

LA DISCIPLINA DELLA PARTECIPAZIONI ALLA GARA

Avv. Ugo De Luca

I° PARTE

DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

NORMATIVA DI RIFERIMENTO

Disciplina nazionale

- **D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163**, “Codice dei Contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE”;
- **Decreto Legislativo 20 marzo 2010, n. 53**, “Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici”; (si v. anche **D.lgs. 104/2010, artt. 119 – 125**);
- **Decreto Ministeriale 19 aprile 2000, n. 145**, “Regolamento recante il capitolato generale d'appalto dei lavori pubblici, ai sensi dell'articolo 3 comma 5, della L. 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni”;
- **D.P.R. 21 dicembre 1999, n. 554**, “Regolamento di attuazione della L. 11 febbraio 1994, n. 109 legge quadro in materia di lavori pubblici, e successive modificazioni”;
- **Legge 7 agosto 1990, n. 241** (e successive modificazioni: L. 11 febbraio 2005, n. 15 e L. 18 giugno 2009, n. 69), “Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi”;
- **Disposizioni del codice civile** (in particolare, autonomia contrattuale, buona fede, correttezza, diligenza, responsabilità, rimedi per l'inadempimento, effetti del contratto);
- **Legge 20 marzo 1865, n. 2248**, “Legge sui lavori pubblici (All. F)” (artt. 326, 329, 340, 341, 345, 351, 352, 353, 354, 355 sono stati abrogati dall'art. 256 del D.lgs. 163/2006);
- **Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827**, “Regolamento per l'amministrazione del patrimonio e per la contabilità generale dello Stato”;
- **Regio Decreto 18 novembre 1923, n. 2440**, “Nuove disposizioni sull'amministrazione del patrimonio e sulla contabilità generale dello Stato”;

- **Regolamento di esecuzione e attuazione del D.lgs. 163/2006 n. 207/2010**;

Disciplina comunitaria

- Normativa di rango primario rappresentate da norme e principi del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), quali:- l'art. 18 (non discriminazione); - l'art. 49 (diritto di stabilimento); - l'art. 56 (libera prestazione dei servizi).

- Normativa di rango secondario costituita dalle direttive c.d. di consolidamento (2004/17/CE e 2004/18/CE) e c.d. ricorsi (2007/66/CE).

PRINCIPI INFORMATORI

- La scelta da parte della P.A. del soggetto con cui concludere un contratto di appalto di lavori, forniture e servizi pubblici si realizza attraverso una serie procedimentale regolata da norme pubblicistiche, preordinate all'individuazione del miglior contraente:
 - a) dal punto di vista **soggettivo** (requisiti soggettivi, capacità tecniche, organizzative e finanziarie);
 - b) dal punto di vista **oggettivo** (economicità dell'offerta formulata e quindi buon uso del denaro pubblico).
- La predetta serie procedimentale (nel rispetto dei principi costituzionali di cui all'art. 97 Cost.) si impernia:
 - a) sul principio di **par condicio** (trasparenza e imparzialità) tra tutti i concorrenti, realizzata attraverso la previa predisposizione del bando di gara;
 - b) sui principi di **concorsualità, segretezza, completezza, serietà, autenticità e compiutezza** delle offerte formulate rispetto alle prescrizioni ed alle previsioni della *lex specialis*, nonché sulla previa predisposizione, da parte dell'Amministrazione appaltante, dei criteri di valutazione delle offerte.

I PRINCIPI DEL CODICE

- L'art. 2, co. 1, del Codice stabilisce che sia la fase dell'affidamento sia la fase dell'esecuzione degli appalti pubblici debbano espletarsi nel rispetto di una serie di principi, applicabili indistintamente ai lavori, ai servizi ed alle forniture:
 - il principio di economicità;
 - il principio di efficacia;
 - il principio di tempestività;
 - il principio di correttezza;
 - il principio di libera concorrenza;
 - il principio di parità di trattamento;
 - il principio di non discriminazione ;
 - il principio di trasparenza ;
 - il principio di pubblicità ;
 - il principio di proporzionalità;
 - Il principio di segretezza

nonché nel rispetto delle disposizioni (art. 2, commi 3 e 4):

- (i) sul procedimento amministrativo di cui alla legge n. 241 del 1990;
- (ii) delle disposizioni contenute nel codice civile (l'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c.)

I CONTRATTI DI APPALTO

**Contratti d'appalto
nel Codice dei contratti
pubblici**
(art. 3, co. 6 Codice)

Appalto nel Codice civile
(art. 1665 Codice Civile)

- sono contratti stipulati tra un soggetto pubblico che riveste la qualifica di stazione appaltante o ente aggiudicatore e uno o più operatori economici;
- sono contratti a titolo oneroso;
- sono contratti che necessitano della forma scritta (v. art. 93 ss. del R.D. 23 maggio 1924, n. 827 e dall'art. 17 del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440; Cons. St., 8076/2009).

- è il contratto con il quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio, verso un corrispettivo in danaro;
- il codice civile non conosce invece il contratto d'appalto di fornitura di un bene come contratto tipico.

CONTRATTI PUBBLICI DI APPALTO

«Appalti pubblici di lavori» Art. 3, commi 7 e 8

gli appalti di lavori pubblici hanno ad oggetto:

- a) la sola esecuzione dei lavori pubblici (costruzione, demolizione, restauro, recupero di opere);
- b) la progettazione esecutiva e l'esecuzione ovvero, la progettazione esecutiva e definitiva e l'esecuzione, ovvero l'acquisto del progetto definitivo, la programmazione esecutiva e l'esecuzione (appalto integrato);
- c) l'esecuzione, con qualsiasi mezzo, di un'opera rispondente alle esigenze specificate dalla stazione appaltante o dall'ente aggiudicatore, e relativi a infrastrutture strategiche e insediamenti produttivi;

Per opera si intende il risultato di un insieme di lavori, che di per sé espliciti una funzione economica o tecnica. Le opere comprendono sia quelle che sono il risultato di un insieme di lavori edilizi o di genio civile, sia quelle di presidio e difesa ambientale e di ingegneria naturalistica.

«Appalti pubblici di forniture» Art. 3, comma 9

sono appalti pubblici diversi da quelli di lavori o di servizi, aventi per oggetto l'acquisto, la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto, con o senza opzione per l'acquisto, di prodotti.

«Appalto pubblici di servizi» Art. 3, comma 10

sono appalti pubblici diversi dagli appalti pubblici di lavori o di forniture, aventi per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'Allegato II, che risulta suddiviso in Allegato II A (servizi : di manutenzione e riparazione, trasporto terrestre o per via posta, telecomunicazione, assicurativi, pulizia, pubblicitari, consulenza) e Allegato II B (servizi : albergheri e ristorazione, trasporto ferroviario, servizi legali, collocamento, sanitari e sociali, ricreativi culturali e sportivi).

I CONTRATTI SOPRA E SOTTO SOGLIA COMUNITARIA

- l'art. 28 individua le soglie entro o oltre le quali i contratti potranno qualificarsi, in base al valore, come contratti di rilevanza comunitaria o sotto soglia.
- In ordine agli appalti di servizi e forniture aventi rilevanza comunitaria la disciplina di gara è contenuta nella Parte II, Titolo I (Art. 28-120).
- In ordine agli appalti non aventi rilevanza comunitaria la disciplina di gara è contenuta nella Parte II, Titolo II, (artt. 121-125);
- Ad entrambe le tipologie di contratto pubblico trovano applicazione sia le norme riguardanti i principi e le disposizioni comuni sia le norme riguardanti il contenzioso, sia le norme relative alla disciplina dei contratti di rilevanza comunitaria, se non espressamente derogate dalle disposizioni previste agli articoli 122-125 del Codice (art. 121; es. rispetto del principio di trasparenza anche per gli appalti sotto soglia, cfr. C. di Giust. 6.4.06 C 410/04);
- La circostanza che si tratti di appalti sopra o sotto soglia non muta le fasi di gara e le operazioni da compiere nelle singole procedure ;
- Sulle modalità di calcolo del valore stimato di un appalto pubblico occorre precisare che esso :
 - non può essere fatto con l'intenzione di escludere lo stesso dal campo di applicazione delle norme dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria; deve tenere conto dell'importo massimo stimato, comprensivo dell'eventuale opzione di rinnovo del contratto;
- L'appalto non può essere artificiosamente frazionato al solo fine di escludere l'applicazione della disciplina pertinente.

SOGLIE COMUNITARIE DELLE AMMINISTRAZIONI CENTRALI

SOGLIE COMUNITARIE IN VIGORE AMMINISTRAZIONI CENTRALI

(Reg. UE 1336/2013 -importi I.V.A. esclusa)

allegato IV : Presidenza del Consiglio, Ministeri e Consip.

FORNITURE E SERVIZI	€134.000
- SERVIZI CATEGORIE 5 e 8 ALLEGATO II A (servizi di telecomunicazione e di ricerca e sviluppo) - SERVIZI ALLEGATO II B (es: servizi di ristorazione; trasporto per ferrovia; per via acqua; legali; sanitari e sociali, investigazione)	€207.000
LAVORI E CONCESSIONI	€5.186.000

SOGLIE COMUNITARIE DELLE AMMINISTRAZIONI NON CENTRALI

SOGLIE COMUNITARIE IN VIGORE REGOLAMENTO UE n. 1336/2013 AMMINISTRAZIONI NON CENTRALI (importi I.V.A. esclusa)	
- <u>FORNITURE E SERVIZI</u>	€207.000
- SERVIZI CATEGORIE 5 e 8 ALLEGATO IIA (servizi di telecomunicazione e di ricerca e sviluppo)	€207.000
- SERVIZI ALLEGATO IIB (es: servizi di ristorazione; trasporto per ferrovia; per via acqua; legali; sanitari e sociali, investigazione.)	
<u>LAVORI E CONCESSIONI</u>	€5.186.000

I SOGGETTI TENUTI ALL'APPLICAZIONE DEL CODICE

- Le stazioni appaltanti quali organismi di diritto pubblico
- I soggetti cui possono essere affidati i contratti pubblici (art. 34 e ss. Codice)

LE STAZIONI APPALTANTI

(art. 3, co. 3 e 25 Codice)

- le amministrazioni aggiudicatrici e gli altri soggetti di cui all'articolo 32;
- gli enti aggiudicatori di cui all'art. 207 del Codice, ivi incluse le imprese pubbliche;
- le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

I SOGGETTI AGGIUDICATARI

(art. 3, co. 1)

- Gli appaltatori, i subappaltatori e i subcontraenti della filiera delle imprese nonché i concessionari di finanziamenti pubblici anche europei a qualsiasi titolo interessati ai lavori, ai servizi e alle forniture pubblici;
- Non assumono rilevanza né la forma giuridica (ad esempio, società pubblica o privata, organismi di diritto pubblico, imprenditori individuali, professionisti) né il tipo di attività svolta dagli operatori economici.

PROCEDURE PER L'INDIVIDUAZIONE DEGLI OFFERENTI EX ART. 54 DEL CODICE

«**Procedure aperte**»

Art. 3, comma 37

sono le procedure in ordine alle quali ogni operatore economico interessato può presentare un'offerta.

«**Procedure ristrette**»

Art. 3, comma 38

sono le procedure alle quali ogni operatore economico può chiedere di partecipare e in cui possono presentare un'offerta soltanto gli operatori economici invitati dalle stazioni appaltanti, con le modalità stabilite dal presente codice.

«**Dialogo competitivo**»

Art. 3, comma 39

è una procedura nella quale la stazione appaltante, in caso di appalti particolarmente complessi, avvia un dialogo con i candidati ammessi a tale procedura, al fine di elaborare una o più soluzioni atte a soddisfare le sue necessità e sulla base della quale o delle quali i candidati selezionati saranno invitati a presentare le offerte; a tale procedura qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare.

«**Procedure negoziate**»

(con o senza pubblicazione bando)

Art. 3, comma 40

sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto. Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata.

Procedura negoziata senza pubblicazione del bando

La procedura negoziata senza pubblicazione del bando può avvenire nelle seguenti ipotesi (art. 57):

CASI COMUNI A LAVORI SERVIZI E FORNITURE

- nessuna offerta “regolare” o “ammissibile” (art. 56, co.1);
- gara deserta o nessuna offerta “appropriata”;
- “esecutore determinato” per ragioni tecniche o artistiche oppure per estrema urgenza determinata da eventi imprevedibili (non imputabili alle stazioni appaltanti);

CASI COMUNI A LAVORI E SERVIZI

- lavori/servizi complementari (di importo ≤ del 50% del contratto iniziale);
- ripetizione di servizi analoghi;

CASI SPECIFICI PER

- FORNITURE

- acquisto di prodotti fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo,
- consegne complementari effettuate dal fornitore originario;
- per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;
- acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose;

- SERVIZI

- se il contratto fa seguito ad un concorso di progettazione;
- per incarichi di progettazione entro un certo valore;

- LAVORI

- per lavori di importo non ≥ di 100.000 euro (art. 122, c. 7)
- In caso di fallimento o grave inadempimento dell'appaltatore (art. 140)

ACQUISTI DI BENI E SERVIZI

- Il ricorso all'acquisizione in economia di beni e servizi è consentito nelle seguenti ipotesi:
 - a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;
 - b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;
 - c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;
 - d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale (art. 125, comma 10).

- Il ricorso all'acquisizione in economia è consentito:
 - nel rispetto del limite massimo di spesa;
 - per tipologie di forniture e servizi previamente individuate da ciascuna stazione.

- I servizi e le forniture acquisibili in economia possono formare oggetto di una previsione, anche sommaria, mediante l'inserimento nel programma annuale (art. 271 del D.P.R. n. 207/2010).

LE MODALITÀ DI ACQUISIZIONE IN ECONOMIA (art. 125 del D.lgs. N. 163/2006)

- Le acquisizioni in economia possono essere effettuate mediante:
 - amministrazione diretta;
 - procedura di cottimo fiduciario.
- L'amministrazione diretta consiste nell'acquisizione effettuata con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento (art. 125, comma 3).
- Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamenti a terzi (art. 125, comma 4).
- Il ricorso a questo tipo di procedura deve essere opportunamente motivato.
- L'affidatario delle acquisizioni in economia deve possedere gli stessi requisiti di idoneità morale e di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritti per prestazioni del medesimo importo affidate mediante le ordinarie procedure di gara (articolo 125 comma 12 del decreto legislativo n. 163/06).
- L'articolo 125, comma 2, del decreto legislativo n. 163/2006 stabilisce che *"Per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento"*.

IL RESPONSABILE DEL PROCEDIMENTO

Il responsabile del procedimento è un soggetto nominato dalle stazioni appaltanti per ogni singolo appalto, al quale sono attribuiti specifici compiti e funzioni nelle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione dell'appalto medesimo (art. 10 del Codice dei Contratti pubblici).

Nella materia degli appalti, la nomina del RUP deve peraltro avvenire per ogni singolo intervento da realizzarsi mediante un contratto pubblico: ai sensi dell'art. 10, comma 8, del Codice il nominativo del responsabile del procedimento deve infatti essere indicato nel bando o nell'avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta. Dalle citate disposizioni di legge si ricava dunque che la stazione appaltante dovrà procedere a nominare il RUP in un momento sicuramente antecedente rispetto a quello della redazione del bando o dell'invito a presentare le offerte.

ACQUISIZIONE DI BENI E SERVIZI IN ECONOMIA SOGLIE

- L'AMMINISTRAZIONE DIRETTA

è consentita fino alla soglia comunitaria (in effetti non è prevista alcun limite).

- il COTTIMO FIDUCIARIO

a. - fino a **130.000 euro**, per le amministrazioni aggiudicatrici facenti parte delle Autorità governative centrali;

b. - fino a **200.000 euro** per le stazioni appaltanti diverse dalle Autorità governative centrali.

I LAVORI IN ECONOMIA

- I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante nell'ambito delle seguenti categorie generali (articolo 125, comma 6, del decreto legislativo n. 163/2006):
 - a) manutenzione o riparazione di opere o impianti, quando ricorre un evento imprevedibile e non sia possibile realizzarle con gli ordinari sistemi di affidamento;
 - b) manutenzione di opere o di impianti;
 - c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
 - d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
 - e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
 - f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

- I lavori sono autorizzati dal RUP, nell'ambito delle somme a disposizione dei quadri economici degli interventi compresi nel progetto. **Per lo stanziamento di fondi non previsti, il RUP presenta una perizia suppletiva, per chiedere l'autorizzazione sulla eccedenza di spesa. In nessun caso la spesa complessiva può superare quella debitamente autorizzata.**

- I lavori in economia :
 - non possono superare il limite dei 200.000 euro;
 - per importi superiori a 100.000 euro, gli interventi vanno inseriti nel programma dei lavori pubblici.

I LAVORI IN ECONOMIA SOGLIE

L'AMMINISTRAZIONE DIRETTA
è consentita per importi non
superiori ad **euro 50.000**;

il **Cottimo Fiduciario**
è consentito per
importi fino ad un
massimo di **200.000**
euro (iva esclusa).

LA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO MEDIANTE COTTIMO FIDUCIARIO

- Il RUP consulta almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento;
- Gli operatori economici possono essere individuati:
 - sulla base di indagini di mercato, che consistono in sondaggi e ricerche informali, fatte preliminarmente alla procedura, volte ad acquisire informazioni utili sul mercato ;
 - ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla s.a. ;
- il RUP invita i soggetti individuati con apposita lettera di invito;
- il RUP procede all'esame ed alla scelta del contraente in base all'offerta più vantaggiosa;
- il soggetto affidatario deve possedere i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico - professionale ed economico – finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie;
- una volta scelto l'affidatario, l'accordo con il medesimo potrà essere sancito con scrittura privata semplice o con lettera con la quale si dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi.
Il responsabile del servizio è il soggetto deputato alla sottoscrizione del contratto o della lettera di ordinazione; per la forma del contratto di cottimo si osserva la disposizione dell'articolo 11, co. 13, del Codice.

L'ATTO DI COTTIMO PER LAVORI **(art. 173 del D.P.R. n. 207/2010)**

- L'atto di cottimo per lavori deve indicare :
 - a) l'elenco dei lavori e delle somministrazioni;
 - b) i prezzi unitari per i lavori e per le somministrazioni a misura e l'importo di quelle a corpo;
 - c) le condizioni di esecuzione;
 - d) il termine di ultimazione dei lavori;
 - e) le modalità di pagamento;
 - f) le penalità in caso di ritardo e il diritto della stazione appaltante di risolvere in danno il contratto, mediante semplice denuncia, per inadempimento del cottimista;
 - g) le garanzie dell'esecutore.

LE FORME DI PUBBLICITÀ DA OSSERVARE NEL COTTIMO FIDUCIARIO (art. 331 del D.P.R. n. 207/2010)

- ❖ Per il cottimo fiduciario di lavori, dopo l'affidamento, la stazione appaltante provvede a:
 - 1) comunicare l'avvenuto affidamento all'Osservatorio dell'Autorità;
 - 2) pubblicare un avviso di post-informazione sul profilo del committente.
- ❖ Per il cottimo fiduciario di beni e servizi non sono previsti gli obblighi di pubblicità normalmente previsti per gli affidamenti sotto soglia.
- ❖ L'esito della procedura è soggetto ad avviso di post-informazione pubblicato sul profilo del committente.

ACQUISIZIONE IN ECONOMIA DI LAVORI PER RAGIONI DI URGENZA

(art. 175 del D.P.R. n. 207/2010)

- I lavori possono essere affidati anche in caso di esigenze impreviste ed urgenti.
- Le ragioni di urgenza devono risultare da un verbale, in cui sono indicati i motivi dello stato di urgenza, le cause che lo hanno provocato e i lavori ritenuti necessari per rimuovere lo stato di urgenza.
- Tale verbale deve essere compilato dal RUP o da un tecnico all'uopo incaricato e, unitamente ad una perizia estimativa, trasmesso alla stazione appaltante per la copertura della spesa e l'autorizzazione dei lavori.

ACQUISIZIONI IN ECONOMIA DI LAVORI CON SOMMA URGENZA

(Art. 176 del D.P.R. n. 207/2010)

- Se le circostanze di somma urgenza non consentano alcun ulteriore indugio, il RUP e/o il tecnico che si reca per primo sul luogo può disporre, contemporaneamente alla redazione del verbale, l'immediata esecuzione dei lavori entro il limite di euro 200.000 o, comunque, di quanto indispensabile per rimuovere lo stato di pregiudizio alla pubblica incolumità.
- L'esecuzione dei lavori di somma urgenza può essere affidata in forma diretta ad una o più imprese individuate dal responsabile del procedimento, RUP, o dal tecnico che si reca per primo sul luogo, oppure incaricato dal RUP.
- Il prezzo delle prestazioni richieste è definito consensualmente con l'affidatario. In difetto di preventivo accordo, il RUP ingiunge l'esecuzione dei lavori ai prezzi fissati dalla stazione appaltante, ferma restando la facoltà dell'appaltatore di formulare riserva.
- Il RUP o il tecnico incaricato compila, entro dieci giorni dall'ordine di esecuzione dei Lavori, una perizia giustificativa degli stessi e la trasmette, insieme al verbale di somma urgenza, alla stazione appaltante che provvede alla copertura della spesa e alla approvazione dei lavori.
- Qualora i lavori siano iniziati per motivi di somma urgenza e questi non dovessero essere approvati dalla stazione appaltante occorre comunque procedere alla liquidazione delle spese relative alla parte dell'opera o dei lavori effettivamente realizzati.

I CRITERI DI AGGIUDICAZIONE

Criteria di aggiudicazione

art. 81-83 del Codice

- La stazione appaltante, al fine di individuare la migliore offerta in gara, può utilizzare:
 - il criterio del prezzo più basso;
 - il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa .

- Il codice ha esteso la portata del principio anche agli appalti sotto la soglia comunitaria, in virtù del rinvio dell'art. 121 che prevede l'applicazione a tali contratti della II parte del Codice.

- Il criterio del prezzo più basso :
 - a) la valutazione delle offerte verterà esclusivamente sul confronto tra i prezzi offerti dai concorrenti.
 - b) la S.A. deve definire (nelle specifiche tecniche) le caratteristiche dell'appalto che intende affidare e i livelli qualitativi dello stesso in maniera puntuale e ben dettagliata;
 - c) i concorrenti alla gara dovranno indicare il prezzo migliore al quale si impegnano a svolgere le prestazioni oggetto dell'appalto, esattamente secondo le modalità e lo standard qualitativo chiesti dalla S.A. .

- Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa :
 - a) la valutazione delle offerte verterà su una pluralità di elementi, il cui peso ponderale dovrà essere previamente individuato dalla S.A. ;
 - b) il prezzo sarà uno di tali elementi, unitamente ad altri, scelti dalla S.A. tra quelli elencati in via esemplificativa all'art. 83, co 1, (la qualità, il pregio tecnico, le caratteristiche estetiche e funzionali, ecc.);
 - c) la S.A. individua le caratteristiche minime delle prestazioni oggetto dell'appalto, sulla cui base i concorrenti definiscono un progetto tecnico da offrire;
 - d) l'offerta dei concorrenti sarà suddivisa in una parte c.d. tecnica relativa alle modalità di espletamento dell'appalto ed una parte economica relativa al prezzo cui l'offerente sarà disposto a realizzare la fornitura o il servizio;
 - e) la S.A. dovrà indicare negli atti di gara gli elementi di valutazione delle offerte e la migliore offerta sarà quella che avrà ottenuto il punteggio complessivo più alto, risultante dalla somma del punteggio attribuito all'offerta tecnica e del punteggio attribuito all'offerta economica.

Nel caso del criterio del prezzo più basso:

- La s.a. deve individuare la **base d'asta*** sulla quale fondare il confronto (stima adeguata e sufficiente);
 - La valutazione delle offerte verterà esclusivamente sul **confronto tra i prezzi** offerti dai concorrenti: **ribasso percentuale** o **valore assoluto**. **Divieto di offerte in aumento**.
 - La s.a. deve definire (nelle specifiche tecniche) le caratteristiche dell'appalto che intende affidare e i livelli qualitativi dello stesso in maniera puntuale e ben dettagliata;
 - Il codice **non** prescrive quale organo debba pervenire all'individuazione della migliore offerta;
 - In assenza di specifiche disposizioni, la fase è affidata alternativamente:
 - a. Al **responsabile del procedimento** (art. 10);
 - b. Al **seggio di gara**: art. 82 dispone che l'aggiudicazione sia disposta dal presidente del seggio, da due testimoni e dall'ufficiale rogante (che redige il verbale).
- Entrambi costituiscono organi monocratici.

Il criterio del prezzo più basso (art. 82)

- Le uniche offerte ammissibili sono quelle che prestano **un prezzo inferiore** (ribasso percentuale o valore più basso) **a quello posto a base di gara**.
- Il bando stabilisce se:
 - a) per i contratti da stipulare **a misura**, il prezzo più basso è determinato mediante ribasso sull'elenco analitico dei prezzi posto a base di gara; il computo metrico (appalti lavori) e l'elenco dei prezzi sono sempre da porre a visione. Per questi contratti il prezzo finale dell'opera è stimato in via **presuntiva** e il relativo costo effettivo è determinato esclusivamente al termine dell'esecuzione contrattuale.
 - b) per i contratti da stipulare **a corpo**, il prezzo più basso viene determinato **globalmente** sull'intero valore contrattuale e **non** può essere modificato: gli appalti di lavori sono, di norma, stipulati a corpo (art. 53, comma 4) attraverso un computo metrico estimativo della prestazione. Necessario porre in visione il solo computo metrico.
- In ogni caso il ricorso a questo criterio può essere ammesso soltanto nell'ipotesi in cui la *lex specialis* **non** lasci margini di definizione dei contenuti dell'appalto in capo all'iniziativa dell'impresa, attraverso una **predefinizione puntuale** di tutti gli elementi progettuali.

Il D.L. 21 giugno 2013, n. 69, convertito, con modificazioni, dalla legge 9 agosto 2013, n. 98 ha inserito il seguente comma:

“3-bis. Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa e la commissione giudicatrice

- **Art. 84** del codice: con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la valutazione delle offerte è affidata ad una **commissione di gara**, composta da un numero **dispari** (garantire la funzionalità del principio maggioritario per la formazione del quorum funzionale) di componenti (max 5) e presieduta da un dirigente della s. a. ;
 - *"La nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire **dopo** la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte"* (art. 84, comma 10).
- Commissione di gara, quale organo: straordinario, collegiale (collegialità perfetta), temporaneo, avente compiti di natura tecnico – discrezionale.

Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 83)

- La s. a., nel bando, individua i criteri (pertinenti) di valutazione dell'offerta e la ponderazione (espressa in percentuale o in termini assoluti o in ordine decrescente di importanza) relativa attribuita a ciascuno di essi; a titolo di esempio, tra gli altri:
 - prezzo; qualità; pregio tecnico; caratteristiche estetiche e funzionali; caratteristiche ambientali, contenimento consumi energetici e risorse ambientali dell'opera; costo di utilizzazione e manutenzione; redditività; assistenza tecnica; data di consegna ovvero termine di consegna o di esecuzione; sicurezza di approvvigionamento.
- In caso di concessioni: durata contratto, modalità di gestione, livello e criteri di aggiornamento tariffe da praticare.
- Per ognuno dei criteri, la s.a. può individuare una soglia minima da raggiungere; le offerte che non totalizzano il punteggio minimo non vengono ammesse alla prosecuzione della gara*.

* Giurisprudenza

" L'art. 83 comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163, nello stabilire che il bando di gara, per ciascun criterio di valutazione prescelto, può prevedere, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi, ha effettuato una scelta che trova giustificazione nell'esigenza di ridurre gli apprezzamenti soggettivi della commissione giudicatrice, garantendo in tale modo l'imparzialità delle valutazioni nell'essenziale tutela della "par condicio" tra i concorrenti, i quali sono tutti messi in condizione di formulare un'offerta che consenta di concorrere effettivamente all'aggiudicazione del contratto in gara" (Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2013 n. 7).

" L'art. 83 comma 2, d.lg. n. 163 del 2006, pur consentendo soglie di ponderazione, e relativi punteggi, impone che vi sia un adeguato scarto tra il punteggio della soglia e quello massimo relativo all'elemento cui si riferisce la soglia. Comunque, l'art. 83 comma 2, non autorizza la determinazione di soglie basate su medie calcolate sulle offerte in gara, che si prestano a palesi distorsioni" (Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 2011, n. 6023) .

La scelta dei commissari

- *In primis*, scelta tra i funzionari della s. a.;
- In via subordinata (carenza in organico di adeguate professionalità):
 - a) tra funzionari di amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 3, comma 25;
 - b) secondo un criterio di rotazione:
 - professionisti con 10 anni di iscrizione all'albo;
 - professori universitari di ruolo, elenco formato da facoltà di appartenenza.

Le incompatibilità del commissario componente della Commissione giudicatrice

- Non compatibile con qualsivoglia funzione tecnico-amministrativa svolta in relazione all'appalto specifico.
 - Commissario non può essere chi:
 - a) nei 2 anni precedenti all'avvio procedura ha svolto carica di amministratore della s. a.;
 - b) come membro di altre commissioni ha agito con dolo o colpa grave, accertata con sentenza;
 - c) cause di astensione ai sensi dell'art. 51 c.p.c.
- *"L'applicazione di tali norme, prescinde dall'espressa previsione del bando di gara per la loro natura di derivazione diretta da principi generali, norme imperative, espressive di principi generali e consolidati della materia e quindi come tali, in grado di integrare e sovrapporsi alla lex specialis"*
(Cons. Stato Ad. Plen. 7 maggio 2013, n. 13) .

Giurisprudenza

“La caducazione della nomina della Commissione di gara, effettuata in violazione delle regole di cui all'art. 84, comma 4 e 10, d.lg. 12 aprile 2006, n. 163, comporta in modo caducante il travolgimento per illegittimità derivata di tutti gli atti successivi della procedura di gara fino all'affidamento del servizio ed impone quindi la rinnovazione dell'intero procedimento” (Cons. Stato ad. plen. 7 maggio 2013, n. 13).

REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

I REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Ai fini della partecipazione ad una procedura di gara avente rilevanza comunitaria, la stazione appaltante deve chiedere agli operatori economici interessati la dimostrazione del possesso dei cosiddetti “requisiti di partecipazione” o anche “requisiti di qualificazione”.

Per gli appalti di servizi e forniture si tratta dei:

- requisiti di ordine generale di cui all’art. 38 del Codice;
- requisiti di idoneità professionale di cui all’art. 39;
- requisiti di capacità economica e finanziaria di cui all’art. 41;
- requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all’art. 42.

I requisiti di partecipazione devono essere posseduti dai concorrenti al momento della presentazione della domanda di partecipazione (nella procedura ristretta o nella procedura negoziata senza bando) o dell’offerta (nella procedura aperta).

I REQUISITI DI ORDINE GENERALE

- I requisiti di ordine generale riguardano l'affidabilità morale dell'operatore economico.
- L'operatore economico che sia carente di uno o più dei requisiti di carattere generale:
 - è escluso dalla partecipazione alle procedure di gara,
 - non può essere affidatario di subappalti, e,
 - (e più in generale) non può stipulare contratti pubblici.

Art. 74 (Forma e contenuto delle offerte) del d.lgs. n. 163/2006

- **Le offerte:**
 - a) hanno forma di documento **cartaceo** o **elettronico**;
 - b) devono essere **sottoscritte** (con firma manuale o digitale); la sottoscrizione assolve all'onere di assicurarne la provenienza, la serietà, l'affidabilità e l'insostituibilità del contenuto; → sottoscrizione come **condizione essenziale** per ammissibilità dell'offerta. La mancanza inficia la validità e la ricevibilità della proposta economica.
 - c) devono contenere elementi prescritti dal **bando** o dall'invito ovvero dal capitolato e, in ogni caso, gli **elementi essenziali** per identificare l'offerente e la procedura cui si riferiscono.
 - d) Le s. a. richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi (*"L'utilizzo del modulo predisposto dalla p.a. non è vincolante, sicché tale disposizione va interpretata ritenendo, non soltanto che l'offerta - purché completa in tutti i suoi elementi - possa essere strutturata anche in modo totalmente diverso rispetto al modulo predisposto dalla p.a., ma che a tale modulo possano essere apportate tutte le variazioni ritenute necessarie per rendere chiara l'offerta presentata"* **T.A.R. Palermo Sicilia sez. I, 14 febbraio 2013, n. 351**).
 - e) Salvo che l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari, il mancato utilizzo di moduli predisposti dalle s. a. per la presentazione delle offerte **non costituisce causa di esclusione**.

Art. 38 Requisiti di ordine generale

Art. 38, comma 1, lett. a): fallimento e procedure concorsuali

Art. 38, comma 1, lett. b): misure di prevenzione

Art. 38, comma 1, lett. c): condanne penali

Art. 38, comma 1, lett. d): violazione del divieto di intestazione fiduciaria

Art. 38, comma 1, lett. e): Infrazioni alle norme in materia di sicurezza

Art. 38, comma 1, lett. f): negligenza, malafede ed errore professionale grave

Art. 38, comma 1, lett. g): irregolarità tributarie

Art. 38, comma 1, lett. h): le false dichiarazioni

Art. 38, comma 1, lett. i): le irregolarità contributive

Art. 38, comma 1, lett. l): Normativa sul collocamento dei soggetti disabili

Art. 38, comma 1, lett. m): sanzioni interdittive

Art. 38, comma 1, lett. m-bis): falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini dell'attestazione SOA

Art. 38, comma 1, lett. m-ter): omessa denuncia di pressioni mafiose

Art. 38, comma 1, lett. m-quater): rapporti di controllo e collegamento sostanziale.

- Moduli standard per la dichiarazione sostitutiva dei requisiti di ordine generale

- L'art. 38, comma 1-bis, inserito dalla legge n. 94/2009, prevede che le cause di esclusione contemplate nello stesso articolo del Codice non si applicano alle aziende o alle società sottoposte a sequestro o confisca ed affidate ad un custode o amministratore giudiziario, limitatamente a quelle riferite al periodo precedente al predetto affidamento, o finanziario.

Art. 39 Requisiti di idoneità professionale

- I requisiti di idoneità professionale provano la competenza del concorrente dal punto di vista tecnico-professionale attraverso la sua iscrizione a determinati registri o albi
- Attraverso la richiesta di un requisito di idoneità professionale, quale ad esempio l'iscrizione alla Camera di Commercio per una specifica attività che è oggetto dell'appalto, la stazione appaltante persegue il chiaro fine di selezionare operatori economici che abbiano una peculiare esperienza nel settore dell'appalto che intende affidare.
- I concorrenti alle gare, se cittadini italiani o di altro Stato membro residenti in Italia, possono essere invitati a provare la loro iscrizione nel registro della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura o nel registro delle commissioni provinciali per l'artigianato, o presso i competenti ordini professionali.
- Se si tratta di un cittadino di altro Stato membro non residente in Italia, può essergli richiesto di provare la sua iscrizione, secondo le modalità vigenti nello Stato di residenza, in uno dei registri professionali o commerciali, mediante dichiarazione giurata o secondo le modalità vigenti nello Stato membro nel quale è stabilito.
- Nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, se i candidati o gli offerenti devono essere in possesso di una particolare autorizzazione ovvero appartenere a una particolare organizzazione per poter prestare nel proprio paese d'origine il servizio in questione, la stazione appaltante può chiedere loro di provare il possesso di tale autorizzazione ovvero l'appartenenza all'organizzazione di cui trattasi.

IDONEITÀ PROFESSIONALE NEI SERVIZI E FORNITURE SOTTO SOGLIA

- Per i servizi e forniture sotto soglia il Codice, all'art. 124, comma 7, demanda la disciplina dei requisiti di partecipazione, compresa l'idoneità professionale, al Regolamento, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme dettate dal Codice medesimo.
- In ogni caso il suddetto Regolamento prevede, all'art. 327, comma 1, che gli operatori economici devono possedere tra l'altro i requisiti di idoneità professionale di cui all'art. 39 del Codice. Dunque, come per i requisiti di ordine generale, si è optato per mantenere la stessa disciplina sia per gli appalti sopra soglia comunitaria sia per gli appalti sotto soglia comunitaria

I REQUISITI SPECIALI DI PARTECIPAZIONE

- I requisiti speciali attengono alle capacità che l'operatore economico deve possedere ai fini della partecipazione ad una determinata procedura di gara, sulla base di quanto previsto dalla *lex specialis* (bando di gara oppure lettera di invito).
- Il Codice dei contratti pubblici n. 163/2006 prevede due principali tipologie di requisiti speciali:
 - i requisiti di capacità economico-finanziaria
 - i requisiti di capacità tecnico-professionale.
- La disciplina relativa ai requisiti speciali per l'affidamento di servizi e forniture è contenuta rispettivamente all'articolo 41 (Capacità economica e finanziaria) e all'articolo 42 (Capacità tecnica e professionale) del Codice (si v. determinazione Avcp n. 5 del 21 maggio 2009).

DISCREZIONALITÀ DELLA S.A.

- La stazione appaltante ha un'ampia discrezionalità sia in merito alla scelta dei criteri, potendo utilizzare quelli indicati dal Codice (in tutto o in parte) ovvero indicarne altri che risultino nei singoli casi utili ed efficaci al fine dell'indagine sulla solidità economico-finanziaria dei partecipanti alla procedura di gara.
- Dal punto di vista operativo è opportuno che la stazione appaltante:
 - a) richieda la dimostrazione della capacità economico-finanziaria mediante uno o più dei documenti indicati dal Codice;
 - b) richieda in aggiunta ulteriori documenti idonei a provare la suddetta capacità, autonomamente individuati, qualora si rendano necessari in relazione all'oggetto e alle finalità della gara e che non dovranno comunque risultare irragionevoli, illogici o contraddittori (Cons. St., Sez. IV, 19 luglio 2004, n. 5174);
 - c) in ogni caso precisi nel bando l'oggetto della propria richiesta, ai sensi dell'art. 41, comma 2, del Codice.
- In via eccezionale, l'articolo 41, comma 3, del Codice prevede – qualora il concorrente non sia in grado, per giustificati motivi, ivi compreso quello concernente la costituzione o l'inizio dell'attività da meno di tre anni, di presentare le referenze richieste – la possibilità di provare la propria capacità economica e finanziaria mediante qualsiasi altro documento considerato idoneo dalla stazione appaltante.

Giurisprudenza

A giudizio della giurisprudenza :

- non è necessario che le dichiarazioni contengano elementi riguardanti la consistenza economico-finanziaria delle imprese;
- è sufficiente anche il solo riferimento alla qualità del rapporto in atto tra gli istituti bancari o gli intermediari autorizzati e le imprese (Cons. St., Sez. V, 23 giugno 2008, n. 3108);

I REQUISITI DI CAPACITÀ TECNICO-ORGANIZZATIVA

- Il Codice all'art. 42 prevede che negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti possa essere fornita in uno o più dei modi ivi indicati, a seconda della natura, della quantità o dell'importanza e dell'uso delle forniture o dei servizi.
- Tali requisiti sono volti ad assicurare la capacità imprenditoriale del concorrente e non vanno confusi con il merito tecnico che attiene, invece, alla qualità tecnica del prodotto o del servizio che forma oggetto di apprezzamento in sede di gara.

I REQUISITI TECNICO-PROFESSIONALI art. 42

Negli appalti di servizi e forniture la dimostrazione delle capacità tecniche dei concorrenti può essere fornita in uno o più dei seguenti modi:

- a) presentazione dell'elenco dei principali servizi o delle principali forniture prestati negli ultimi tre anni con l'indicazione degli importi, delle date e dei destinatari, pubblici o privati, dei servizi o forniture stessi; provati mediante certificati della P.A. oppure dichiarazioni dei privati o concorrenti;
- b) indicazione dei tecnici e degli organi tecnici, facenti direttamente capo, o meno, al concorrente e, in particolare, di quelli incaricati dei controlli di qualità;
- c) descrizione delle attrezzature tecniche tale da consentire una loro precisa individuazione e rintracciabilità, delle misure adottate dal fornitore o dal prestatore del servizio per garantire la qualità, nonché degli strumenti di studio o di ricerca di cui dispone;
- d) controllo, effettuato dalla stazione appaltante o, nel caso di concorrente non stabilito in Italia, per incarico della stazione appaltante, da un organismo Ufficiale competente del Paese in cui è stabilito il concorrente, purché tale organismo acconsenta, allorché i prodotti da fornire o il servizio da prestare siano complessi o debbano rispondere, eccezionalmente, a uno scopo determinato; il controllo verte sulla capacità di produzione e, se necessario, di studio e di ricerca del concorrente e sulle misure utilizzate da quest'ultimo per il controllo della qualità;
- e) indicazione dei titoli di studio e professionali dei prestatori di servizi o dei dirigenti dell'impresa concorrente e, in particolare, dei soggetti concretamente responsabili della prestazione di servizi;
- f) indicazione, per gli appalti di servizi e unicamente nei casi appropriati, stabiliti dal regolamento, delle misure di gestione ambientale che l'operatore potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto;
- g) per gli appalti di servizi, indicazione del numero medio annuo di dipendenti del concorrente e il numero di dirigenti impiegati negli ultimi tre anni;
- h) per gli appalti di servizi, dichiarazione indicante l'attrezzatura, il materiale e l'equipaggiamento tecnico di cui il prestatore di servizi disporrà per eseguire l'appalto;
- i) indicazione della quota di appalto che il concorrente intenda, eventualmente, subappaltare;
- l) nel caso di forniture, produzione di campioni, descrizioni o fotografie dei beni da fornire, la cui autenticità sia certificata a richiesta della stazione appaltante;
- m) nel caso di forniture, produzione di certificato rilasciato dagli istituti o servizi ufficiali incaricati del controllo qualità, di riconosciuta competenza, i quali attestino la conformità dei beni con riferimento a determinati requisiti o norme.

La qualificazione nei settori dei servizi e delle forniture (art. 42)

Novità



La legge n. 106/2011, di conversione del D.L. n. 70/2011, ha aggiunto a tale disposizione il **comma 3-bis**, ai sensi del quale le stazioni appaltanti provvedono **ad inserire** nella **Banca dati dei contratti pubblici**, secondo il **modello** predisposto e pubblicato dall'Autorità previo parere del Ministero delle infrastrutture, la **certificazione** attestante le prestazioni di cui al comma 1, lett. a), dell'art. 42, rese dai **fornitori** e dai **prestatori di servizi (CEP)**, entro 30 gg. dall'avvenuto rilascio.

In caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'art. 6, comma 11 del Codice (applicazione di sanzioni da parte dell'Autorità).

Requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta

- I requisiti di partecipazione alla gara hanno carattere soggettivo e riguardano esclusivamente l'operatore economico concorrente;
- I criteri di valutazione dell'offerta hanno ad oggetto le caratteristiche oggettive della prestazione oggetto della procedura.
- Costituisce principio di derivazione nazionale e comunitaria il divieto di commistione tra requisiti di partecipazione alla gara e criteri di valutazione dell'offerta, con alcuni temperamenti nel caso in cui gli aspetti organizzativi o le esperienze pregresse, per il loro stretto collegamento con lo specifico oggetto dell'appalto, non vengano considerati in quanto tali, ma come elemento incidente sulle modalità esecutive dello specifico servizio e, quindi, come parametro afferente alle caratteristiche oggettive dell'offerta (Parere AVCP n. 141/2010; Consiglio di Stato, sezione V, 12 giugno 2009, n. 3716).
- I requisiti speciali per i servizi tecnici sono stabiliti all'articolo 263 del Regolamento attuativo del Codice di cui al d.P.R. n. 207/2010, con applicazione, fino al 31 dicembre 2013, dei correttivi di cui all'articolo 253, comma 15-bis, del Codice dei contratti pubblici.

L'AVVALIMENTO ART. 49

Il principio di avvalimento di derivazione comunitaria, che consente al prestatore, in sede di gara, di provare la capacità tecnica ed economica mediante il ricorso ai requisiti posseduti da altro soggetto, è applicabile anche all'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria indicati nella categoria n. 12 dell'allegato II A del Codice dei contratti pubblici (sulla *ratio* dell'istituto dell'avvalimento, si veda Consiglio di Stato, sezione IV, 16 febbraio 2012 n. 810).

Gli operatori economici possono soddisfare la richiesta relativa al possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e organizzativo, facendo ricorso all'istituto dell'avvalimento, che consente di ricorrere ai requisiti di un altro soggetto (cosiddetta impresa ausiliaria), nei modi e alle condizioni di cui all'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici, tra cui la presentazione del contratto di avvalimento (vedi anche articolo 88 del Regolamento di cui al d.P.R. n. 207/2010).

La parziale mancanza dei requisiti necessari alla partecipazione ad una procedura può essere sopperita indicando quale subappaltatore, all'atto della presentazione della domanda di partecipazione o dell'offerta, un operatore economico in possesso dei requisiti richiesti (cosiddetto subappalto qualificante), a condizione che vengano rese anche le dichiarazioni di cui all'articolo 49 del Codice dei contratti pubblici (T.A.R. Lazio, Roma, sezione III, 1° luglio 2011, n. 5806).

Art. 48: controllo a campione del possesso dei requisiti speciali

•L'art. 48 disciplina l'attività di controllo a campione del possesso dei requisiti speciali da parte dei concorrenti da parte delle stazioni appaltanti

•Novità

• ↓

•La legge n. 106/2011, di conversione del D.L. n. 70/2011, ha inserito **un periodo nel comma 1**, a tenore del quale le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di **qualificazione per eseguire i lavori** attraverso il **casellario informatico**, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati al contraente generale; per **i fornitori e per i prestatori di servizi** la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) è effettuata tramite la **Banca dati** nazionale dei contratti pubblici.

•Obiettivi

• ↓

- Snellimento delle attività richieste alle stazioni appaltanti
- Abbattimento dei costi a carico degli operatori economici

L'INTEGRAZIONE DOCUMENTALE

- L'art. 46 del Codice stabilisce che nei limiti previsti dagli articoli da 38 a 45, le stazioni appaltanti invitano, se necessario, i concorrenti a completare o a fornire chiarimenti in ordine al contenuto dei certificati, documenti e dichiarazioni presentati.
- La disposizione in questione è volta ad assicurare il rispetto del principio della massima partecipazione alle procedure di gara, attraverso il potere-dovere della stazione appaltante di chiedere e quindi di consentire ai concorrenti di regolarizzare carenze nel contenuto di certificati, documenti e dichiarazioni presentati per la dimostrazione del possesso dei requisiti di partecipazione ovvero di fornire chiarimenti in relazione al contenuto medesimo.

LIMITI ALLA INTEGRAZIONE DOCUMENTALE

- In considerazione del fatto che il principio della massima partecipazione deve essere comunque temperato con quello, parimenti importante, della *par condicio* tra i concorrenti, il completamento o i chiarimenti in ordine ai certificati, documenti e dichiarazioni presentati da un concorrente è consentito entro ben determinati limiti.

È importante dunque sapere che:

- a) l'art. 46 non può essere invocata per supplire all'omessa presentazione di certificati, documenti e dichiarazioni richieste dalla stazione appaltante a pena di esclusione;
 - b) essa consente dunque la mera regolarizzazione di documenti presentati, attraverso integrazioni o chiarimenti di quanto già in essi contenuto donde la necessità che il documento sia comunque idoneo a fornire un principio di prova (Cons. St., Sez. V, n. 1513/2010,; Cons. St., Sez. V, n. 1038/2010; TAR, Torino, Sez. I, 2722/ 2010);
 - c) la regolarizzazione può riguardare solo certificati, documenti e dichiarazioni inerenti i requisiti di partecipazione di cui agli artt. Da 38 a 45 e dunque non elementi essenziali aspetti sostanziali dell'offerta, che non può essere completata o modificata in nessun modo una volta scaduto il termine di presentazione (Cons. St., Sez. VI, n. 2302/2007,)
- d) la regolarizzazione, anche con riguardo ad aspetti formali, non può essere consentita in presenza di chiare ed inequivoche clausole della *lex specialis* di gara. La stessa infatti si ritiene legittima in presenza di clausole dubbie od equivoche che hanno indotto in errore il concorrente (Cons. St., Sez. V, n. 3320/2009,).

RTI REQUISITI

- Nel caso di partecipazione ad una gara da parte di un raggruppamento temporaneo di operatori non ancora costituito, la polizza fideiussoria deve essere intestata a tutti i partecipanti del costituendo raggruppamento e deve altresì essere sottoscritta da parte di tutti i partecipanti medesimi (Deliberazione AVCP n. 126/2007; Parere AVCP di precontenzioso n. 167/2008).
- L'art. 275 del Regolamento di cui al d.P.R. n. 207/201 prevede che spetta alla stazione appaltante stabilire la misura dei requisiti minimi da dimostrarsi in capo ai singoli concorrenti partecipanti, fermo restando che la mandataria possieda i requisiti ed esegua le prestazioni in misura maggioritaria.
- Gli altri concorrenti del raggruppamento sprovvisti di certificazione di qualità non possono giovare della certificazione ottenuta da altro concorrente raggruppato, al fine di conseguire il dimezzamento della cauzione provvisoria, ai sensi dell'articolo 75, comma 7 del Codice dei contratti pubblici (T.A.R. Piemonte, Torino, Sez. II, 8 aprile 2008, n. 603).

NOVITÀ LEGISLATIVE

NOVITÀ LEGISLATIVE DI CUI AL D.L. N. 179 DEL 2012 CONV. IN L. 221 DEL 2012

- Dal 1.1.2013 il contratto, a pena di nullità, è stipulato con atto pubblico notarile informatico, ovvero in modalità elettronica, in forma pubblica amministrativa tramite Ufficiale rogante o mediante scrittura autenticata (l'art. 6, co. 3) *;
- Dal 1.1.2013 le spese per la pubblicazione dei bandi e degli avvisi *(di cui al secondo periodo del comma 7 dell'articolo 66 e al secondo periodo del comma 5 dell'articolo 122 del Codice dei contratti pubblici)*, sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione (art. 34, co. 35);
- È istituita presso l'AVCP l'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti (art. 33 ter). *(Le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di richiedere l'iscrizione all'Anagrafe unica presso la Banca dati nazionale dei contratti pubblici istituita ai sensi dell'articolo 62-bis del codice dell'amministrazione digitale di cui al decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82. Esse hanno altresì l'obbligo di aggiornare annualmente i rispettivi dati identificativi. Dall'obbligo di iscrizione ed aggiornamento dei dati derivano, in caso di inadempimento, la nullità degli atti adottati e la responsabilità amministrativa e contabile dei funzionari responsabili. L'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture stabilisce con propria deliberazione le modalità operative e di funzionamento dell'Anagrafe unica delle stazioni appaltanti.*
- La possibilità di effettuare micro-pagamenti (spetterà all'AVCP individuare il valore economico massimo) tramite strumenti elettronici di pagamento se richiesto dalle imprese fornitrici (art. 15, co. 3 bis).

NOVITÀ LEGISLATIVE DI CUI AL D.L. N. 70 DEL 2011 CONV. IN L. 106 DEL 2011

- Affidamento diretto in economia si servizi e forniture da 20.000 a 40.000 (art. 4, co. 2, lett. m-bis);
- Per i contratti di fornitura e servizi di valore fino a 20.000 euro, le imprese contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva il luogo del DURC (art. 6, co. 3);
- Requisiti soggettivi di partecipazione (art. 38 Codice) :
 - a. La causa di esclusione relative a condanne penali, in precedenza prevista per gli amministratori cessati nel triennio, è stata circoscritta agli amministratori cessati dalla carica nell'anno (art. 38, comma 1, lett. c); (Le modifiche recate dal D.L. n. 70/2011 sono dirette a risolvere le numerose questioni esecutive in tema di condanne penali a carico degli amministratori cessati dalla carica)
 - b. La nuova norma richiede “*che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione*” (non parla più di atti o misure ossia “*di aver adottato atti o misure di completa dissociazione*”).
 - c. in relazione al divieto di irregolarità tributaria (art. 38, comma 1, lett. g) del Codice), le irregolarità tributarie (relativi al pagamento di imposte e tasse) devono essere “*gravi*” “*definitivamente accertata*”;
 - d. è escluso il concorrente nei cui confronti risulta l'iscrizione nel casellario informatico per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione in merito a requisiti e condizioni rilevanti per la partecipazione a procedure di gara e per l'affidamento dei subappalti (v. art. 38, 1-ter, lett. h) – *Compreso false dichiarazione in materia di SOA*)
 - e. è escluso il concorrente che – pur essendo stato vittima dei reati di concussione ed estorsione aggravati dallo stampo mafioso – non risulti aver denunciato i fatti all'autorità giudiziaria, salvo che ricorrano le esimenti relative all'adempimento di un dovere o di una facoltà legittima, ovvero lo stato di necessità o di legittima difesa (art. 38, co. 1, lett. m-ter);
- Le stazioni appaltanti, in sede di controllo ex art. 48, verificano il possesso del requisito di qualificazione: a. per eseguire i lavori attraverso il casellario informatico, ovvero attraverso il sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per i contratti affidati al contraente generale; b. per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del possesso del requisito di cui all'art. 42, comma 1, lett. a) è effettuata tramite la Banca dati nazionale dei contratti pubblici.
- Cause tassative di esclusione (art. 46, comma 1 bis Codice). *La stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle.*

Il decreto del fare e il decreto su IVA e lavoro

- I recenti provvedimenti adottati dal governo hanno portato, nell'ambito degli **appalti**, una **serie di interessanti novità**: adempimenti, scadenze, nuove certificazioni hanno trovato spazio soprattutto
 - - nel decreto del Fare (D.L. 69/2013),
 - - nel decreto su IVA e Lavoro (D.L. 76/2013, convertito con la legge 99/2013)

NOVITÀ LEGISLATIVE

Decreto del Fare (D.L. 69/2013), e decreto su IVA e Lavoro (D.L. 76/2013, convertito con la legge 99/2013):

- Asseverazione attestante i versamenti delle ritenute fiscali;
- Anticipazioni nei pagamenti negli appalti di lavori;
- *AVCPass*;
- Durata del DURC pari a 120 gg.;
- Responsabilità solidale del committente;
- Il prezzo più basso al netto delle spese relative al costo del personale;
- Tutela delle piccole e medie imprese.

Asseverazione attestante i versamenti delle ritenute fiscali

- **Per i contratti di appalto/subappalto stipulati o rinnovati dal 12 agosto 2012** l'appaltatore deve richiedere al subappaltatore **l'asseverazione di un soggetto qualificato** (o, in alternativa, l'autocertificazione) attestante che i versamenti delle ritenute fiscali sui redditi di lavoro dipendente inerenti il subappalto, già scaduti a tale data, siano stati **“correttamente eseguiti”**; il committente deve comportarsi allo stesso modo nei confronti dell'appaltatore, il quale deve fornire anche la **documentazione rilasciata da tutti i subappaltatori.**

Anticipazioni nei pagamenti negli appalti di lavori

- Il decreto del fare prevede, all'art. 26-ter, la corresponsione in favore dell'appaltatore di **un'anticipazione pari al 10 per cento dell'importo contrattuale.**

La norma, ispirata ad evidenti finalità anticrisi, introduce una deroga ai previgenti divieti di anticipazione del prezzo, con una norma transitoria che si applicherà fino al **31 dicembre 2014.**

Inoltre, **le stazioni appaltanti dovranno erogare l'anticipazione entro quindici giorni dalla data di effettivo inizio dei lavori** accertata dal responsabile del procedimento

L'applicazione della norma sull'anticipazione, in deroga al generale divieto, va riferito:

a) ai soli **appalti di lavori disciplinati dal Codice**, con esclusione degli appalti di servizi e forniture e delle concessioni (laddove sia previsto l'eventuale prezzo compensativo);

b) affidati a seguito di **gare bandite dal 21 agosto 2013 al 31 dicembre 2014**; per principi ricevuti sarà rilevante la data di pubblicazione del bando, ovvero la data di invio della lettera di invito;

- La norma, che ha evidente natura eccezionale e transitoria rispetto al generale divieto di anticipazione del prezzo, va interpretata restrittivamente e non può essere estesa analogicamente né applicata

AVCPass

- L'AVCPass è l'acronimo di “*Authority Virtual Company Passport*”, una sorta di **passaporto virtuale rilasciato dall'Autorità di vigilanza sui Contratti Pubblici idoneo a comprovare il possesso dei requisiti per la partecipazione alle gara d'appalto** e per la stipula dei relativi contratti.
- L'AVCPass costituisce l'attuazione delle misure di semplificazione di cui al decreto n. 5/2012 (convertito in L. 135/2012) mediante la creazione di una “**Banca dati nazionale dei contratti pubblici**”, che consente alle stazioni appaltanti/enti aggiudicatori, attraverso un'interfaccia web e le cooperazioni applicative con gli Enti Certificanti, **l'acquisizione della documentazione comprovante il possesso dei requisiti generali e speciali.**
- Con deliberazione dell'Autorità di Vigilanza n. 111/2012 sono state dettate le prime indicazioni in ordine alla concreta attuazione della Banca dati nazionale e dell'AVCPass,

DURC

- la durata del **DURC** ora fissata in 120 giorni dal rilascio (art. 31)
- Il DURC può essere utilizzato per diverse fasi della filiera dell'appalto per tutta la sua durata di validità.

Responsabilità solidale negli appalti.

- Il decreto lavoro – IVA ha introdotto la nuova formulazione della responsabilità solidale negli appalti **del committente**.
- La questione non è priva di conseguenze pratiche rilevanti, specie avuto riguardo alla situazione di **insolvenza dell'appaltatore** (che è il problema socio-economico più drammatico della situazione attuale, derivando anche da crediti non adempiuti dalle P.A. per un totale – a quanto risulta – di 90 miliardi di euro);

IL PREZZO PIÙ BASSO AL NETTO DELLE SPESE RELATIVE AL COSTO DEL PERSONALE

- L'art. 32, c. 7, del decreto introduce un nuovo comma 3bis all'art. 82 del Codice appalti col quale si prevede che il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.
- Si tratta della sostanziale riproposizione della contestatissima norma introdotta a suo tempo dal decreto sviluppo 70/2011 all'art. 81, c.3bis del Codice appalti, poi provvidenzialmente abrogata col decreto Monti (c.d. "Salva Italia");

II° PARTE

Razionalizzazione della spesa

GLI INTERVENTI DEL GOVERNO

- In relazione a ciò, il Governo ha varato due strumenti normativi :
 - il decreto-legge 7 maggio 2012, n. 52;
 - il decreto-legge 6 luglio 2012, n. 95.
- Gli interventi normativi in esame rappresentano un complesso di disposizioni la cui finalità è quella di consentire, in aggiunta alle norme già vigenti nell'ordinamento, l'eliminazione di inefficienze e sprechi nella spesa pubblica, in modo da ridurre l'ammontare e reperire risorse da destinare alla crescita economica.
- I provvedimenti fanno riferimento agli obiettivi espressi nella [Direttiva del 3 maggio 2012](#) del Presidente del Consiglio dei ministri, che sulla base di quanto contenuto nel c.d. ["Rapporto Giarda" dell'8 maggio 2012 \(Elementi per una revisione della spesa pubblica\)](#), ha individuato un obiettivo immediato di riduzione della spesa, da conseguire nell'arco del periodo 1° giugno – 31 dicembre 2012.

REVISIONE DELLA SPESA

Lo scopo della revisione della spesa è

- ridefinire le priorità, la governance e la struttura interna di un bilancio pubblico in un'orizzonte di saldi di bilancio invariati e/o di spesa pubblica costante in termini di PIL
- ridiscutere la ratio stessa dell'intervento pubblico in alcuni ambiti, ridefinire le priorità, la governance e la struttura del bilancio in un quadro di significativo ridimensionamento dei saldi di bilancio e di spesa pubblica in altrettanto significativa riduzione rispetto al PIL.

LE NOVITÀ NEGLI APPALTI PUBBLICI DI CUI II DECRETO-LEGGE N. 52/2012

- Istituisce un apposito **Comitato interministeriale**
- Istituito un **Commissario straordinario** per la razionalizzazione della spesa per beni e servizi;
- Interventi per incentivare le **procedure di acquisto centralizzato**.

(segue) COMITATO INTERMINISTERIALE

- Ha lo scopo di coordinare l'azione **del** Governo e le politiche volte all'analisi ed al riordino della spesa
- Presieduto dal Presidente **del** Consiglio dei ministri;
- Svolge attività di indirizzo e dovrà, in particolare, concernere la revisione dei programmi di spesa e dei trasferimenti alle imprese, la riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi, nonché il ridimensionamento delle strutture e l'ottimizzazione dell'uso degli immobili.

(segue) COMMISSARIO STRAORDINARIO PER LA RAZIONALIZZAZIONE DELLA SPESA PER BENI E SERVIZI (art. 2 D.L. 52/2012)

- Definisce, per voci di costo, il livello di spesa per acquisti di beni e servizi di tutte le amministrazioni pubbliche
- Ai fini dell'espletamento del proprio compito – vale a dire la definizione dei livelli di spesa per voci di costo - il Commissario ha il potere di chiedere informazioni e documenti alle singole amministrazioni e società e può disporre nei confronti delle stesse ispezioni da parte dell'Ispettorato del Dipartimento per la funzione pubblica e da parte della Ragioneria generale dello Stato; lo stesso potrà altresì avvalersi della collaborazione della Guardia di finanza.
- Il Commissario segnalerà al Presidente del Consiglio dei ministri ed al Presidente della regione interessata le disposizioni legislative o amministrative che determinano voci di costo e che possono essere oggetto di soppressione o razionalizzazione, proponendo a tal fine i necessari provvedimenti.

(segue) INTERVENTI IN MATERIA DI PROCEDURE DI ACQUISTO

Si dispone, in particolare:

- l'estensione dell'obbligo di approvvigionamento attraverso le convenzioni CONSIP a tutte le tipologie di beni e servizi da acquistare da parte delle Amministrazioni pubbliche;
- che l'Osservatorio dei contratti pubblici debba rendere pubblici attraverso il proprio portale tutti i dati e le informazioni relativi ai contratti di importo superiore a cinquantamila euro e debba, inoltre, trasmettere gli stessi, semestralmente, al Ministero dell'economia ed alla Consip s.p.a.;
- la messa a disposizione da parte del Ministero dell'economia del proprio sistema informativo di negoziazione;
- che le amministrazioni pubbliche debbano adottare misure finalizzate al contenimento dei consumi di energia;
- di incentivare il ricorso al mercato elettronico (art. 11);
- lo stand still non si applica per gli acquisti effettuati attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione;
- acquisizione di beni e servizi attraverso il ricorso alla centrale di committenza (Art. 29 decreto legge 201/2011).

LE NOVITÀ NEGLI APPALTI PUBBLICI DI CUI AL DECRETO-LEGGE 6 LUGLIO 2012, N. 95

- Favor per le piccole e medie imprese;
- Riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure;
- Incentivazione del mercato elettrico;
- Obbligo di approvvigionarsi mediante convenzioni Consip o di Centrali di committenza;
- Nullità dei contratti in violazione dei parametri prezzo-qualità Consip;
- Obbligo di adottare le convenzioni CONSIP per energia elettrica, gas, carburanti rete e carburanti extra-rete, combustibili per riscaldamento, telefonia fissa e telefonia mobile;
- Rinegoziazione e recesso dai contratti "diseconomici" rispetto alle convenzioni quadro;
- Razionalizzazione della spesa sanitaria e degli acquisti di beni e servizi.

***FAVOR PER LE MICRO PICCOLLE E
MEDIE IMPRESE***

D.L. 95/2012

- L'art. 1, comma 2, del d.l. 95/2012, stabilisce che : *"I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese. Sono pertanto illegittimi i criteri che fissano, senza congrua motivazione, limiti di accesso connessi al fatturato aziendale"*.

L'ACCESSO ALLE GARE DA PARTE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

La legge 11 novembre 2011 n. 180 (*“Norme per la tutela della libertà d’impresa. Statuto delle imprese”*) costituisce il primo approccio italiano al c.d. *“Small business act”* europeo, con la previsione di una serie di misure volte a valorizzare e promuovere il ruolo delle micro, piccole e medie imprese nel tessuto socio-economico nazionale e comunitario.

L’art. 13, stabilisce che la pubblica amministrazione e le autorità competenti, provvedono a:

- a) suddividere gli appalti in lotti o lavorazioni (comma 2).
- b) richiedere solo all’impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 63, ove si tratti di media, piccola o micro impresa (comma 4).
- c) a richiedere alle imprese che concorrono requisiti finanziari proporzionati rispetto al valore dei beni e dei servizi oggetto dei contratti medesimi.

NOVITÀ: L'ACCESSO ALLE GARE DA PARTE DELLE PICCOLE E MEDIE IMPRESE

ART. 2, COMMA 1 BIS E COMMA 1 TER DEL D. LGS. N. 163/2006 INTRODOTTI DALL'ART. 44, COMMA 7, DELLA LEGGE N. 214/2011 e art. 26 bis D.L. 69/13.

C.1 bis: Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, ove possibile ed economicamente conveniente, **suddividere gli appalti in lotti funzionali;**

Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti (D.L. Fare)

C.1 ter :La realizzazione delle grandi infrastrutture (ivi comprese quelle disciplinate dalla parte II, titolo III, capo IV, nonché delle connesse opere integrative o compensative) deve garantire modalità di coinvolgimento delle piccole e medie imprese.

Art. 6, comma 5, del codice di “principi di correttezza e trasparenza delle procedure di scelta del contraente e di tutela delle piccole e medie imprese attraverso adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali”

Effettivi e soglie finanziarie che definiscono le categorie di imprese

ART. 2

Media impresa:

- occupa meno di 250 effettivi;
- ha un fatturato annuo non superiore a 50 milioni di euro, oppure ha un totale di bilancio annuo non superiore a 43 milioni di euro (si considera il dato più favorevole).

Piccola impresa:

- occupa meno di 50 effettivi;
- ha un fatturato oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 10 milioni di euro.

Microimpresa:

- occupa meno di 10 effettivi;
- ha un fatturato oppure un totale di bilancio annuo non superiore a 2 milioni di euro.

SUDDIVISIONE IN LOTTI DEGLI APPALTI

(art. 26 bis del D.L. del Fare)

- Per agevolare l'attività delle piccole e medie imprese, sono previsti una serie di adempimenti riguardanti la suddivisione in lotti funzionali degli affidamenti relativi ai contratti per lavori, servizi e forniture.
- In particolare viene previsto che la stazione appaltante indichi nella determina a contrarre la motivazione della mancata suddivisione degli appalti in lotti funzionali. Viene così rafforzato l'articolo 2 comma 1 bis del Codice dei contratti che prevede, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, l'obbligo delle stazioni appaltanti, ove possibile ed economicamente conveniente, di suddividere gli appalti in lotti funzionali.
- Viene anche stabilito che, nell'ambito dello svolgimento delle funzioni di vigilanza sui contratti, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici garantisca il rispetto della tutela delle piccole e medie imprese, attraverso un'adeguata suddivisione degli affidamenti in lotti funzionali.
- In merito alle comunicazioni delle stazioni appaltanti e degli enti aggiudicatori all'Osservatorio dei contratti pubblici per contratti di importo superiore a 50.000 euro, il comma 3 introduce, per i dati concernenti il contenuto dei bandi, la specificazione dell'eventuale suddivisione in lotti.

Razionalizzazione della spesa

D.I. 95/12

Riduzione della spesa per l'acquisto di beni e servizi e trasparenza delle procedure (Art. 1 D.L. 95/12)

- I contratti stipulati in violazione degli obblighi di approvvigionarsi attraverso gli strumenti di acquisto messi a disposizione da Consip S.p.A. sono nulli, costituiscono illecito disciplinare e sono causa di responsabilità amministrativa.

ATTIVAZIONE DI PROCEDURE DI ACQUISIZIONE AUTONOME

Le amministrazioni pubbliche obbligate ad approvvigionarsi attraverso le convenzioni stipulate da Consip S.p.A. o dalle centrali di committenza regionali possono procedere allo svolgimento di autonome procedure di acquisto qualora :

- a. la convenzione non ancora disponibile ovvero motivata urgenza di provvedere
- b. la durata e importo del contratto stipulato autonomamente in misura strettamente necessaria all'attivazione delle convenzioni quadro
- c. l'inserimento della clausola contrattuale contenente la condizione risolutiva del contratto in caso di successiva disponibilità della convenzione quadro.

RECESSO APPALTI DI FORNITURA E SERVIZI

d.l. art. 1 n. 95/2012 (L. 135/2012 c.d. Spesa rivista)

- L'Amministrazione pubblica ha diritto di recesso nel caso in cui i parametri delle convenzioni stipulate da Consip S.p.A. successivamente alla stipula del contratto siano migliorativi rispetto a quelli del contratto e l'appaltatore non acconsenta ad una modifica;
- Formale comunicazione all'appaltatore con preavviso non inferiore a quindici giorni e previo pagamento delle prestazioni già eseguite oltre al decimo delle prestazioni non ancora eseguite;

INTERVENTI IN MATERIA DI ACQUISTO DI BENI E SERVIZI

art. 15, co. 13, D.L. n. 95/2012 (L. 135/2012)

- ◀ Al fine di razionalizzare le risorse in ambito sanitario e di conseguire una riduzione della spesa per acquisto di beni e servizi è stabilito :
- I) Riduzione automatica del 5% degli importi e le connesse prestazioni relative a contratti in essere di appalto di servizi e di fornitura di beni e servizi (eccetto i farmaci);
 - II) Rinegoziazione dei prezzi unitari dei beni e servizi contrattualizzati qualora si rilevino significative differenze (ossia superiori al 20%) rispetto:
 - a. ai prezzi di riferimento indicati dall'AVCP *;
 - b. ai prezzi emersi dalle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti.
 - III) **Stipula di Patto per la salute 2013-2015** nel quale possono essere convenute rimodulazioni delle misure, fermo restando l'importo complessivo degli obiettivi finanziari annuali. Con il medesimo Patto si procede al monitoraggio dell'attuazione delle misure finalizzate all'accelerazione del pagamento dei crediti degli enti del servizio sanitario nazionale.

* In sostanza l'elenco dei prezzi di riferimento dell'AVCP ha cessato di costituire uno "strumento operativo" a disposizione delle regioni per il contenimento e la razionalizzazione della spesa sanitaria e si è sostanzialmente trasformato in un elenco di **prezzi fissati d'imperio**, dato che erano introdotti nel caso di "differenze significative", di oltre il 20%, l'obbligo dell'amministrazione di procedere a rinegoziazione del contratto e, in caso di mancato accordo con il fornitore, il recesso senza oneri a suo carico.

RECESSO APPALTI DI FORNITURA E SERVIZI

Art. 15, co. 13, Lett. b), D.L. 95/2012

- Rinegoziazione dei prezzi unitari dei beni e servizi contrattualizzati qualora si rilevino significative differenze (ossia superiori al 20%) rispetto:
 - a.** ai prezzi di riferimento indicati dall'AVCP;
 - b.** ai prezzi emersi dalle analisi effettuate dalle Centrali regionali per gli acquisti.

- La rinegoziazione deve avvenire senza che ciò comporti modifica della durata del contratto;

- In caso di mancato accordo, entro il termine di 30 giorni dalla trasmissione della proposta, le Aziende sanitarie hanno il diritto di recedere dal contratto senza alcun onere (in deroga all'art. 1671 cc).

- Le aziende sanitarie possono, stipulare nuovi contratti accedendo a convenzioni-quadro anche di altre regioni, o tramite affidamento diretto a condizioni più convenienti in ampliamento di contratto stipulato da altre aziende sanitarie mediante gare di appalto o forniture.

Art. 1671 cc.

- Il committente può recedere (1) dal contratto, anche se è stata iniziata l'esecuzione dell'opera o la prestazione del servizio, purché tenga indenne l'appaltatore delle spese sostenute, dei lavori eseguiti e del mancato guadagno.

Note

- (1) Trattasi di un recesso *ad nutum*: esercitabile, cioè, in *qualsiasi momento* e per *qualsiasi ragione*, senza necessità di fornire giustificazioni e indipendentemente da alcun preavviso. La dichiarazione di recesso ha natura *recettizia* e non richiede forma scritta (può anche essere tacita per fatti concludenti).

II CONTRATTO

GLI ADEMPIMENTI DELLA STAZIONE APPALTANTE

Gli adempimenti della stazione appaltante preliminari alla stipula del contratto :

- Le attività di verifica dell'aggiudicazione provvisoria (art. 11, co. 5, Codice);
- L'aggiudicazione definitiva;
- Le attività di verifica dell'aggiudicazione definitiva (art. 11, co. 8, Codice).

ATTIVITÀ DI VERIFICA

- L'art. 11, comma 5, del Codice dispone che l'aggiudicazione provvisoria debba essere sottoposta a verifica e che solo a seguito di esito positivo di tale attività la stazione appaltante possa adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva.
- Ai sensi del successivo comma 8, il provvedimento di verifica diventerà a sua volta efficace solo a seguito della verifica in capo all'aggiudicatario del possesso dei requisiti di partecipazione prescritti dalla normativa di gara.

LA VERIFICA DELL'AGGIUDICAZIONE

- L'aggiudicazione provvisoria, prevede che tale atto sia oggetto di specifica approvazione da parte dell'organo competente secondo gli ordinamenti interni dei soggetti aggiudicatori (art. 12, co. 1 del Codice).
- Oggetto di verifica è :
 - a) la legittimità delle determinazioni dell'organo di gara;
 - b) la valutazione dell'opportunità dell'affidamento secondo le condizioni fissate negli atti di gara.

Tar Sardegna Sez. I – 24/9/2013 n. 614 (art. 38 C) eccessiva durata della gara

- La **situazione dell'aggiudicataria provvisoria** ha origine da un **atto meramente endoprocedimentale e quindi non costituisce una situazione giuridica consolidata di vantaggio**, tale da dover essere presa in considerazione in sede di comparazione degli interessi in giuoco in caso di esercizio dei poteri di autotutela; e ciò, sia quando l'autotutela sia esercitata sull'atto di aggiudicazione provvisoria, sia quando l'amministrazione aggiudicatrice decida di annullare l'intera procedura di gara;
- *Costituisce principio generale (ricavabile dall'intera disciplina concernente il rispetto degli obblighi impositivi in capo alle imprese ed in particolare dalla norma di cui all'art. 38, comma 1, del codice dei contratti pubblici – d.lgs 163/2006), quello secondo cui gli operatori economici che aspirano all'aggiudicazione di concessioni e di contratti pubblici debbono possedere il requisito della regolarità nel pagamento dei tributi lungo l'intero arco della procedura di gara, fino al momento della stipula del contratto o della concessione e anche nel corso del successivo svolgimento del rapporto contrattuale con l'amministrazione.*

ESITO VERIFICHE

- L'esito positivo delle verifiche sull'aggiudicazione provvisoria consente alla stazione appaltante di adottare il provvedimento di aggiudicazione definitiva.
- Tale atto conclude il procedimento di scelta del contraente e dunque la fase pubblicistica dell'appalto.
- Va peraltro sottolineato come dall'aggiudicazione non discenda alcun diritto a stipulare il contratto e dunque di eseguire la prestazione in capo all'aggiudicatario (A tal proposito infatti l'art. 11, comma 7, prevede che l'aggiudicazione definitiva non equivale ad accettazione dell'offerta, affermando così la natura non contrattuale di tale atto).

SENTENZA REVOCA AGG. PROVVISORIA

Consiglio di Stato Sez. III – 26/9/2013 n. 4809

- **E' legittimo il provvedimento con il quale la stazione appaltante, nonostante l'intervenuta aggiudicazione provvisoria, ha revocato in autotutela gli atti di una gara, che sia motivato con riferimento alla carenza di copertura finanziaria e alla sopravvenuta mancata rispondenza della procedura di evidenza pubblica alle esigenze della stazione appaltante. Infatti, nei contratti pubblici, anche dopo l'intervento dell'aggiudicazione definitiva, non è precluso all'Amministrazione appaltante di revocare l'aggiudicazione stessa, in presenza di un interesse pubblico individuato in concreto, che ben può consistere nella mancanza di risorse economiche idonee a sostenere la realizzazione dell'opera; e ciò senza che vi sia contraddittorietà con gli atti di indizione della gara nei quali la stazione appaltante ha indicato la copertura finanziaria, perché, comunque, rimane integro il potere-dovere della P.A. di rivedere i suoi impegni di spesa in ragione delle mutate condizioni delle risorse finanziarie disponibili.**
- **Non è configurabile la responsabilità precontrattuale della P.A. nel caso di legittima revoca dell'aggiudicazione provvisoria, atteso che, ai fini della configurabilità della responsabilità precontrattuale della P.A., rileva la correttezza del comportamento complessivamente tenuto dall'Amministrazione durante il corso dello svolgimento della gara che sia pervenuta alla conclusione ed alla individuazione del contraente, nonché nella fase della formazione del contratto, alla luce dell'obbligo delle parti di comportarsi secondo buona fede, ai sensi dell'art. 1337 c.c**

AGGIUDICAZIONE DEFINITIVA

- Con atto di approvazione dell'aggiudicazione provvisoria (art. 12, co. 1, del Codice);
- deve avvenire nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell'aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente, ossia di regola il dirigente della stazione appaltante che ha avviato la procedura (diversamente entro 30 gg.);
- L'aggiudicazione definitiva diverrà efficace a seguito dell'esito positivo dell'ulteriore verifica che la stazione appaltante dovrà compiere, ai sensi dell'art. 48 del Codice, in ordine al possesso dei requisiti speciali di gara in capo all'aggiudicatario ed al secondo migliore offerente;

ACCESSO AGLI ATTI

ACCESSO

- Le disposizioni in materia di diritto di accesso agli atti della P.A. mirano a coniugare l'esigenza della trasparenza e dell'imparzialità dell'Amministrazione con il bilanciamento da effettuare rispetto ad interessi contrapposti e fra questi - specificamente - quelli dei soggetti "*individuati o facilmente individuabili* (") *che dall'esercizio dell'accesso vedrebbero compromesso il loro diritto alla riservatezza*" (art. 22 cit., comma 1, lettera c della legge 241/1990).
- Esclusione dal diritto di accesso si ha relativamente :
 - ai "*documenti che riguardano la vita privata o la riservatezza di persone fisiche, persone giuridiche, gruppi, imprese e associazioni, con particolare riferimento agli interessi epistolare, sanitario, professionale, finanziario, industriale di cui siano in concreto titolari, ancorché i relativi dati siano forniti all'Amministrazione dagli stessi soggetti a cui si riferiscono*" (v. Cons. Stato, Sez. VI, 28/09/2012, n. 5153);

ACCESSO AI DOCUMENTI AMMINISTRATIVI

- *Art 22: "L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza".*
 - «diritto di accesso»: diritto degli interessati di prendere visione e di estrarre copia di documenti amministrativi
 - attualità;
 - personalità;
 - concretezza;
 - serietà.
- Il diritto di accesso è esercitabile nei confronti dell'AIFA da chiunque sia portatore di un interesse diretto, concreto e attuale, corrispondente ad una situazione giuridicamente tutelata e collegata al documento al quale è richiesto l'accesso.
- L'AIFA prevede un accesso informale e un accesso formale.

ACCESSO PROCEDURA EVIDENZA PUBBLICA

PROCEDURE APERTE

Tipo di atto

elenco dei soggetti che hanno presentato offerte

Differito fino al termine di presentazione delle offerte

PROCEDURE RISTRETTE NEGOZIALE INFORMALI

Tipo di atto

- a) elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse.
- b) elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte.
- c) elenco dei soggetti che hanno presentato offerte

Differito fino al termine di presentazione delle offerte fino alla comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare (solo per i soggetti cui è stata respinta richiesta invito

QUALUNQUE PROCEDURA

Tipo di atto

Offerta

Differimento fino all'aggiudicazione definitiva

ACCESSO E DIVIETI

- L'accesso è inibito in ragione della tutela di segreti tecnici o commerciali motivatamente evidenziati dall'offerente in sede di presentazione dell'offerta (v. TAR Lazio Roma sez. III 26/2/2013 n. 2106).
- L'art 13, comma 5, lett. a), d.lg. n. 163 del 2006, ha introdotto un'ipotesi di speciale deroga rispetto alla disciplina di cui alla l. n. 241 del 1990, da applicare esclusivamente nei casi in cui la disposizione, invero, si riferisce a documentazione suscettibile di **rivelare il know-how industriale e commerciale contenuto nelle offerte delle imprese partecipanti**, in modo da evitare che operatori economici in diretta concorrenza tra loro possano utilizzare l'accesso per giovare delle specifiche conoscenze possedute da altri, al fine di conseguire un indebito vantaggio commerciale all'interno del mercato. Tuttavia, l'Amministrazione richiesta ha l'onere di rappresentare quali siano le specifiche ragioni di tutela del segreto industriale e commerciale custodito negli atti di gara, in riferimento a precisi dati tecnici. Sicché, **in assenza di tale dimostrazione**, l'accesso deve essere consentito (cfr. TAR Lombardia Milano sez. III 15 gennaio 2013 n. 116).
- La parte interessata deve offrire una comprovata e documentata dichiarazione che faccia comprendere per quali specifiche ragioni determinati atti sono coperti dal segreto industriale o commerciale.
- Anche di recente il Consiglio di Stato con sentenza n. 6136 del 21 novembre 2011, ha ribadito il principio della incomprimibilità del diritto all'accesso, anche qualora oggetto della relativa domanda sia costituito dai documenti costituenti l'offerta tecnica allegata da un partecipante ad una gara di appalto, purché lo stesso sia richiesto per la tutela di situazione giuridiche soggettive ovvero per esigenze di stretta difesa giurisdizionale.

ACCESSO ACCELERATO

- Accesso disciplinato dal comma 5-quater dell'articolo 79 D.lgs. 163/2013.
- Si ottiene entro 10 gg. dalla comunicazione di cui al comma 2, lettera c), dell'art. 79.
- Informale (anche oralmente);
- Immediato.

STAND STILL PERIOD

- Lo stand still period è il termine dilatorio previsto dal Codice (art. 11, co. 10 del codice dei contratti pubblici) per la stipula del contratto, il quale non può essere stipulato prima : di 35 gg dall'ultima comunicazione dell'aggiudicazione della gara (v. art. 79); - di 20 gg dalla notifica dell'istanza cautelare se il ricorso è proposto avverso l'aggiudicazione definitiva e comunque non prima della decisione dell'istanza cautelare (art. 11, co. 10-ter del codice).

- Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:
 - a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
 - b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 59 e in caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 60.
 - c) nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 del regolamento (art. 11, comma 10 bis).

PREAVVISO DI RICORSO

- L'art. 243-bis prevede l'obbligo (*rectius* il "dovere") per il soggetto interessato di effettuare alla Stazione appaltante una **informativa** in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, indicando succintamente i motivi del futuro ricorso.
- L'informativa può essere effettuata anche oralmente nel corso della seduta pubblica della commissione di gara ed inserita nel verbale della seduta e comunicata al responsabile del procedimento.(art. 243 bis co. 2).
- L'omessa informativa costituisce comportamento valutabile dal Giudice, nell'eventuale giudizio, al fine della pronuncia sulle spese, ai sensi dell'art. 1227 c.c. ..
- L'art. 243-bis del codice assegna alla Stazione appaltante un termine complessivo di 15 giorni per pronunciarsi sull'informativa, decidendo di intervenire o meno in autotutela.

***CONTENUTO
E SOTTOSCRIZIONE
DEL CONTRATTO***

SOTTOSCRIZIONE

- Sottoscrizione entro 60 gg. (art. 11, co. 9, del Codice) decorrenti dall'efficacia dell'aggiudicazione definitiva ovvero entro un diverso termine previsto nei documenti di gara o appositamente concordato con l'aggiudicatario.
- La data per la stipulazione dell'atto negoziale è individuata dalla stazione appaltante e comunicata con la lettera di aggiudicazione.

Il contenuto del contratto

- il protocollo riportante il numero di repertorio e la data di stipulazione;
- - il luogo della stipulazione;
- - l'oggetto del contratto;
- - l'operatore economico aggiudicatario e in caso di raggruppamento temporaneo di imprese la suddivisione delle quote di esecuzione;
- - la premessa che ripercorre le fasi di aggiudicazione;
- - le parti stipulanti, con i riferimenti espressi alla titolarità del potere di stipula, e gli eventuali testimoni presenzianti;
- - il valore complessivo del contratto, al netto dell'imposta sul valore aggiunto, e successivamente suddiviso in (eventuali) oneri della sicurezza e costo del lavoro;
- - le prestazioni subappaltate, se note;
- - l'importo della cauzione definitiva e l'indicazione del soggetto garante;
- - il conto corrente indicato dall'operatore economico per il pagamento dell'importo previsto;
- - il domicilio eletto dall'operatore economico per la ricezione delle comunicazioni da parte della stazione appaltante

La forma del contratto

L'art. 11, comma 13, del Codice (si v. Regi Decreti 18 novembre 1923, n. 2440 e 23 maggio 1924, n. 827, agli art. 36 e 93 e ss.) individua quali possibili modalità di formalizzazione del sinallagma tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario:

- - l'atto notarile informatico;
- - la forma elettronica :
 - a) la forma pubblica amministrativa a cura dell'ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice;
 - b) la scrittura privata autenticata.

SPESE E OBBLIGHI FISCALI

Con la stipulazione dell'atto negoziale
l'aggiudicatario :

- è tenuto a sostenere le relative spese, ai sensi dell'art. 16 bis del R.D. 18 novembre 1923, n. 2440 e dell'art. 139 del Regolamento (articolo riferito ai contratti di lavori ed applicabile anche ai contratti di servizi e forniture);
- ad assolvere agli obblighi fiscali di legge.

(imposta di registro, imposta di bollo, spese di copia e stampa)

EFFICACIA DEL CONTRATTO

- La sottoscrizione del contratto, non determina l'efficacia del rapporto obbligatorio tra la stazione appaltante e l'aggiudicatario (art. 11, co. 11, del Codice),
- Tale efficacia è infatti subordinata all'avverarsi della condizione sospensiva dell'approvazione del contratto e dell'esito positivo dei controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori;
- controllo del decreto di approvazione del contratto.

***Annullamento
dell'aggiudicazione e sorte del
contratto***

ANNULLAMENTO DELL'AGGIUDICAZIONE E SORTE DEL CONTRATTO

- La disciplina dettata dagli artt.121 e ss. del nuovo cpa estendono la giurisdizione esclusiva del G.A. alla dichiarazione di inefficacia del contratto e alle sanzioni alternative.
- L'attribuzione della cognizione piena del rapporto (unitario ed inscindibilmente costante) del provvedimento amministrativo di aggiudicazione, a monte, e del contratto privatistico, a valle (art. 133, co. 1, lett. e), nn. 1 e 2, c.p.a.) ha consentito il raggiungimento di una tutela effettiva del ricorrente/legittimo aggiudicatario.
- Prima dell'entrata in vigore del c.p.a., la tutela del ricorrente/legittimo aggiudicatario era alquanto difficoltosa in quanto la giurisdizione del giudice amministrativo si limitava all'annullamento del contratto. A tal fine la giurisprudenza e la dottrina hanno elaborato diverse soluzioni di tutela alternativa

Le *tesi susseguitesi nel tempo* in ordine ai rapporti tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto *medio tempore* stipulato

- **Tesi dell'annullabilità** → La tesi si fonda sul rilievo secondo cui gli atti amministrativi adottati nella procedura di evidenza pubblica che precedono la stipulazione dei contratti *iure privatorum* non sono altro che mezzi di integrazione della capacità e della volontà dell'ente pubblico. I loro vizi si traducono, pertanto, in vizi attinenti alla volontà dell'ente pubblico e, pertanto, non possono che comportare l'annullabilità del contratto.
- **Tesi della nullità** → All'annullamento dell'aggiudicazione segue la nullità del contratto ex art. 1418 c.c. che sanziona il contratto contrario a norme imperative.
 - 1) Nullità per violazione di norme imperative ex art. 1418, co. 1 c.c.
 - 2) Nullità del contratto ai sensi degli artt. 1418, co. 2 e 1325, n. 1, c.c. per mancanza originaria del consenso dell'amministrazione.
- **Tesi dell'inefficacia** → Si v., in particolare, **Cass. Civ. n. 9906/2008** secondo cui *"l'annullamento della fase sostanziale dell'aggiudicazione segna in via retroattiva la carenza di uno dei presupposti di efficacia del contratto che, pertanto, resta definitivamente privato dei suoi effetti giuridici"*.
- **Tesi della caducazione automatica** → Tale tesi valorizza il rapporto di consequenzialità tra aggiudicazione e contratto, legati da un nesso di presupposizione necessaria, per cui *simul stabunt e simul cadent*. Dall'annullamento dell'aggiudicazione deriva, pertanto, in via retroattiva, il venir meno di uno dei presupposti di efficacia del contratto che resta, pertanto, privo dei suoi effetti giuridici.

NUOVA IMPOSTAZIONE INTRODOTTA DAL C.P.A.

- L'art. 121 del nuovo Codice è ispirato a principi di tutela della concorrenza;
- L'art. 122 è diretto a tutelare l'interesse all'effettività della tutela attraverso misure dirette a garantire, finché è possibile, il subentro del ricorrente vincitore nell'aggiudicazione e nel contratto.
- All'annullamento dell'aggiudicazione segue la dichiarazione di inefficacia. Tale dichiarazione assume natura costitutiva e il potere del Giudice di dichiarare l'inefficacia include il potere cautelare di sospenderla; sicché il Giudice che sospende l'aggiudicazione sospenderà anche l'efficacia del contratto, qualora sia stato stipulato e qualora risultino sussistenti i presupposti di cui all'art. 121, co. 1, nonché effettuate le valutazioni ai sensi dell'art. 122.
- Il cpa ha qualificato le c.d. violazioni gravi tipizzate (art. 121) e le violazioni meno gravi tipizzate (art. 121, co. 2, art. 121, co. 5, art. 123, co. 3) e le violazioni meno gravi non tipizzate (art. 122)

I CASI DI VIOLAZIONE GRAVI EX ART. 121. CO. 1

(i) Violazioni riguardanti gli obblighi pubblicitari:

- a. Aggiudicazione definitiva avvenuta senza previa pubblicazione del bando o avviso di gara nella GUCE o nella GU;
- b. Aggiudicazione definitiva avvenuta con procedura negoziata senza bando o con affidamento in economia fuori dai casi consentiti e ciò abbia comportato le suesposte omissioni pubblicitarie ove prescritte.

(ii) Violazioni riguardanti il mancato rispetto dei termini dilatorio e sospensivo prima della stipulazione del contratto

a. Violazione *stand still* procedimentale: **35 gg.** dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva) → Contratto stipulato senza rispetto di detto termine dilatorio purché tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione e sempre che tale violazione, sommandosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;

b. Violazione *stand still* processuale: divieto di stipulazione a far data dalla notificazione alla stazione appaltante dell'istanza cautelare e per i successivi **20 gg.** a condizione che in questi venti gg. sia intervenuta la decisione cautelare di primo grado ovvero nel merito) → Contratto stipulato senza rispettare la sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione derivante dalla proposizione del ricorso giurisdizionale avverso l'aggiudicazione definitiva qualora tale violazione, aggiungendosi ai vizi propri dell'aggiudicazione, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento.

- Conseguenze → Il giudice – viste le deduzioni delle parti, la gravità della condotta della S.A. e la situazione di fatto dichiara **l'inefficacia ex nunc** ovvero **ex tunc**.
- In caso di inefficacia soltanto ex nunc, si applicano le sanzioni alternative.

VIOLAZIONI MENO GRAVI ED ESIMENTI

- (i). **il contratto resta efficace nei casi in cui ricorrano esigenze imperative** (art. 121, co. 2 cpa):
- a. esigenze imperative connesse ad un interesse generale che impongano che gli effetti del contratto siano mantenuti [Costituiscono esigenze imperative, fra le altre, quelle imprescindibili di carattere tecnico o di altro tipo tali da rendere evidente che i residui obblighi contrattuali possono essere rispettati solo dall'esecutore attuale. Non si considerano esigenze imperative gli interessi economici legati direttamente al contratto e che riguardino: a) costi derivanti dall'esecuzione del contratto; b) necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione; c) cambio dell'operatore economico; d) obblighi di legge discendenti dalla dichiarazione di inefficacia].
 - b. interessi economici considerati come esigenze imperative nelle circostanze eccezionali in cui **l'inefficacia del contratto conduca a conseguenze sproporzionate avuto anche riguardo:** a) alla mancata proposizione della domanda di subentro e b) che il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara.
- Conseguenze→l'applicazione delle sanzioni alternative.
- (ii) **Esimenti declaratoria d'inefficacia nei casi in cui la p.a. abbia posto in essere procedure di trasparenza preventiva. Art. 121, co. 5 e art. 79bi Codice** Questi casi si verificano quando:
- a. la S.A., con atto motivato anteriore alla procedura di affidamento, dichiara di ritenere insussistenti gli obblighi pubblicitari (pubblicazione bando o avviso)→ omissione in buona fede degli obblighi pubblicitari;
 - b. ovvero la S.A. pubblica, per i contratti di rilevanza comunitaria e per quelli sotto soglia, un avviso volontario per la trasparenza preventiva contenente a) denominazione e recapito stazione appaltante, b) descrizione oggetto del contratto; c) motivazione della decisione di non pubblicare il bando, d) denominazione e recapito dell'aggiudicatario;
 - c. ed il contratto non è stipulato prima dello scadere di un termine di almeno 10 gg. dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso volontario.
- Conseguenze→ L'inefficacia non trova applicazione. Sanzioni alternative ex art. 123 cpa .
- (iii) **Esimenti declaratoria d'inefficacia nei casi di violazione formale dei termini dilatorio e sospensivo. Art. 123, co. 3** Esse si verificano quando:
- a. la violazione non abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi dei mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto;
 - b. la violazione non abbia influito sulla possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento

VIOLAZIONI MENO GRAVI NON TIPIZZATE. ART. 122

- (i) Fuori dai quattro casi di gravi violazioni (e relative eccezioni) e dai casi di violazioni meno gravi tipizzate, il giudice che annulla l'aggiudicazione **stabilisce se dichiarare inefficace il contratto**, fissandone la decorrenza (*ex nunc* o *ex tunc*), avendo riguardo:
- a. agli interessi delle parti;
 - b. all'effettiva possibilità del ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;
 - c. allo stato di esecuzione del contratto;
 - d. alla possibilità di subentrare nel contratto, nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentro sia stata proposta.
- Conseguenze → Efficacia/inefficacia su scelta del giudice. Se efficacia, risarcimento del danno.

 - Parametri dell'art. 122. con riferimento agli interessi delle parti. Vi rientra la considerazione del:
 - a) **limite costituito dall'eccessiva onerosità**, come interesse per la stazione appaltante; Greco lo collega al principio generale di proporzionalità; per Sticchi la P.A potrebbe richiamare in via analogica le situazioni che vengono menzionate dall'art. 121, comma 2, come "*interessi economici legati direttamente al contratto*".
 - b) **limite della buona fede**, come interesse dell'illegittimo aggiudicatario che abbia contratto in buona fede. La dottrina (**GRECO; DE NICTOLIS**) individua due casi paradigmatici di buona fede del contraente illegittimo aggiudicatario:
 - quando il ricorrente non ha proposto subito istanza di sospensione dell'aggiudicazione (sicché non è scattato il secondo termine sospensivo);
 - ovvero quando il ricorrente ha proposto istanza di sospensione dell'aggiudicazione, ma questa è stata respinta in sede cautelare.

SUBENTRO

- **L'uso atecnico dell'espressione "subentro"**, come più volte richiamata nel corpo delle norme, è significativo della già rilevata forte attenzione delle norme verso un'effettiva tutela del ricorrente vincitore e **indica, in realtà, il conseguimento di aggiudicazione e contratto.**
- Alla luce di quanto sopra il subentro nell'aggiudicazione deve ritenersi come richiesto, possibile, utile:
 - (i) richiesto:**
 - - se non è ancora stato stipulato il contratto la richiesta di subentro nell'aggiudicazione deve intendersi come riferita anche al rapporto, senza necessità di motivi aggiunti;
 - - art. 122: l'inefficacia è dichiarata solo se vi è domanda di subentro nell'aggiudicazione e nel contratto;
 - - art. 121: per le violazioni gravi la persistente efficacia è collegabile anche alla mancanza della domanda di subentro;
 - - art. 124: l'inefficacia è pronunciata solo se è richiesto il subentro;
 - - art. 124: la mancata domanda di subentro è valutata in senso negativo ai fini del risarcimento del danno.
 - (II) possibile:**
 - - art. 121: non è dichiarata l'inefficacia se vi siano esigenze tecniche di immodificabilità dell'esecutore;
 - - art. 122: l'inefficacia è subordinata alla possibilità di aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati;
 - - art. 122: l'inefficacia è condizionata anche dalla possibilità o meno del ricorrente di subentrare nel contratto.
 - (III) utile:**
 - - ai fini della dichiarazione di inefficacia è rilevante lo stato di esecuzione del contratto, condizione che riecheggia il richiamo dell'art. 121 all'impossibilità tecnica di sostituire l'esecutore attuale.