La gara telematica dopo il decreto sblocca-cantieri:

Le modifiche al bando-tipo secondo le indicazioni dell'A.N.A.C.

Simulazioni operative di procedure sotto soglia

Docente:
Ing. Loris Pierbattista

NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI SERVIZI

SERVIZI ORDINARI	Settori ordinari: € 214.000 – Settori speciali: € 428.000 Parte II Codice
SERVIZI SOCIALI E SERVIZI SPECIFICI ALL. IX	Settori ordinari: € 750.000 – Settori speciali: 1 ML. € Regime specifico: artt. 142-144
SERVIZI SANITARI E SOCIALI	Regime alleggerito: art. 142 c.5bis ss.
SERVIZI DI INGEGNERIA E ARCHITETTURA	Soglia comunitaria standard: € 214.000 Regime specifico: artt.31, c.8 – 157, c.2
SERVIZI ESCLUSI	Art. 17 es. servizi legali difensivi Si applicano i principi generali di cui all'art.4

NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI FORNITURE

FORNITURE

Settori ordinari: € 214.000 – Settori speciali: 428.000
Parte II Codice

FORNITURE SOTTOPOSTE ALLA DISCIPLINA SPECIALE DELLA SPENDING-REVIEW

Regime ordinario:
art. 1, c. 449-450 L.296/2006 ss.mm., ecc.

Regimi settoriali:
art.1, c.512 L.208/2015 (ICT) art.1, c.7, L.135/2012 (forniture ad alta economia di scala); art.9, c.3, DL66/2014 e DPCM 24.12.2015 (soggetti aggregatori).

FORNITURE ESCLUSE

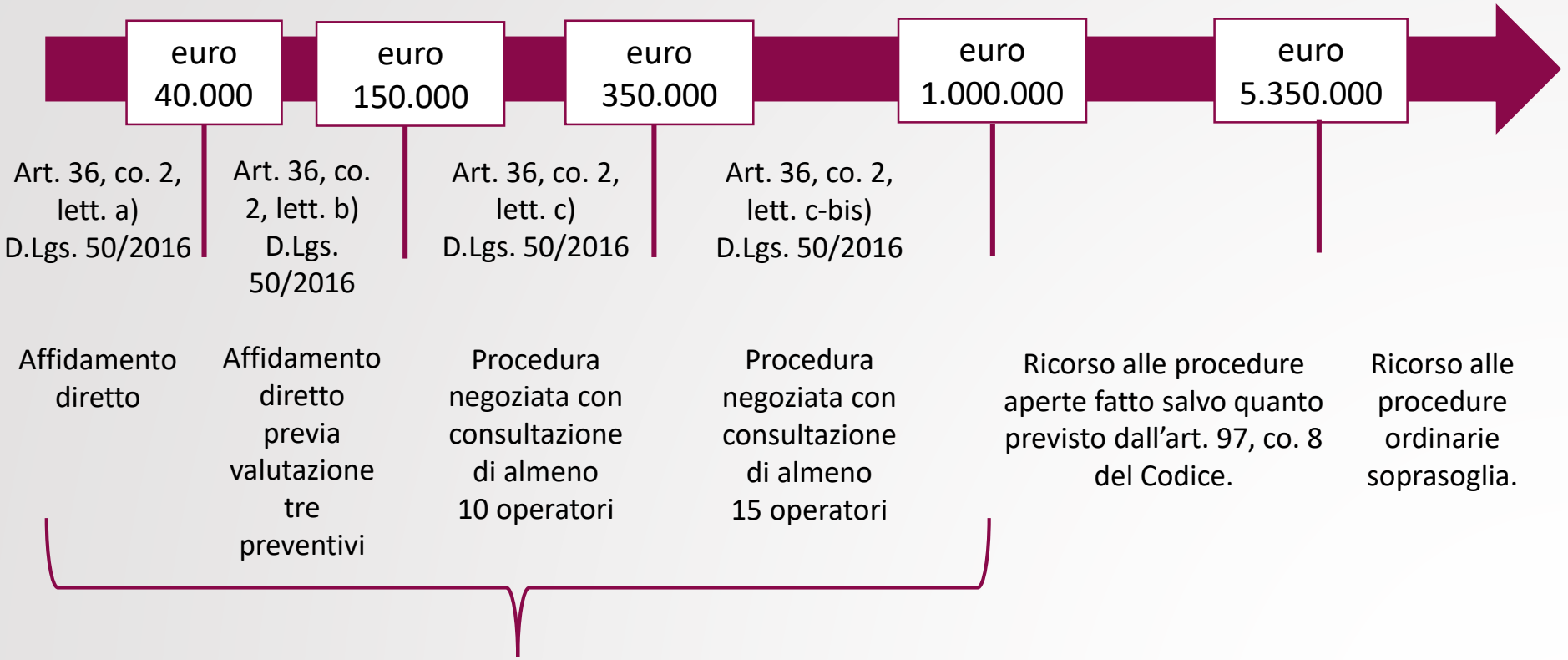
art. 17-bis
Applicazione principi generali

NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI LAVORI

Settori ordinari e Settori speciali: € 5.350.000

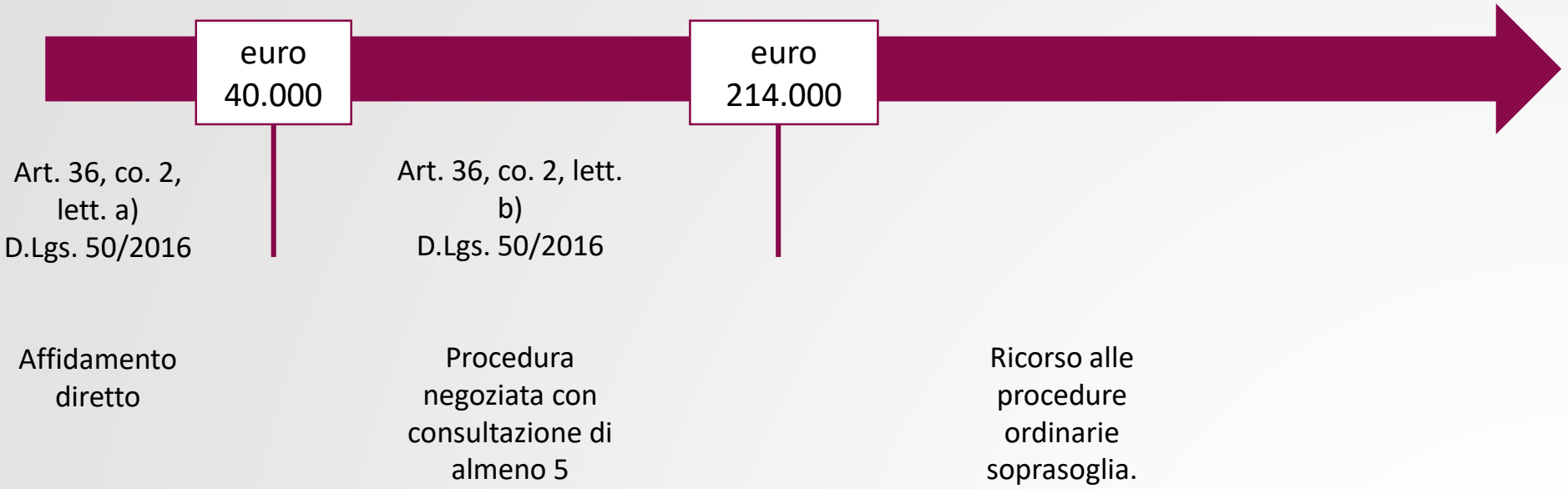


MePA – solo lavori di manutenzione

NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI FORNITURE SERVIZI ORDINARI



NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

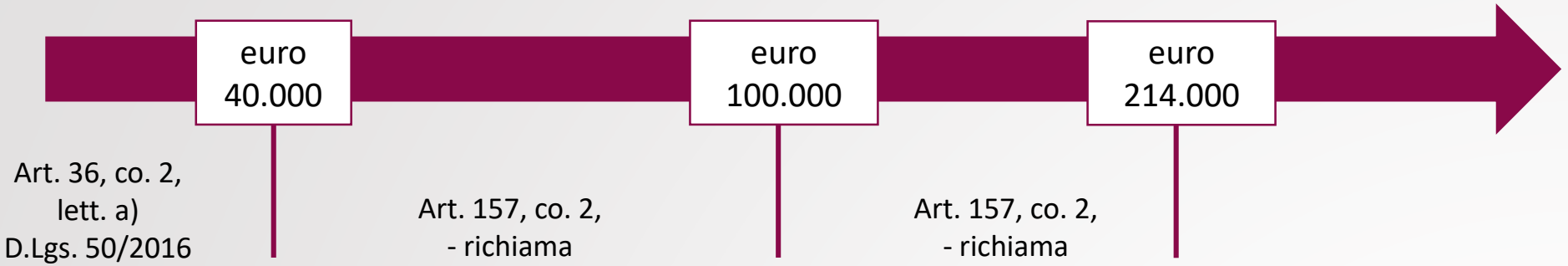
ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI SERVIZI DI CUI all'allegato IX del Codice (ristorazione, postali, etc.)

NUOVE SOGLIE DI RILEVANZA COMUNITARIA DAL 1 gennaio 2020

ART. 35 D. Lgs. 50/2016

APPALTI DI SERVIZI ARCHITETTURA E INGEGNERIA



Art. 36, co. 2, lett. a) D.Lgs. 50/2016

Affidamento diretto

Art. 157, co. 2, - richiama Art. 36, co. 2, lett. b) D.Lgs. 50/2016

Procedura negoziata con consultazione di almeno 5 operatori economici

Art. 157, co. 2, - richiama Parte II, Titoli III e IV del D.Lgs.50/2016.

Ricorso alla Procedura ordinaria sottosoglia

Ricorso alle procedure ordinarie soprasoglia.

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE: «Rapporto tra rotazione e proroga tecnica»

T.A.R. Lazio, Roma, II-bis, 4 novembre 2019, n. 12614:

«Va premessa invero l'applicabilità del principio di rotazione alle procedure negoziate per l'affidamento degli appalti di servizi sottosoglia, ex art.36 del D.Lgs. n.50 del 2016, volto ad assicurare la più ampia ed effettiva possibilità di partecipare anche alle imprese di dimensioni ridotte, **evitando nel contempo il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (cfr., in ultimo, Cons. Stato, V, n.3943 del 2019, VI, n.3755 del 2019).

E nondimeno nel caso di specie **detto principio non risulta violato**, giacché con la determina n.660 del 25 ottobre 2018 l'Amministrazione affidava lo svolgimento di detto servizio a Omnia srl, **solo nelle more della definizione della procedura ordinaria di evidenza pubblica**, per ragioni qualificate di urgenza, nell'approssimarsi della stagione autunnale, **e per un tempo estremamente limitato al 31 dicembre 2018**»

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE: «In quale provvedimento va inserita la motivazione dell'invito del precedente affidatario ? »

T.A.R. Marche, I, 20 novembre 2019, n. 707:

«**né le pertinenti norme del Codice dei contratti pubblici stabiliscono che la decisione di invitare l'appaltatore uscente sia esternata nel primo atto della procedura** (la deliberazione a contrattare o, al limite, la lettera d'invito), per cui la procedura non è di per sé illegittima se tale motivazione viene esternata nel provvedimento di aggiudicazione;

peraltro, come correttamente eccepito dalla difesa comunale, la tesi di parte ricorrente implicherebbe, in contrasto frontale con l'art. 53, comma 2, let. b), del D.Lgs. n. 50/2016, che **gli altri partecipanti conoscerebbero in anticipo l'identità di uno dei concorrenti.** I vari (e non sempre univoci) principi che presidiano le gare ad evidenza pubblica vanno letti ed applicati in maniera coordinata e coerente, in modo da evitare che la pedissequa applicazione di uno di essi metta in crisi gli altri;»

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE: «le procedure su MEPA sono qualificabili come procedure ristrette? »

T.A.R. Marche, I, 20 novembre 2019, n. 707:

« **il Collegio non ritiene di condividere nemmeno l'argomento secondo cui vanno qualificate come procedure ristrette anche quelle svolte con modalità che impongono ai potenziali concorrenti di iscriversi obbligatoriamente a piattaforme informatiche o a portali (nella specie il MePA).** Il progresso tecnologico ha infatti determinato il progressivo diffondersi di procedure ad evidenza pubblica svolte con sistemi telematici (le quali sono peraltro incoraggiate dalla direttiva 2014/24/UE), il cui utilizzo da parte dei concorrenti non implica peraltro soverchie difficoltà tecniche o costosi adempimenti amministrativi. Non si comprende dunque sotto quale profilo l'utilizzo di una procedura di gara informatizzata abbia potuto restringere la concorrenza, né sul punto il Consorzio adduce alcun principio di prova (la censura appare peraltro strumentale, visto che il ricorrente principale si era iscritto al portale MePA, tanto da aver partecipato alla presente gara)»

Contra T.A.R. Puglia, Lecce, I, 2 ottobre 2018, n. 1412.

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE: «limiti dell'applicabilità del principio di rotazione»

T.A.R. Lombardia, Brescia, I, 20 novembre 2019, n. 993:

« Sia l'articolo 36 del codice appalti sia le Linee guida di ANAC fanno riferimento alla rotazione degli *inviti* e degli *affidamenti*; pertanto **detto principio non trova applicazione** ove la stazione appaltante non effettui né un affidamento (diretto) né un invito (selettivo) degli operatori economici che possono presentare le loro offerte, ma **la possibilità di contrarre con l'amministrazione sia aperta a tutti gli operatori economici** appartenenti ad una determinata categoria merceologica.

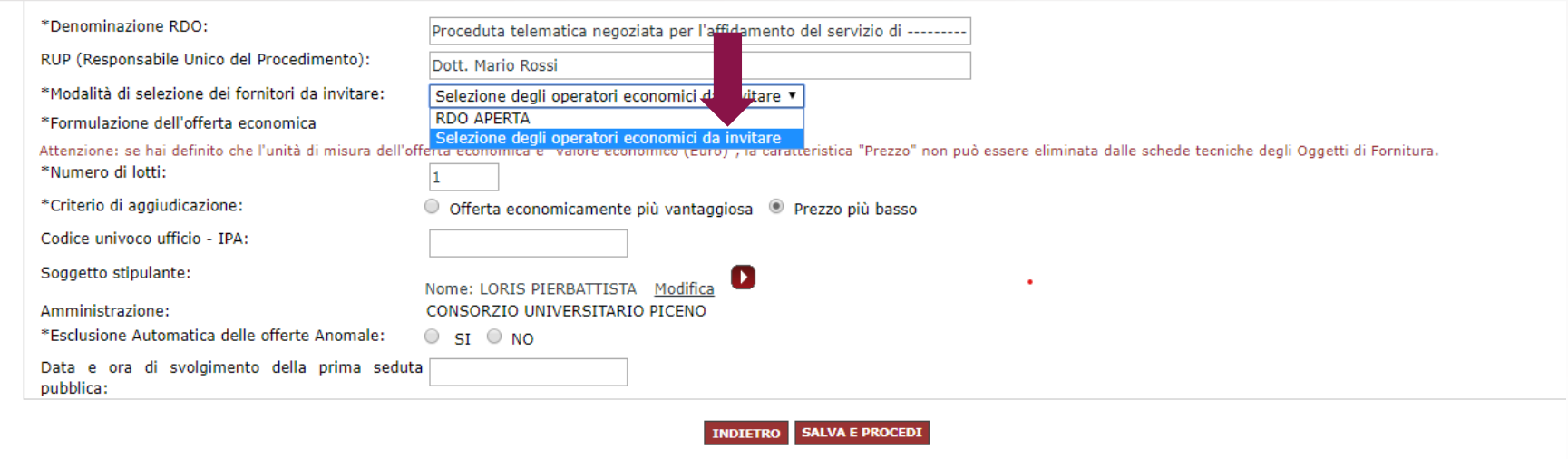
La procedura negoziata si è svolta quindi con una modalità aperta, atteso che l'amministrazione ha invitato tutti i soggetti che avevano manifestato il loro interesse, senza esclusioni o vincoli in ordine al numero massimo di operatori ammessi alla procedura. Gli operatori economici erano unicamente tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma telematica Sintel, che non prevedono alcuna istruttoria o a selezione da parte dell'amministrazione.

14. **Pertanto nella specie il principio di rotazione non trova applicazione**, (…)»

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

(*opzione: Selezione degli operatori economici da invitare*) - **R.d.O. con invito a tutti gli operatori economici abilitati alla categoria di abilitazione oggetto di R.d.O.**: possono partecipare tutti e solo gli operatori economici invitati e già abilitati alla categoria di abilitazione richiesta.

R.d.O. aperta: potranno partecipare anche gli operatori economici non abilitati alla categoria di abilitazione richiesta all'atto dell'avvio della R.d.O. ma che riescano a conseguire l'abilitazione entro il termine di presentazione delle offerte



N.B: R.d.O. aperta non è una procedura aperta ex art. 60 Codice.

Art. 60, comma 1 D.Lgs. 50/2016 « *Nelle procedure aperte, qualsiasi operatore economico interessato può presentare un'offerta in risposta a un avviso di indizione di gara. ….»*

Clausola di territorialità

Consiglio di Stato, sez. III, Ordinanza n.5290 del 18 ottobre 2019 –

«Non appare irragionevole la cd clausola di territorialità contenuta nel disciplinare di gara effettuata nell'ambito del MEPA laddove nel caso di specie l'ambito territoriale individuato dalla stazione appaltante non includa ambiti territoriali infracomunali o comunque significativamente ristretti, bensì il territorio di tre regioni».

PROCEDURE SOTTO SOGLIA: NORME DI RIFERIMENTO

- **PRINCIPI DI CUI ALL'ART. 30 DEL CODICE E PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI INVITI E DEGLI AFFIDAMENTI**;

- **PROVVEDIMENTI DI SPENDING REVIEW;**

- **ART. 36 DEL CODICE E ALTRE DISPOSIZIONI APPLICABILI DIRETTAMENTE**;

- **LINEE GUIDA ANAC n. 4/2016** recanti "Procedure per l' affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici" (*applicabili sino all'entrata in vigore del Regolamento unico*);

- **EVENTUALI REGOLAMENTI O DISPOSIZIONI INTERNE**;

- **PIANO ANTICORRUZIONE**.

CONTRATTI SOTTO-SOGLIA
(Art. 36, co. 1, del Codice)

Devono rispettare i principi:

- **di cui all'art. 30, del Codice :**

- economicità, efficacia, tempestività e correttezza.
- libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice.

Il principio di economicità può essere subordinato ai criteri ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

- **di cui all'art. 34 del Codice:**

inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto nell' art. 144.

- **di cui all'art. 42 del Codice:**

conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

- **Rotazione** degli **inviti e** degli **affidamenti**

★ ***Possibilità di applicare le disposizioni di cui all'art. 50 del Codice:*** ★

conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

ART. 36, comma 2, D. Lgs. 50/2016

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

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

LAVORI	**< € 40.000**
SERVIZI E FORNITURE	**< € 40.000**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

Cons. Stato, commissione speciale, parere 13 settembre 2016, n. 1903/2016 –

«imporre uno stringente onere motivazionale finanche "in merito alla scelta della procedura seguita" potrebbe apparire non in linea con lo spirito della legge».

«**un onere motivazionale non previsto dalla legge** può apparire **in contrasto con i valori della semplificazione** e della non imposizione di oneri aggiuntivi non utili a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, con possibili ricadute pregiudizievoli che si possono avere dal punto di vista dell'aumento del contenzioso. Sarà utile dunque, lo si ribadisce, che l'obiettivo essenziale di prevenzione della corruzione (…) sia ben bilanciato con la necessità di non ostacolare il rapido svolgimento di appalti di modesto valore».

È il modesto valore dell'importo del contratto la motivazione a fondamento di tale modalità di scelta del contraente; nello stesso senso

T.A.R. Molise Campobasso Sez. I, 14/09/2018, n. 533

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

DELIBERA ANAC n. 899 **17 ottobre 2018** *«Affidamento ex art 36 co. 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016 – Consultazione di più operatori senza indagine di mercato»*

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

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

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

T.A.R. Marche Ancona Sez. I, 03/12/2018, n. 753 *« Affidamento ex art 36 co. 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016 – legittima la richiesta di preventivi indirizzata ad operatori scelti dall'Amministrazione – amministrazione non tenuta ad invitare ricorrente (nonostante la formale dichiarazione di interesse in tal senso)»*

(Confermata da **C. di St., V, 3943/2019**)

«A giudizio del Collegio risulta poi irrilevante disquisire su chi fosse il "gestore uscente", stante il potere ampiamente discrezionale assegnato all'amministrazione nell'individuare l'operatore di propria fiducia. Anche qualora si volesse escludere tale qualificazione in capo alla ricorrente, **l'amministrazione non era comunque tenuta ad invitarla alla trattativa.**

La posizione indifferenziata della ricorrente, rispetto agli altri operatori del settore, rende inoltre irrilevanti le censure riguardanti la dedotta mancanza di criteri, perché anche se tali doglianze dovessero risultare fondate, l'amministrazione ha comunque il potere di fissare nuovi criteri escludenti (se intende procedere nuovamente attraverso gara) o ha comunque il potere di non stabilire alcun criterio potendo procedere all'affidamento diretto ad altra ditta»

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

DELIBERA ANAC n. 581 DEL 26 giugno 2019 *«Affidamento ex art 36 co. 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016 - modelli operativi»* (Nello stesso senso Rif. ANAC Delibera n. 1347 del 20-12-2017)

La lettera a) del comma 2 dell'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, così come modificata dal d.lgs. n. 56/2017, consente, per importi inferiori a 40.000,00 euro, di procedere all'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori. La stazione appaltante può dunque contrattare direttamente con un unico operatore economico, **motivando in merito alla scelta dell'affidatario**, ***ovvero dando dettagliatamente conto*** del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.

OPPURE

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

DELIBERA ANAC n. 581 DEL 26 giugno 2019 *«Affidamento ex art 36 co. 2 lett. a) D.Lgs. 50/2016 - modelli operativi»*

OPPURE

seguendo la ***best practice*** auspicata dall'Autorità nelle richiamate Linee Guida, dopo avere acquisito informazioni volte a identificare le soluzioni presenti sul mercato e la platea dei potenziali concorrenti, la stazione appaltante ***può confrontare preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici;*** ciò attraverso una mera richiesta esplorativa di preventivo, senza avviare alcuna procedura negoziata, e dunque ***senza pubblicazione di avviso del ricorso a selezione attraverso la competizione tra imprese*** (Cfr., TAR Calabria Catanzaro 26 ottobre 2018 n. 1801) --

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

T.A.R. Lombardia, Milano, I, 23 ottobre 2017, n. 2011: *«Affidamento diretto: se, in auto-vincolo, si pone in essere un procedimento la violazione delle regole può essere censurata»*

«In particolare, osserva il Collegio che, malgrado la stazione appaltante abbia formalmente qualificato la procedura impugnata in termini di "indagine di mercato", ha in realtà esperito una vera e propria gara ufficiosa, non essendosi infatti limitata ad acquisire una conoscenza dell'assetto del mercato, e quindi, dell'esistenza di imprese potenziali contraenti e del tipo di condizioni contrattuali che sono disposte a praticare, avendo invece effettuato una valutazione comparativa delle offerte, insita nel concetto stesso di gara, **ciò che impone all'amministrazione di rispettare le prescrizioni assunte in sede di autovincolo, in ossequio ai canoni di trasparenza, buon andamento ed imparzialità** (C.S., Sez. IV, 5.4.2006, n. 1789), e pertanto, in questo caso, l'obbligo di procedere alla rinegoziazione solo con la concorrente prima in graduatoria, e non invece anche con la seconda classificata».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Fascia di affidamento diretto infra 40.000,00 Euro

OPZIONI PROCEDIMENTALI COMUNEMENTE PIÙ UTILIZZATE PER AFFIDAMENTI EX ART 36, co. 2, lett. a) D.Lgs. 50/2016 E STRUMENTI MEPA:

- Affidamento diretto senza previa acquisizione di preventivi -- O.D.A. o Trattativa Diretta

  È necessario dimostrare la congruità della spesa.

- Affidamento diretto previa acquisizione di due o più preventivi (*Best practice*)

  T.D. con più operatori o R.d.O.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

ART. 36, comma 2, lett. b) D. Lgs. 50/2016

……. **salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie**, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

b) per **affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori**, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, **mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori,** e, per i servizi e le forniture,…..

LAVORI | **3 preventivi** | **< € 150.000**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

OPZIONI PROCEDIMENTALI ART 36, co. 2, lett. b) D.Lgs. 50/2016 PER I LAVORI POSSONO ESSERE:

- Affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi;
- procedura negoziata previa consultazione di almeno tre o più operatori economici;
- procedura ordinaria su bando o avviso (procedura aperta o ristretta).

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

Lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro:

Art. 1, comma 912, LEGGE 30 dicembre 2018, n. 145 (disposizione abrogata dal D.L. n. 32/2019)

- **mediante affidamento diretto** previa ***consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici***

Art. 36, comma 2, lett. b), D. Lgs. 50/2016

- **mediante affidamento diretto** previa ***valutazione di tre preventivi, ove esistenti,***

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

T.A.R. Cagliari, decreto cautelare del 30.08.2019 n. 212: "*Affidamento diretto lavori previa valutazione di tre preventivi ex art. 36, comma 2 lett. b): differenza rispetto a negoziata***" -**

«

- la procedura è stata indetta a seguito delle modifiche apportate alla disposizione citata ad opera del c.d. "decreto sblocca cantieri";

- sono, in questa fase cautelare, da tenere in debito conto le esigenze imperative connesse a un interesse generale all' esecuzione dell'opera, esigenze che vanno raffrontate con il bene della vita cui aspira la ricorrente che è costituito dalla riedizione della procedura che, dopo la legge 55/2019, **È UN AFFIDAMENTO DIRETTO PREVIA VALUTAZIONE DI TRE PREVENTIVI E NON UNA PROCEDURA NEGOZIATA CON LE RELATIVE FORMALITÀ** »

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

Deliberazione Regione Toscana 25.06.2019, n. 842 *«Prime indicazioni agli uffici regionali per l' effettuazione delle procedure di affidamento diretto ai sensi dell' art. 36, comma 2, lettera b), del D. Lgs. 50/2016»*

«*La lettura della norma, che parla testualmente di "valutazione" e non di "consultazione", fa ritenere come necessaria* ***l'effettiva acquisizione*** *di tre preventivi*»

- **Cosa fare in caso di meno di 3 preventivi riscontrati dagli operatori ?**

- **Il RUP è libero nella scelta dei soggetti economici con cui contrattare ?**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

Interpretazione 1:

- *A fronte dell'invito rivolto a tre (o più) operatori economici è comunque possibile procedere all'affidamento diretto anche in presenza di meno di tre di preventivi in quanto «ove esistenti» sta a significare «ove siano pervenuti».*

Interpretazione 2 (più aderente alla norma):

- *Il numero di tre preventivi è quello minimo per procedere alla valutazione della congruità dell'affidamento.*
- *Se pervengono meno di tre preventivi si rende necessario un ulteriore tentativo di acquisizione dei preventivi mancanti al fine di raggiungere il numero minimo previsto dalla norma.*
- *È buona norma richiedere i preventivi a un numero maggiore di operatori economici per acquisire il numero minimo legale di tre preventivi.*

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

Deliberazione Regione Toscana 25.06.2019, n. 842

«Pertanto, tenuto conto delle caratteristiche e del luogo di esecuzione della prestazione, si potrà, alternativamente:

- **richiedere offerta economica**, tramite il sistema telematico START, utilizzando l'apposita modulistica messa a disposizione dal Settore Contratti, ***ad un maggior numero di operatori economici***, ***scelti fra quelli operanti nel mercato di riferimento***, al fine di acquisire almeno tre preventivi; nel caso in cui pervenga un numero inferiore di preventivi sarà necessario reiterare la richiesta ad altri operatori economici, facendo comunque salvi gli effetti della procedura già svolta. La scelta del miglior preventivo è effettuata sulla base del criterio del minor prezzo. A prescindere dal numero di offerte ricevute, non si applica l'art. 97 del D.Lgs. n. 50/2016, fatta salva la possibilità del Responsabile unico del procedimento di procedere ai sensi dell'art. 97, comma 6, ultimo capoverso, del medesimo decreto legislativo;

- **acquisire in forma scritta,** ***con modalità informale*****, almeno tre preventivi di spesa** e, a seguito di una comparazione tra gli stessi, richiedere, tramite il sistema telematico START, utilizzando l'apposita modulistica messa a disposizione dal Settore Contratti, la conferma del preventivo ad uno degli operatori economici interpellati ed il rilascio delle dichiarazioni di cui all'art.80 del Codice, ai fini dell' effettuazione dei controlli ».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

PARERE M.I.T. 524/2019 -Modalità operative per attuazione art.36 c.2 lett. b) alla luce dello sblocca cantieri.

DOMANDA

E' corretto per l'affidamento di lavori procedere alla richiesta di tre preventivi contattando direttamente tre operatori economici, ovviamente nel rispetto del principio di rotazione, senza preventivamente fare una manifestazione di interesse ma ricercandoli sul mercato? L'esito dell'affidamento va comunque pubblicato sul sito?

RISPOSTA

La risposta è affermativa. Relativamente alla nuova formulazione della lettera b) dell'art. 36 a seguito delle modifiche di cui alla legge 14/06/2019 n. 55, la disposizione prevede per i lavori un'ipotesi di affidamento diretto **senza necessità di avviso pubblico**, disponendo la valutazione di tre preventivi, ove esistenti. **L'esito dell'affidamento va pubblicato sul profilo del committente, ai sensi dell'articolo 29 del D. Lgs n. 50/2016 in ottemperanza agli adempimenti in materia di trasparenza**.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

ANAC - Testo bozza di aggiornamento Linee guida n. 4 – in relazione all'art. 1, comma 912 legge 145/2018

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

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto dei LAVORI

Determina unica semplificata per affidamenti diretti

La determina unica semplificata viene ammessa anche per gli affidamenti di cui all'art. 36, comma 2, lett. b).

ART. 32, comma 2 – D.Lgs. 50/2016 –

« 2. .....Nella procedura di cui ~~all'articolo 36, comma 2, lettera a)~~, **all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b),** la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

(comma così modificato dall'art. 1, comma 20, lettera f), della legge n. 55 del 2019)

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto – servizi e forniture

SERVIZI E FORNITURE

«**b)** per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante **affidamento diretto previa valutazione ... di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. ... L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati**»:

SERVIZI ORDINARI E FORNITURE		**≥ € 40.000 - < € s.r.c.**
SERVIZI ALLEGATO IX CODICE	**5 operatori**	**≥ € 40.000 - < € s.r.c.**
SERVIZI TECNICI		**Art. 157, co. 2 CODICE**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto – servizi e forniture

- A differenza degli appalti di lavori in cui si parla di preventivi, per i SS. e le FF. l'oggetto della valutazione sono almeno cinque operatori economici che devono essere individuati **sulla base di indagini di mercato o consultando elenchi di operatori economici**.

- La selezione degli operatori deve avvenire tenuto conto del **principio di rotazione degli inviti. L'invito** è proprio delle procedure negoziate e non dell'affidamento diretto.

- Che non possa trattarsi di mero "affidamento diretto" è confermato anche dalla diretta applicazione di ulteriori disposizioni del Codice che ammettono una deroga solo per gli affidamenti infra 40.000 euro, di cui alla lett. *a)* del comma 2 dell'art. 36.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto – servizi e forniture

PARERE M.I.T. 524/2019 -Modalità operative per attuazione art.36 c.2 lett. b) alla luce dello sblocca cantieri.

DOMANDA

Per quanto riguarda l'affidamento dei servizi/forniture/servizi ingegneria-architettura è necessario ricercare i cinque operatori economici previa indagine di mercato (manifestazione di interesse con avviso)?

RISPOSTA

Relativamente ai servizi e forniture, la stessa disposizione di cui all'articolo 36 comma 2 lettera b), al fine di individuare almeno cinque operatori economici prevede il ricorso alle indagini di mercato o agli elenchi di operatori, **e pertanto la necessità di ricorrere a preventive forme di pubblicità (avviso pubblico) oppure il ricorso ad elenchi di operatori economici già costituiti e gestiti dalla stazione appaltante.** Per quanto riguarda i servizi tecnici, ai sensi dell'art. 157 comma 2 del d. lgs. 50/2016 gli incarichi di importo pari o superiore a 40.000 euro ed inferiore a 100.000 euro possono essere affidati dal RUP con la procedura di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) mediante invito rivolto ad almeno cinque soggetti. Resta fermo il rispetto del principio di rotazione in tutte le tre fattispecie sopra richiamate.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

ART. 95, comma 3, D. LGS. 50/2016

3. Sono aggiudicati **esclusivamente** sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1, **fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a)**;

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro;

b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

La modifica recepisce la sentenza dell'Adunanza Plenaria del 21/5/2019 n. 8:

«Gli appalti di servizi ad alta intensità di manodopera ai sensi degli arti:. 50, comma 1, e 95, comma 3, lett. a), del Codice dei contratti pubblici sono comunque aggiudicati con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, quand'anche gli stessi abbiano anche caratteristiche standardizzate ai sensi del comma 4, lett. b), del medesimo Codice»

SERVIZIO STANDARDIZZATO E AD ALTA INTENSITÀ DI MANODOPERA

T.A.R. Sicilia, Palermo, II, 26 settembre 2019, n. 2267 «*prevalenza del comma 3, lett. a) dell'art. 95 sul comma 4, lett. b) del medesimo articolo. L'urgenza non può costituire ipotesi derogatoria***»**

« la soluzione espressa dall'Adunanza Plenaria (e ribadita anche dalla V Sezione del Consiglio di Stato, con sentenza 24 gennaio 2019, n. 605) va affermata anche nel caso di specie in cui non è in contestazione che si tratti di un servizio ad alta intensità di manodopera il che avrebbe, di per sé, dovuto portare alla previsione del criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa e ciò in applicazione dell'art. 95, comma 3, lett. a) del D.Lgs. n. 50/2016.

Tale principio - **che il Legislatore con il c.d. "decreto sblocca-cantieri" ha inteso semplicemente ribadire** - **non ammette eccezioni** se non quelle espressamente previste dal Legislatore che non ha previsto le ipotesi di straordinarietà ed urgenza che legittimano le procedure finalizzate alla stipula di un "contratto-ponte" tra tali ipotesi; in ogni caso **l'urgenza non può, ai sensi dell'art. 95, co. 3 e co.4, giustificare una deroga al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa** in assenza peraltro di puntuale motivazione, atteso che il comma 4 dell'art. 95 del cod. non contempla le esigenze "acceleratorie" tra le ipotesi di deroga»

CONTRATTI SOTTO SOGLIA – Ricorso al prezzo più basso per affidamenti di servizi e forniture

Art. 36 comma 9-bis del Codice: « Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero **, ~~previa motivazione,~~** sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ».

Al di fuori dei tre casi previsti «all'articolo 95, comma 3» e fermo restando che, se il servizio è «ad alta intensità di manodopera», si rientra comunque nell'obbligo di far ricorso al criterio del rapporto qualità/prezzo – **sotto soglia sussiste piena equipollenza fra i due criteri di aggiudicazione.**

CONTRATTI SOPRA SOGLIA – Ricorso al prezzo più basso per affidamenti di servizi e forniture

Art. 95 comma 4 del Codice: «Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo:

a) (lettera soppressa dall'art. 1, comma 20, lettera t), della legge n. 55 del 2019);

b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lettera a);

c) (lettera soppressa dall'art. 1, comma 20, lettera t), della legge n. 55 del 2019).

Art. 95 comma 5 del Codice: « Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta.»

N.B. 1: l'art. 36, comma 9 bis non richiama né il comma 4 né il comma 5;

N.B. 2 - Sopra soglia: per far ricorso al minor prezzo, non è sufficiente non rientrare in una delle tre opzioni previste dal comma 3. Occorre anche che: si rientri nell' ambito del comma 4, lett. b), dello stesso art. 95; occorre inoltre darne, «*adeguata motivazione*». Se l'affidamento non riguarda categorie che rientrano nel comma 3 o comma 4 si applica il criterio del rapporto qualità/prezzo.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Esclusione automatica offerte anomale.

ART. 97, comma 8, D. Lgs. 50/2016

8. Per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori ~~alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere~~ alle soglie di cui all'articolo 35, e che non presentano carattere transfrontaliero, la stazione appaltante **PREVEDE** nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi del comma 2 **e dei commi 2-bis e 2-ter**. In tal caso non si applicano i commi 4, 5 e 6. ~~Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci~~. **Comunque l'esclusione automatica non opera quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci.**;

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

ART. 95, comma 10, D. LGS. 50/2016

10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i *propri costì della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza* sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi **dell'articolo 36, comma 2, lettera a)**.

Le stazioni appaltanti, relativamente ai costì della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).

TAR Lazio Roma sez. II 2/9/2019 n. 10673 : Costo del personale - Verifica ex art. 95, c.10 Codice - trova applicazione in qualsiasi procedura indipendentemente dal criterio di aggiudicazione e dalle modalità di verifica dell'anomalia delle offerte individuati dalla stazione appaltante – quindi anche si applica l'esclusione automatica delle offerte anomale.

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE DELL'APPALTO – Punteggio massimo elemento economico

Art. 95 - Criteri di aggiudicazione dell'appalto

- ***La legge di conversione non ha confermato la soppressione del vincolo sul punteggio massimo attribuibile all'elemento economico (max. 30 punti).***

co. 10-bis. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. A tal fine la stazione appaltante stabilisce un **tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%**.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

Per appalti di lavori fino ad € 150.000,00 è obbligatorio o meno richiedere la cauzione provvisoria, trattandosi di "affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi“?

ART. 93 D. LGS. 50/2016

1. L'offerta è corredata da una garanzia fideiussoria, denominata "garanzia provvisoria" pari al 2 percento del prezzo base indicato nel bando o nell'invito, sotto forma di cauzione o di fideiussione, a scelta dell'offerente. Al fine di rendere l'importo della garanzia proporzionato e adeguato alla natura delle prestazioni oggetto del contratto e al grado di rischio ad esso connesso, la stazione appaltante può motivatamente ridurre l'importo della cauzione sino all'1 per cento ovvero incrementarlo sino al 4 per cento. Nel caso di procedure di gara realizzate in forma aggregata da centrali di committenza, l'importo della garanzia è fissato nel bando o nell'invito nella misura massima del 2 per cento del prezzo base. In caso di partecipazione alla gara di un raggruppamento temporaneo di imprese, la garanzia fideiussoria deve riguardare tutte le imprese del raggruppamento medesimo. **Nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), è facoltà della stazione appaltante non richiedere le garanzie di cui al presente articolo.**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

ART. 103, co. 11, D. LGS. 50/2016

11. **È facoltà dell'amministrazione in casi specifici non richiedere una garanzia per gli appalti di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a),** nonché per gli appalti da eseguirsi da operatori economici di comprovata solidità nonché per le forniture di beni che per la loro natura, o per l'uso speciale cui sono destinati, debbano essere acquistati nel luogo di produzione o forniti direttamente dai produttori o di prodotti d'arte, macchinari, strumenti e lavori di precisione l'esecuzione dei quali deve essere affidata a operatori specializzati. **L'esonero dalla prestazione della garanzia deve essere adeguatamente motivato ed è subordinato ad un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.**

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

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

Paragrafo 4.2.3 « (...) contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti: la risoluzione dello stesso ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta; **l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto**. ».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIª Fascia di affidamento diretto.

ART. 36, comma 7, D. Lgs. 50/2016

7. ~~L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle~~ Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle **indagini di mercato**, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. ~~Nelle predette linee guida~~ Nel predetto regolamento sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario **scelto senza svolgimento di procedura negoziata**, ~~nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9~~ Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIIª –IVª e Vª Fascia di affidamento (lavori).

ART. 36, comma 2, D. Lgs. 50/2016

.....

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati **sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati **sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici**. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle **procedure di cui all'articolo 60**, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIIª –IVª e Vª Fascia di affidamento (lavori).

ART. 36, comma 2, D. Lgs. 50/2016

- Il richiamo alla «procedura negoziata di cui all'articolo 63» è non condivisibile.

- La procedura negoziata sotto-soglia è legittimata dall'importo modesto dell'appalto e ha come fine ultimo esigenze di semplificazione e accelerazione (Art. 1, c.1, lett. g) Legge Delega n.11/2016).

- La procedura negoziata di cui all'art. 63 del Codice è invece legittimata da speciali ed eccezionali circostanze (urgenza, unicità, gara deserta, ecc.) e richiede sempre un'adeguata motivazione.

- Il Decreto correttivo aveva eliminato tale richiamo.

- Pertanto, l'unica interpretazione è che il richiamo si riferisca al comma 6 dell'art. 63 al fine di individuare la tipologia di procedura: «*procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara*».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIIª –IVª e Vª Fascia di affidamento (lavori).

ANAC : Relazione AIR - Linee guida procedure sotto soglia (ante Decreto correttivo)

«Quanto ai **rapporti tra gli arti. 36 e 63**, **l'Autorità**, ... osserva... che la procedura di cui all'art. 63 ha natura eccezionale, così come già disposto dal d.lgs. 163/2006 per la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, pertanto la stessa può essere utilizzata soltanto al ricorrere dei presupposti previsti dal legislatore.

Potrebbe accadere che questi ultimi si verifichino con riferimento ad un affidamento di valore inferiore alle soglie di cui all'art. 35, in tal caso la stazione appaltante può utilizzare la procedura negoziata in conformità all'art. 63.

Viceversa in assenza dei suddetti presupposti, se il valore dell'affidamento, è inferiore alle soglie di cui all'art. 35, la stazione appaltante utilizza la procedura negoziata in conformità all'art. 36 ».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - IIIª –IVª e Vª Fascia di affidamento (lavori).

Consiglio di Stato, sez. V, n.6160 del 12 settembre 2019: *«l'operatore economico che, non invitato alla procedura di gara indetta ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ne sia venuto a conoscenza e che abbia presentato la propria offerta, è legittimamente escluso dalla stazione appaltante» (Contra: Consiglio di Stato, sez. V, 28/6/2018, n. 3989)*

«La disposizione di cui all'art. 36, comma 2, lett. c) d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 delinea una procedura speciale nella quale, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, è rimessa alla sola amministrazione l'individuazione degli operatori economici astrattamente idonei ad eseguire la prestazione, che vengono, pertanto, invitati a presentare offerta. In particolare, è prevista una prima fase – di individuazione degli operatori tramite indagine di mercato ovvero consultazione di elenco di operatori economici precedentemente costituito – e una seconda fase, di vera e propria contrattazione, nella quale sono esaminate le offerte degli operatori precedentemente invitati a partecipare. La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara. **Consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa**, di fatto, ***ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative***».

CONTRATTI SOTTO SOGLIA - Esclusione automatica offerte anomale.

Soglia di interesse transfrontaliera: come si determina ?

Consiglio di Stato, sez. Cons. Atti Normativi, Parere 11 aprile 2019 n. 1312 sull'aggiornamento delle Linee guida ANAC n. 4

Il punto 1.5. va, dunque, così modificato: «Le stazioni appaltanti verificano se per un appalto o una concessione di dimensioni inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici vi sia un interesse transfrontaliero certo in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia. Tale condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, **l'importo dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri** (si veda la Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»). Possono essere considerati, al riguaR.d.O., anche **precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento**. È necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo. Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità adeguati a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere nonché il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato e in particolare il principi di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità oltreché l'obbligo di trasparenza che ne deriva≫.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA – Mancata gara danno erariale – danno alla concorrenza

Corte dei conti, Sezione prima giurisdizionale centrale d'appello, con la sentenza n. 175/2019

La giunta comunale dava mandato al responsabile tecnico di procedere all'affidamento diretto di opere di puntellamento di messa in sicurezza di immobili, sulla base sola presentazione di una proposta di intervento pervenuta da una impresa che aveva proposto un ribasso del 5% a base d'asta, giustificando l'affidamento con l'urgenza a provvedere trattandosi di fondi messi a disposizione dalla Regione in quanto Comune nel cratere del sisma avvenuto diversi anni prima (€ 95.000,00);

Giudice di primo grado aveva optato per l'assoluzione in considerazione della mancanza dell'elemento certo del danno erariale non essendo certificabile che in presenza del confronto concorrenziale le imprese partecipanti avrebbero proposto una riduzione superiore a quella dell'impresa scelta in via diretta

Giudice d'appello rileva la violazione della normativa in materia di appalti sottosoglia; in assenza di confronto competitivo il danno erariale è stato determinato in via equitativa dal giudice contabile, come differenza tra il valore medio dei ribassi di aggiudicazione con riferimento ai Comuni, come risultante dai dati forniti dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Relazione annuale al Parlamento (nel caso di specie pari al 16,8% dell'importo a base d'asta) e il ribasso ottenuto in sede di affidamento diretto (pari al 5%).

Parere dell'Autorità Garante della Concorrenza del Mercato, AS 1593/2019 (pubblicato nel Bollettino dell'Autorità n. 27, 8 luglio 2019)

Le amministrazioni aggiudicatrici «**hanno il dovere di svolgere una consultazione preliminare** fra più operatori economici, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, selezionandone se possibile almeno cinque se vi sono soggetti idonei in tale numero» al fine di dimostrare l'infungibilità della prestazione che si intende acquisire».

I procedimenti dell'amministrazione non sono stati considerati corretti per la carenza di questa verifica preliminare.

Le consultazioni preliminari di mercato – art. 66 D.Lgs. 50/2016

Cons. Stato, III, 23 settembre 2019, n. 6302: «Lo scopo delle consultazioni di mercato»

«Nella lettura giurisprudenziale più accreditata del quadro normativo sopra richiamato (…) si è evidenziato **che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi.**

In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici. Al riguaR.d.O., con le proprie linee guida n. 8 del 13 settembre 2017, l'ANAC ha condivisibilmente chiarito che per fare luogo all'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustifichino l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. (…).

Le consultazioni di mercato possono costituire, dunque, "lo strumento per acquisire le informazioni necessarie per svolgere la richiamata istruttoria e per fondare la conseguente motivazione" ovvero per validare le conoscenze già *aliunde* acquisite».

Affidamento ex art. 63 D. Lgs. 50/2016 senza indagine di mercato

T.A.R. Trieste, 18.07.2018 n. 252

- ✓ nel caso di specie, l'Amministrazione ha omesso di dare corso alla prescritta pubblicazione dell'avviso, adempimento del quale (…) non viene fornita prova alcuna;

- ✓ come correttamente evidenziato dal ricorrente, neppure sussistono nel caso di specie i presupposti (al di là del laconico riferimento all'urgenza di affidare il servizio) per dare corso all'affidamento diretto, ai sensi dell'art. 63, d.lgs. n. 50 del 2016;

- ✓ in conclusione, l**a rilevata carenza della prescritta pubblicità dell'avviso** rende del tutto inattendibile la procedura di selezione del contraente posta in essere dall'Amministrazione e, nel contempo, si dimostra direttamente lesiva della posizione del ricorrente, avendone illegittimamente precluso la partecipazione, nonostante egli risultasse in possesso dei titoli prescritti.

PROCEDURA SVOLTA IN MODALITÀ TRADIZIONALE O “CARTACEA”

Opzione da selezionare se la procedura di gara prevede la trasmissione delle offerte attraverso la consegna di plichi “cartacei” al Protocollo dell’Ente o più in generale per tutte le procedure di gara che - in via residuale - non prevedano il ricorso a piattaforme telematiche.
Una ipotesi potrebbero essere le procedure che prevedono l’invio dei preventivi mediante PEC in caso di affidamento diretti ex art.36 co.2 lett. a) del D.lgs.n.50/2016 qualora la stazione appaltante decida di acquisire un CIG ordinario al posto dello SMART CIG.

ASTA ELETTRONICA (ART. 56)

Opzione da selezionare in presenza di gara telematica caratterizzata dalla presentazione di rilanci migliorativi indipendentemente dalla procedura di gara (aperta, ristretta, …) prescelta.

CATALOGO ELETTRONICO ART.57: ORDINE DIRETTO

L'opzione prevede l'acquisto a catalogo elettronico tramite il ricorso ad uno strumento di acquisto.
Acquisti mediante convenzione quadro, mediante Ordine diretto di Acquisto (ODA Mepa), mediate accordo quadro, che non preveda una successiva negoziazione con gli operatori "pre-selezionati" dalla centrale di committenza che ha indetto la procedura.
Non rientrano né il sistema dinamico di acquisizione né la Trattativa diretta prevista nell'ambito del MEPA trattandosi di strumento di negoziazione con un unico operatore.

CATALOGO ELETTRONICO ART.57: richiesta di offerta

L'opzione prevede la richiesta di offerta con la presentazione di un catalogo elettronico. Elementi caratterizzanti, dunque, sono l'utilizzo di uno strumento di negoziazione e l'obbligo di presentare l'offerta secondo il formato/standard prestabilito dalla stazione appaltante.
Esempio tipico è lo SDAPA .
Esclusi, invece, sicuramente l'ordine diretto di acquisto gestito nel MEPA o tramite convenzione quadro essendo entrambi strumenti di acquisto.

SIMOG – Acquisizione del CIG e rapporto con le procedure telematiche

Procedure svolte attraverso piattaforme telematiche di negoziazione - Art.58

Scelta da effettuare ogni qualvolta la procedura sia gestita interamente con sistemi telematici e le offerte siano acquisite tramite la piattaforma nel rispetto della disciplina contenuta nell'articolo 52 del Codice nonché dei principi di trasparenza, semplificazione ed efficacia.

Poiché si parla di “piattaforme telematiche di negoziazione” sono esclusi gli strumento di acquisto.

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

Art. 3, lett. iii) d.lgs. 50/2016:

«*l'accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, il cui scopo è quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste*».

TAR Campania, Napoli, n. 4264/2016

«In altri termini, un simile modello negoziale, riconducibile, lato sensu, agli schemi del **contratto normativo** e del contratto preliminare, si sostanzia in un accordo con efficacia limitata nel tempo, concluso con uno o più operatori economici al fine di stabilire i termini e le condizioni dei futuri contratti da affidare, e, quindi, le caratteristiche generali dei beni, servizi e lavori richiesti dalla stazione appaltante. Quest'ultima non assume, dunque, nell'immediato, in virtù di tale strumento negoziale, alcuno specifico obbligo contrattuale nei confronti della controparte privata, ma consegue, per un determinato arco temporale, la possibilità di acquisire le prestazioni oggetto dell'accordo, allorquando ne ravvisi la necessità»

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

Commissione UE - Orientamenti in materia di appalti pubblici per professionisti – Febb. 2018

Gli accordi quadro non sono una procedura specifica o un tipo di appalto quanto piuttosto uno strumento consigliato per esigenze consolidate e ripetitive quando l'amministrazione aggiudicatrice non conosce preventivamente l'importo del contratto o non sa esattamente quando si verificherà l'esigenza rilevata;

La logica che spinge a ricorrere a un accordo quadro per gli acquisti è che tale soluzione contribuisce a conseguire risparmi, sia nei costi degli appalti grazie alle economie di scala, sia nel tempo dedicato alla procedura di appalto.

L'impiego degli accordi quadro è più idoneo per gli appalti che rispondono ad esigenze consolidate, ripetute nel tempo, il cui numero, così come l'esatto momento del loro verificarsi, non sia noto in anticipo.

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

PARERE ANAC n.24 del 23/02/2012

« In sostanza, con l'accordo quadro l'Amministrazione effettua una gara unica, accorpando per un periodo determinato prestazioni di tipo omogeneo e ripetitivo, **rispetto alla quali non v'è certezza *ex ante*** in ordine alla quantità di lavori, servizi o prodotti che nel tempo dovranno essere acquisiti, cosicché essa procede all'affidamento dei singoli appalti man mano che l'esatta misura e consistenza delle attività viene definita, sulla base di clausole e condizioni economiche pattuite con l'operatore economico selezionato mediante procedura di evidenza pubblica (…) la stazione appaltante non si obbliga fin da principio alla realizzazione completa del programma negoziale, ma si riserva la facoltà di valutare discrezionalmente se procedere alla stipula dei successivi affidamenti, in base alla disponibilità finanziarie ed alle concrete esigenze di servizio, fermo restando l'obbligo di osservare le condizioni contrattuali fissate nell'accordo con l'operatore economico.»

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

L'art. 54 del D. Lgs. 50/2016 prevede l'utilizzo dell'accordo quadro per servizi, forniture e lavori

Secondo una determinata lettura interpretativa avanzata dal MIT, la stessa definizione di accordo quadro condurrebbe ad escludere l'utilizzabilità dell'istituto per i lavori diversi dalle manutenzioni (Parere ANAC n. 483 del 23 maggio 2018, nel quale tuttavia si evidenzia che tale lettura non appare coerente con il dato letterale dell'art. 54 del Codice il quale rispetto alle previgenti disposizioni)

Commissione Ue – Appalti Pubblici orientamenti per i funzionari – 2015 «*Gli accordi quadro possono essere applicati a tutti i tipi di appalti. Ciò non significa tuttavia che questo sia il metodo di aggiudicazione più adeguato per tutti i tipi di appalto. Per questo motivo, l'AA dovrebbe valutare l'opportunità di utilizzare l'accordo quadro tenendo conto dei vantaggi e degli svantaggi da esso derivanti in relazione alle condizioni del mercato in questione. L'impiego degli accordi quadro* ***è più idoneo per gli appalti che rispondono ad esigenze consolidate, ripetute nel tempo, il cui numero, così come l'esatto momento del loro verificarsi, non sia noto in anticipo***».

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

Art. 54, co. 1, d.lgs. 50/2016:

«La durata di un accordo quadro non supera i quattro anni per gli appalti nei settori ordinari e gli otto anni per gli appalti nei settori speciali, salvo in casi eccezionali, debitamente motivati in relazione, in particolare, all'oggetto dell'accordo quadro».

Considerando 62 della direttiva 2014/24/UE

« (…) mentre gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati prima della scadenza dell'accordo quadro stesso, la durata dei singoli appalti basati su un accordo quadro non deve necessariamente coincidere con la durata di tale accordo quadro ma potrebbe eventualmente essere inferiore o superiore»

Consiglio di Stato, n. 1455/2019

«*Con la locuzione "appalti da aggiudicare durante un dato periodo", la definizione ha inteso, dunque, dare rilievo autonomo alla durata dei contratti esecutivi, con la conseguenza inevitabile che una cosa è la durata dell'accordo quadro e altra e diversa cosa è la durata dei contratti esecutivi, senza possibilità alcuna di confusione/commistione tra le due*»

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

Considerando 61 della direttiva 2014/24/UE

«*Le amministrazioni aggiudicatrici non dovrebbero essere obbligate, ai sensi della presente direttiva, ad appaltare lavori, forniture e servizi contemplati in un accordo quadro a norma di detto accordo quadro*»

Corte dei Conti Campania (Del/Par n.77 /2018)

«l'intero importo di un accordo quadro deve essere previsto nell'ambito degli atti di programmazione (programma biennale per servizi e forniture e triennale per i lavori) »

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO

Art. 54, co. 2, d.lgs. 50/2016:

«2. Nei settori ordinari, gli appalti basati su un accordo quadro sono aggiudicati secondo le procedure previste dal presente comma e dai commi 3 e 4. **Tali procedure sono applicabili solo tra le amministrazioni aggiudicatrici, individuate nell'avviso di indizione di gara o nell'invito a confermare interesse**, e gli operatori economici parti dell'accordo quadro concluso. Gli appalti basati su un accordo quadro non comportano in nessun caso modifiche sostanziali alle condizioni fissate nell'accordo quadro in particolare nel caso di cui al comma 3».

Possono aderire all'Accordo Quadro solo le amministrazioni preventivamente individuate negli atti di gara dell'accordo quadro e non dei contratti applicativi a valle.

LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO CON UN SOLO OPERATORE ECONOMICO

Art. 54, co. 3, d.lgs. 50/2016:

«Nell'ambito di un accordo quadro concluso con un solo operatore economico, gli appalti sono aggiudicati entro i limiti delle condizioni fissate nell'accordo quadro stesso. L'amministrazione aggiudicatrice può consultare per iscritto l'operatore economico parte dell'accordo quadro, chiedendogli di completare, se necessario, la sua offerta».

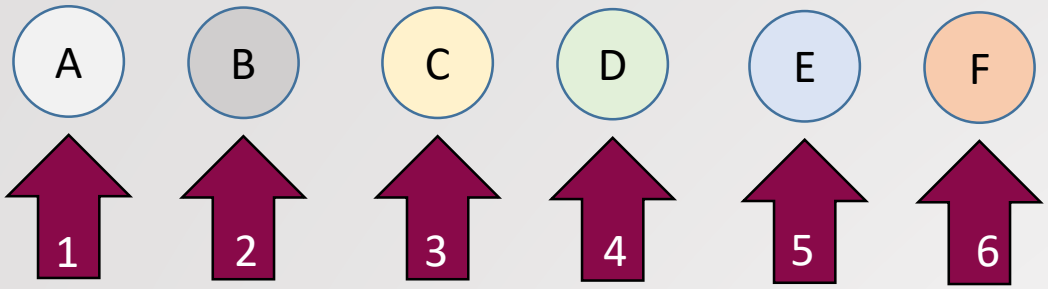
LO STRUMENTO DELL' ACCORDO QUADRO CON PiÙ OPERATORI ECONOMICI

Se l'accordo quadro è stipulato con una pluralità di operatori economici, le modalità procedurali ed esecutive degli appalti applicativi sono:

affidamento dell'appalto senza riapertura del confronto competitivo sulla base delle condizioni dell'accordo quadro, ma occorre definire i criteri oggettivi di scelta dell'operatore, tra gli operatori economici che hanno concluso l'accordo quadro; l'individuazione dell'operatore economico parte dell'accordo quadro che effettuerà la prestazione avviene sulla base di decisione motivata in relazione alle specifiche esigenze dell'amministrazione

Affidamento dell'appalto previa riapertura del confronto competitivo, e cioè mediante una gara riservata agli operatori economici firmatari dell'accordo quadro, nel caso in cui l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, servizi o forniture (c.d. accordo quadro incompleto)

CONTRATTI SOTTO SOGLIA – Attività ripetitive



Possibili criticità nell'applicazione reiterata dell'affidamento diretto infra 40.000 euro:

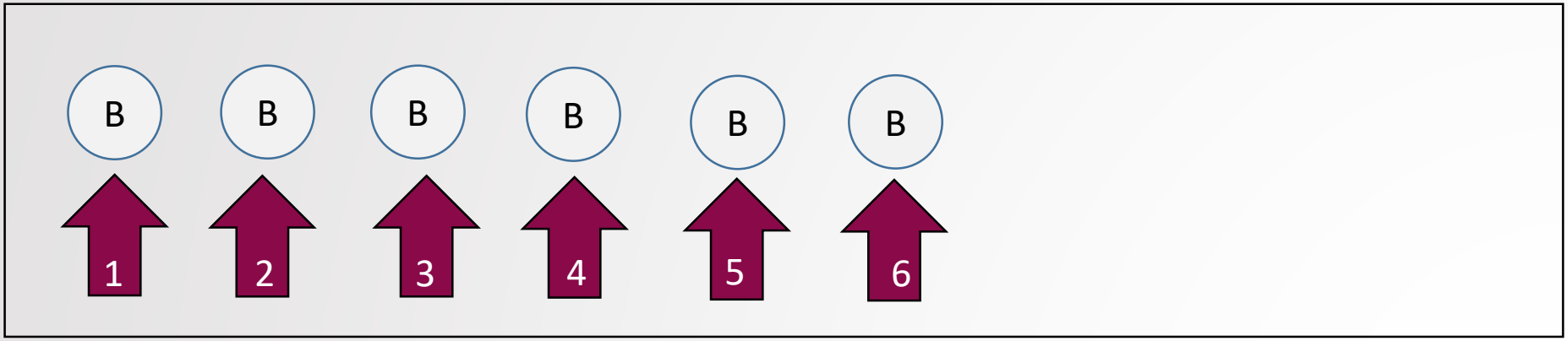
- Possibilità di frazionamento artificioso ed elusione dell'obbligo di programmazione;
- Rotazione ed eccezionalità del riaffidamento diretto;
- Determinazione a contrarre per ciascun affidamento diretto;
- Verifica dei requisiti per ciascun affidamento diretto.

CONTRATTI SOTTO SOGLIA – Attività ripetitive – Accordo Quadro con un solo operatore economico – art. 54 D. Lgs. 50/2016.

1. Procedura di aggiudicazione dell'accordo quadro ------ GARA

Art. 35, co. 16 D.Lgs. 50/2016: Per gli **accordi quadro** e per i sistemi dinamici di acquisizione, il valore da prendere in considerazione è il **valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso dei contratti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro** o del sistema dinamico di acquisizione.

2. Procedura di affidamento dei contratti applicativi



CONTRATTI SOTTO SOGLIA – Attività ripetitive - Accordo Quadro con solo operatore economico – art. 54 D. Lgs. 50/2016.

Corte dei conti, Regione Campania – deliberazione n. 77/2018

«*analizza i rapporti tra accordo quadro, programmazione ed impegno spesa rispondendo ad una serie di richieste di chiarimento. Da tale disamina emerge la sostanziale differenza rispetto all'affidamento/appalto classico*».

L'iscrizione in bilancio **come l'assunzione di impegno o la sola prenotazione, presuppongono che il contratto che si prevede di stipulare, e per cui è iniziata una procedura di selezione del contraente, determini l'insorgenza di obbligazioni**.

Pertanto, così come per l'impegno, allo stesso modo "*non è la stipulazione dell'accordo quadro o la procedura di scelta del contraente* **a fare sorgere l'obbligo di adempimenti contabili**, ***bensì il correlato contratto attuativo***".

ANAC -- Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2019

Appendice: elenco delle principali disfunzioni rilevate negli anni precedenti

- Mancata evidenza negli atti di gara della nomina del RUP; sostituzione del RUP in assenza di formalizzazione; nomina a RUP di personale carente di adeguati titoli e competenze professionale in relazione all'oggetto del contratto
- Erronea riconduzione dell'appalto al settore dei contratti esclusi
- Importi non compatibili con la tipologia di scelta del contraente o con la tipologia di CIG acquisito
- Ricorso alla procedura negoziata senza bando, senza che ne ricorrano i presupposti
- Affidamenti a società erroneamente classificate come "in house"
- Carenze/ritardi nei controlli dei requisiti di ordine generale e di altri documenti di rito (adozione della delibera a contrarre, pubblicazione degli esiti della gara, aggiudicazione provvisori e/o definitiva, verbale di avvio, certificato di ultimazione etc).
- Proroghe (o serie di proroghe, tipicamente associate a procedure meno concorrenziali) causate da avvio gara in corrispondenza della scadenza contrattuale; proroghe a sanatoria (contratto in corso o terminato)
- Utilizzo improprio della ripetizione dei servizi analoghi
- Estensioni temporali di contratti di servizi inserite nel bando o nel capitolato o nel contratto originari ma non nella delibera di indizione della gara

ANAC -- Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2019

Appendice: elenco delle principali disfunzioni rilevate negli anni precedenti

- Sospensioni eccessivamente lunghe e/o varianti per eventi erroneamente qualificati come "imprevedibili " (es. situazioni ricorrenti o comportamenti riconducibili al comportamento della SA) , ovvero in assenza di elementi utili per la verifica di tale requisito; criticità nella tempistica di introduzione, redazione e approvazione della variante; mancata coerenza tra la consistenza economica e temporale della stessa; comparabilità dell'importo della variante con il ribasso d'asta; commistione tra varianti e opere di completamento.

- Definizione all'interno dei bandi di requisiti eccessivamente restrittivi e sproporzionati e/o non ragionevoli, o rispondenti alle caratteristiche specifiche di un determinato operatore economico, che possono in tal modo giustificare affidamenti diretti per "gara deserta" .

- Offerta economicamente più vantaggiosa: mancata previsione nella lex di gara di parametri oggettivi e dei criteri per l'attribuzione di punteggi alle offerte tecniche, l'attribuzione di punteggi per elementi non significativi dell'appalto, ovvero uso di formule che di fatto neutralizzano il punteggio dell'offerta economica.

- Carenze e ritardi nella programmazione, nel processo di analisi della domanda (specificatamente per le Centrali di Committenza o Soggetti Aggregatori), e nella conseguente predisposizione di bandi e capitolati; genericità nella definizione dell'oggetto dell'appalto, al fine di poterlo specificare al momento dell'esecuzione.

ANAC -- Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2019

Appendice: elenco delle principali disfunzioni rilevate negli anni precedenti

- Concessioni di servizi: proroga di concessioni scadute; coincidenza dei concessionari (tipicamente nel settore dell'energia termica) con gruppi di grandi dimensioni nazionali; commistione tra l'attività dei concessionari e quella delle società controllate e collegate; carenze nell'effettiva vigilanza da parte del concedente; mancato trasferimento del rischio al concessionario.

- Progettazione Lavori (affidamenti esterni): mancata applicazione dei criteri fissati dal decreto del Ministero della giustizia 17 giugno 2016 per la determinazione del corrispettivo a base di gara mancato rispetto del principio di concorrenzialità nella scelta dei professionisti; frazionamento degli incarichi a fronte di una esigenza tecnica di unitarietà tra progettazione e conduzione dell'opera; criteri di selezione artificiosamente restrittivi; inadeguata quantificazione dell'importo a base d'asta; carenze nelle verifiche finalizzate alla validazione dei progetti; affidamenti degli incarichi senza garanzia di adeguato finanziamento delle opere; mancato rispetto dei termini per la presentazione dei progetti; aumento dei costi della progettazione in corso di espletamento.

- Affidamenti diretti: utilizzato senza il ricorrere dell'elemento della somma urgenza (ex art 163 co.2 dlgs 50/16)

- Subappalti anomalo inquadramento delle categorie di qualificazione e scorporo delle categorie a qualificazione obbligatoria, che incidono sul regime del subappalto (in particolare per i lavori dei beni culturali).

- Avvalimenti meramente formali, senza concreto impiego in fase esecutiva delle risorse e dei mezzi dell'impresa ausiliaria, e senza controlli da parte della stazione appaltante; ammissibilità dell'avvalimento in relazione all'oggetto dell'appalto ex art. 89, comma 11, del Codice.

ANAC -- Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2019

Appendice: elenco delle principali disfunzioni rilevate negli anni precedenti

- Sistema di qualificazione: criticità in merito all'effettiva indipendenza di giudizio delle SOA e alle modalità di acquisizione dei clienti; deterioramento dei requisiti necessari per operare in qualità di organismi di attestazione e mancato assolvimento degli obblighi di comunicazione sulle variazioni dell'assetto societario e dell'organico; utilizzo improprio di personale esterno per l'attività di attestazione.

- Derogabilità bandi tipo: inadeguatezza delle motivazioni.

- Suddivisione di un affidamento di valore pari o superiore alla soglia comunitaria, in lotti di valore inferiore al fine di utilizzare procedure caratterizzate da un livello inferiore di competitività.

- Riserve/Accordi Bonari/Transazioni: frequente ricorso all'istituto dell'accordo bonario, durata oltre i limiti temporali definiti, ammontare riconosciuto dalla stazione appaltante notevolmente inferiore alle pretese iscritte a riserva (pretestuosità delle richieste), carenze nella valutazione di merito delle riserve iscritte al fine di ricondurle ad una risoluzione bonaria; mancato rispetto dei criteri e dei limiti previsti per tali strumenti;

ANAC -- Direttiva programmatica sull'attività di vigilanza per l'anno 2019

Appendice: elenco delle principali disfunzioni rilevate negli anni precedenti

- Partenariato Pubblico Privato e Project Financing: mancato trasferimento dei rischi di costruzione (ricorso alle varianti), domanda (l'assenza nelle convenzioni sistemi automatici di misura) e disponibilità (mancata previsione di penali); inadeguatezza degli atti sottoscritti che generano contenziosi, rallentamenti ed aggravi economici; attendibilità economico-finanziaria della proposta.

- Opere strategiche: ritardi e maggiori oneri dovuti a varianti e contenziosi; inadeguatezza dei progetti e delle motivazioni alle successive modifiche in corso d'opera; rallentamenti nell'acquisizione di pareri e autorizzazioni; mancato rispetto delle misure di sicurezza.

- Affidamenti in situazioni emergenziali: mancato controllo in fase di esecuzione comprese le verifiche sulla titolarità delle imprese presenti in cantiere.

- Esecuzione del contratto: mancata previsione o utilizzo da parte della SA degli strumenti di controllo delle prestazioni previste nei documenti di gara; mancato rispetto da parte dell'OE degli standard qualitativi e/o quantitativi delle stesse; mancato rispetto delle normative sulla sicurezza, sul lavoro e dei contratti collettivi e sulla tracciabilità dei flussi finanziari; conseguente impossibilità di escludere da gare successive gli OE negligenti.

Comunicato Presidente A.N.AC. 23/10/2019

Oggetto: compatibilità clausole del Bando-tipo n. 1 con il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50, come novellato dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55

- l'art. 1, comma 1, lett. c), l. 55/2019 fino al 31 dicembre 2020 ha sospeso l'obbligo di scegliere i commissari di gara tra gli esperti iscritti all'albo tenuto dall'ANAC (art. 77, comma 3, d.lgs. 50/2016), e, quindi, la disposizione in esame ha sostanzialmente esteso il periodo transitorio di cui all'art. 216, comma 12, d.lgs. 50/2016;

- l'art. 1, comma 2, l. 55/2019 fino al 31 dicembre 2020 ha esteso ai settori ordinari la disposizione dell'art. 133, comma 8, d.lgs. 50/2016, quindi le stazioni appaltanti possono ora prevedere nei bandi che l'esame delle offerte preceda la verifica dell'idoneità degli offerenti;

- l'art. 1, comma 18, l. 55/2019 ha previsto che fino al 31 dicembre 2020 **la quota subappaltabile non può superare il 40% dell'importo complessivo del contratto. Sul** limite della quota subappaltabile è intervenuta di recente la sentenza della Corte di giustizia, sez. V, 26 settembre 2019, causa C-63/18;

- l'art. 2 l. 55/2019 ha modificato l'art.110, recante disposizioni sulle procedure di affidamento in caso di crisi di impresa.

Comunicato Presidente A.N.AC. 23/10/2019

Oggetto: compatibilità clausole del Bando-tipo n. 1 con il decreto legislativo 19 aprile 2016, n. 50, come novellato dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32, convertito in legge del 14 giugno 2019 n. 55

- l'art. 1, comma 18, l. 55/2019, con riferimento all'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in gara, ha disposto sino al 31 dicembre 2020 la sospensione dell'art. 105, comma 6, d.lgs. 50/2016; dell'art. 174, comma 2, terzo periodo, d.lgs. 50/2016 nonché delle verifiche in sede di gara, di cui all'articolo 80 d.lgs. 50/2016, riferite al subappaltatore;

- l'art. 1, comma 20, lett. d) l. 55/2019, con riferimento agli oneri di pubblicazione ai fini della trasparenza, ha soppresso il secondo, terzo e quarto periodo dell'art. 29, comma 1, d.lgs. 50/2016;

- l'art. 1, comma 20, lett, l), l. 55/2019, con riferimento ai requisiti di partecipazione dei consorzi, ha sostituito il secondo comma dell'art. 47 d.lgs. 50/2016 ed aggiunto dopo il predetto comma 2 un nuovo comma 2bis;

- l'art. 1, comma 20, lett.e), l. 55/2019 ha modificato l'art. 31, comma 5, attribuendo all'emanando regolamento governativo la competenza a regolare compiti e funzioni del RUP.

Il Subappalto dopo la sentenza CGUE 26.9.2019 C-63

Corte di Giustizia UE - sentenza V sezione del 26/9/2019 n. C-63/18

“La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, come modificata dal regolamento delegato (UE) 2015/2170 della Commissione, del 24 novembre 2015, deve essere interpretata nel senso che osta a una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell’appalto che l’offerente è autorizzato a subappaltare a terzi”.

Sul limite quantitativo al subappalto

Per gli altri casi, una possibile soluzione per superare i rilievi della Corte di Giustizia potrebbe essere quella di prevedere la regola generale dell'ammissibilità del subappalto, richiedendo alla stazione appaltante l'obbligo, alla stregua di fattispecie con finalità similari, come la mancata suddivisione in lotti dell'appalto di cui all'art. 51, comma 1, del Codice, di motivare adeguatamente un eventuale limite al subappalto in relazione allo specifico contesto di gara, evitando di restringere ingiustificatamente la concorrenza. In tal senso, alcuni dei criteri, da fissare in via esemplificativa, potrebbero individuarsi a partire da quelli indicati dalla Corte nella sentenza, cioè il settore economico o merceologico di riferimento, la natura (ad esempio principale/prevalente o accessoria) della prestazione, ma anche specifiche esigenze che richiedono di non parcellizzare l'appalto, con finalità di carattere preventivo rispetto a fenomeni di corruzione, spartizioni o di rischio di infiltrazioni criminali e mafiose, ma anche di carattere organizzativo, per una più efficiente e veloce esecuzione delle prestazioni. Altro criterio che potrebbe essere oggetto di valutazione è quello inerente il valore e la complessità del contratto, al fine di consentire maggiore libertà per appalti di particolare rilevanza che suggeriscono di accordare più flessibilità nella fase realizzativa

ANAC - Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019

Sul limite quantitativo al subappalto

In sostanza, in caso di limiti al subappalto adeguatamente motivati ma entro determinate soglie, si potrebbe confermare l'attuale sistema della mera indicazione della intenzione di subappaltare alcune parti del contratto e di verificare il subappaltatore in fase di autorizzazione. Oltre determinate soglie, invece, si potrebbe prevedere la verifica obbligatoria dei subappaltatori anche in fase di gara. In tale secondo caso, potrebbe altresì considerarsi la possibilità di concedere al concorrente la facoltà (non l'obbligo) di indicare un elenco di subappaltatori potenziali entro un determinato (e limitato) numero; tale limitazione, oltre a ridurre i rischi poc'anzi evidenziati, consentirebbe di contenere adempimenti e oneri dichiarativi per imprese e stazioni appaltanti. Al tale riguardo, occorre anche evidenziare la necessità che un più ampio ricorso al subappalto non si traduca in maggiori incentivi all'elusione della disciplina antimafia.

ANAC - Atto di segnalazione n. 8 del 13 novembre 2019

Sul limite quantitativo al subappalto

Poiché l'informazione antimafia è richiesta per i subcontratti, cessioni o cottimi di importo superiore a 150.000 euro [cfr. art. 91, comma 1, lett. c), del decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159], un massiccio ricorso al subappalto, in astratto finalizzato a promuovere l'efficienza esecutiva anche tramite il coinvolgimento delle PMI, potrebbe nascondere finalità elusive della normativa antimafia (ancorché vietate si sensi del comma 2 del citato art. 91), ad esempio mediante l'impiego di molteplici subappaltatori con quote di attività inferiori alla soglia prevista per i controlli antimafia. Si tratta, in conclusione, di individuare nuovi equilibri nel bilanciare le esigenze di flessibilità organizzativa ed esecutiva per gli operatori incaricati della commessa con una adeguata, irrinunciabile, prevenzione di rischi corruttivi, collusivi, e di turbative in fase di affidamento ed esecuzione. A tale ultimo riguardo, si osservi che le possibilità di verifica e controllo dei subappaltatori e la bontà dei controlli stessi dipendono dalle effettive capacità, risorse e mezzi della stazione appaltante, non sempre adeguati soprattutto per i committenti di minori dimensioni. Sarebbe pertanto opportuna l'introduzione di misure che promuovano un'adeguata capacità amministrativa nelle attività di verifica e di autorizzazione dei subappalti da parte delle stazioni appaltanti.

Quesito -- Subappalto qualificatorio: scorporabili a qualificazione obbligatoria, non SIOS, di importo complessivo > del 40% del totale d'appalto.

Gara al prezzo più basso con disciplinare che prevede che il limite totale di subappalto è il 40%.

Un operatore economico viene escluso perché, pur avendo idonea classifica in categoria prevalente ha dichiarato il subappalto qualificatorio delle due scorporabili.

L'escluso minaccia il ricorso.

Può la stazione appaltante annullare l'esclusione e riammettere il soggetto, alla luce del principio dell'impatto diretto delle sentenze della Corte di Giustizia nell'ordinamento interno ?

Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874: la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità .

«Occorre (…) rammentare (…) che è ormai principio consolidato in giurisprudenza quello secondo il quale la **disapplicazione** (rectius, non applicazione) **della norma nazionale confliggente con il diritto eurounitario, a maggior ragione se tale contrasto è stato accertato dalla Corte di giustizia UE, costituisca un obbligo per lo Stato membro in tutte le sue articolazioni e, quindi, anche per l'apparato amministrativo e per i suoi funzionari, qualora sia chiamato ad applicare la norma interna contrastante con il diritto eurounitario** (...)

Qualora, pertanto, emerga contrasto tra la norma primaria nazionale o regionale e i principi del diritto eurounitario, è fatto obbligo **al dirigente che adotta il provvedimento sulla base della norma nazionale (o regionale) di non applicarla (in contrasto con la norma eurounitaria di riferimento),** salvo valutare la possibilità di trarre dall'ordinamento sovranazionale una disposizione con efficacia diretta idonea a porre la disciplina della fattispecie concreta (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018 n. 1342)».

Cons. Stato, VI, 18 novembre 2019, n. 7874: la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità .

Segue…

Si osserva quindi che «la tesi prevalente in giurisprudenza, allo stato e condivisa dal Collegio, tende ad affermare che **il provvedimento amministrativo adottato dall'amministrazione in applicazione di una norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario non va considerato nullo**, ai sensi dell'art. 21-septies l. 241/1990 per difetto assoluto di attribuzione di potere in capo all'amministrazione procedente, **sebbene alla medesima amministrazione, per quanto si è sopra riferito, è fatto carico dell'obbligo di non applicare la norma nazionale contrastante con il diritto eurounitario**, in particolar modo quando tale contrasto sia stato sancito in una sentenza della Corte di giustizia UE.

Per effetto di tale prevalente orientamento, quindi, **la violazione del diritto eurounitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussistendo di conseguenza l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al giudice amministrativo** entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità del provvedimento medesimo (cfr., tra le tante, Cons. Stato, Sez. III, 8 settembre 2014 n. 4538)».

Il Subappalto delle «SIOS» dopo la sentenza CGUE 26.9.2019 C-63

Dopo la sentenza della Corte di Giustizia al momento non si ritiene di aderire alla tesi che ora la “SIOS” sarebbe pur essa – già a fine qualificatorio – subappaltabile per il 100% del suo importo.

Per due ragioni:

- La prima è che con il vecchio codice (D.Lgs. 163/2006), a seguito di procedura di infrazione sempre in materia di limiti al subappalto (2007/2309), l’identica questione venne risolta nel senso di consentirsi il subappalto della “SIOS” entro il limite del 30% del suo importo.

- La seconda è che sarebbe una contraddizione oggettiva consentire il subappalto integrale della “SIOS” in questione e nel contempo ammettere per la medesima il divieto di avvalimento: se si ammettesse il subappalto integrale della “SIOS” a un soggetto terzo, a maggior ragione dovrebbe allora essere consentito che l’operatore economico possa eseguirla in proprio facendo ricorso a un’ausiliaria. Ma nella procedura di infrazione (Commissione Europea, «Costituzione in mora - Infrazione n. 2018/2273», paragrafo 1.3, lett. F)) non si contesta il divieto di avvalimento delle sole “SIOS”.

DELIBERA ANAC N. 711 DEL 23 luglio 2019

REQUISITI CAPACITA ECONOMICO FINANZIARIA -- DATA DI COSTITUZIONE IMPRESA -- RILEVA --

I requisiti di capacità economica e finanziaria sono volti a misurare la solidità patrimoniale dell'offerente e sono comprovabili, ai sensi di quanto disposto dall'art. 86, comma 4, del Codice "mediante uno o più mezzi di prova indicati nell'allegato XVII, parte I", il quale a sua volta stabilisce che "di regola, la capacità economica e finanziaria dell'operatore economico può essere provata mediante una o più delle seguenti referenze: (…) c) una dichiarazione concernente il fatturato globale e, se del caso, il fatturato del settore di attività oggetto dell'appalto, al massimo per gli ultimi tre esercizi disponibili in base alla data di costituzione o all'avvio delle attività dell'operatore economico, nella misura in cui le informazioni su tali fatturati siano disponibili". Nell'ambito, dunque, della dimostrazione della capacità economico-finanziaria il legislatore ha espressamente contemplato, per le imprese neo-costituite, la possibilità di dimostrare la propria solidità patrimoniale parametrando il requisito previsto nel bando alla data di costituzione dell'impresa e agli anni di effettivo esercizio dell'attività; (...) il livello di fatturato raggiunto e documentato da una società di recente costituzione va parametrato alla durata effettività dell'attività.

DELIBERA ANAC N. 711 DEL 23 luglio 2019

REQUISITI DI CAPACITA TECNICO PROFESSIONALE -- DATA DI COSTITUZIONE IMPRESA NON RILEVA –

la capacità tecnico-professionale è funzionale a selezionare operatori economici in grado di assicurare un livello adeguato di esperienza, capacità e affidabilità, valutandone l'attitudine di "sapere" svolgere, a regola d'arte e con buon esito, il servizio o la fornitura oggetto di affidamento anche sulla scorta delle pregresse esperienze professionali. Tale requisito è comprovabile, ai sensi di quanto disposto dall'art. 86, comma 5, del Codice con uno o più mezzi di prova previsti all'Allegato XVII, parte II, del Codice, vale a dire attraverso l'acquisizione di una variabile tipologia di dichiarazioni da parte dell'operatore economico, tra cui l'elenco delle principali forniture o dei principali servizi effettuati, di norma, negli ultimi tre anni precedenti la gara, oppure la dichiarazione di avere eseguito un servizio e/o fornitura "di punta" ovvero la presentazione di certificazioni di qualità. In questo caso né il vigente Codice dei contratti pubblici né il precedente Codice (in particolare, l'art. 42 del d.lgs. n. 163/2006 speculare all'art. 83 del d.lgs. n. 50/2016) contemplano una disposizione ad hoc relativa alla dimostrazione dei requisiti di capacità tecnica e professionale in caso di partecipazione alla gara di imprese di recente costituzione, ma si limitano a richiamare i principi di ampia partecipazione, nonché quelli della necessaria proporzionalità e ragionevolezza nella richiesta dei criteri selettivi da parte della stazione appaltante;

DELIBERA ANAC N. 760 DEL 4 SETTEMBRE 2019

COMMISSIONE GIUDICATRICE – INCOMPATIBILITÀ DEL PRESIDENTE CHE HA APPROVATO ATTI DI GARA – SUSSISTE

CONSIDERATO che l'approvazione degli atti di gara non costituisce un'operazione di natura meramente formale ma, essendo un controllo preventivo di merito, implica necessariamente un'analisi degli stessi, una positiva valutazione e – attraverso la formalizzazione – una piena condivisione; pertanto l'approvazione degli atti di gara integra proprio una "funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta" il cui svolgimento è precluso ai componenti della Commissione giudicatrice (in tal senso TAR Brescia, 4 novembre 2017, n. 1306; TAR Puglia, Lecce, sez. II, 27 giugno 2016, n. 1040); (…)

CONSIDERATO, infine, che in merito al rapporto con l'art. 107 del TUEL che, declinando le funzioni e prerogative dirigenziali, gli attribuisce in particolare la presidenza delle commissioni di gara e di concorso (comma 3, lett. a) e la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso (comma 3, lett. b), l'art. 77 del Codice dei Contratti abbia natura di disposizione speciale per materia e, pertanto, prevalente;

Il Consiglio ritiene, nei limiti di cui in motivazione, non conforme all'art. 77, comma 4, del d.lgs. 50/2016 la composizione della Commissione giudicatrice per incompatibilità del suo Presidente.

NELLO STESSO SENSO T.A.R. Sicilia, Catania, I, 14 ottobre 2019, n. 2377

DELIBERA ANAC N. 827 DEL 18 settembre 2019

Manifestazione di interesse - non è legittimo l'utilizzo del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle candidature, quale metodo di selezione per gli operatori da invitare.

****

DELIBERA ANAC N. 864 DEL 25 settembre 2019

Non è possibile per una consorziata di un consorzio stabile partecipare alla gara come mandataria in RTI con il consorzio mandante che ha designato proprio la consorziata per l'esecuzione dei lavori.

«il provvedimento di esclusione appare legittimo (…) per la ritenuta incompatibilità di una partecipazione in RTI di un consorzio stabile con la consorziata». Due i due motivi per i quali non si può condividere la tesi.

DELIBERA ANAC N. 831 DEL 18 settembre 2019

FINANZA DI PROGETTO – I soci di una società proponente non di progetto NON possono considerarsi come se fossero un R.T.I.

La società proponente è una SRL costituita sia da persone fisiche che giuridiche e che, in conformità all'art. 95, comma 2 del DPR 207/2010, in assenza del possesso del requisito dello svolgimento di servizi affini a quello della gara in oggetto, ha ritenuto di poter sopperire alla mancanza di tale requisito dimostrando il possesso in misura doppia rispetto a quella prevista dalla *lex specialis* tanto del capitale sociale (patrimonio netto) quanto del fatturato medio.

La prova del fatturato è avvenuta con l'indicazione del fatturato totale e del fatturato medio (relativo al quinquennio 2013-2017) di tre operatori economici facenti parte della società.

La società proponente non può essere considerata avente tali requisiti in quanto i soci dei quali tale società intende avvalersi ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti DI carattere speciale necessari per la partecipazione alla gara *de qua* non sono associati in un raggruppamento temporaneo o consorzio all'uopo costituito o costituendo né tantomeno in una società di progetto.

FINANZA DI PROGETTO – REQUISITI ALL'ATTO DI PRESENTAZIONE DELLA PROPOSTA

Quali sono i requisiti del privato che presenta una proposta di project ai sensi dell'art. 180, co. 15 del Codice?

Art. 180 co. 17: «Possono presentare le proposte di cui al comma 15, primo periodo, i soggetti in possesso dei requisiti di cui al comma 8, **nonché** i soggetti con i requisiti per partecipare a procedure di affidamento di contratti pubblici anche per servizi di progettazione eventualmente associati o consorziati con enti finanziatori e con gestori di servizi».

Art. 180 co. 8: «Alla procedura sono ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80».

Art. 95 d.P.R. 207/2010: è rubricato Requisiti del concessionario: « **I soggetti che intendono partecipare alle gare** per l'affidamento di concessione di lavori pubblici,…..»

FINANZA DI PROGETTO – REQUISITI ALL'ATTO DI PRESENTAZIONE DELLA PROPOSTA

Tar Lazio, Roma, N. 33181 del 4 novembre 2010

«Il promotore può non possedere i requisiti previsti per il concessionario nella fase preliminare in cui partecipa alla selezione per il conseguimento di tale qualità, ma appare discutibile, siccome potenzialmente lesiva della par condicio tra concorrenti, una interpretazione che consenta allo stesso di non possedere i requisiti della lex specialis al momento dell'inizio della fase selettiva per l'attribuzione della qualifica di concessionario».

****

Può essere accettata la proposta di un promotore

che ha un capitale sociale di € 1.000,00 ?

CONCESSIONE MISTA CON PREVALENZA DI SERVIZI – REQUISITI DI QUALIFICAZIONE

DELIBERA ANAC N. 1053 DEL 13 novembre 2019

Contratti misti – Concessione di servizi, lavori e servizi tecnici – Requisiti di qualificazione del concessionario – Devono essere previsti in relazione a ciascuna prestazione dedotta nel contratto

In virtù di quanto sancito dall'art. 28 del d.lgs. 50/2016 e del richiamo operato dall'art. 164 alle parti I e II del Codice, il bando di gara finalizzato all'affidamento di una concessione mista, il cui oggetto principale è costituito dalla gestione del servizio, deve prevedere, in relazione a ciascuna prestazione dedotta nel contratto, i requisiti di qualificazione prescritti dal Codice, imponendo all'operatore economico concorrente di dimostrarne il possesso già in fase di gara.

Concessioni miste – Oggetto principale servizi – Lavori accessori e strumentali – Appalto a terzi – Non ammesso

L'attuale sistema normativo non riconosce al concessionario, qualificato solo per la gestione del servizio, la possibilità di appaltare a terzi i servizi tecnici e le lavorazioni che costituiscono oggetto dell'affidamento.

CONCESSIONE DI SERVIZI – LEGITTIMITA' DI UNA PROROGA

T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, I, 25 novembre 2019, n. 598:

L'art. 168, comma 2, del d.lgs. 50/2016: « per le concessioni ultraquinquennali, la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario individuato sulla base di criteri di ragionevolezza, insieme ad una remunerazione del capitale investito, tenuto conto degli investimenti necessari per conseguire gli obiettivi contrattuali specifici come risultante dal piano economico-finanziario. Gli investimenti presi in considerazione ai fini del calcolo comprendono quelli effettivamente sostenuti dal concessionario, sia quelli iniziali sia quelli in corso di concessione.

La norma, che consente la proroga delle concessioni per il periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario, trova applicazione solo per le concessioni ultraquinquennali e quindi non può trovare applicazione nel caso di specie, posto che l'originario contratto di concessione aveva durata quadriennale».

CONCESSIONE DI SERVIZI – LEGITTIMITA' DI UNA PROROGA -- OSSERVAZIONI

1) Se il PEF, si ipotizzi per una concessione di servizio, prevede che per rientrare dell'investimento operato e per conseguire un giusto utile siano necessari e sufficienti – per esempio n. 6 anni – **non appare legittimata nessuna proroga**.

Il tempo di durata di una concessione può essere solo quello previsto in PEF: «la durata massima della concessione non può essere superiore al periodo di tempo necessario al recupero degli investimenti da parte del concessionario», così come previso dall'art. 168, comma 2, del codice che – sotto questo profilo – esprime un principio di carattere generale e non legato solo alle «concessioni ultraquinquennali».

2) La proroga può essere concessa nel caso critico di cui all'art. 165 del codice, comma 6:

«Il verificarsi di fatti non riconducibili al concessionario che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto».

Identico, l'art. 182, comma 3: «Il verificarsi di fatti non riconducibili all'operatore economico che incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario può comportare la sua revisione da attuare mediante la rideterminazione delle condizioni di equilibrio. La revisione deve consentire la permanenza dei rischi trasferiti in capo all'operatore economico e delle condizioni di equilibrio economico finanziario relative al contratto».

Ma deve trattarsi di «fatti non riconducibili al concessionario» e che comunque, anche, «incidono sull'equilibrio del piano economico finanziario». Se mancano queste due condizioni, è l'operatore economico che deve sopportare l'*alea* economico-imprenditoriale tipica di una concessione.

DELIBERA ANAC N. 890 DEL 2 ottobre 2019

GIOVANE PROFESSIONISTA

La mancata indicazione, all'atto della presentazione dell'offerta, del nominativo del professionista abilitato da meno di cinque anni all'esercizio della libera professione costituisca causa di esclusione dalla gara senza possibilità di soccorso istruttorio.

****

DELIBERA ANAC N. 928 DEL 16 ottobre 2019

Art. 26, comma 7, d.lgs. n. 50/2016 – INCOMPATIBILITÀ ATTIVITÀ DI VERIFICA

Cause di incompatibilità – Verifica preventiva della progettazione e direzione lavori L'attività di verifica preventiva del progetto può riferirsi anche alla sola verifica del progetto preliminare e il suo svolgimento è incompatibile con lo svolgimento, per il medesimo progetto, **dell'attività di direzione dei lavori**. Tale causa di incompatibilità riscontrata in sede di partecipazione alla gara in capo a un operatore economico ne determina l'esclusione ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. d), d.lgs. n. 50/2016.