale delle dichiarazioni rese. Il soccorso istruttorio consente quindi la sanatoria dei certificati o delle dichiarazioni mancanti o irregolari, purché l'operatore economico, da un lato, sia in effettivo possesso dei requisiti richiesti per l'ammissione alla gara entro il termine di presentazione dell'offerta e, dall'altro, ottemperi alle richieste di integrazione della stazione appaltante entro il termine fissato da quest'ultima (comunque non superiore ai 10 giorni). Il soccorso istruttorio non può invece essere utilizzato per sopperire alla mancanza *ab origine* dei requisiti di partecipazione alla gara.

La disciplina sul soccorso istruttorio è stata sottoposta a numerose modifiche e attualmente prevede che sia possibile sanare le carenze "formali" inerenti ai documenti da produrre in sede di gara e al DGUE.

Non è invece consentito sanare le carenze "sostanziali" inerenti ai requisiti di partecipazione alla gara, che determinano l'esclusione dell'operatore economico: le irregolarità essenziali non sanabili possono conseguire sia ad una carenza di documentazione che non consente l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa (come nel caso di mancanza assoluta di un documento essenziale o di mancanza totale di sottoscrizione¹⁰⁴), sia ad un'irregolarità dell'offerta tecnica e/o economica.

La sanabilità delle offerte è legata all'integrazione della documentazione irregolare, ma non è più collegata al pagamento di una sanzione pecuniaria (a differenza di quanto prevedeva il c.d. Codice De Lise)¹⁰⁵.

Nel caso di offerte irregolari ma sanabili, la stazione appaltante assegna all'operatore economico un termine, non superiore a 10 giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere. Decorso inutilmente il termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara.

¹⁰⁴ Sulla mancanza totale di sottoscrizione, si registrano posizioni contrastanti. In passato l'ANAC – dopo aver confermato (nella determinazione n. 1/2015) che la sottoscrizione dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza costituisce un elemento essenziale, avendo la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto e di assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa – si è espressa (nella delibera n. 432/2017) a favore della sanabilità della carenza della sottoscrizione dell'offerta, dietro pagamento della sanzione (allora prevista). Tuttavia, una parte non minoritaria della giurisprudenza amministrativa sostiene che la mancata sottoscrizione inficerebbe irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta. Sul punto cfr. TAR Lombardia, Brescia, II, sentenza n. 954 del 7 giugno 2016; TAR Lazio, Roma, III-Ter, sentenza n. 14451 del 22 dicembre 2015; TAR Lombardia, Milano, IV, sentenza n. 1629 del 13 luglio 2015.

¹⁰⁵ Sotto la vigenza del c.d. Codice De Lise, per l'attivazione del soccorso istruttorio era prevista l'irrogazione nei confronti dell'operatore economico di una sanzione pecuniaria che il c.d. decreto Correttivo (d.lgs. n. 56/2017) ha successivamente abrogato.

Il Codice non chiarisce né in quale fase della procedura di gara la stazione appaltante possa effettuare il soccorso istruttorio, né se questo si configura come un sub-procedimento che sospende la procedura di gara oppure che invece si svolge parallelamente al procedimento principale. Sul punto la giurisprudenza e la dottrina maggioritarie sembrano propendere per la continuità della procedura, configurando il soccorso istruttorio come un'attività che si svolge parallelamente alla gara.

5. L'avvalimento

L'avvalimento conferisce ai partecipanti alla gara la facoltà di dimostrare il possesso dei requisiti di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale previsti dal bando in via indiretta, cioè avvalendosi dei requisiti posseduti da altri operatori. Si consente così alle imprese sprovviste dei requisiti richiesti dal bando di utilizzare le capacità tecniche ed economiche di altre imprese che, quindi, intervengono nella gara come ausiliarie. Si tratta di un istituto di derivazione europea finalizzato a garantire la massima partecipazione degli operatori economici alle procedure ad evidenza pubblica.

In virtù di tale istituto, in definitiva, qualunque operatore economico (singolo o in raggruppamento) potrà soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti necessari per partecipare ad una procedura di gara facendo affidamento sulle capacità di altri soggetti, e ciò indipendentemente dalla sussistenza di specifici rapporti giuridici tra l'operatore che partecipa alla gara e l'impresa ausiliaria. L'unica condizione che legittima l'avvalimento è l'obbligo per il concorrente di fornire la prova che, qualora diventasse affidatario dell'appalto, sarà in grado di disporre delle risorse e dei mezzi necessari alla realizzazione delle prestazioni¹⁰⁶.

L'avvalimento può avere ad oggetto:

- i requisiti di capacità economico-finanziaria (c.d. avvalimento di garanzia) diretti a garantire l'affidabilità e la solidità del concorrente, sia sul piano della capacità di sostenere finanziariamente la realizzazione della prestazione oggetto di affidamento, sia sul piano della capacità di risarcire la PA per eventuali inadempimenti (es. capitale sociale minimo, fatturato globale, etc.)¹⁰⁷;

¹⁰⁶ L'avvalimento – che è disciplinato dall'art. 89 CCP – è un istituto di creazione giurisprudenziale, in quanto la possibilità di dimostrare la titolarità dei requisiti previsti dal bando in modo indiretto, cioè avvalendosi dei requisiti posseduti da altri operatori, è stata affermata per la prima volta con riferimento a società di un medesimo gruppo nella sentenza della Corte di Giustizia della Comunità Europea 14 aprile 1994, causa C-389/92, nella quale è stato ritenuto ammissibile che la società capogruppo comprovasse il possesso delle capacità richieste per l'iscrizione in un elenco ufficiale di imprenditori abilitati allegando i requisiti posseduti dalle consociate, a condizione che dimostrasse di disporre effettivamente dei mezzi necessari per eseguire il contratto. Con la successiva pronuncia del 2 dicembre 1999 (causa C-176/98) 2, la Corte di Giustizia si è spinta oltre giungendo a teorizzare, con riferimento specifico ad un appalto di servizi, l'avvalimento anche al di fuori dei rapporti infragruppo, così da legittimare la partecipazione dell'operatore economico privo dei requisiti economici o tecnici richiesti dal bando, che si avvaleva dei requisiti di soggetti terzi, indipendentemente dalla natura giuridica del rapporto con tali soggetti. Cfr. ANAC, *Rassegna ragionata delle massime di precontenzioso in tema di "avvalimento" e "soccorso istruttorio"* – Anno 2017, in www.anticorruzione.it.

¹⁰⁷ Sul punto, cfr. Consiglio di Stato, V, sentenza n. 5423 del 22 dicembre 2016.

- i requisiti di capacità tecnico–organizzativa (c.d. avvalimento operativo) diretti a garantire la capacità imprenditoriale del concorrente da valutare ai fini della partecipazione alle gare (es. messa a disposizione di determinati mezzi e risorse *know how*; numero dei dipendenti a tempo indeterminato; numero medio del personale tecnico utilizzato nel triennio precedente, etc.).

Non possono invece essere oggetto di avvalimento i requisiti soggettivi in senso stretto, quali ad esempio i requisiti di carattere generale previsti dall'art. 80 CCP¹⁰⁸.

L'operatore economico che vuole avvalersi delle capacità professionali di altri soggetti allega¹⁰⁹ i documenti relativi all'impresa ausiliaria, e in particolare:

- una dichiarazione dell'impresa ausiliaria attestante il possesso dei requisiti generali di cui all'art. 80 CCP, nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento;

- una dichiarazione dell'impresa ausiliaria con cui la stessa si obbliga verso il concorrente e verso la stazione appaltante a mettere a disposizione per tutta la durata dell'appalto le risorse necessarie di cui è carente il concorrente;

- il contratto in virtù del quale l'impresa ausiliaria si obbliga nei confronti del concorrente a fornire i requisiti e a mettere a disposizione le risorse necessarie per tutta la durata dell'appalto. A tal fine, il contratto di avvalimento contiene, a pena di nullità, la specificazione dei requisiti forniti e delle risorse messe a disposizione dall'impresa ausiliaria.

Gli obblighi previsti dalla normativa antimafia a carico del concorrente (in base all'importo del contratto) si estendono anche alla ditta ausiliaria.

Nei confronti dell'impresa ausiliaria la stazione appaltante verifica il possesso dei requisiti di selezione e l'assenza di cause di esclusione (ex art. 80 CCP) e, ove rintracci la mancanza di qualche requisito, può chiedere all'operatore economico la sostituzione dell'operatore indicato per l'avvalimento. L'operatore economico e l'impresa ausiliaria sono responsabili in solido per l'esecuzione del contratto, che comunque è affidata all'operatore economico che partecipa alla gara (cui infatti sarà rilasciato il certificato di esecuzione), mentre l'impresa ausiliaria potrà assumere il ruolo di subappaltatore.

6. Il subappalto.

L'operatore economico che ottiene l'affidamento dell'appalto pubblico è tenuto ad eseguire “in proprio” le prestazioni oggetto del contratto. In ipotesi tassative, espressamente previste dall'art. 105 CCP, è tuttavia ammesso il ricorso all'istituto del subappalto, in virtù del quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione di una parte delle prestazioni oggetto del contratto di appalto.

Nel settore degli appalti pubblici, il subappalto si configura con riferimento a «qualsiasi contratto avente ad oggetto attività ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera (quali le forniture con posa in opera e i noli a caldo) se singolarmente di

¹⁰⁸ Per quanto riguarda i criteri relativi all'indicazione dei titoli di studio e professionali (indicati nell'allegato XVII, parte II, *lett. f*, CCP) o le esperienze professionali pertinenti, gli operatori economici possono avvalersi delle capacità di altri soggetti a condizione che questi eseguano direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste (art. 89, c. 1 CCP).

¹⁰⁹ Nel caso di dichiarazioni mendaci, ferma restando l'applicazione dell'articolo 80, c. 12 CCP nei confronti dei sottoscrittori, la stazione appaltante esclude il concorrente e escute la garanzia.

importo superiore al 2 % dell'importo delle prestazioni affidate o di importo superiore a 100.000 euro e qualora l'incidenza del costo della manodopera e del personale sia superiore al 50 % dell'importo del contratto da affidare» (ex art. 105, c. 2 CCP). L'eventuale subappalto non può superare la quota del 40 % dell'importo complessivo del contratto pubblico¹¹⁰.

L'operatore economico affidatario del contratto di appalto può subappaltare le prestazioni oggetto del suo incarico solo in presenza del concorso delle seguenti condizioni:

- a) il ricorso al subappalto deve essere previsto nel bando di gara;
- b) il subappaltatore non deve aver partecipato alla procedura per l'affidamento dell'appalto;
- c) il subappaltatore deve essere qualificato nella relativa categoria;
- d) nell'offerta il concorrente deve indicare i servizi e le forniture (o le parti dei servizi e delle forniture) che intende subappaltare;
- e) il concorrente deve dimostrare l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, c. 5 CCP.

E' quindi consentito all'affidatario subappaltare ad un diverso operatore economico una parte delle prestazioni solo se tale facoltà sia stata prevista nel bando di gara. La stazione appaltante è quindi libera di escludere il subappalto in modo implicito, cioè evitando di menzionarlo nel bando e senza che sia tenuta a fornire una motivazione di tale scelta.

L'affidatario ha l'obbligo di consegnare il contratto di subappalto alla stazione appaltante almeno 20 giorni prima della data di effettivo inizio dell'esecuzione delle relative prestazioni e deve contestualmente depositare sia la certificazione comprovante il possesso da parte del subappaltatore dei requisiti di qualificazione prescritti in relazione alla prestazione subappaltata, sia la dichiarazione del subappaltatore che attesta l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 CCP. Il contratto di subappalto deve indicare puntualmente l'ambito operativo delle prestazioni delegate sia in termini operativi, sia in termini economici. L'affidatario rimane comunque responsabile in via esclusiva verso la stazione appaltante e, infatti, è tenuto a sostituire i subappaltatori qualora sia stata accertata nei loro confronti la sussistenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80 CCP. Per le prestazioni affidate in subappalto l'affidatario deve praticare gli stessi prezzi unitari risultanti dall'aggiudicazione, con ribasso non superiore al 20%, nel rispetto degli standard qualitativi e prestazionali previsti nel contratto di appalto. L'affidatario corrisponde alle imprese subappaltatrici, senza alcun ribasso, i costi della sicurezza e della manodopera relativi alle prestazioni affidate in subappalto. Spetta alla stazione appaltante verificare l'osservanza di tali adempimenti. L'affidatario è solidalmente responsabile con il subappaltatore del rispetto, da parte di questo ultimo, degli obblighi di sicurezza legislativamente previsti. Se la natura del contratto lo consente, la stazione appaltante può corrispondere direttamente al subappaltatore il compenso per le prestazioni subappaltate. L'esecuzione delle prestazioni affidate in subappalto non può formare oggetto di ulteriore subappalto.

In materia di subappalto la c.d. riforma Sblocca-cantieri ha innestato elementi di liberalizzazione che stemperano il rigore che connotava tale istituto nella disciplina

¹¹⁰ Per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri, fino al 31 dicembre 2020 il limite per l'affidamento in subappalto è stato innalzato dal 30% al 40% del valore complessivo del contratto.

originaria del Codice dei contratti pubblici del 2016. La recente novella non solo ha aumentato fino al 40% il limite del subappalto in modo da promuovere la partecipazione alle gare pubbliche da parte delle piccole e medie imprese, ma ha anche ridotto sensibilmente gli oneri di partecipazione per gli operatori economici (come nel caso della sospensione fino al 31 dicembre 2020 dell'obbligo di indicare la terna di subappaltatori in sede di gara di cui all'art. 105, c. 6 CCP). Invero, il subappalto – visto con grande favore in ambito europeo – ha agevolato nell'esperienza italiana l'infiltrazione della criminalità organizzata nel mercato delle commesse pubbliche, per cui qualunque misura diretta alla sua liberalizzazione deve necessariamente integrarsi con misure che garantiscano la trasparenza e la legalità.

CAPITOLO 7. L'aggiudicazione della gara e la stipula del contratto.

1. L'aggiudicazione dell'appalto. – 2. La stipula del contratto. – 3. Disposizioni antimafia e oneri di trasparenza. – 4. Consip spa e gli strumenti del c.d. “programma acquisti”. – 4.1. Il Mercato elettronico della Pubblica amministrazione (MEPA). – 5. Le modifiche successive alla stipula del contratto. – 5.1. Le varianti. – 6. La regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali. – 7. La risoluzione del contratto.

1. L'aggiudicazione dell'appalto.

Al termine della fase di scelta del contraente, la stazione appaltante procede all'affidamento dell'appalto. Non è più prevista l'aggiudicazione provvisoria (introdotta in via generale dal c.d. Codice De Lise¹¹¹) che è stata sostituita – nel *corpus* del Codice dei contratti pubblici del 2016 – dalla «proposta di aggiudicazione» (ex art. 32, c. 5 CCP)¹¹², che deve essere approvata dall'organo competente della stazione appaltante (ex art 33, c. 1 CCP) entro il termine di 30 giorni dal suo ricevimento (o entro un diverso termine, ove previsto).

E' quindi necessario un doppio passaggio che richiede dapprima la formulazione della proposta di aggiudicazione da parte del RUP e poi l'aggiudicazione definitiva da parte dell'organo deliberativo della stazione appaltante. Si tratta di atti distinti e con una diversa rilevanza giuridica. Infatti, la proposta di aggiudicazione non è un atto definitivo ed è priva di rilevanza esterna, per cui non può essere impugnata dagli operatori economici¹¹³. In sostanza, la proposta di aggiudicazione viene approvata (ex art. 33 CCP) dopo che sia stato accertato il corretto espletamento delle operazioni di gara e la congruità tecnica ed economica della relativa offerta¹¹⁴.

Diversamente, l'aggiudicazione definitiva conclude la procedura ad evidenza pubblica e produce effetti giuridici verso i terzi (operatori economici). Tale provvedimento, invero, non si limita a ratificare o a confermare la proposta di aggiudicazione, ma implica una nuova e autonoma valutazione della stazione appaltante che può scegliere un'offerta differente da quella indicata nella proposta. Essa inoltre non equivale ad accettazione dell'offerta e dunque non ha natura contrattuale (ex art. 32, c. 6 CCP).

L'aggiudicazione definitiva diventa efficace solo dopo la verifica dei requisiti generali e speciali. In questa sistemica, la verifica dei requisiti di partecipazione è una mera condizione di efficacia dell'aggiudicazione e non è una condizione di validità, in quanto attiene alla “fase integrativa dell'efficacia” di un provvedimento esistente ed immediatamente lesivo¹¹⁵. L'aggiudicazione definitiva dell'appalto va comunicata

¹¹¹ L'aggiudicazione provvisoria era disciplinata dall'art. 11 del c.d. Codice De Lise.

¹¹² Il Codice dei contratti pubblici del 2016 (d.lgs. n. 50/2016) non contempla più l'atto di aggiudicazione provvisoria ed il provvedimento di aggiudicazione definitiva ma – ai sensi dell'art. 32, c. 5 e dell'art. 33, c. 1 – distingue tra proposta di aggiudicazione e provvedimento conclusivo di aggiudicazione.

¹¹³ La proposta di aggiudicazione, non avendo rilevanza esterna, non può essere impugnata (ai sensi dell'art. 120, c. 2-*bis* del Codice del processo amministrativo).

¹¹⁴ In tal senso cfr. Consiglio di Stato, V, sentenza n. 1710 del 15 marzo 2019.

¹¹⁵ L'aggiudicazione definitiva «da un lato fa sorgere in capo all'aggiudicatario un'aspettativa alla stipulazione del contratto di appalto, che è *ex lege* subordinata all'esito positivo della verifica»

tempestivamente, e comunque entro un termine non superiore a cinque giorni non solo all'aggiudicatario, ma anche al concorrente che segue nella graduatoria, a tutti i candidati che hanno presentato un'offerta ammessa in gara, ai concorrenti esclusi che hanno proposto impugnazione avverso l'esclusione (o sono in termini per proporre impugnazioni), nonché a coloro che hanno impugnato il bando o la lettera di invito, se tali impugnazioni non siano state ancora respinte con pronuncia giurisdizionale definitiva (art. 76, c. 5 CCP).

La comunicazione dell'aggiudicazione definitiva contiene l'indicazione della data in cui sarà stipulato il contratto. L'aggiudicatario può chiedere di modificare la data indicata formulando tempestivamente un'istanza che la stazione appaltante valuterà discrezionalmente. L'eventuale spostamento del termine di sottoscrizione del contratto comporta la proroga del termine della garanzia a suo tempo depositata a corredo dell'offerta.

Nella sequenza procedimentale che si conclude con la stipula, occorre rispettare il termine dilatorio di 35 giorni tra l'ultima comunicazione dell'aggiudicazione e la stipula del contratto, in modo da consentire agli interessati di proporre eventuali ricorsi giurisdizionali (art. 32, c. 9 CCP).

L'obbligo di attendere almeno 35 giorni decorrenti dall'aggiudicazione definitiva prima della stipulazione del relativo contratto è definito clausola di "*stand still*" ed è un «accordo di sospensione». Il termine dilatorio di "*stand still*" costituisce un impedimento temporaneo alla stipula del contratto, che trova coordinamento con il termine per proporre ricorso giurisdizionale. Tale termine, infatti, è diretto a garantire che, qualora venga adito il giudice, il contratto non sia ancora stipulato a tutela degli interessi coinvolti, sia pubblici che privati¹¹⁶.

Il termine dilatorio di 35 giorni non si applica in alcune ipotesi tassativamente previste (ex art. 32, c. 10 CCP), nelle quali è quindi possibile procedere alla stipula immediatamente dopo l'aggiudicazione. La clausola di "*stand still*" non opera:

- se, a seguito della pubblicazione degli atti di indizione della gara (bando, invito o avviso), è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni (oppure sono state respinte con decisione definitiva);

del possesso dei requisiti e «nel contempo produce nei confronti degli altri partecipanti alla gara un effetto immediato, consistente nella privazione definitiva, salvo interventi in autotutela della stazione appaltante o altre vicende comunque non prevedibili né controllabili, del bene della vita rappresentato dall'aggiudicazione della gara». Cfr. Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, sentenza n. 31 del 31 luglio 2012.

¹¹⁶ La sola violazione della clausola di "*stand still*" (cioè il mancato rispetto dei 35 giorni tra aggiudicazione e stipula) non ha alcun rilievo se non ricorrono anche vizi propri del procedimento di aggiudicazione. In sostanza, la violazione del c.d. *stand still* assume rilevanza (ai soli fini sanzionatori), soltanto ove l'impugnazione risulti accolta per effetto dell'accertamento di vizi nell'ambito della procedura ad evidenza pubblica.

- nel caso di appalti basati su un accordo quadro (ex art. 54 CCP)¹¹⁷ o su un sistema dinamico di acquisizione (ex art. 55 CCP)¹¹⁸,
- nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico (MEPA)¹¹⁹;
- nel caso di affidamenti diretti (ex art. 36, c. 2, *lett. a e lett. b* CCP)¹²⁰.

E' invece necessario sospendere la stipulazione del contratto nel caso in cui sia stata proposta impugnazione contro l'aggiudicazione (con contestuale domanda cautelare) e fino alla decisione cautelare o di merito (art. 32, c. 10 CCP): si parla in tal caso di c.d. "stand still" processuale (per differenziarlo dal c.d. "stand still" in senso tecnico).

La stazione appaltante è tenuta alla stipula del contratto con il soggetto aggiudicatario entro 60 giorni decorrenti dal momento in cui l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace ovvero entro un diverso termine previsto nei documenti di gara o appositamente concordato con l'aggiudicatario (art. 32, c. 8 CCP). In definitiva, il contratto di appalto potrà essere stipulato (ai sensi dell'art. 32 CCP) non prima di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione (tranne che non si applichi la clausola di "stand still") e non oltre 60 giorni dal completamento delle verifiche dei requisiti dell'aggiudicatario (salvo termine diverso previsto nel bando ovvero salvo differimento concordato con l'impresa).

Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto mediante atto notificato alla stazione appaltante. In tal caso, non spetta alcun indennizzo all'aggiudicatario che potrà ottenere soltanto il rimborso delle spese contrattuali documentate oppure – qualora abbia iniziato l'esecuzione del contratto in via d'urgenza¹²¹ – il rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate anticipatamente (ex art. 32, c. 7 CCP).

In definitiva, la sequenza che conduce dall'aggiudicazione alla stipula del contratto prevede i seguenti passaggi logistico-temporali:

¹¹⁷ L'accordo quadro è concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici ed è diretto a definire preventivamente le clausole che si applicheranno agli appalti da aggiudicare in un determinato arco di tempo, sia con riguardo ai prezzi, sia con riguardo alle quantità.

¹¹⁸ Il sistema dinamico di acquisizione è un processo di acquisto elettronico per beni di uso corrente, le cui caratteristiche sono standardizzate sul mercato e quindi soddisfano tutte le esigenze della stazione appaltante, per cui è un sistema aperto a tutti gli operatori del mercato in possesso dei requisiti di selezione.

¹¹⁹ Tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche (quindi anche il Ministero della Giustizia e le sue diramazioni territoriali) dal 1° luglio 2007 sono tenute a fare ricorso per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario al c.d. Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA) istituito dal regolamento che disciplina le procedure telematiche di acquisto utilizzate dalle PA per l'approvvigionamento di beni e servizi (ex art. 11 del d.P.R. 4 aprile 2002 n. 101).

¹²⁰ Si fa riferimento agli affidamenti diretti c.d. puri per i contratti fino a 40.000 euro (art. 36, c. 2, *lett. a* CCP) e agli affidamenti diretti c.d. mediati o ibridi per i contratti di valore compreso tra i 40.000 euro e la soglia di rilevanza europea (art. 36, c. 2, *lett. b* CCP).

¹²¹ L'esecuzione d'urgenza è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

1. Proposta di aggiudicazione.
2. Aggiudicazione definitiva.
3. Comunicazione dell'aggiudicazione: entro 5 giorni dall'aggiudicazione definitiva.
4. Verifica dei requisiti: entro 30 giorni dalla comunicazione di aggiudicazione.
5. Efficacia dell'aggiudicazione: decorsi i 30 giorni per le verifiche.
6. Stipula del contratto: entro 60 giorni dall'efficacia dell'aggiudicazione.

2. La stipula del contratto.

Il contratto di appalto «è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata» (ex art. 32, c. 14 CCP).

La stipula del contratto pubblico avente ad oggetto servizi e forniture di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea avviene con modalità semplificate: il contratto infatti può essere stipulato mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere (email) oppure tramite posta elettronica certificata o con strumenti analoghi in uso nel commercio (ex art. 32, c. 14 CCP)¹²².

Sia nell'affidamento diretto c.d. puro (ex art. 36, c. 2, *lett. a* CCP), sia nell'affidamento diretto c.d. mediato o ibrido (ex art. 36, c. 2, *lett. b* CCP) è esclusa l'applicazione della clausola di “*stand still*” per cui non è necessario rispettare il termine dilatorio di 35 giorni (ex art. 32, c. 10 CCP) ed il contratto può essere stipulato subito dopo che le verifiche siano state concluse ed abbiano avuto esito positivo.

3. Disposizioni antimafia e oneri di trasparenza.

Per la stipula dei contratti pubblici il c.d. Codice delle leggi antimafia¹²³ prevede l'obbligo per la stazione appaltante di acquisire la certificazione anti-mafia ivi prevista, dalla quale emerge la sussistenza di eventuali segnalazioni (comunicazioni ed informazioni) inerenti all'operatore economico che precludono l'aggiudicazione dell'appalto. Nei contratti pubblici di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea, è previsto l'esonero del deposito della certificazione antimafia, ma trova comunque applicazione la disciplina sulla tracciabilità dei flussi finanziari (di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136 e s.m.i.). Al fine di prevenire infiltrazioni criminali nell'ambito delle commesse pubbliche, si richiede all'operatore economico di utilizzare conti correnti bancari o postali dedicati ai contratti pubblici (anche in via non esclusiva) e di adottare comunque strumenti di pagamento «idonei ad assicurare la piena tracciabilità delle operazioni». Gli

¹²² Ai sensi dell'art. 36, c. 14 (2° parte) CCP, la stipula in forma semplificata – che avviene prevalentemente tramite posta elettronica certificata (pec) – è ammessa soltanto «in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro», ma si ritiene che possa essere utilizzata per tutti gli affidamenti di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea.

¹²³ Si fa riferimento al d.lgs. 6 settembre 2011 n. 159, da ultimo modificato con la legge 17 ottobre 2017 n. 161.

operatori economici devono quindi comunicare alla stazione appaltante gli estremi identificativi dei conti correnti, l'indicazione dell'attività prestata (fornitura di beni o servizi, settore merceologico, etc.) ed il codice fiscale delle persone delegate ad operare su tali conti.

Dopo la stipula del contratto, è poi necessario che ciascuna stazione appaltante trasmetta all'Osservatorio dell'ANAC i dati relativi ai contratti pubblici dalla stessa stipulati, i quali saranno poi pubblicati in tabelle riassuntive con cadenza annuale.

Sono previsti precisi obblighi di pubblicità in capo alla stazione appaltante (secondo quanto previsto dall'art. 1, c. 32 della legge n. 190/2012 e dall'art. 29 CCP). Nel sito istituzionale di ciascuna amministrazione (nella sezione "Amministrazione trasparente") devono essere pubblicati tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici relativi alla programmazione e all'affidamento di appalti pubblici di servizi, forniture (inclusa la nomina della commissione giudicatrice). Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione (ai sensi del d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33).

Per assolvere gli obblighi sulla trasparenza nell'ambito dei contratti pubblici, il RUP prima di avviare la procedura di gara richiede all'ANAC il rilascio del «CIG» (Codice Identificativo Gara), che è un codice alfanumerico univoco e obbligatorio (costituito da 10 caratteri) che identifica prima ciascuna procedura ad evidenza pubblica e successivamente il correlato contratto pubblico. L'ANAC quindi mette a disposizione della stazione appaltante una piattaforma informatica – il «sistema di anagrafica SIMOG» – mediante la quale vengono censiti sia la procedura ad evidenza pubblica, sia successivamente l'eventuale contratto pubblico (ove concluso), in modo che tutti i dati inerenti alla gara ed al rapporto contrattuale da essa sorta siano resi noti e sottoposti alla supervisione dell'ANAC.

Sostanzialmente, il CIG assicura:

- la tracciabilità dei flussi finanziari di ciascuna stazione appaltante per qualunque appalto (ai sensi della legge n. 136/2010), a prescindere dall'importo dell'affidamento e dalla procedura scelta;
- l'adempimento agli obblighi di comunicazione delle informazioni all'Osservatorio per individuare in maniera univoca gare, lotti e contratti (ex art. 7 CCP);
- l'adempimento della contribuzione dovuta all'Autorità da parte degli operatori economici (nei casi previsti ai sensi dell'art. 1, c. 67, della legge n. 266/2005).

In ipotesi espressamente previste la stazione appaltante richiede all'ANAC lo «Smart CIG»: si tratta di un codice utilizzato per le procedure di appalto semplificate (per le quali viene infatti richiesto alla stazione appaltante un numero limitato di informazioni) che si acquisisce per i soli fini di tracciabilità e che può essere utilizzato per la micro-contrattualistica (contratti pubblici di importo inferiore a 40.000) e per i contratti esclusi in tutto o in parte dell'applicazione del Codice dei contratti pubblici.

La stazione appaltante acquisisce invece il «CIG derivato» per la stipula dei singoli contratti legati ad accordi-quadro e convenzioni.

4. Consip spa e gli strumenti del c.d. “programma acquisti”.

Consip spa è la centrale di committenza¹²⁴ della Pubblica amministrazione statale e gestisce gli acquisti aggregati e centralizzati nell'esclusivo interesse dello Stato. Si tratta di una società per azioni, il cui unico azionista è il Ministero dell'economia e delle finanze, ed è diretta a realizzare il «Programma per la razionalizzazione degli acquisti nella PA»¹²⁵ con un duplice obiettivo: da un lato, tale organismo ha il compito di rendere più snelle, rapide e trasparenti le procedure ad evidenza pubblica attraverso modelli di approvvigionamento basati su processi e tecnologie innovativi (ICT) e, dall'altro, mira a razionalizzare e ottimizzare la spesa pubblica per beni e servizi, migliorando la qualità degli acquisti e riducendo i costi grazie all'aggregazione della domanda.

Gli strumenti di acquisto che Consip spa mette a disposizione delle pubbliche amministrazioni (nell'ambito del “programma acquisti”)¹²⁶ sono le Convenzioni, il Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MEPA), gli Accordi-quadro e il Sistema dinamico di acquisizione.

Le «convenzioni» (ex art. 26 della legge n. 488/1999) sono contratti-quadro stipulati da Consip spa con cui sono definite tutte le condizioni dei successivi contratti che saranno in seguito stipulati dalle singole amministrazioni mediante l'adesione alla stessa. In sostanza, Consip spa seleziona l'operatore economico con cui negoziare, per effetto dell'aggregazione della domanda, le condizioni migliori inerenti ad un settore merceologico per ottenere rilevanti risparmi sia sul piano procedurale, sia sul piano economico. La controparte contrattuale di Consip spa è un operatore economico (per lo più, gruppi societari consistenti o raggruppamenti di imprese), individuato a seguito di una procedura ad evidenza pubblica, che s'impegna ad accettare ordini da tutte le amministrazioni (indicate nella convenzione) per determinate categorie merceologiche fino al raggiungimento del massimale stabilito nella convenzione. Si instaura pertanto un rapporto giuridico trilaterale, che viene imbastito e reso disponibile dalla centrale di committenza (mediante la convenzione) ma che si perfeziona poi direttamente tra l'operatore economico e l'amministrazione richiedente (mediante il “contratto attuativo”). Per effetto della convenzione, infatti, ciascuna amministrazione potrà emettere ordinativi di acquisto alle condizioni economiche e prestazionali nella stessa definite.

In presenza di una convenzione adottata da Consip spa, le amministrazioni pubbliche non possono bandire procedure autonome con riguardo ai medesimi settori merceologici, se non in via eccezionale e dietro adeguata motivazione inerente alla mancanza delle

¹²⁴ Sulle centrali di committenza si rinvia agli artt. 37 e 38 CCP.

¹²⁵ Il Programma di razionalizzazione della spesa pubblica è stato istituito con la legge 23 dicembre 1999 n. 488 (c.d. legge finanziaria 2000).

¹²⁶ Nell'ambito dell'attività di approvvigionamento verticale per la PA (*procurement*), Consip spa supporta le singole amministrazioni su tutti gli aspetti del processo di acquisto, agendo come centrale di committenza su progetti di particolare complessità. Le amministrazioni beneficiano, quindi, delle competenze specialistiche relative a tutti gli aspetti del processo: dall'analisi dei fabbisogni alla progettazione, dall'avvio della procedura ad evidenza pubblica fino all'aggiudicazione della gara.

caratteristiche essenziali dei beni o servizi proposti dalla convenzione rispetto a quelli richiesti dall'amministrazione¹²⁷.

Gli «accordi-quadro» sono invece accordi conclusi tra Consip spa e uno o più operatori economici – individuati mediante una procedura ad evidenza pubblica – che definiscono le principali condizioni economiche e prestazionali riferite ad un settore merceologico, rimandando per l'approvvigionamento e per la definizione delle condizioni contrattuali di dettaglio a successivi “appalti specifici” che saranno poi gestiti dalle singole amministrazioni.

Anche in questo caso vi è un duplice livello di negoziazione: dapprima Consip spa individua uno o più fornitori con cui contratta e definisce le condizioni economico-prestazionali di base; successivamente, sulla base degli accordi conclusi, ciascuna amministrazione potrà effettuare i singoli acquisti, modulando le specifiche condizioni del proprio appalto in considerazione delle proprie esigenze.

Il «sistema dinamico di acquisizione» è un mercato digitale aperto e flessibile in cui è possibile effettuare un processo di acquisizione interamente elettronico per importi superiori alla soglia europea¹²⁸. Si tratta di un processo di acquisto elettronico per beni di uso corrente, le cui caratteristiche sono standardizzate sul mercato e quindi soddisfano tutte le esigenze della stazione appaltante, per cui è un sistema aperto a tutti gli operatori del mercato in possesso dei requisiti di selezione.

4.1. Il Mercato elettronico della Pubblica amministrazione (MEPA).

Per l'affidamento degli appalti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea le stazioni appaltanti sono tenute a gestire la procedura e stipulare il contratto attraverso un mercato elettronico: a tal fine, il Ministero dell'Economia e delle Finanze (avvalendosi di Consip spa) ha reso disponibile per le stazioni appaltanti il Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione, il «MEPA» (ex art. 36, c. 6, CCP).

Il MEPA è uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo attraverso un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica (ex art. 3, *lett. bbbb* CCP). Gli strumenti di acquisto sono strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo (ex art. 3, *lett. ccc* e *lett. dddd* CCP), mentre gli strumenti negoziazione sono strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo (ex art. 3, *lett. eeee* CCP).

Il MEPA è, dunque, un particolare mercato digitale, che consente alle pubbliche amministrazioni registrate di effettuare gli affidamenti di beni e servizi di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea ad operatori abilitati a presentare i propri cataloghi sul sistema: si tratta quindi di un *marketplace* di tipo selettivo per utenti abilitati. Al contempo, il MEPA rappresenta anche uno degli strumenti di *e-procurement* previsti nell'ambito del «Programma per la razionalizzazione degli acquisti nella PA» con la

¹²⁷ E' consentito alle amministrazioni di procedere alla gara d'appalto in modo autonomo solo in via eccezionale e motivata, essendo queste tenute a dimostrare di aver ricercato e conseguito condizioni migliorative rispetto a quelle contenute nelle convenzioni-quadro. In tal senso, cfr. Consiglio di Stato, V, sentenza n. 4190 del 19 giugno 2019. In precedenza, cfr. altresì Consiglio di Stato, V, sentenza n. 1937 del 28 marzo 2018.

¹²⁸ http://www.dag.mef.gov.it/progetti-dag/razionalizzazione_acquisti

precipua finalità di implementare la semplificazione e lo snellimento delle procedure e di realizzare un risparmio della spesa pubblica.

In quest'ottica si spiega la previsione dell'obbligatorietà del ricorso al MEPA da parte delle amministrazioni statali centrali e periferiche per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro fino alla soglia di rilevanza europea¹²⁹.

Sul MEPA sono previste tre modalità di acquisto: la Richiesta di offerta, l'Ordine di Acquisto e la Trattativa Diretta.

1. La Richiesta di Offerta («RDO») è un invito a presentare un'offerta che può essere indirizzato ad alcuni o a tutti i fornitori abilitati sul MEPA. La stazione appaltante può ricorrere alla RDO per esperire alcune delle procedure semplificate (indicate nell'art. 36 CCP), e in particolare sia gli affidamenti diretti c.d. mediati o ibridi, sia le procedure negoziate senza bando. La RDO infatti può essere utilizzata sia per consultare differenti operatori economici e richiedere loro preventivi secondo il modello dell'affidamento diretto c.d. "mediato", sia per effettuare indagini di mercato e per individuare gli operatori da invitare secondo lo schema della procedura negoziata semplificata.

2. Gli Ordini di Acquisto («ODA») sono acquisti effettuati scegliendo su un catalogo *on line*, senza possibilità di negoziare o, in generale, di modificare le condizioni che ciascun fornitore ha indicato nel proprio catalogo al momento della sua abilitazione (metodo «*click and buy*»). Nel catalogo sono indicati tutti gli elementi essenziali dei prodotti e dei servizi offerti e tale "vetrina" ha l'efficacia giuridica di un'«offerta al pubblico» ex art. 1336 CC rivolta alle stazioni appaltanti. Prima che all'affidamento diretto c.d. puro fosse affiancato, per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri, l'affidamento diretto c.d. mediato o ibrido (ex art. 36, c. 2 *lett. b* CCP), l'ODA veniva tradizionalmente ricondotto nell'alveo dell'affidamento diretto c.d. puro (ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP), non esistendo altre procedure sotto-soglia che potessero essere soddisfatte dal suo meccanismo di acquisto «*click and buy*». Tale impostazione non è stata modificata neanche successivamente alla c.d. riforma Sblocca-cantieri, per cui si ritiene che l'ODA sia applicabile al solo affidamento diretto c.d. puro. Invero, considerato che prima di effettuare un acquisto «*click and buy*» la stazione appaltante è tenuta a supervisionare, seppure senza particolari formalità, molteplici prodotti presenti sul catalogo MEPA, è plausibile ritenere che l'ODA possa essere utilizzato anche all'affidamento diretto c.d. "mediato" di beni e servizi, purché sia dato atto dello svolgimento della fase di valutazione e consultazione di almeno 5 operatori richiesta dall'art. 36, c. 2 *lett. b* CCP.

3. La Trattativa Diretta (TD) rappresenta una modalità di negoziazione semplificata rivolta ad un unico operatore economico, che viene utilizzata solo per gli affidamenti diretti c.d. puri (il cui valore non supera i 40.000,00 euro ex art. 36, c. 2 *lett. a* CCP) e che consente di negoziare con l'unico operatore economico le condizioni ottimali per entrambe le parti.

La TD può essere avviata a seguito di un'indagine esplorativa condotta sul MEPA selezionando un'offerta nel catalogo o un oggetto nella vetrina della specifica iniziativa merceologica. Non dovendo garantire pluralità di partecipanti, la procedura di

¹²⁹ L'obbligatorietà del ricorso al MEPA è stata per la prima volta sancita nell'art. 1, c. 450 della legge n. 296/2006 (c.d. legge finanziaria 2007) e, da ultimo, è stata confermata nell'art. 1, c. 130 della legge n. 145/2018 (c.d. legge di bilancio 2019).

compilazione è semplice rispetto a quella prevista nella RdO, non presentandone le tipiche richieste informative (criteri di aggiudicazione, parametri di peso/punteggio) e di gestione della procedura (invito formale dei fornitori, riscontro alle richieste di chiarimenti, comparazione delle offerte, fasi di aggiudicazione).

Per effetto della c.d. riforma Sblocca-cantieri, la verifica dei requisiti di ammissione e permanenza degli operatori economici sul MEPA avviene con modalità semplificate, in quanto il soggetto responsabile dell'ammissione accerta la sussistenza dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 CCP su un campione significativo di operatori economici (art. 36, c. 6-*bis* CCP). Successivamente, la stazione appaltante verificherà esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali. Se invece l'aggiudicatario non rientra tra gli operatori economici sottoposti alla verifica a campione sul MEPA, sarà la stazione appaltante a dover verificare anche il possesso dei requisiti generali (art. 36, c. 6-*ter* CCP).

5. Le modifiche successive alla stipula del contratto.

Nel corso dell'esecuzione dell'appalto alcune condizioni contrattuali originariamente fissate nell'atto di stipula possono essere modificate senza che la stazione appaltante sia obbligata ad avviare una nuova procedura di affidamento in quanto, non essendo considerate sostanziali, non alterano la natura e le clausole principali del rapporto contrattuale.

Le «modifiche non sostanziali» del contratto in corso di esecuzione – per essere legittime – devono essere autorizzate dal RUP secondo le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante e sono ammesse soltanto in ipotesi tassative (indicate nell'art. 106 CCP). Tali varianti sono consentite soltanto in uno dei seguenti casi:

- qualora la stazione appaltante abbia espressamente previsto nei documenti di gara iniziali la modifica di determinate clausole nel corso dell'esecuzione del contratto, a prescindere dal loro valore monetario (come le clausole di revisione dei prezzi)¹³⁰;
- qualora le modifiche, sebbene non previste nel contratto di appalto, si siano rese necessarie in relazione a servizi o forniture supplementari e la sostituzione del contraente sia impraticabile per motivi economici o tecnici ovvero comporti disguidi o duplicazione dei costi per l'amministrazione¹³¹;
- qualora le modifiche, pur non alterando la natura generale del contratto, risultino necessarie e siano dovute a circostanze impreviste e imprevedibili per la stazione appaltante (tra le quali è annoverabile anche una modifica legislativa): si tratta delle c.d. «varianti in corso d'opera»¹³²;

¹³⁰ Ai sensi dell'art. 106, c. 1, *lett. a* CCP, «tali clausole fissano la portata e la natura di eventuali modifiche nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate, facendo riferimento alle variazioni dei prezzi e dei costi standard, ove definiti. Esse non apportano modifiche che avrebbero l'effetto di alterare la natura generale del contratto».

¹³¹ In tal caso, il contratto potrà essere modificato soltanto a condizione che l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore iniziale del contratto (ex art. 106, c. 7 CCP).

¹³² Anche in questa ipotesi vige il limite ex art. 106, c. 7 CCP, per cui la modifica è ammessa purché l'eventuale aumento di prezzo non ecceda il 50% del valore iniziale del contratto.

- qualora l'aggiudicatario dell'appalto iniziale sia sostituito con un nuovo contraente, per effetto di specifiche circostanze indicate legislativamente (come nel caso di morte dell'operatore economico)¹³³;

- qualora le modifiche non siano sostanziali e la stazione appaltante abbia stabilito nei documenti di gara le soglie di importi entro cui consentire tali variazioni contrattuali;

- qualora la modifica abbia un valore economico non solo inferiore alle soglie di rilevanza europea, ma anche inferiore al 10% del valore iniziale del contratto nel caso di affidamenti di servizi e forniture (sia nei settori ordinari che speciali)¹³⁴ e sempre che la modifica non alteri la natura complessiva del contratto.

Sono invece considerate «modifiche sostanziali» le variazioni intervenute nel corso dell'esecuzione del contratto che alterano considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti (ex art. 106, c. 4 CCP). In ogni caso, una modifica è considerata sostanziale qualora ricorra una delle seguenti ipotesi:

a) la modifica introduce condizioni che, se fossero state contenute nella procedura d'appalto iniziale, avrebbero consentito l'ammissione di candidati diversi da quelli inizialmente selezionati o l'accettazione di un'offerta diversa da quella inizialmente accettata oppure avrebbero attirato ulteriori partecipanti alla procedura di aggiudicazione;

b) la modifica cambia l'equilibrio economico del contratto a favore dell'aggiudicatario in modo non previsto nel contratto iniziale;

c) la modifica estende notevolmente l'ambito di applicazione del contratto;

d) la modifica determina la sostituzione dell'affidatario con un nuovo contraente al di fuori delle ipotesi di modifiche non sostanziali (ex art. 106, c. 1, *lett. d* CCP).

Le modifiche sostanziali nel corso dell'esecuzione del contratto non sono ammesse e, pertanto, per le esigenze sopravvenute la stazione appaltante sarà tenuta ad indire una nuova gara d'appalto.

La stazione appaltante è tenuta a comunicare le varianti in corso d'opera all'ANAC (che può irrogare sanzioni per la mancata o tardiva comunicazione da parte del RUP).

Se le modifiche sono dovute a errori o ad omissioni della progettazione, la stazione appaltante può chiamare a responsabilità i titolari degli incarichi di progettazione per i danni subiti.

La modifica che concerne la durata del contratto è ammessa esclusivamente a condizione che la stazione appaltante abbia inserito nel bando e nei documenti di gara una espressa opzione di proroga (ex art. 106, c. 11 CCP). La proroga ha una durata limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura esperita per l'individuazione del nuovo contraente. Per effetto della proroga del contratto, l'affidatario è tenuto a

¹³³ La sostituzione dell'affidatario, ai sensi dell'art. 106, c. 1, *lett. d* CCP, è ammessa qualora sia stata prevista da una clausola di revisione preventivamente stabilita negli atti di gara; ovvero qualora all'aggiudicatario iniziale succeda – per causa di morte o per contratto, anche a seguito di ristrutturazioni societarie, comprese rilevazioni, fusioni, scissioni, acquisizione o insolvenza – un altro operatore economico che soddisfi i criteri di selezione qualitativa stabiliti inizialmente, purché ciò non implichi altre modifiche sostanziali al contratto; ovvero qualora, infine, la stazione appaltante abbia assunto gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori.

¹³⁴ Nel caso di affidamenti di lavori pubblici, la soglia entro cui è ammessa la modifica sale al 15% del valore iniziale del contratto.

continuare ad eseguire le prestazioni originarie per la stazione appaltante agli stessi prezzi e alle stesse condizioni (ovvero a prezzi e/o condizioni più favorevoli).

La stazione appaltante può imporre all'esecutore di aumentare o diminuire le prestazioni fino alla concorrenza del quinto dell'importo del contratto, qualora ciò si renda necessario nel corso dell'esecuzione del contratto (art. 106, c. 12 CCP). Si tratta della c.d. «variazione del quinto d'obbligo», che legittima la stazione appaltante a modulare le prestazioni contrattuali (in aumento o in diminuzione) durante l'esecuzione del contratto. La variazione entro il quinto d'obbligo (che nella maggior parte dei casi si risolve in un aumento delle prestazioni richieste piuttosto che in una loro riduzione) vincola l'affidatario sotto molteplici profili: questi, da un lato, non potrà rifiutare la variazione delle prestazioni; dall'altro, non potrà eccepirne per far valere il diritto alla risoluzione del contratto e, infine, sarà tenuto ad eseguire le prestazioni aggiuntive alle stesse condizioni previste nel contratto originario.

5.1. Le varianti.

Una disciplina particolare delle modifiche ammesse nel corso dell'esecuzione del contratto è dettata con specifico riguardo all'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia adottato il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, basata sul miglior rapporto qualità/prezzo (art. 95, c. 14 CCP). In tal caso, è espressamente sancito che la stazione appaltante possa autorizzare o esigere – già in sede di presentazione delle offerte – la presentazione di varianti da parte dei concorrenti, che devono essere collegate all'oggetto dell'appalto e che sono finalizzate a stimolare il miglioramento del bene o del servizio richiesto.

Le stazioni appaltanti devono indicare espressamente nel bando di gara se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, la presentazione delle varianti non sarà consentita (art. 95, c. 14 *lett. a* CCP). I documenti di gara inoltre devono indicare i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione. Le varianti devono avere un livello di definizione pari a quello del progetto messo a gara ed essere coerenti con lo stesso senza stravolgerlo¹³⁵.

Sono esaminate e valutate solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici. Inoltre, nelle procedure per l'affidamento di beni e servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerrebbe,

¹³⁵ In caso di appalti aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta (ex art. 95, c. 14-*bis* CCP). In tal modo, si impedisce alla stazione appaltante di stimolare un confronto competitivo su varianti di tipo meramente quantitativo, come l'offerta di opere aggiuntive, che potrebbero rivelarsi lesive del principio di economicità o che potrebbero pregiudicare la qualità della prestazione principale. Il legislatore ha imposto di non tenere conto di elementi meramente quantitativi nell'ambito di offerte che devono puntare alla qualità, visto che la quantità è riconducibile (sulla base di quanto è stato già definito dalla stazione appaltante nel progetto e nel capitolato tecnico) alla stima del prezzo. Sul punto cfr. le Linee Guida n. 2 dell'ANAC sull' «Offerta economicamente più vantaggiosa».

rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi.

6. La regolare esecuzione delle prestazioni contrattuali.

Il RUP controlla che il contratto sia eseguito a regola d'arte e verifica, congiuntamente al DEC (ove designato), la conformità delle prestazioni svolte alle specifiche condizioni contrattuali sul piano delle prestazioni, degli obiettivi e delle caratteristiche tecniche, economiche e qualitative.

Negli appalti di forniture la regolare esecuzione del contratto è attestata dal rilascio di appositi documenti: il buono di carico ed il documento di trasporto. Attraverso il buono di carico, l'amministrazione beneficiaria della fornitura (mediante il proprio consegnatario) attesta di avere ricevuto i beni, di cui indica la quantità e la tipologia. Con il documento di trasporto (DDT), invece, il fornitore dichiara di aver trasportato e consegnato i beni all'amministrazione (il cui incaricato controfirmerà il DDT per confermare l'effettiva esecuzione del contratto).

Negli appalti di servizi la regolare esecuzione del contratto è invece accertata mediante la c.d. verifica di conformità (di cui all'art. 102 CCP), che è un sub-procedimento finalizzato a controllare se l'adempimento delle obbligazioni da parte dell'operatore economico sia avvenuto in conformità alle condizioni ed ai termini previsti dal contratto. Le attività di verifica della conformità sono dirette:

- a certificare che le prestazioni contrattuali siano state eseguite a regola d'arte sotto il profilo tecnico e funzionale, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni del contratto;
- ad accertare la veridicità dei dati risultanti dalla contabilità e dai documenti giustificativi.

La verifica di conformità può essere effettuata con riferimento a tutte le prestazioni contrattuali oppure attraverso controlli a campione (seppure con modalità comunque idonee a garantire la verifica dell'esecuzione contrattuale). La stazione appaltante può utilizzare in sede di verifica di conformità certificazioni di qualità, ove esistenti (o documentazioni di contenuto analogo), attestanti la conformità delle prestazioni contrattuali eseguite alle prescrizioni di legge.

La verifica di conformità deve essere completata non oltre sei mesi dall'ultimazione delle prestazioni, salvi i casi di particolare complessità delle prestazioni (individuati dal Ministro delle infrastrutture e dei trasporti) per i quali il termine può essere elevato sino ad un anno.

7. La risoluzione del contratto.

Qualora, nel corso dell'esecuzione del contratto, l'impresa affidataria si renda responsabile di persistenti e gravi disservizi, di ritardi o sia inadempiente con riguardo alle prestazioni cui è tenuta, la stazione appaltante può procedere alla risoluzione del contratto. Si apre in tal caso un sub-procedimento che si fonda sul contraddittorio tra le parti: la stazione appaltante è infatti tenuta a trasmettere all'impresa aggiudicataria una formale diffida (ex art. 108.3 CCP), nella quale – previa contestazione dell'addebito – viene concesso un termine non inferiore a 15 giorni per la presentazione di controdeduzioni al RUP. Nella diffida dovrà essere espressamente precisato che il

contratto sarà risolto di diritto nel caso in cui la stazione appaltante dovesse valutare negativamente le controdeduzioni depositate dall'affidatario oppure nel caso in cui questi non abbia presentato controdeduzioni nel termine di 15 giorni assegnatogli. E' il RUP a gestire tale fase: l'impresa affidataria, infatti, deve indirizzare le proprie controdeduzioni al RUP il quale se, dopo averle valutate, decide di promuovere comunque la risoluzione del contratto, presenterà apposita richiesta alla stazione appaltante.

In aggiunta alle ipotesi che legittimano la risoluzione del contratto per mancata esecuzione delle clausole contrattuali (secondo le regole civilistiche della risoluzione per inadempimento), il Codice dei contratti pubblici prevede specifiche situazioni che giustificano *ex se* la risoluzione del contratto. In alcuni casi, la stazione appaltante è obbligata alla conclusione anticipata del contratto (ex art. 108, c. 2 CCP), mentre in altri casi la stazione appaltante non è tenuta a sciogliersi dal vincolo contrattuale, ma ha la facoltà di farlo, potendo valutare e decidere discrezionalmente se procedere alla risoluzione (ex art. 108, c. 1 CCP). In particolare, la stazione appaltante è obbligata a risolvere il contratto qualora nel corso della sua esecuzione intervenga nei confronti dell'affidatario una sentenza definitiva di condanna (o una misura di prevenzione prevista dal c.d. Codice delle leggi antimafia) per i delitti che integrano i motivi di esclusione ex art. 80 CCP oppure si verifichi la decadenza dell'attestazione di qualificazione dell'affidatario per aver prodotto falsa documentazione o dichiarazioni mendaci.

La stazione appaltante ha invece la facoltà di risolvere il contratto in una delle seguenti ipotesi:

- qualora il contratto abbia subito una modifica sostanziale che avrebbe richiesto una nuova procedura di appalto (ex art. 106 CCP) oppure siano state superate le soglie previste per le varianti consentite (ex art. 106, c. 1 *lett. b e lett. c* CCP);
- qualora si accerti che, al momento dell'aggiudicazione, sussisteva uno dei motivi di esclusione (ex art. 80, c. 1 CCP) per cui l'affidatario avrebbe dovuto essere escluso dalla procedura;
- qualora si accerti che l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati (ex art. 258 TFUE) compiuta dall'affidatario.

Ai fini della risoluzione del contratto, il DEC (ove nominato) trasmette (ex art. 108, c. 3 CCP) al RUP una relazione particolareggiata, corredata dai documenti necessari, indicando la stima delle prestazioni eseguite regolarmente, il cui importo può essere riconosciuto all'appaltatore.

Nel caso in cui l'impresa affidataria ritardi nell'eseguire le prestazioni per propria negligenza, il RUP (o il DEC, ove nominato) è tenuto (ex art. 108, c. 4 CCP) a trasmettere una diffida ad adempiere nella quale assegna all'operatore un termine non inferiore a 10 giorni (salvo i casi d'urgenza) per eseguire la prestazione in modo corretto e completo. Decorso tale termine, se l'inadempimento permane, il RUP redigerà apposito processo verbale in contraddittorio con l'affidatario nel quale accerta l'inadempimento e, successivamente, la stazione appaltante potrà risolvere il contratto, ferma restando l'applicazione all'affidatario delle penali.