



**Scuola Veneto e Friuli Venezia Giulia**

**CORSO**  
*Le novità nel Codice dei Contratti*

**Paola Tessaris**

# **Le novità nel Codice dei Contratti**

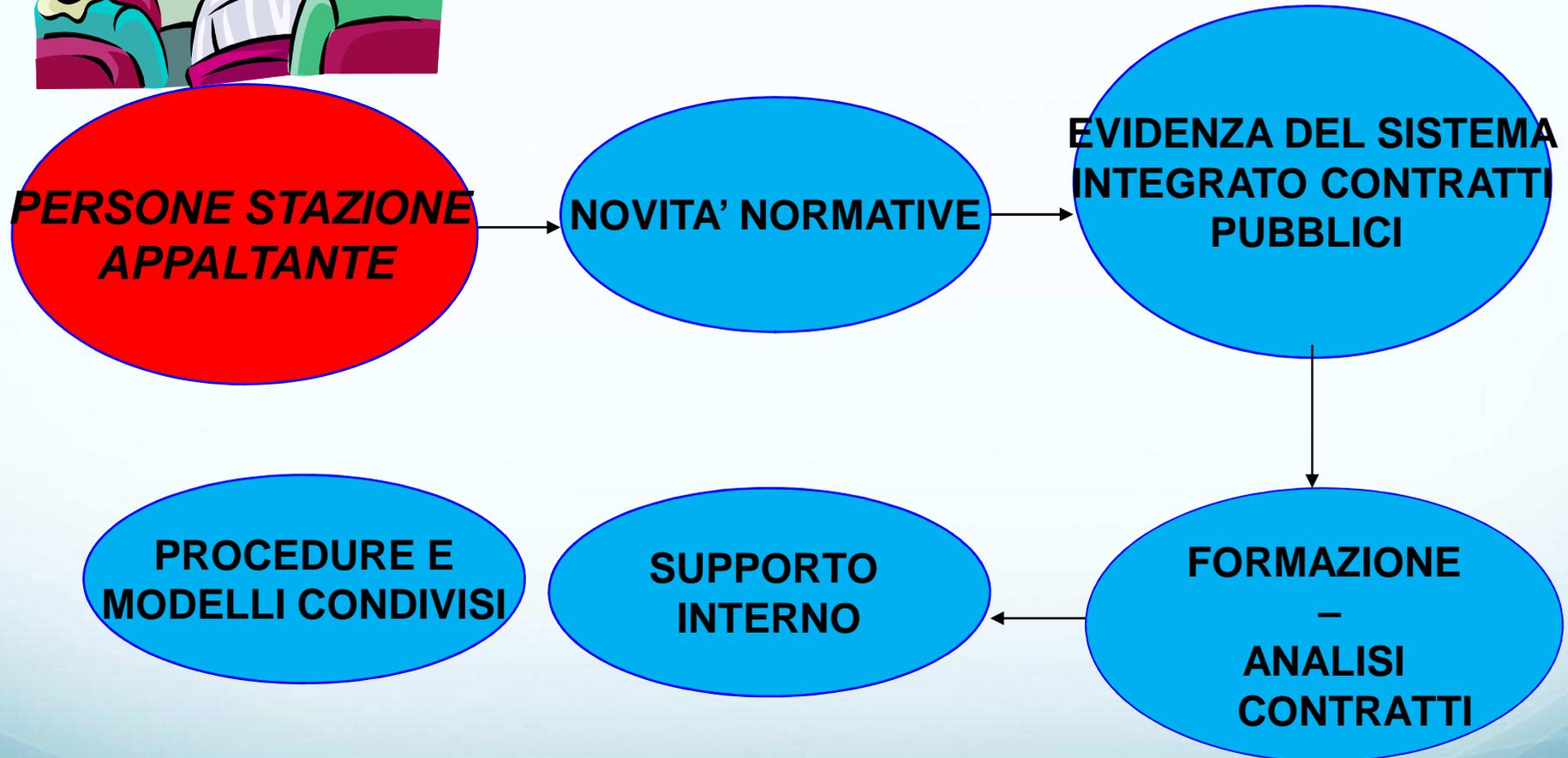
Pasian di Prato (Ud)  
21 ottobre 2011

OVVERO  
... LO STATO DELL'ARTE...  
PER I CONTRATTI  
PUBBLICI LAVORI SERVIZI  
E FORNITURE





# WORKING IN PROGRESS



# WORKING IN PROGRESS



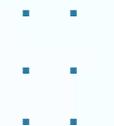
- Viviamo un senso di smarrimento a fronte all'interminabile profluvio di **importanti novità legislative**, che, in pochi mesi hanno sconvolto ulteriormente il quadro normativo in materia di appalti pubblici.
- Ricordiamo in estrema sintesi le tappe salienti:
- **decreto sviluppo** (*14 maggio*),
- entrata in vigore del **nuovo regolamento** (*8 giugno*),
- **manovra estiva** (*6 luglio*),
- conversione con **modifiche** del **decreto sviluppo**, d.l. 70/2011 con l. 106/2011 (*7 luglio*).
- **legge 15 luglio 2011, n. 111** (conversione del decreto-legge 6 luglio 2011, n. 98) Disposizioni urgenti per la stabilizzazione finanziaria (c.d. "manovra")

# WORKING IN PROGRESS



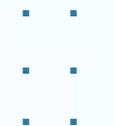
- A fianco di tali importanti e strutturali provvedimenti sono intervenute ulteriori novità:
- **d.p.c.m. 26 aprile 2011**: Pubblicazione nei siti informatici di atti e provvedimenti concernenti procedure ad evidenza pubblica o di bilanci ... art. 32 legge n. 69 del 2009
- **Regolamento UE n. 842/2011 della Commissione del 19 agosto 2011 (in vigore dal 16 settembre)** che stabilisce modelli di formulari per la pubblicazione di bandi e avvisi nel settore degli appalti pubblici e che abroga il regolamento (CE) n. 1564/2005
- Decreto del Presidente del Consiglio dei ministri 30 giugno 2011 **Stazione Unica Appaltante**, in attuazione dell'articolo 13 della legge 13 agosto 2010, n. 136 - Piano straordinario contro le mafie

# WORKING IN PROGRESS



- **SEMPLIFICAZIONE AFFIDAMENTI IMPORTO LIMITATO**
- Aumento da 20.000 a 40.000 euro affidamento diretto in economia (art. 125) per forniture e servizi, fatto salvo che l'art. 334 del regolamento ha mantenuto la soglia dei 20.000 euro, dunque una soglia disallineata da quella prevista dall'art. 125 del codice.
- Si potrebbe interpretare nel senso che fino a 40.000 euro c'è la facoltà dell'affidamento diretto, ma se non si ricorre a tale facoltà dal 20.000 in su la procedura è quella dell'art. 334 del regolamento.
- I lavori non sono stati cambiati, il limite per il professionista neppure, secondo prudentiale interpretazione sebbene anche qui ci siano divergenze interpretative, stante l'attuale scrittura dell'art. 267 comma 10 del regolamento (di mera esecuzione)
- In questo momento in attesa di indicazioni da parte dell'Autorità di Vigilanza è opportuno attenersi ad un approccio cauto allineato al valore più basso, salva adeguata motivazione nell'atto di affidamento.

# WORKING IN PROGRESS



- **SEMPLIFICAZIONE AFFIDAMENTI IMPORTO LIMITATO**
- Regolarità contributiva con autocertificazione fino a 20.000 euro
- Il nuovo comma 14-bis dell'art. 4 del DL 70/2011, introdotto **in sede di conversione**, stabilisce che *“per i **contratti** di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'articolo 46, comma 1, lettera p), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad **effettuare controlli periodici** sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive ai sensi dell'articolo 71 del medesimo testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000”*.

# WORKING IN PROGRESS



- **STRUTTURALE CAMBIAMENTO SCRITTURA BANDI E GESTIONE GARA**
- Cambiamento dichiarazioni art. 38
- Tassatività cause di esclusione art. 46
- Si tratta, di un combinato disposto che intende evidentemente codificare un modo di procedere volto a far valere la sostanza sulla forma, al fine di limitare le numerose esclusioni che avvengono solo sulla base di elementi formali e non sostanziali, e di ridurre, anche in quest'ipotesi, il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici.

# WORKING IN PROGRESS



- **STRUTTURALE CAMBIAMENTO SCRITTURA BANDI E GESTIONE GARA**
- Con lo stesso obiettivo, si introduce, inoltre, il nuovo comma 4-bis all'art. 64 del Codice, che prevede la predisposizione dei bandi di gara da parte delle stazioni appaltanti sulla base di modelli tipo approvati dall'Autorità di Vigilanza, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'art. 46, comma 1-bis. Qualora le stazioni appaltanti volessero derogare ai contenuti del bando-tipo, dovranno darne espressa motivazione, a monte, nella delibera a contrarre.

# WORKING IN PROGRESS



- **SPESE PER IL PERSONALE**
- non soggette a ribasso (come oneri della sicurezza) vedi proposta operativa allegata per “tamponare” per acquisti di poco valore. Per appalti più importanti necessita un approfondimento e istruzioni operative da fonti ufficiali.
- L’articolo 81 comma 3 introduce molte considerazioni sensate che naturalmente condividiamo ma non propone soluzioni pratiche.
- Emerge la necessità di operare la verifica dell’anomalia anche in caso di esclusione automatica delle offerte e l’importanza del rispetto dei minimi salariali.
- In attesa di ulteriori chiarimenti ufficiali da parte dell’autorità, potremmo ipotizzare una previsione del costo del lavoro interna, e fare dichiarare e dimostrare a loro in sede di offerta o di verifica, come intendono strutturare il servizio (n. ore e minimi salariali applicati)

# WORKING IN PROGRESS



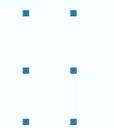
- **RUOLO CONSIP**
- Perché si deve fare la verifica preventiva (obbligo di legge e poi è più agevole e semplice l'acquisto)
- Quali conseguenze se non viene fatta la verifica ( art. 11 )
- Come si fa la verifica CONSIP
- In caso di esito negativo della verifica (non c'è il bene che cerchiamo) :Cosa bisogna scrivere nel nostro atto per giustificare il ricorso al mercato ovvero dire che vi è “la dichiarazione di conformità” ai prezzi CONSIP
- Invio della determina al controllo di gestione. L'invio denota comunque un profilo di verifica interna sull'adempimento.

# WORKING IN PROGRESS



- **L'AUTORITA' COSA SI ACCINGE A FARE**
- i costi finanziari (diretti e indiretti) che le imprese e le Stazioni Appaltanti devono sopportare per gestire la complessa macchina amministrativa che, al momento, regola gli appalti, è stimabile - secondo studi della UE - in un valore compreso fra il 10 e il 15% del valore messo a base di gara.

# WORKING IN PROGRESS



- Considerando che i contratti pubblici stipulati complessivamente ogni anno in Italia sono circa 1.500.000, che il numero delle Stazioni Appaltanti operative come centri di spesa è superiore alle 30.000, e che la spesa pubblica aggregata generata da detti contratti ammonta (iva compresa) a più di 130 miliardi di euro su base annua, appaiono macroscopici la rilevanza economica e finanziaria dell'aggregato di spesa generato dai contratti pubblici e l'incidenza di quest'ultimo sulla spesa pubblica complessiva.
- Per tali ragioni, dunque, l'Autorità - ai sensi dell'art. 6 comma 7 lettera f) del Codice dei Contratti - ha deliberato di adottare il predetto **Atto di Segnalazione**, che si iscrive anche nel contesto del decreto-legge 13 agosto 2011, n. 138, (recante ulteriori misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo) che introduce, tra l'altro, nuovi meccanismi per la revisione integrale della spesa pubblica, ivi compresa quindi quella generata dai contratti di lavori servizi e forniture.

**D.LGS 163/06**  
**smi**

**PARTE I**  
**PRINCIPI E DISPOSIZIONI COMUNI**  
**E C. ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE**

**PARTE II**  
**CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI SERVIZI**  
**FORNITURE NEI SETTORI ORDINARI**

**PARTE III**  
**CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI SERVIZI**  
**FORNITURE NEI SETTORI NEI SETTORI SPECIALI**

**PARTE IV**  
**CONTENZIOSO**

**PARTE V**  
**DISPOSIZIONI DI COORDINAMENTO, FINALI E TRANSITORIE -**  
**ABROGAZIONI**

**ALLEGATI**  
**I - XXII**

**REGOLAMENTO  
ATTUATIVO**

**PARTE I  
DISPOSIZIONI COMUNI**

**PARTE II  
CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI NEI SETTORI ORDINARI**

**PARTE III  
CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A SERVIZI ATTINENTI  
ALL'ARCHITETTURA E ALL'INGEGNERIA NEI SETTORI ORDINARI**

**PARTE IV  
CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A FORNITURE E ALTRI SERVIZI NEI  
SETTORI ORDINARI**

**PARTE V  
CONTRATTI PUBBLICI RELATIVI A LAVORI, SERVIZI E FORNITURE  
NEI SETTORI SPECIALI**

**PARTE VI  
CONTRATTI ESEGUITI ALL'ESTERO**

**PARTE VII - ALLEGATI (A-P)  
DISPOSIZIONI TRANSITORIE ED ABROGAZIONI**

# Il nuovo articolo 38

- Il decreto sviluppo fa la scelta chiara di rendere più difficile l'esclusione di concorrenti dalle gare.
- In tale ottica apporta numerose modifiche all'art. 38 d.lgs. 163/06, che è la norma fondamentale in tema di ammissione o esclusione dalle gare, stabilendo i requisiti generali di ammissione (salvo il fatto che, nonostante che la rubrica parli di ammissione, tutta la disposizione è dedicata alle esclusioni). Le modifiche si sono tradotte, tra l'altro:
- *nella definizione precisa della nozione di gravità (salvo che con riguardo ai reati incidenti sulla moralità professionale di cui alla lett. c) dell'art. 38, comma 1, che invece avrebbe richiesto un qualche intervento definitorio): v. nuovo art. 38, comma 2;*

# Il nuovo articolo 38

- *nella individuazione più dettagliata delle condanne che non devono essere dichiarate (nuovo art. 38, comma 2, primo periodo);*
- *nel richiedere l'iscrizione informatica al sito dell'Autorità ai fini dell'esclusione per false dichiarazioni o documentazioni;*
- *nella riduzione ad un anno (da tre) del periodo considerato ai fini dell'individuazione degli amministratori cessati che devono essere esenti da condanne (v. lett. c, ultimo periodo);*
- *nella riduzione del periodo di esclusione per false dichiarazioni (v. art. 38, comma 1 ter).*

# Il nuovo articolo 38

- Ai fini della lettera c) il candidato o il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in cui indica tutte le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.
- ***Egli non è tenuto ad indicare le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione (Riabilitazione, estinzione del reato e revoca della condanna solo con provvedimento dell'Autorità giudiziaria )***

# Il nuovo articolo 38

- problema principale di applicazione della normativa in questione: la individuazione di quali sono le fattispecie di reato che, una volta commesse, determinano la esclusione della impresa dalla partecipazione a gare e dalla stipula di contratti di appalto o di subappalto.
- Il risultato è che si è ancora lontani dal tracciare una linea di demarcazione precisa tra reati che possono comportare la esclusione e reati che devono ritenersi irrilevanti ai fini della applicazione dell'art. 38 anzidetto.
- Peraltro, venendo meno la possibilità per le stazioni appaltanti di istituire cause di esclusione diverse da quelle previste espressamente dal d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, viene anche meno la possibilità per le stazioni appaltanti stesse di specificare, nella normativa di gara, cosa debba intendersi per reato escludente e cosa no (in tal senso non risulta dirimente neppure l'interpretazione fornita dalla Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici).

# Il nuovo articolo 38

- Nell'ambito dei requisiti di ordine generale di partecipazione alle gare, l'art. 38 del d. lgs. 12 aprile 2006, n. 163 prevede ipotesi per le quali la situazione ostativa, per essere tale, deve avere carattere di gravità, come:
  - in materia di gravità dei reati (lett. c) e sicurezza del lavoro (lett. e)
  - in caso di negligenza e malafede nell'esecuzione delle prestazioni (lett. f)
  - di irregolarità fiscale e contributiva (lett.g-i)
  - con la conseguenza che il legislatore ha inteso attribuire all'Amministrazione il potere di valutare l'entità dell'infrazione, ai fini della sussistenza del requisito di affidabilità, soltanto nelle ipotesi caratterizzate dalla **gravità**, mentre nelle altre la sussistenza dell'infrazione è di per sé sufficiente ad impedire la partecipazione alla procedura (cfr. ad es. Consiglio Stato, Sez. V, 23 marzo 2009 , n. 1755).

# Il nuovo articolo 38

- Compete alla stazione appaltante l'accertamento, di natura discrezionale e comportante l'obbligo di motivazione, della esistenza e della gravità della violazione commessa e sostenendo, in particolare, che la "gravità", debba essere desunta dalla specifica tipologia dell'infrazione commessa, sulla base del tipo di sanzione (arresto o ammenda) per essa irrogata, dell'eventuale reiterazione della condotta, del grado di colpevolezza e delle ulteriori conseguenze dannose che ne sono derivate (es. infortunio sul lavoro).
- Si precisa, altresì, come rilevato nel parere n. 138/2008, che la stazione appaltante è legittimata ad effettuare le suddette valutazioni anche in presenza di un ricorso giurisdizionale o amministrativo avverso gli accertamenti effettuati dagli Organi agli stessi deputati

# Il nuovo articolo 38

- Circa la gravità del reato nella lett.) dell'art. 38 si possano individuare quattro livelli di previsione:
- il primo comporta un sicuro automatismo, infatti in **presenza di uno solo dei reati (passati in giudicato)** individuati nella norma in esame (sono quelli dell'art. 45 della Direttiva 2004/18/CE) è obbligatoria l'esclusione dalla gara di quell'operatore economico; la gravità è perciò insita in quelle fattispecie (partecipazione a un'organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio).

# Il nuovo articolo 38

- Un altro automatismo è rinvenibile nell'ambito oggettivo della lett. c) dell'art. 38, e comporta effetti ascrivibili ad altra causa escludente:
- si tratta di quei delitti per i quali consegue necessariamente la **pena accessoria del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione**, che non può avere durata inferiore ad un anno né superiore a tre anni (art. 32-ter c.p.); l'art. 32-quater c.p. fissa i casi nei quali alla condanna consegue l'incapacità di contrattare con la P.A.: si tratta di ogni condanna per i delitti previsti nel codice penale dagli articoli 316 bis, 216-ter, 317, 318, 319, 319 bis, 320, 321, 322, 322-bis, 353, 355, 356, 416, 416-bis, 437, 501, 501-bis, 640, n. 1) del secondo comma, 640 bis commessi in **danno o in vantaggio di un'attività imprenditoriale o comunque in relazione ad essa importa l'incapacità di contrattare con la pubblica amministrazione**

# Il nuovo articolo 38

- in tali ipotesi, alla stazione appaltante **non è permessa alcuna valutazione discrezionale sulla gravità del reato, configurandosi così la causa di esclusione tipizzata nella lettera m)** del comma 1 dell'art. 38 (sono esclusi dalla gara i soggetti nei cui confronti è stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art.9, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 231/01 o *altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione*, compresi i provvedimenti interdittivi di cui all'articolo 14 del d.lgs. n. 81/08).
- Rimane fermo che **ove cessasse la pena accessoria**, e quindi cessasse l'automatismo in forza della lett. m) dell'art. 38, ai fini della sussistenza o meno della lett. c) rimarrebbe in capo alla stazione appaltante l'obbligo di valutare se il reato (per il quale non sia intervenuta la riabilitazione, ovvero l'estinzione) incida o meno sulla moralità professionale e se sia grave.

# Il nuovo articolo 38

- Un terzo livello interpretativo, ci porta a considerare gli effetti previsti nell'art. 10, comma 5-ter della L. n. 575/65 (corrisponde all'art. 14, comma 1 dello schema del cd. Codice antimafia), in cui è previsto che le disposizioni dei commi 1, 2 e 4 del medesimo art. 10 – fra le quali è prevista **la misura di prevenzione che comporta il divieto di contrarre con la P.A. - si applicano anche nei confronti delle persone condannate con sentenza definitiva o, ancorché non definitiva, confermata in grado di appello**, per uno dei delitti di cui all'articolo 51, comma 3-bis, c.p.p.. Ciò significa che, **anche in pendenza di giudizio** (purché vi sia stata conferma in appello), **se il giudice applica parallelamente al processo penale la misura preventiva che comporta il divieto di contrarre con la P.A., l'operatore economico che partecipa ad una gara ad evidenza pubblica deve essere escluso in via automatica** ai sensi della lett. m) dell'art. 38 del Codice dei contratti pubblici. **Da ciò discende l'importanza dell'acquisizione in gara anche del certificato dei carichi pendenti.**
- La L. n. 327/88, all'art. 15 (corrisponde all'art. 80 dello schema del Codice antimafia) prevede che per gli indiziati di appartenere ad associazione mafiosa ovvero per gli indiziati di uno dei delitti di cui all'art. 51, comma 3 bis c.p.p. la riabilitazione che comporta il venir meno degli effetti della misura preventiva qui in esame, può essere chiesta dopo cinque anni dalla cessazione della misura di prevenzione medesima.

# Il nuovo articolo 38

- Un ultimo livello interpretativo va ricercato **nella valutazione di gravità e di incidenza sulla moralità professionale**, che, fuori dalle tre ipotesi suddette, è preciso dovere della stazione appaltante porre in essere in modo adeguato e motivato, quindi anche esprimendosi sulla gravità, specie – dopo la riforma dell'art. 38, lett. h) e lett. m-bis) operata dal d.l. n. 70/11 – se si ritiene di trovarsi di fronte ad una falsa dichiarazione.
- La stessa giurisprudenza, richiamata nella recente determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 1/2010 e nella precedente determinazione n. 13/2003, aveva ribadito **l'importanza della motivazione e della verifica caso per caso da parte dell'amministrazione competente.**

# Il nuovo articolo 38

- Determinazione dell'Autorità, la n. 1 del 2010, in cui, - oltre ai reati fissati *ex lege* dall'art. 38 nella lett. c) aggiunge anche i **reati in materia ambientale, economica e finanziaria**, viene ribadita la discrezionalità valutativa dell'amministrazione, che deve essere ispirata **ai parametri dell'agire amministrativo e dell'interesse pubblico, esplicitati in idonea ed adeguata motivazione.**
- (ATTENZIONE ALLA VERBALIZZAZIONE)

# Il nuovo articolo 38

- In particolare, l'Autorità stabilisce che:
- a) in ordine alla incidenza sulla moralità *“la valutazione va effettuata non in astratto, con riguardo al mero titolo del reato, ma tenendo conto della peculiarità del caso concreto, del peso specifico dei reati ascritti e della prestazione che la ditta dovrà espletare se risulterà aggiudicataria. (...) In ogni caso, la stazione appaltante è chiamata ad effettuare una **concreta valutazione dell'incidenza della condanna sul vincolo fiduciario, mediante una accurata indagine sul singolo fatto, avendo riguardo al tipo di rapporto che deve essere instaurato, (...), nonché dare contezza, attraverso congrua motivazione, di avere effettuato la suddetta disamina”**.*

# Il nuovo articolo 38

- b) In ordine alla gravità del reato si tratta di un elemento ulteriore che deve essere valutato.
- La gravità rientra nell'ambito dell'attività di ponderazione *“circostanziata e selettiva che la stessa è chiamata a svolgere a fronte della singola, concreta, fattispecie di reato, prendendo in esame tutti gli elementi che possono incidere negativamente sul vincolo fiduciario quali, ad esempio, l'elemento psicologico, l'epoca e la circostanza del fatto, il tempo trascorso dalla condanna, le eventuali recidive, il bene lesa dal comportamento delittuoso, in relazione anche all'oggetto ed alle caratteristiche dell'appalto”* (Autorità per la vigilanza, Determinazione n. 1/2010).
- Peraltro, trattandosi di classificazioni che incidono da un lato gravemente sul diritto di partecipare alle gare pubbliche e dall'altro sono di derivazione penalistica, esse **sono di strettissima interpretazione.**

# Il nuovo articolo 38

- nell'art. 38 del Codice dei contratti, nella parte relativa agli **illeciti penali incidenti sulla moralità professionale dei concorrenti (art. 38, co.1, lett. c)**, si è cercato di ovviare alle lacune riscontrate in passato legate alla mancata predeterminazione dei tipi di reato e quindi ad un'eccessiva discrezionalità rimessa alla stazione appaltante nell'apprezzare il disvalore dei singoli episodi.
- Va ribadito, allora, che nella norma in questione si distinguono due categorie di reati:

# Il nuovo articolo 38

- a) le tipologie di fattispecie criminose (**partecipazione ad una organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio**), **individuate e definite dall'art. 45 della Direttiva n. 2004/18/CE** e non dal codice penale italiano, che sono comunque causa di esclusione precludendo quindi una valutazione discrezionale da parte della stazione appaltante. La ragione di questa tecnica si spiega in considerazione della circostanza che alle gare comunitarie partecipano anche operatori non italiani, sicché il tipo di reati va individuato non solo con riferimento all'ordinamento italiano;
- b) si fa poi riferimento a **<<reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale>>**.
- Si tratta di una categoria **non definita compiutamente**; è questo l'ambito in cui si lascia alla stazione appaltante un margine di apprezzamento sia sulla incidenza del reato sulla moralità professionale, sia sull'offensività per lo Stato o per la Comunità, sia sulla gravità del fatto.
- **Il rinvio generico ai reati, in astratto consente di far riferimento sia ai delitti che alle contravvenzioni, sia a reati dolosi che colposi.**

# Il nuovo articolo 38:

- la mancanza di parametri fissi e la genericità della prescrizione lascia spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante delle singole concrete fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale, quali ad es.:
- l'elemento psicologico,
- la gravità del fatto,
- il tempo trascorso dalla condanna,
- le eventuali recidive,
- il bene protetto dalla norma incriminatrice, tenuto anche conto dell'oggetto e delle caratteristiche dell'appalto;
- inoltre la norma, facendo riferimento alla gravità dei reati oggetto della valutazione, presuppone una ponderazione circostanziata e selettiva degli stessi (cfr. parere 21 maggio 2008, n. 162; deliberazione 9 maggio 2007, 123).

# Il nuovo articolo 38

- *l'esercizio della predetta potestà dev'essere motivato e siccome la motivazione, ai sensi dell'art. 3 della legge 7.8.1990, n. 241, è fondata sulle **risultanze dell'istruttoria**, cioè su un accertamento di fatto concreto, dette valutazioni non andranno espresse su categorie astratte di reati, ma tenendo conto delle circostanze in cui un reato è stato commesso, per dedurne un giudizio di affidabilità o inaffidabilità.*
- *La norma perciò non richiede apprezzamenti assoluti del tipo "la commissione di tale reato è (o non è) indice di inaffidabilità morale o professionale", ma un'accurata indagine sul singolo fatto, giudicato come costituente reato, su cui si fonderà il giudizio, richiesto all'amministrazione" (TAR Veneto, Sez. I, sentenza 1909/2006. In senso conforme, cfr. Cons. di Stato, Sez. V, sentenza 23 marzo 2009, n. 173. Nello stesso senso: T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, 09 ottobre 2009, n. 1525); T.A.R. Lazio Latina Sez. I Sent., 13 febbraio 2008, n. 97; T.A.R. Liguria Genova, sez. II, 20 dicembre 2005, n. 1774); T.A.R. Piemonte Torino, sez. II, 07 dicembre 2002, n. 2048).*

# Il nuovo articolo 38

- Un discorso analogo, direttamente collegato a tali valutazioni circa la gravità del reato, deve essere compiuto anche per le **ipotesi delittuose riguardanti la sicurezza sul lavoro**, in particolare le lesioni gravi o gravissime previste dal codice penale e determinate per violazione delle norme sulla sicurezza; qui l'incontro fra la lett. c) e la lett. e) dell'art. 38 si fa evidente.
- In tal senso e coerentemente con quanto sinora richiamato, la giurisprudenza, ribadendo che il giudizio di inaffidabilità deve presupporre un esame ponderato della fattispecie penale concretamente dedotta, ha chiarito che senza idonea valutazione anche sulla gravità del reato: *“i richiami alla rilevanza della normativa in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro e alla ritenuta gravità della lesione personale arrecata per colpa a un lavoratore dipendente impiegato in un cantiere appaiono generici e non possono considerarsi argomenti in sé sufficienti per integrare una motivazione congrua.*

# Il nuovo articolo 38

- attualmente, è espressamente sancito che ai fini del comma 1, lettera c), il concorrente attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445, in cui indica *tutte* le condanne penali riportate, ivi comprese quelle per le quali abbia beneficiato della non menzione.
- **L'operatore economico non è tenuto ad indicare nella dichiarazione le condanne per reati depenalizzati ovvero dichiarati estinti dopo la condanna stessa, né le condanne revocate, né quelle per le quali è intervenuta la riabilitazione.**
- Questo significa che la norma di legge vigente impone ai soggetti individuati di dichiarare tutte le eventuali condanne penali, prescindendo da un prognostico giudizio sia sulla gravità e sia sull'incidenza del reato medesimo.
- Al riguardo, è opportuno che gli operatori economici effettuino una visura ex art. 33 de T.U. n. 313 del 2002, **al fine di conoscere tutte le iscrizioni esistenti a loro carico, comprese quelle che non appaiono nel certificato, e che compaiono, invece, nei certificati acquisiti dall'Autorità Giudiziaria.**

# Il nuovo articolo 38

- **Sul cessato dalla carica.** Il penultimo periodo della lett. c) dell'art. 38 stabilisce che l'esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti cessati dalla carica nell'anno antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri che vi sia stata completa ed effettiva dissociazione della condotta penalmente sanzionata.

# Il nuovo articolo 38

- Il decreto legge n. 70/2011 (così come confermato dalla L. di conv. n. 106/2011) ha, appunto, ridotto a un anno la rilevanza del cessato dalla carica, rispetto ai precedenti tre anni, individuati già dal d.P.R. n. 554/99, art. 75.

# Il nuovo articolo 38

- La *ratio* della norma ora in esame particolare va rinvenuta nell'esigenza di “*estendere l'indagine sulla moralità professionale dei partecipanti nei confronti di tutti gli amministratori e tecnici che della società hanno fatto parte nel triennio precedente la gara. Infatti, il giudizio d'inidoneità morale degli imprenditori persone giuridiche poggia sulla convinzione che vi sia la presunzione che la condotta penalmente riprovevole di quelle persone fisiche che svolgono o abbiano svolto di recente un ruolo rilevante all'interno dell'impresa, abbia inquinato l'organizzazione aziendale.*”

# Il nuovo articolo 38

- *Tale presunzione è assoluta nel caso in cui il soggetto ancora svolga un ruolo all'interno dell'organizzazione di impresa, mentre è relativa, consentendo così all'impresa di fornire la prova contraria, nel caso in cui questo sia cessato dalla carica e non sia ancora trascorso quel lasso di tempo, che ragionevolmente consente di ritenere il venir meno dell'influenza negativa recata dal soggetto medesimo” (T.A.R. Calabria Catanzaro, sez. II, 28 luglio 2008, n. 1100).*

# Il nuovo articolo 38

- Alla luce di tutto ciò, si può affermare che:
- 1) è chiaro che la formulazione della dichiarazione ha il solo fine di consentire alla stazione appaltante di effettuare i dovuti controlli sui dati e che solo ad essa spettano tali controlli;
- 2) la dichiarazione sostitutiva è rilasciata dai soggetti indicati dalla disposizione in esame, anche se di tenore negativo e cioè se i cessati non abbiano subito condanne, pur se **non sono mancate pronunce secondo le quali l'eventuale omissione di tali dichiarazioni non configura la falsa dichiarazione, sempreché i cessati dalla carica non siano gravati da alcun precedente penale; infatti, in tale ipotesi è dato riscontrare il cd. "falso innocuo"**, privo di offensività rispetto agli interessi presidiati dalla regole, e pertanto ininfluenza sulle condizioni e sui requisiti di partecipazione alla gara (si veda Cons. di Stato, sez. V, n. 829/2009).

# Il nuovo articolo 38

- Va pur precisato che la dichiarazione sostitutiva (cd. autocertificazione) richiesta dall'art. 38 al legale rappresentante del soggetto che partecipa alla gara, relativamente ai soggetti cessati dalle cariche sociali - previste dal medesimo art. 38 – nell'anno antecedente (e concernente l'assenza di atti o fatti impeditivi espressamente indicati dalla medesima disposizione), deve, innanzitutto, riguardare tutti i soggetti contemplati.
- A tal proposito il Consiglio di Stato ha già avuto modo di chiarire (sez. IV, 1 aprile 2011 n. 2068) che, qualora la dichiarazione venga omessa o sia incompleta, "l'amministrazione (e per essa la commissione di gara) non ha conosciuto dell'esistenza di soggetti rivestenti talune particolari cariche nel triennio (attualmente, un anno) antecedente, e non è stata posta in grado di effettuare eventuali verifiche, anche attraverso **la mera richiesta di integrazione documentale**", con la conseguenza che, in tali casi, appare del tutto legittima l'esclusione del soggetto dalla partecipazione alla gara (così conclude il Cons. di Stato, sez. IV, 27 giugno 2011, n. 3862);

# Il nuovo articolo 38

- **Sui soggetti tenuti a rendere la dichiarazione. La stessa lettera c) dell'art. 38 del Codice, delimitando l'ambito soggettivo, sancisce che l'esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto penale di condanna sono stati emessi nei confronti:**
  - - del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale;
  - - dei soci o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo;
  - - dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice;
  - - degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico o del socio unico persona fisica, ovvero del socio di maggioranza in caso di società con meno di quattro soci, se si tratta di altro tipo di società o di consorzio.

# Il nuovo articolo 38

- Esistono in giurisprudenza due difformi orientamenti circa l'individuazione dei soggetti tenuti alla dichiarazione di cui alla lett. c) dell'art. 38: uno che offre una lettura estensiva; l'altro, ribadito, da ultimo, dal Consiglio di Stato, sez. V, 25 gennaio 2011, n. 513, per il quale l'individuazione soggettiva ha una portata restrittiva e letterale.
- V'è posto risalto al fatto che la modifica introdotta nella lett. c) dal D.L. n. 70/2011 a proposito del **socio unico fa riferimento evidentemente al socio persona fisica** (così come precisato dalla L. n. 106/2011 in sede di conversione del d.l.) e la dizione non appare quindi di legittima applicazione anche nell'ipotesi in cui il socio unico sia persona giuridica, per il quale, **se sia composto da meno di quattro soci, è più logicamente applicabile la ripartizione prevista per ogni "altro tipo di società"** di cui al II periodo della lett. c) dell'art. 38, e quindi sia ascrivibile all'ipotesi legale della **"società con meno di quattro soci", per la quale la dichiarazione va resa dal socio di maggioranza, oltre che dal legale rappresentante**

# Art. 38, comma 1, lettera d)

- violazione del divieto di intestazione fiduciaria posto dall'art. 17 della legge 19 marzo 1990, n. 55
- «è stato indicato l'ambito temporale cui circoscrivere l'efficacia interdittiva della infrazione in quanto attualmente costituisce una causa di esclusione *sine die* in contrasto con il principio comunitario di proporzionalità».

# Art. 38, comma 1, lett. e)

- Il d.l. sviluppo aveva modificato anche l'art. 38, lett. e), relativo alle violazioni gravi in materia di sicurezza e lavoro, eliminando la previsione secondo cui la violazione deve risultare dai dati in possesso dell'Osservatorio, ed inserendo nell'art. 38, co. 2, dei parametri normativi di gravità. La previsione non è stata convertita in legge e, pertanto, è stata in vigore dal 14 maggio al 12 luglio 2011, per i bandi pubblicati in tale intervallo temporale

## **Art. 38, lettera g, (imposte e tasse - contribuzioni)**

- Ai fini della lettera g), si intendono gravi le violazioni che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse per un importo superiore all'importo di cui all'art. 48-bis, commi 1 e 2-bis, del d.P.R. n. 602 del 1973.
- *Euro 10.000 iva compresa variabili con d.m, economia*
- *(si tratta dell'importo per la verifica in Equitalia nei pagamenti da parte delle pp.aa.)*
- Ai fini della lettera i), si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del DURC.

# Art. 38, comma 1, lettera h)

- Il comma 1-ter stabilisce che, in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, nelle procedure di gara e negli affidamenti di subappalto, la stazione appaltante ne **dà segnalazione all'Autorità**.
- L'Autorità, se ritiene che siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della **rilevanza o della gravità dei fatti** oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione di falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico «per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia».
- Nella determinazione n. 1/2010, l'Autorità ha precisato che, nel caso in cui la stazione appaltante riscontri sul casellario informatico **la presenza di un'annotazione a carico di un operatore economico per falsa dichiarazione, l'esclusione dalla gara è automatica** (per l'anno previsto dalla norma), vale a dire che costituisce un'attività vincolata, senza possibilità di esercitare alcuna discrezionalità.

# Art. 38, comma 1, lettera h)

- Pertanto, mentre la stazione appaltante, come sopra rilevato, esclude il concorrente che abbia presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione nella specifica gara **senza considerare l'elemento soggettivo e segnala la falsa dichiarazione all'Autorità**, quest'ultima è tenuta a considerare l'imputabilità del fatto all'impresa in considerazione della rilevanza o della gravità.
- Il fatto che il legislatore abbia demandato **l'indagine** sull'elemento psicologico all'Autorità si giustifica con l'esigenza di non aggravare il singolo procedimento di gara con accertamenti gravosi in ordine all'elemento psicologico del soggetto che abbia dichiarato il falso in ordine a circostanze rilevanti ai fini di gara, nonché di evitare che possa alimentarsi un contenzioso indotto dalle incertezze e dai dubbi interpretativi che potrebbero insorgere in ordine a tale questione (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 giugno 2011 n. 3361).
- La norma conferma, così, in modo chiaro che la stazione appaltante è tenuta ad effettuare la segnalazione all'Autorità anche con riferimento alla mancata comprova dei **requisiti generali** e non solo con riferimento a quelli **speciali ex articolo 48** (cfr. Cons. Stato, n. 2580, 2 maggio 2011). Oltre alla falsa dichiarazione, la norma fa espresso riferimento anche alla presentazione di **falsa documentazione**.

# Art. 38, comma 1, lett. i)

- L'art. 38, co. 1, lett. i) contempla l'esclusione per violazioni gravi alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali.
- La giurisprudenza si è, in particolare, divisa tra la tesi secondo cui la mancanza o esistenza del DURC non sono condizione necessaria né sufficiente per ritenere sussistente o insussistente la gravità della violazione (che, quindi, resta rimessa alla stazione appaltante) e la tesi secondo cui la mancanza di DURC comporta automaticamente gravità delle violazioni e, dunque, l'esclusione.

# Art. 38, comma 1, lett. i)

- L'Autorità nella citata determinazione n. 1 del 2010 ha ritenuto condivisibile la seconda tesi.
- La novella non modifica la lett. i) dell'art. 38, ma inserisce, nel comma 2 dell'art. 38, una previsione volta a dare rilevanza al DURC e ad escludere ogni discrezionalità della stazione appaltante in ordine alla valutazione della gravità delle violazioni previdenziali ed assistenziali: la norma afferma, infatti, che, ai fini del co. 1, lett. i), dell'art. 38, si intendono gravi le violazioni ostative al rilascio del documento unico di regolarità contributiva di cui all'art. 2, co. 2, d.l. 25 settembre 2002 n. 210, convertito in legge dalla legge 22 novembre 2002 n. 266.

# **Art. 42, comma 3-bis (banca dati certificati di esecuzione di fornitori e prestatori)**

- **3-bis. Le stazioni appaltanti provvedono a inserire nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici prevista dall'art. 62-bis del codice dell'amministrazione digitale, di cui al d.lgs. 7 marzo 2005, n. 82, secondo il modello predisposto e pubblicato dall'Autorità nel sito informatico presso l'Osservatorio, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, la certificazione attestante le prestazioni di cui al comma 1, lettera a), del presente articolo rese dai fornitori e dai prestatori di servizi, entro trenta giorni dal rilascio; in caso di inadempimento si applica quanto previsto dall'art. 6, comma 11.**

# Il nuovo articolo 46

- Vero è peraltro che la novità più significativa e di maggiore respiro, rispetto all'obiettivo indicato all'inizio (riduzione dei casi di esclusione), è costituita dall'introduzione di un comma 1 bis dell'art. 46, norma che si occupa(va), almeno fino ad oggi (solo) di regolarizzazione dei documenti.  
Il secondo periodo del comma 1 bis in esame prevede che sono nulle le clausole di esclusione contenute nei bandi (ed evidentemente negli altri atti di gara) che prevedano cause di esclusione ulteriori rispetto a quelle indicate nel primo periodo del comma 1 bis.

# BANDI TIPO



- Inoltre «i bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di modelli (bandi-tipo) approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. **Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo».**

# BANDI TIPO



- La redazione dei bandi-tipo consente, infatti, di supplire alla mancanza di una norma ricognitiva della violazioni comportanti l'esclusione dalle gare e costituisce, pertanto, un parametro certo con cui misurare la correttezza dell'operato delle stazioni appaltanti, tenute a motivare espressamente le deroghe alle previsioni dei bandi tipo.
- Si tratta, inoltre, di uno strumento flessibile, che, opportunamente emendato nel tempo, permette di recepire eventuali modifiche normative ed assicurare un elevato grado di standardizzazione nelle procedure di gara, con rilevanti benefici in termini di riduzione del contenzioso.

# BANDI TIPO



- Deve ritenersi che la deroga non possa in alcun caso comportare l'introduzione, nei bandi di gara, di una prescrizione posta a pena di esclusione e non derivante da norme di leggi vigenti, in quanto opererebbe, in tal caso, la sanzione della nullità ex art. 46, comma 1-bis.
- Di conseguenza, lo spazio di operatività della deroga dovrebbe essere ricondotto all'ipotesi di cause di esclusione che, pur derivanti dalla normativa applicabile, non fossero contemplate nei bandi-tipo, ad esempio perché previste da disposizioni successive alla adozione dei modelli.
- Occorre, poi, rammentare che, a mente dell'art. 75, comma 4, le stazioni appaltanti possono richiedere nei bandi «gli elementi essenziali di cui al comma 2, nonché gli altri elementi e documenti necessari o utili, nel rispetto del principio di proporzionalità in relazione all'oggetto del contratto e alle finalità dell'offerta».

# DICHIARAZIONI TIPO



- Il nuovo comma 2-bis dell'articolo 74 dispone che le stazioni appaltanti richiedono, di norma, l'utilizzo di moduli di dichiarazione sostitutiva dei requisiti di partecipazione di ordine generale e, per i contratti relativi a servizi e forniture o per i contratti relativi a lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, dei requisiti di partecipazione economico-finanziari e tecnico-organizzativi. Detti moduli sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base dei modelli standard definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, acquisito l'avviso dell'Autorità (art. 4, comma 2, lettera i), d.l. n. 70/2011).

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- [Parere di Precontenzioso n. 185 del 20/10/2010 - rif. PREC 131/10/L d.lgs 163/06 Articoli 38, 64, 73 - Codici 38.1, 64.1, 73.1](#)
  - Nel caso in cui dalla documentazione di gara, per errore commesso nella predisposizione dei modelli di dichiarazione, non vi sia alcun riferimento alle dichiarazioni previste dalle lettere m-bis), m-ter), m-quater) dell'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006, introdotte dalle ultime modifiche legislative, la stazione appaltante medesima non è legittimata ad escludere automaticamente i concorrenti che non abbiano prodotto le citate dichiarazioni, non richieste nella lex specialis nè annoverate nel predisposto schema di istanza di partecipazione allegato al bando di gara, sussistendo semmai, nella fattispecie in esame, le condizioni per procedere alla richiesta di un'integrazione documentale.
  - Ciò in ragione del fatto che la tutela dell'affidamento e la correttezza dell'azione amministrativa impediscono che le conseguenze di una condotta colposa della stazione appaltante possano essere traslate a carico del soggetto concorrente, comminando la sanzione dell'esclusione dalla gara.

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- Parere di Precontenzioso n. 169 del 20/10/2010 - rif. PREC 49/10/L d.lgs 163/06 Articoli 38, 64, 73 - Codici 38.1, 64.1, 73.1
  - Anche una dichiarazione sintetica è pienamente in grado di assolvere le finalità perseguite dalla stazione appaltante, vale a dire di escludere – salvo verifica – la presenza delle circostanze ostative alla partecipazione alle gare, di cui all'art. 38 del D.Lgs. n. 163/2006.
  - Si impone, pertanto, una interpretazione non formalistica del dato positivo anche in conformità al principio, pacifico in tema di contratti ad evidenza pubblica, secondo cui le disposizioni del bando devono essere interpretate in modo da consentire la più ampia partecipazione dei concorrenti (cfr. parere n. 6 del 16 gennaio 2008; parere n. 4 del 14 gennaio 2010 e parere n. 140 del 22 luglio 2010).

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- Parere di Precontenzioso n. 160 del 23/09/2010 - rif. PREC 156/09/F d.lgs 163/06 Articoli 38, 64, 73 - Codici 38.1, 64.1, 73.1
  - In tema di autocertificazione, quale che sia il disposto del bando, è legittima l'esclusione da una gara di appalto per la mancata allegazione, da parte del concorrente, della fotocopia del documento di riconoscimento alla dichiarazione sostitutiva ed ai documenti prodotti in fotocopia autocertificata, atteso che alla produzione della copia del documento di identità va attribuito valore di elemento costitutivo dell'autocertificazione (cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3651).

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- E' stato, infatti, evidenziato che nella previsione di cui al combinato disposto degli art. 21, comma 1, e 38, commi 2 e 3, del D.P.R. n. 445/2000, l'allegazione della copia fotostatica, sia pure non autenticata, del documento di identità dell'interessato vale a conferire legale autenticità alla sua sottoscrizione apposta in calce a una istanza o a una dichiarazione, e non rappresenta un vuoto formalismo ma semmai si configura come l'elemento della fattispecie normativa diretto a comprovare, oltre alle generalità del dichiarante, l'imprescindibile nesso di imputabilità soggettiva della dichiarazione a una determinata persona fisica.
- Pertanto, la mancata allegazione del documento di identità non costituisce una mera irregolarità sanabile con la sua produzione postuma, ma integra gli estremi di una palese e insanabile violazione della disciplina regolatrice della procedura amministrativa (Consiglio di Stato, Sez. V, n. 5761/2007 e n. 5677/2003; Sez. IV, n. 435/2005; Sez. VI, n. 2745/2005).

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 28/05/2009 n. 3320 D.lgs 163/06 Articoli 38, 64 -
  - L'esclusione da una gara d'appalto per ragioni formali può essere disposta sulla base di **inequivocabili precetti contenuti negli atti di gara (bando, lettera di invito)**, come la scrupolosa indicazione dell'adempimento formalmente richiesto e l'altrettanto precisa indicazione della sanzione comminata, per cui, solo in mancanza di una sufficiente chiarezza nei dati in questione, risulterebbe illegittima l'esclusione di un'impresa disposta dall'amministrazione appaltante.

# EVOLUZIONE IN ATTO...

- Consiglio di Stato, Sezione V - Sentenza 28/05/2009 n. 3320 D.lgs 163/06 Articoli 38, 64
- Dovrebbe la s.a. disporre un'integrazione documentale al fine di verificare il possesso dei requisiti richiesti a pena di esclusione, poiché, una volta inserita una determinata clausola in un bando di gara, **la p.a. non può esimersi dal rispettarla, dovendo garantire la par condicio per tutti i concorrenti: quando gli oneri di produzione documentale siano richiesti a pena di esclusione dalla lex specialis di gara, una volta constatata l'omissione, la stazione appaltante deve trarne le conseguenze in punto di esclusione del soggetto cui esse siano addebitabili.**

# AUTORITA' E TASSATIVITA' ESCLUSIONE POST NUOVO ART.46

- Con il nuovo comma 1-bis dell'articolo 46, la legittimità dell'esclusione viene ancorata non più **all'espressa previsione del bando o ad un'indagine successiva sull'utilità e ragionevolezza della clausola violata**, ma ad un giudizio preventivo e generale che si esprime, una volta per tutte, con la **codificazione di regole puntuali da parte del legislatore** e, nei termini più avanti chiariti, con la redazione dei cd. bandi-tipo da parte dell'Autorità.
- La **sanzione di nullità**, in luogo di quella classica dell'annullabilità dell'atto amministrativo, induce a ritenere che le **clausole di bandi** e lettere invito, che **prevedano cause di esclusione non consentite, siano automaticamente inefficaci e vadano disapplicate dal seggio di gara, senza necessità di annullamento giurisdizionale**

# AUTORITA' E TASSATIVITA' ESCLUSIONE POST NUOVO : : ART.46

- Tuttavia, la nullità influisce sul regime e sui termini di impugnazione, atteso che in base al codice del processo amministrativo (c.p.a). la **domanda volta all'accertamento delle nullità** previste dalla legge deve essere proposta entro il termine di decadenza di **centottanta giorni**. Inoltre **la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice** (art. 31, comma 4, c.p.a.).
- Correlativamente, l'introduzione del principio di tassatività vale a sancire *ex lege* il divieto per le stazioni appaltanti di prevedere cause di esclusione legate ad irregolarità formali difformi o aggiuntive rispetto a quelle previste dalle norme applicabili ed individuate nei bandi-tipo, pena la nullità delle stesse e fatte salve le limitate e motivate ipotesi di deroga ammissibili .

# Il nuovo articolo 46

- Il comma 1-bis dell'art. 46 del Codice stabilisce che **la stazione appaltante può escludere i concorrenti esclusivamente nelle seguenti ipotesi:**
- a) mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti;
- b) incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta;
- c) difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali dell'offerta;
- d) non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte.

# Il nuovo articolo 46

- I bandi e le lettere di invito non possono poi contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione; dette prescrizioni sono comunque nulle.
- Le finalità della novella del DL sviluppo vengono evidenziate **nella relazione illustrativa** *“al fine di ... ridurre il potere discrezionale della stazione appaltante e ... limitare le numerose esclusioni che avvengono sulla base di elementi formali e non sostanziali, con l’obiettivo di assicurare il rispetto del principio della concorrenza e di ridurre il contenzioso in materia di affidamento dei contratti pubblici”*.
- Si tratta in realtà di **una delle disposizioni più innovative nella recente produzione normativa sugli appalti**, avuto riguardo al dirompente impatto che produrrà nella gestione delle gare.

# Il nuovo articolo 46

- Però....
- cosa si intende per “*mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti*” ?
- Si tratta delle disposizioni sanzionate espressamente dalla legge e dal regolamento con l’esclusione (v. es. art. 75, comma 8 del Codice appalti, in materia di impegno del fideiussore a rilasciare la definitiva) ?
- Oppure si tratta di qualunque norma che prescriva un adempimento da parte dei concorrenti, come parrebbe doversi invece ritenere ?

# Il nuovo articolo 46

- E' chiaro che, se quest'ultima fosse l'interpretazione corretta, la norma paleserebbe una **insanabile contraddizione tra la finalità della tipizzazione-tassatività delle cause di esclusione e la ricognizione delle prescrizioni "essenziali"** nell'economia della gara, da parte del RUP, in fase di predisposizione del bando, con un ineliminabile margine di incertezza a riguardo.
- Ma poi, ancora, che significa "*difetto ... di altri elementi essenziali dell'offerta ...*" ?
- Anche qui pare evidente il ripetersi della contraddizione con l'inserimento di una "*norma in bianco*": **chi valuta l'essenzialità di un determinato adempimento ?**

# Il nuovo articolo 46

- La rubrica dell'art. 46 è del resto integrata con l'introduzione del riferimento al principio di tassatività delle cause di esclusione.

Si deve poi ritenere che la norma prevede l'esclusione non per l'oggettivo mancato possesso di requisiti (si vedrà se generali e/o speciali) ma per il mancato adempimento alle prescrizioni del codice, adempimento che sembra doversi intendere –civilisticamente- in un comportamento del “debitore-concorrente”, traducesi nell'espletamento delle operazioni e nell'adozione delle dichiarazioni richieste dalla legge (o dal regolamento) e che il bando può solo riprodurre.

- In altre parole, posto che “essere” è diverso da “fare”, il comma 1bis sembra punire il mancato “fare” e non il mancato “essere”. La formulazione non appare appropriata, soprattutto considerato che nemmeno con l'intervento normativo in esame il legislatore ha ritenuto di inserire nell'art. 38 la banale norma, da anni sorprendentemente assente, per la quale la dichiarazione falsa resa in una determinata gara determina l'esclusione da quella stessa gara e non solo in gare successive.

# Il nuovo articolo 46

Obiettivo delineare con chiarezza la distinzione fra

“FORMALISMO FUNZIONALE” E

“FORMALISMO DISFUNZIONALE”

*Le prescrizioni che trovano fondamento nel codice, nel regolamento e nelle legge vigenti possono tradursi in adempimenti formali ai quali associare la sanzione espulsiva in caso di inosservanza.*

*Non sarebbe più consentito alla stazione appaltante stabilire con lex specialis nuovi e diversi adempimenti privi di fondamento nelle fonti di cui sopra. E' comunque sempre prevista l'esclusione per “**altri elementi essenziali**” dunque sembra restare aperta una causa di esclusione **in bianco***

# Il nuovo articolo 46

- **Le singole cause di esclusione:**
- (elenco esemplificativo Autorità)
- incertezza assoluta sul contenuto dell'offerta ed offerta carente di altri elementi essenziali;
- incertezza assoluta sulla provenienza e offerta non sottoscritta;
- plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione non integro ovvero altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte;

# Il nuovo articolo 46

- violazione dei termini per la presentazione dell'offerta;
- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi stabili e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere ;
- partecipazione contemporanea alla medesima gara di consorzi fra società cooperative di produzione e lavoro e/o consorzi tra imprese artigiane e dei consorziati per i quali il consorzio ha dichiarato di concorrere; partecipazione contemporanea alla medesima gara in forma individuale e in un raggruppamento o in più di un raggruppamento;
- soggetti che versano in una delle situazioni di esclusione previste dall'art. 38 del Codice;

# Il nuovo articolo 46

- concorrenti per i quali la stazione appaltante accerta che le relative offerte sono imputabili ad un unico centro decisionale, sulla base di univoci elementi;
- violazione delle norme sull'avvalimento;
- profili attinenti al subappalto (l'obbligo di indicare in sede di offerta la quota della prestazione che il candidato intende subappaltare è una condizione necessaria per l'autorizzazione da parte della stazione appaltante, nella successiva fase dell'esecuzione del contratto);
- mancato utilizzo di moduli predisposti dalle stazioni appaltanti nel caso in cui l'offerta del prezzo sia determinata mediante prezzi unitari

# Il nuovo articolo 46

- nel caso di contratti nei settori ordinari, mancata produzione della garanzia provvisoria;
- nel caso di contratti nei settori ordinari, offerta non corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, qualora l'offerente risultasse affidatario;
- **CAUZIONE PROVVISORIA (settori ordinari)**
- L'offerta deve essere corredata da una cauzione provvisoria di importo pari al 2% dell'importo a base di gara, fatto salvo il beneficio di cui all'art. 75, comma 7, del D.lgs. 163/06 e s.m.i. (Codice), recante le clausole indicate dal comma 4 dell'art. 75 del Codice.
- Si precisa che la cauzione provvisoria è elemento essenziale dell'offerta, ai sensi del combinato disposto degli artt. 75 comma 1 e 4 e 46, c. 1-bis del Codice. Conseguentemente l'offerta non corredata dalla cauzione provvisoria, così come prevista dal Codice, sarà esclusa.

# Art. 38, comma 1, lett. i)

- mancata effettuazione del sopralluogo - il secondo comma dell'art. 106 relativo ai lavori del Regolamento attuativo tramite autocertificazione salvo il caso in cui i luoghi non siano direttamente accessibili
- In definitiva, può ritenersi che il sopralluogo possa costituire un elemento essenziale dell'offerta, certamente nel caso dei lavori pubblici ai sensi dell'articolo 106 del Regolamento, ma anche dei servizi, nel caso in cui il sopralluogo sia indispensabile per la formulazione dell'offerta (cfr. parere Avcp n. 105 del 9 giugno 2011).<sub>2</sub>
- mancato versamento del contributo all'Autorità;
- verifica a campione dei requisiti speciale ex articolo 48;
- esclusione automatica delle offerte anomale.<sub>2</sub>

# AUTORITA' - CONSULTAZIONE



- *“La formulazione letterale dell’art. 46, co. 1-bis induce a ritenere che la esclusione possa essere disposta non solo nei casi in cui disposizioni del Codice o del Regolamento la prevedano espressamente, **ma anche nei casi in cui impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione.**”*
- *In termini più generali, ogni qual volta il Codice o il Regolamento si esprimono in termini di divieto ovvero di doverosità degli adempimenti imposti ai concorrenti e candidati, con l’uso delle locuzioni “deve” “devono”, “è obbligato”, l’adempimento deve ritenersi imposto a pena di esclusione (cfr., ad esempio, art. 37, co. 4, 13, 14, 15; art. 75, co. 1, 4, 5; art. 111, co. 1; art. 113, Codice).\_”*

# AUTORITA' - CONSULTAZIONE



- *Un elemento di convergenza è rappresentato dal c.d. limite degli elementi essenziali, nel senso che la regolarizzazione postuma non può essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta.*
- *A titolo esemplificativo, non sarebbe possibile procedere ad integrazione documentale a **fronte di carenze della offerta tecnica od economica, poiché ciò inciderebbe sul merito del confronto concorrenziale e non su aspetti meramente formali.***
- *Tale limite dovrebbe ritenersi persistente anche a seguito delle modifiche apportate al Codice dal d.l. n. 70/2011 ed impedisce che si possano specificare, rettificare, precisare, ovvero mutare sostanzialmente gli elementi negoziali costitutivi dell'offerta, anche perché una simile possibilità violerebbe il limite della perentorietà del termine per la sua presentazione*

# Art. 48, comma 1 (comprova requisiti)



- Le stazioni appaltanti prima dell'apertura delle buste delle offerte, richiedono a un numero di offerenti non inferiore al 10%, scelti con sorteggio pubblico, di comprovare, entro 10 giorni dalla richiesta, il possesso dei requisiti economico-finanziaria e tecnico-organizzativi, eventualmente richiesti nel bando, presentando la documentazione indicata.
- **Le stazioni appaltanti, in sede di controllo, verificano il possesso del requisito di qualificazione per eseguire lavori attraverso il casellario informatico di cui all'articolo 7, comma 10 ... ; per i fornitori e per i prestatori di servizi la verifica del requisito di cui all'art. 42, comma 1, lettera a), è effettuata tramite la Banca dati nazionale prevista dall'art. 62-bis del d.lgs. n. 82 del 2005.**
- Quando la prova non sia fornita o non confermi le dichiarazioni, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione del concorrente, all'escussione della cauzione provvisoria e alla segnalazione all'Autorità, la quale dispone la sospensione da 1 a 12 mesi dalla partecipazione alle gare.

# Art. 62-bis. Banca dati nazionale dei contratti pubblici

- 1. Per favorire la riduzione degli oneri amministrativi derivanti dagli obblighi informativi ed assicurare l'efficacia, la trasparenza e il controllo in tempo reale dell'azione amministrativa per l'allocazione della spesa pubblica in lavori, servizi e forniture, anche al fine del rispetto della legalità e del corretto agire della pubblica amministrazione e prevenire fenomeni di corruzione, si utilizza la "Banca dati nazionale dei contratti pubblici" (BDNCP) istituita, presso l'AVCP, della quale fanno parte i dati previsti dall'articolo 7 del d.lgs. n. 163 del 2006, e disciplinata, ai sensi del medesimo decreto legislativo, dal relativo regolamento attuativo.
- **d.lgs. n. 82 del 2005 (Codice dell'amministr. Digitale)**

# ELENCO FORNITORI E PRESTATORI SERVIZI

- Per l'efficacia dei controlli antimafia nei subappalti e subcontratti successivi ai contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, presso ogni prefettura è istituito l'elenco di fornitori e prestatori di servizi non soggetti a rischio di inquinamento mafioso, ai quali possono rivolgersi gli esecutori dei lavori, servizi e forniture. La prefettura effettua verifiche periodiche circa la perdurante insussistenza dei suddetti rischi e, in caso di esito negativo, dispone la cancellazione dell'impresa dall'elenco.
- Con decreto del Presidente del Consiglio dei ministri, su proposta dei Ministri per la pubblica amministrazione e l'innovazione, per la semplificazione normativa, dell'interno, della giustizia, delle infrastrutture e dei trasporti e dello sviluppo economico, da adottare entro sessanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente decreto-legge, sono definite le modalità per l'istituzione e l'aggiornamento, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, dell'elenco di cui al primo periodo, nonché per l'attività di verifica.
- Le stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, comma 33, del codice, acquisiscono d'ufficio, anche in modalità tematica, a titolo gratuito ai sensi dell'articolo 43, comma 5, del testo unico di cui al d.P.R. n. 445 del 2000, la prescritta documentazione circa la sussistenza delle cause di decadenza, sospensione o divieto previste dall'articolo 10 della legge 31 maggio 1965, n. 575, e successive modificazioni.

# Art. 49, comma 2, lettera c) (Avvalimento)



- *(necessità di dare copertura legislativa ai contenuti di cui all'art. 88, comma 1, del d.P.R. n. 207 del 2010)*
- *Per la qualificazione in gara, il contratto di cui all'art. 49, comma 2, del codice, deve riportare in modo compiuto, esplicito ed esauriente:*
- ***a) oggetto: le risorse e i mezzi prestati in modo determinato e specifico;***
- ***b) durata;***
- ***c) ogni altro utile elemento ai fini dell'avvalimento.***
- Deve essere presentata una dichiarazione sottoscritta dalla impresa ausiliaria attestante il possesso da parte di questa dei requisiti generali di cui all'art. 38, **nonché il possesso dei requisiti tecnici e delle risorse oggetto di avvalimento**

# Art. 55, comma 6 (applicazione forcella)



Nelle procedure ristrette i candidati presentano la richiesta di invito ... Alle procedure ristrette, **per l'affidamento di lavori**, sono invitati **tutti** i soggetti che ne fanno richiesta e sono in possesso dei requisiti di qualificazione previsti dal bando, salvo quanto previsto dall'art. 62 ...

- **Art. 62, comma 1 (applicazione forcella)**
- Nelle **procedure ristrette** relative a **servizi o forniture**, o a lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro ... le stazioni appaltanti, se lo richiede la difficoltà o la complessità dell'opera, fornitura o servizio, possono limitare il numero di candidati da invitare. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti indicano nel bando i criteri, oggettivi, non discriminatori, proporzionali che intendono applicare, il numero minimo dei candidati da invitare, e, ove opportuno, il numero massimo.

# **Art. 62, commi 2, 4 e 5 (inviti a procedura ristretta)**

- **2. Nelle procedure ristrette, il numero minimo di candidati non può essere inferiore a 10, o a 20 per lavori di importo pari o superiore a 40 milioni di euro...**
- **4. Le stazioni appaltanti invitano un numero di candidati almeno pari al numero minimo prestabilito nel bando, non inferiore comunque a quello di cui al comma 2.**
- **5. Le stazioni appaltanti non possono invitare operatori economici che non hanno chiesto di partecipare, o candidati che non hanno i requisiti richiesti.**

# ALTRE MODIFICHE



- Art. 62, commi 2, 4 e 5 (inviti a procedura ristretta) art. 57, comma 2, lettera a) (procedura negoziata senza bando) è *stata soppressa la limitazione che ammetteva la procedura negoziata solo ai lavori di importo inferiore a 1.000.000 di euro*
- **Art. 64 (Bando di gara) 4-bis.** I bandi sono predisposti dalle stazioni appaltanti sulla base di **modelli (bandi-tipo)** approvati dall'Autorità, previo parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentite le categorie professionali interessate, con l'indicazione delle cause tassative di esclusione di cui all'articolo 46, comma 1-bis. Le stazioni appaltanti nella delibera a contrarre motivano espressamente in ordine alle deroghe al bando-tipo.
- 22

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- 3-bis. L'offerta migliore è altresì determinata al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, e delle misure di adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro.
- *COME INTERPRETARE?*
- *Il costo del personale è stabilito preventivamente o invece più semplicemente viene valutato in sede di offerta?*

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Quale contratto (edili, impiantisti, cooperative) ?
- Quale «quantità» al costo orario contrattuale (10 mq/ora di intonaco o 20 mq/ora) ?
- Costo immutato da riportare nei contratti di subappalto?
- Costo del personale «stimato» ma comprimibile (e in tal, senso giustificabile, secondo i principi comunitari anche se tale possibilità è soppressa all'articolo 87, comma 2) ?
- Costo del personale «minimo incomprimibile» come da linee guida ex art. 23 L.R. Umbria n. 1 del 2005 ?
- Rientrano in gioco i famosi «oneri di sicurezza» diretti, quale quota (incomprimibile?) delle spese generali ?

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Il comma introdotto sembra mettere in dubbio il principio comunitario in materia, in base ai quali il costo del lavoro va valutato nell'ambito del sub-procedimento di verifica di congruità dell'offerta (con la precisazione anche, da parte della giurisprudenza, che le **tabelle ministeriali in materia non sono inderogabili, rappresentando valori medi di riferimento**).
- La novità risulta pertanto a rischio di infrazione comunitaria, in quanto **in termini europei non si può scorporare a priori un costo del personale e della sicurezza non assoggettabile a giustificazioni**, sul piano operativo appare di assai difficile gestione una sorta di base di gara *'doppia'* (che sembrerebbe, quindi, desumersi dalla disposizione) composta di due elementi: uno, il costo del personale (oltre alla sicurezza *'generica'*), su cui non ci sarebbe confronto, e il resto oggetto di offerta economica.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- **Le ditte concorrenti possono in diversi casi applicare** – del tutto legittimamente – **CCNL diversi tra loro**: dunque, come si può ‘scorporare’ in bando un importo unico a priori valevole per tutti (oppure l’importo deve essere differenziato, con uno studio dei livelli economici di tutti i possibili comparti di contrattazione interessati) ?
- Come si riflette la norma sui contratti di subappalto ? E come andranno fatti il computo metrico estimativo, l’elenco prezzi, la “lista” per l’offerta di cui all’articolo 119 del d.P.R. n. 207 del 2010 ?

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Inoltre, è di tutta evidenza come **la quantificazione del costo del personale dipenda anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle prestazioni offerte nella proposta progettuale**; dunque appare in ogni caso di **difficile praticabilità una sua predeterminazione ‘a priori’, ovvero ci sono dei settori dove l’apporto del personale in termini numerici (numero ore di servizio) è facilmente individuabile, ma altri settori non si prestano a tale progettazione per esempio le forniture di prodotti di serie.**
- I rup nel quadro della nuova progettazione del contratto, ai sensi dell’art. 279 del Regolamento, dovranno affrontare la parallela e contestuale “progettazione del costo del lavoro” e la relativa quantificazione da indicare in bando.
- In tale prospettiva è decisamente auspicabile un tempestivo intervento chiarificatore da parte dell’Autorità di Vigilanza o del Ministero del Lavoro, con l’emanazione di valide linee guida.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- la stazione appaltante dovrebbe indicare *ex ante* nel bando di gara l'importo del costo del lavoro. Di conseguenza, l'importo complessivo posto a base di gara dovrebbe essere suddiviso in tre parti: una parte pari al costo del lavoro (tempo previsto per esecuzione del lavoro moltiplicato per i minimi salariali), una parte pari al costo della sicurezza ed una parte pari al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile delle imprese.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Dal momento che sulle prime due parti la norma sembra non consentire ribassi, ne deriva che il confronto concorrenziale si svolgerebbe su una percentuale (molto ridotta per commesse ad alta intensità di lavoro) del costo complessivo, con l'effetto di incentivare le imprese a presentare ribassi maggiori al crescere della loro produttività; tali ribassi non sarebbero verificabili in alcun modo, se non con riferimento al costo dei materiali, dei noli a caldo e a freddo, delle attrezzature e delle spese generali, nonché all'utile.
- Evidentemente, l'effetto concreto e finale che, in tal caso, si verrebbe a determinare non appare conforme all'obiettivo di contrasto al lavoro irregolare che si è prefisso il legislatore .

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Da segnalare inoltre che il meccanismo di aggiudicazione qualora si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio che implica necessariamente la presentazione da parte delle imprese di proposte progettuali o di proposte migliorative del progetto posto a base di gara.
- Inoltre per i lavori, ai sensi dell'articolo 53, comma 2. del Codice, a base di gara si può porre anche il solo progetto preliminare.
- Infine, va anche rammentato che i contratti di lavori pubblici devono essere stipulati, di norma, a corpo (articolo 53, comma 4 del Codice) e l'offerta va presentata mediante il criterio dell'offerta a prezzi unitari: tale meccanismo di gara appare difficilmente conciliabile con la novella normativa.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte) . . . .

- la quantificazione del costo del personale dipenda anche, qualitativamente e quantitativamente, dalle **prestazioni offerte nella proposta progettuale qualora la gara si svolga sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, criterio considerato da molti come il migliore per l'aggiudicazione delle commesse pubbliche. Se per costo del personale si intende la somma complessiva dei corrispettivi pagati al personale per eseguire una prestazione qualsiasi sia la sua natura (lavoro, servizio o fornitura), esso è connesso a due elementi: il costo orario del personale ed il numero di ore per cui è utilizzato .**

# **Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)**

- **La disposizione si fa carico di uno solo dei due elementi, quello del costo orario, stabilendo che non può essere inferiore al minimo salariale** Del resto, il tempo di impiego del personale dipende dalla natura della prestazione e dall'organizzazione dell'impresa. L'esecuzione di una stessa prestazione, quindi, può comportare fra due imprese la necessità di impiegare manodopera per un tempo diverso a causa di una differente organizzazione produttiva e/o di una diversa attrezzatura impiegata.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Pertanto, anche alla luce delle criticità sopra evidenziate, occorre valutare se la norma non sia interpretabile nel senso che essa **impone sempre alle stazioni appaltanti e alle imprese, qualora il tipo di commessa lo consenta come nel caso dei lavori e di alcuni tipi di servizi, di accertare la congruità delle offerte sulla base della verifica della compatibilità delle scelte organizzative e produttive effettuate dal concorrente con la normativa concernente i minimi salariali contrattuali. della manodopera.**

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- la disposizione di cui al comma 3-*bis* dell'articolo 81 del Codice potrebbe essere interpretata come atto a sancire l'obbligo di effettuare la verifica della congruità del costo del lavoro su due piani: una prima fase consistente nella verifica della produttività presentata dal concorrente; una seconda fase consistente nella verifica del livello e del numero del personale necessario per garantire la produttività presentata e nella verifica dei corrispondenti minimi salariali previsti nella giustificazione. **Tale verifica andrebbe fatta sempre sull'aggiudicatario.**

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- non è stato modificato dalla novella normativa il secondo periodo del **comma 3-bis dell'articolo 86 del Codice**, il quale precisa che il costo del lavoro è quello determinato periodicamente in apposite tabelle del Ministro del lavoro e della previdenza sociale e, quindi, si riferiva ai minimi salariali.
- Il comma 3-bis dell'articolo 81 fa invece riferimento ai minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore. Dunque, in sede di verifica dell'anomalia, **resta necessario valutare il rispetto del costo del lavoro, atteso che è rimasto in vigore l'art. 86, co. 3-bis, del Codice, di cui l'art. 87, co. 2, lett. g), era mera ripetizione.**

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- In base agli articoli 32, comma 1, 39, comma 3, 42, comma 2, del d.P.R. 207/2010 e con l'articolo 81, comma 3-bis del Codice, l'unica soluzione possibile sembra essere che **l'elenco dei prezzi unitari in base al quale si redige il computo metrico indichi, oltre al costo della lavorazione, anche la percentuale di manodopera necessaria per l'esecuzione della quantità unitaria della lavorazione cui si riferisce il prezzo unitario in modo che sulla base dei computi metrici si possa individuare "l'incidenza percentuale della quantità di manodopera per le diverse categorie di cui si compone l'opera o il lavoro"**.
- Tale incidenza è determinata sulla base di analisi dei prezzi delle singole lavorazioni che prevedono una specifica produttività ritenuta corretta dai redattori degli elenchi.
- Va osservato che, da tempo, alcuni prezzari regionali prevedono l'incidenza della manodopera per ogni prezzo unitario. Spesso, non solo i prezzi unitari di una stessa lavorazione sono diversi nei prezzari regionali, ma sono diverse anche le incidenze della manodopera. Ciò non sempre trova adeguate giustificazioni

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- La proposta di legge – come emerge dagli atti parlamentari - ne limitava l'ambito oggettivo/applicativo al solo criterio del prezzo più basso.
- Negli atti si legge infatti che “**nella determinazione del prezzo più basso richiesto dalle amministrazioni pubbliche per l'assegnazione di una commessa di beni e di servizi, siano esclusi i costi relativi alle retribuzioni del personale**, stimati sulla base dei livelli della contrattazione nazionale di riferimento, nonché i costi relativi agli adempimenti previsti per il rispetto delle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro”. Un inciso a conclusione di rilevanti considerazioni in tema di occupazione e contratti di lavoro.
- Da proposta peculiare, ad ambito limitato, la specifica è diventata generale coinvolgendo entrambi i criteri di aggiudicazione degli appalti sostanziandosi nell'innesto contenuto nell'articolo 81 piuttosto che nell'articolo 82 come da proposta di legge.

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Alla luce di quanto, semplificando, la norma impone di individuare un costo nel suo valore minimo/essenziale ma – tecnicamente – risulta complicato (forse impossibile) individuarlo con una certa precisione.
- Ulteriore questione è quella che riguarda lo scorporo di questo costo dalla base d'asta. Sia che la stazione appaltante debba verificare o meno il costo del personale, sia che questo venga scorporato o meno, **rimane fermo che nella costruzione della base d'asta – intendo già prima di questa norma – una indagine sui costi andava fatta per forza.**

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Il RUP stabilisce la base d'asta e dovrebbe sapere in che modo questa si articola.
- Anche *ante* norma in commento, i costi del personale (una media) così come le altre componenti della base d'asta, dovevano essere chiare al RUP.
- Anche perché, per tacer d'altro, senza detta consapevolezza risultava difficile effettuare le verifiche ma soprattutto il RUP non avrebbe avuto *presidio* della base d'asta finendo, questa, per essere determinata semplicemente con l'iscrizione in bilancio di una risorsa finanziaria, magari aggiornata ogni anno applicando una percentuale di aumento dei prezzi.
- Oggi questa attività (la determinazione della base d'asta) deve essere più rigorosa, più seria (forse troppo) e deve avvenire attraverso riferimenti **difficili da reperire** (vuoi perché non esiste un contratto, vuoi perché si possono applicare contratti diversi, vuoi per le modifiche a livello aziendale, vuoi per agevolazioni di varia natura ecc.).

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- Se la norma esiste, sia che il ribasso sul costo del personale debba essere verificato sia che debba essere punito con l'esclusione, **la stazione appaltante deve avere una consapevolezza di quanto “costa” la manodopera coinvolta nell'appalto. Certo non lo potrà mai conoscere nel suo preciso ammontare (per quanto sopra evidenziato).**
- Attraverso indagini di mercato, il RUP potrà stabilire un costo medio, che andrà poi verificato attraverso l'obbligatoria procedura di verifica di congruità evidenziata dall'autorità nel documento “Prime indicazioni sui bandi tipo”

# Art. 81, comma 3-bis (Costo del personale e offerte)

- **IN SINTESI A LIVELLO OPERATIVO:**
- 1) la stazione appaltante stabilisce l'importo a base di gara, evidenziando solo gli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso, senza "scorporare" formalmente la componente costo del personale;
- 2) la stazione appaltante stima, comunque, un costo del personale presunto, sulla base della tipologia di prestazioni oggetto di esecuzione e dei "minimi salariali" del settore di riferimento;
- 3) a titolo collaborativo e non a pena di esclusione, la S.A. può richiedere agli operatori la presentazione di giustificazioni preventive con riferimento al costo del personale;
- 4) gli operatori economici presentano l'offerta al "netto" del costo del personale, ai sensi dell'art. 81, comma 3 – bis, con la produzione (eventuale) di giustificativi;
- 5) se necessario, la stazione appaltante procede alla verifica della congruità delle offerte sospette di anomalia, ivi compresa la verifica relativa al costo del personale.

# CONSIP E CONGRUITA'

- **La manovra estiva (D.L. 7 luglio 2011 n. 98)**
- La perdurante crisi economica globale e la portate di deficit e debito pubblico impongono manovre che più che correttive ed episodiche paiono ormai endemiche e strutturali.
- Il sistema delle convenzioni quadro non è in realtà nuovo, e si ricollega alle previsioni della finanziaria del 2000 con l'evidente finalità di contenimento della spesa corrente mediante le economie di scala conseguibili dalla centralizzazione.
- Tra le norme di rilievo si evidenzia la **valorizzazione del ruolo di Consip e della centralizzazione-razionalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi.**

# CONSIP E CONGRUITA'

- L'art. 11 del decreto stabilisce tra l'altro che “*Ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale...*”
- **A fronte delle sanzioni stabilite dalla nuova disposizione (nullità del contratto, responsabilità erariale e disciplinare)**, ulteriore pregnanza acquista ora la famigerata “*dichiarazione di conformità*” ai parametri prezzo-qualità Consip stabilita dalla tuttora vigente (ancorchè ampiamente disapplicata) norma di cui al comma 3-bis dell'art. 26 della L.488/1999 (che prevede altresì l'invio della determinazione a contrarre all'ufficio preposto per il controllo di gestione).

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- Per far fronte alla crisi finanziaria “globalizzata”, il legislatore nazionale ha ritenuto il settore degli appalti pubblici, quale strumento idoneo, nelle fasi di recessione, a rilanciare le attività economiche e a contrastare l’avanzamento della disoccupazione.
- In particolare, con la legge n. 201/2008 (di conversione del D.L. 162/2008), ha inserito all’art. 122 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 163/2006, di seguito “Codice”) il comma 7 *bis*, che, prevedendo una nuova fattispecie di procedura negoziata per l’affidamento di lavori pubblici, introduce la possibilità di affidare i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro (*soglia non più presente*) e inferiore a 500.000 euro attraverso l’espletamento di una gara informale.
- A tale gara dovranno essere invitati almeno 5 operatori economici, e dovrà essere assicurato il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- Anche il d.l. 70/2011 convertito in legge 106/2011 si è allineato sulle posizioni assunte in precedenza rinvigorendo ulteriormente la procedura negoziata attraverso un ulteriore innalzamento di soglia nel campo dei lavori, al quale si assommano le modifiche nel settore delle forniture e servizi (soglia 40.000 euro).
- Tutte queste novità vanno sempre nella direzione di ampliamento di procedure derogatorie anziché nella direzione di effettiva semplificazione delle procedure ordinarie fino a determinati importi.
- Forse una diversa strada potrà derivare dall'applicazione di due norme, quella sulla pubblicità informatica quale sufficiente e necessaria alla "trasparenza" della procedura e la normativa relativa alla forcella per forniture e servizi (art. 62 del codice)

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- I lavori di importo complessivo < 1.000.000 di euro possono essere affidati ..., a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è rivolto, per lavori di importo => a 500.000 euro, ad almeno 10 soggetti e, per lavori di importo < a 500.000 euro, ad almeno 5 soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri.
- I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono subappaltabili nel limite del 20% dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'art. 37, comma 11 (s.i.o.s.), restano ferme le disposizioni ivi previste.
- *Eccezione rispetto alla quota subappaltabile del 30% della categoria prevalente prevista dall'articolo 118, comma 2.*

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- Obbligo di pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento ... con l'indicazione dei soggetti invitati e trasmissione per la pubblicazione **entro 10 giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva** ...
- < 500.000 euro: *Sito web stazione appaltante* *Sito web Osservatorio*
- = > 500.000 euro: **GURI** *Sito web stazione appaltante* *Sito web Osservatorio*
- Art. 79-bis (Avviso volontario trasparenza «preventiva»)
- a) stazione appaltante;
- b) descrizione dell'oggetto del contratto;
- c) motivazione di omettere le pubblicazioni di un bando di gara;
- d) denominazione e recapito dell'aggiudicatario definitivo;
- e) altre informazioni ritenute utili.

# LEGGE REGIONALE (N. 12/2010)

## Art. 4 comma 28

- <<Art. 1 bis (Interventi straordinari e urgenti a tutela dell'occupazione nel comparto edile e per l'accelerazione delle procedure di affidamento degli appalti pubblici di lavori)
- 1. Al fine di fronteggiare la straordinaria situazione di grave crisi congiunturale, fino al 31 dicembre 2011, i lavori di importo pari o inferiore a 1 milione di euro al netto di IVA **non presentano interesse transfrontaliero.**
- 2. I lavori di valore pari o inferiore all'importo di cui al comma 1 sono affidati, a cura del responsabile unico del procedimento, mediante **ricerca di mercato volta a individuare gli operatori economici in possesso dei necessari requisiti di qualificazione.** L'invito diretto e' rivolto ad almeno **quindici soggetti** ove esistano in tale numero soggetti idonei secondo criteri di rotazione. Il termine di ricezione delle offerte non puo' essere inferiore a **dieci giorni dalla data di invio della lettera di invito.**

# LEGGE REGIONALE (N. 12/2010)

## Art. 4 comma 28

- 3. I lavori di cui al comma 2 sono affidati preferibilmente con il criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa. I lavori di cui al comma 2 possono essere affidati con il criterio del prezzo piu' basso ove ritenuto motivatamente piu' adeguato dalla stazione appaltante rispetto al criterio dell'offerta economicamente piu' vantaggiosa. Qualora si applichi il criterio del prezzo piu' basso si dara' corso, in ogni caso, all'applicazione del sistema di **esclusione automatica** delle offerte anomale.
- 4. Gli affidamenti di cui al comma 2 vanno pubblicati all'Albo della stazione appaltante e comunicati all'Osservatorio Regionale.
- 5. Fino al 31 dicembre 2011 i **servizi di ingegneria e di architettura di importo pari o inferiore a 50.000 euro** al netto di IVA sono affidati dalla stazione appaltante sulla base di una procedura selettiva mediante curricula tra tre soggetti individuati dal responsabile unico del procedimento secondo criteri di professionalita', rotazione e imparzialita'.
- 6. Fino al **31 dicembre 2011 i lavori in economia a cottimo sono ammessi fino all'importo di 500.000 euro.>>.**

## **Art. 120, comma 2, Codice del processo amministrativo)** . . .

- Nel caso di mancata la pubblicità del bando, il ricorso non può essere proposto decorsi 30 giorni dal giorno successivo alla data di pubblicazione dell'avviso di aggiudicazione definitiva, purché tale avviso contenga la motivazione della decisione di procedere senza pubblicazione del bando. Se gli avvisi o le informazioni sono omessi o se non sono conformi alle prescrizioni, il ricorso può essere proposto fino a 6 mesi dal giorno successivo alla stipula del contratto.

## **Art. 125, comma 5, Codice del processo amministrativo)**

- L'inefficacia del contratto non è dichiarata se la stazione appaltante:
  - a) con atto motivato anteriore all'avvio della procedura ha dichiarato di ritenere che la procedura senza pubblicazione del bando sia consentita dal Codice dei contratti;
  - b) ha pubblicato l'avviso volontario per la trasparenza preventiva ai sensi dell'articolo 79-bis del Codice dei contratti;
  - c) ha atteso almeno 10 giorni dalla pubblicazione per la stipula.

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- Al fine di restringere/definire il campo di azione delle stazioni appaltanti, alla luce di dati statistici che evidenziano il gran ricorso a procedure negoziate a seguito della modifica del 2008, l'autorità con determinazione n. 2/2011 (ante d.l.70) si è accinta a dare spiegazioni e contenuto ad una norma generalistica avente scarsa procedure.
- In particolare i settori trattati dalla determinazione riguardano i lavori dell'art. 122 ma si amplia anche alle altre procedure negoziate (in particolare l'economia) in quanto condividenti con l'articolo in questione la filosofia di base.

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- **COSA CI DICE L'AUTORITA':**
- Le tematiche riguardano in particolare:
- la sussistenza o meno dell'obbligo di motivazione nell'attivazione della procedura negoziata senza bando;
- le regole applicabili a siffatta procedura;
- i criteri di selezione delle imprese.
- La conduzione dell'indagine di mercato e della gara informale (articolo 57, comma 6 del Codice).

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- Per i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria, l'articolo 54 del Codice dispone che le gare siano aggiudicate in via ordinaria utilizzando le **procedure ristrette e aperte**, mentre il ricorso alle procedure negoziate, come previsto dalla direttiva 18/2004/CE, risulta limitato ad ipotesi tassativamente previste:
- l'articolo 56 disciplina i casi in cui è possibile impiegare la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara;
- l'articolo 57, invece, elenca le condizioni in presenza delle quali risulta legittimo il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando.

**Finanziamenti  
europei occorre  
sempre Pubblicità**

**PROCEDURA  
APERTA /  
RISTRETTA  
(Bando)**

**CONSIP**

**ART 56-57  
D.Lgs 163/2006**

**Lavori  
Artt. 122 -204 B.C.  
(1.000.000 )**

**Lavori  
RISTRETTA  
SEMPLIFICATA  
Artt. 123 -204 B.C.  
(1.500.000 )**

**ARTT.19-27  
ALLEGATO II B**

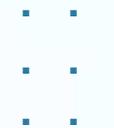
**ECONOMIA  
Art. 125  
dpr 207 art. 267  
Incarichi c.10  
(100.000 €)**

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- Per quanto riguarda gli appalti sotto soglia comunitaria, il legislatore italiano ha scelto di assicurare un livello di tutela sostanziale superiore rispetto a quello imposto dalle direttive comunitarie, estendendo anche agli appalti sotto **soglia le disposizioni applicate agli appalti sopra soglia ad eccezione di alcune limitate deroghe.**
- Dal raffronto tra la disciplina degli appalti sopra soglia e sotto soglia, emergono, quali tratti distintivi, semplificazioni relative alla **pubblicità, alle comunicazioni ed agli avvisi, ai termini ed alle offerte anomale (possibilità di applicare l'esclusione automatica).**

# Procedura negoziata sottosoglia



- In sintesi le ipotesi di ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, previste dal Codice per i contratti sottosoglia, nel settore dei lavori, è ammissibile, in linea generale, la procedura in esame nei seguenti casi:
- a) lavori di importo inferiore a 500.000 euro, (ora 1.000.000) secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6 (articolo 122, comma 7-bis);
- b) lavori relativi ad opere di urbanizzazione primaria e secondaria [articolo 32, comma 1, lettera g)] di importo inferiore alla soglia comunitaria (articolo 122, comma 8);
- c) lavori di importo complessivo non superiore a 500.000 euro (ora 1.000.000) concernenti i beni mobili e immobili e interventi sugli elementi architettonici e sulle superfici decorate di beni del patrimonio culturale (articolo 204, comma 1).

# Procedura negoziata sottosoglia



- Per gli appalti di servizi e forniture, è, invece, sempre prescritto il rispetto delle condizioni comunitarie di cui agli articoli 56 e 57 del Codice, fatte salve le semplificazioni previste dall'articolo 124, in relazione alle **forme di pubblicità ed ai termini per l'invio delle offerte.**
- Una disciplina speciale riguarda gli affidamenti degli appalti di servizi attinenti all'architettura ed all'ingegneria anche integrata, di importo fino a 100.000 euro

# FORNITURE E SERVIZI

- per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, la legge 27 dicembre 2006, n. 296 (legge finanziaria per il 2007) ha disposto, all'articolo 1, comma 450, che dal primo luglio 2007 le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione.
- PER GLI ALTRI ENTI E' UNA FACOLTA' RAFFORZATA DALLE SANZIONI DELL'ART. 11 L. 111/11
- Al riguardo, l'articolo 328 del d.P.R. n. 207 del 5 ottobre 2010, Regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice prevede che le stazioni appaltanti possono effettuare acquisti di beni e servizi sotto soglia:
  - a) attraverso un confronto concorrenziale delle offerte pubblicate all'interno del mercato elettronico o delle offerte ricevute sulla base di una richiesta di offerta rivolta ai fornitori abilitati;
  - b) in applicazione delle procedure di acquisto in economia.

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- **PRINCIPI GENERALI DA RISPETTARE SEMPRE!**
- **divieto di discriminazione - principio di imparzialità**
- **parità di trattamento** (tutti gli offerenti dispongano delle stesse opportunità per la formulazione delle loro offerte e che queste siano soggette ad uguali condizioni per ciascun competitore (sentenza Corte di Giustizia CE 29.4.2004, causa C-496/99) - **tutti gli operatori economici che prendono parte alla selezione devono essere invitati contemporaneamente a presentare le loro offerte e che le lettere di invito devono contenere le medesime informazioni in relazione alla prestazione richiesta**)
- **un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione**

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **PRINCIPI GENERALI DA RISPETTARE SEMPRE!**
- carenza di **pubblicità** - tempi esigui previsti per la pubblicazione degli avvisi, mezzi utilizzati per mettere in atto la pubblicità, ritenuti non congrui rispetto al valore dell'appalto.
- LA **trasparenza** comporta, inoltre, che la scelta dell'affidatario debba essere resa nota: occorre, quindi, pubblicare **l'esito della selezione**
- il rispetto dell'equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, assicurando il **minore sacrificio possibile degli interessi privati confliggenti con quello pubblico** - la stazione appaltante non può imporre obblighi e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria per il raggiungimento dello scopo
- tutela della **libera concorrenza** intende assicurare a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa
- **rotazione** ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio di concorrenza

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **MOTIVAZIONE**

- La procedura negoziata prevista dall'articolo 122, comma 7-bis è legittimata dal legislatore **sulla base dell'importo**.
- Tuttavia le norme di cui all'articolo 122 del Codice soggiacciono comunque all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo: la stazione appaltante nella delibera a contrarre fornisce una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo (cfr. articolo 122, comma 7-bis) esprime a riguardo una possibilità, non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata.
- **Ciò non significa che la motivazione deve far riferimento alla sussistenza delle circostanze esplicitate dal legislatore negli articoli 56 e 57 del Codice: se si verificasse una di quelle situazioni, infatti, il ricorso alla negoziata sarebbe giustificato ex se dagli articoli 56 e 57, mentre è chiaro che l'articolo 122, comma 7-bis si riferisce a presupposti diversi.**

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- Il procedimento può essere così schematizzato:
- determina a contrarre
- ricerca di mercato
- selezione degli operatori da invitare
- invio lettere d'invito
- presentazione delle offerte
- scelta del miglior contraente, sulla base dei criteri di valutazione dell'offerta indicati nella lettera di invito

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- **SCELTA OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE**
- a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori devono possedere per eseguire la prestazione;
- b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti.
- le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richieste dalla stazione appaltante, DEVONO COINCIDERE con quelle necessarie per partecipare alle procedure aperte e ristrette, per i lavori ,in particolare, occorre far riferimento al possesso della qualificazione SOA.

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **SCELTA OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE**
- si articola in due fasi:
- a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);
- b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).
- Le due fasi sono distinte: **l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato**, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; **la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte**, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **SCELTA OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE**
- La norma dispone, poi, che i soggetti selezionati vengano invitati a formulare un'offerta:
- la relativa lettera di invito deve contenere le informazioni sugli elementi essenziali della prestazione e sul criterio di valutazione dell'offerta.
- E', quindi, posto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di definire, specificamente e preventivamente, i criteri di selezione ed i livelli minimi di capacità richiesti, nonché di individuare gli operatori cui inviare la lettera di invito a presentare l'offerta

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **SCELTA OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE**
- Cos'è "indagine di mercato"? occorre stabilire se la stessa debba essere effettuata **previo avviso** o con **altre modalità**, quali ad esempio, nel caso dei lavori, la consultazione sul sito dell'Autorità dell'elenco delle imprese in possesso di idonea qualificazione in relazione all'affidamento, sempre tenendo presente i criteri generali (es. rotazione)
- L'Autorità ritiene che la stazione appaltante non possa individuare i cinque operatori richiesti come minimo dall'articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, effettuati tramite cottimo fiduciario, **con modalità "chiuse" rispetto al mercato**

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **SCELTA OPERATORI ECONOMICI DA INVITARE**
- Vanno esplicitati nella determina a contrarre i **criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare**;
- in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati nello stesso. A titolo indicativo:
- le **esperienze contrattuali** registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700),
- **l'idoneità operativa** delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori
- il **sorteggio pubblico**.
- Il principio di trasparenza impone, però, di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, sì da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale. Parimenti è necessaria la pubblicazione del cosiddetto **avviso di post-informazione**, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti.

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **AVVISO E MODALITA' PUBBLICITA':**
- **CONTENUTI AVVISO:** succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, con la stazione appaltante.
- **PUBBLICITA':** albo pretorio della stazione appaltante e del comune ove si realizzano i lavori ai sensi articolo 122, comma 5 del Codice per le procedure ordinarie (aperte e ristrette) lavori non superiori a 500.000 euro;
- Altro mezzo che si può considerare adatto allo scopo è la pubblicazione dell'avviso sul **sito internet** della stazione appaltante.
- Le stazioni appaltanti possono comunque impostare forme di verifica della disponibilità degli operatori economici con riferimento a più appalti aggiudicabili entro un determinato periodo (**indagini di mercato periodiche**), al fine di ottimizzare le tempistiche di svolgimento delle gare informali e le procedure di riscontro dei requisiti.
- Altro strumento è rappresentato dalla predisposizione di "**elenchi aperti di operatori economici**".

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **REGOLE ELENCHI OPERATORI ECONOMICI:**
- **Costituiti tramite bando pubblico (anche per una pluralità di lavori)** con pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'articolo 66, comma 7 del Codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio);
- prevedere dei meccanismi volti ad assicurare **l'aggiornamento periodico**, almeno semestrale, degli elenchi. Inoltre, **occorre prevedere i criteri per la selezione delle imprese da invitare.**
- In analogia art. 267 del Regolamento per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura il cui valore economico sia inferiore a 100.000 euro va rispettando il criterio di rotazione le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere ed il contenuto minimo dell'avviso stesso, tra cui figurano anche le **modalità di individuazione degli operatori economici da invitare.** Per i lavori, l'elenco deve essere costruito sulla base delle categorie generali e specializzate del sistema di qualificazione

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **GARA INFORMALE:**
- Termine minimo 10 GIORNI
- standard operativi comuni per lo svolgimento delle operazioni di gara
- lettera di invito alla gara informale deve riportare i **contenuti tipici del** bando di cui all'articolo 64 e all'allegato IXA del Codice (va precisato, ove non specificato nell'avviso di costituzione dell'elenco, che verrà applicato il principio di rotazione)
- la verifica delle offerte anomale ai sensi articolo 86, comma 3 del Codice (ora rafforzato dal documento di consultazione pubblicato dall'Autorità)

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)



- **CONTENUTO LETTERA INVITO**
- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo;
- b) i requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi che occorre possedere per partecipare alla gara; o nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;
- c) le garanzie richieste;
- d) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- e) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- f) il criterio di aggiudicazione prescelto;
- g) gli elementi di valutazione, nel caso si utilizzi il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- **CONTENUTO LETTERA INVITO**
- h) nel caso del prezzo più basso, l'eventuale utilizzo dell'esclusione automatica; si rammenta che se la stazione appaltante intenda far ricorso a tale metodo, occorre invitare un numero di operatori economici che faccia presumere che le offerte ammesse saranno almeno dieci.
- i) le modalità di comprova del possesso dei requisiti;
- j) l'eventuale clausola che preveda di procedere all'aggiudicazione anche nel caso di presentazione di un'unica offerta valida;
- k) la misura delle penali;
- l) la facoltà di applicare l'articolo 86, comma 3 del Codice;
- m) l'indicazione dei termini di pagamento secondo quanto previsto dal Regolamento;
- n) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico (se predisposti)

# Art. 122, comma 7 (Procedura negoziata sottosoglia)

- ALTRE REGOLE
- l'obbligo di pubblicità degli esiti della gara con le medesime modalità previste per l'eventuale avviso
- prima della stipula del contratto con l'aggiudicatario, occorre procedere alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali.
- il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Tuttavia, è possibile procedere all'esecuzione d'urgenza ai sensi dell'articolo 11, comma 9 del Codice. Si segnala un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la violazione della clausola (e del principio) di standstill, ex articolo 11, comma 10 del Codice, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto (cfr. TAR Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942).

# IL COTTIMO FIDUCIARIO

- In passato è stato sostenuto che il cottimo fiduciario non fosse un procedimento di scelta del contraente, né un contratto, ma una particolare modalità di retribuire una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo — stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati — commisurata alla quantità della prestazione prodotta anziché al tempo impiegato a produrla.
- **Tale interpretazione non appare conforme a quanto previsto dal Codice che ha definito il cottimo quale procedura negoziata (articolo 3, comma 40) e dal Regolamento. Peraltro, la definizione di cottimo fiduciario quale procedura negoziata era già contenuta nel d.P.R. 554/99.**
- Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica, le regole procedurali anche minime che l'amministrazione osserva per concludere il cottimo implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006, n. 4295).
- Il cottimo fiduciario è, quindi, un **contratto con contenuto semplificato** affidato mediante procedura negoziata, la cui disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell'articolo 125, anche all'interno del Codice. Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi

# IL COTTIMO FIDUCIARIO

- Per i lavori, il ricorso al cottimo fiduciario è ammesso fino a 200.000 euro, (300.000 per i beni culturali anche tramite amministrazione diretta)
- Per i servizi e le forniture, la soglia coincide con quella comunitaria, quindi, con l'importo di 125.000 euro per i servizi e le forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali, con l'importo di 193.000 euro nei restanti casi. Gli importi sono soggetti ad aggiornamento biennale in base all'andamento dei diritti speciali di prelievo.
- Si tratta dell'unità di conto del FMI (Fondo Monetario Internazionale), il cui valore è ricavato da un paniere di valute nazionali, rispetto alle quali si calcola una sorta di "comune denominatore": il risultato è il valore dei DSP
- Dunque, per i servizi e le forniture sotto soglia, **la semplificazione conduce alle procedure in economia**, posto che, la procedura negoziata "ordinaria" è utilizzabile solo nei casi previsti dagli articoli 56 e 57 del Codice.

# IL COTTIMO FIDUCIARIO

- L'acquisizione di lavori, servizi e forniture può essere gestita in economia solo se l'amministrazione competente provvede ad una previa individuazione e regolamentazione dei tipi di lavori, servizi e forniture per le quali può essere adottato detto sistema.
- l'individuazione da parte delle stazioni appaltanti dei servizi e delle forniture da affidare in economia è libera e risponde, pertanto, alle specifiche esigenze di carattere organizzativo delle stesse, mentre quella relativa ai lavori è invece limitata all'ambito delle categorie generali indicate dall'articolo 125, comma 6, del Codice ed essenzialmente riconducibili ad ipotesi legate all'urgenza, all'imprevedibilità ed al modesto valore della manutenzione o della riparazione di opere od impianti.
- In generale, i procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia per i servizi e forniture sono disciplinati, oltre che dalla norma quadro dell'articolo 125, dal Regolamento, "nel rispetto **dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal codice**" (articolo 125, comma 14). Si sottolinea, inoltre, che figura centrale del sistema dell'acquisizione di lavori, servizi e forniture in economia è il responsabile unico del procedimento

# IL COTTIMO FIDUCIARIO

- la procedura negoziata avviene anche in caso di cottimo tra almeno cinque operatori, salva la possibilità di affidamento diretto per gli appalti di servizi e forniture di importo inferiore a 40.000 euro.
- E' previsto, poi, che le amministrazioni, per l'individuazione dei soggetti da invitare alle procedure informali, istituiscano **albi di operatori economici**, soggetti ad aggiornamento almeno annuale, con iscrizione aperta agli operatori in possesso dei requisiti di qualificazione (comma 12 dell'articolo 125).
- L'affidamento operato tramite cottimo fiduciario, nonostante il carattere semplificato, rimane una procedura negoziata, pertanto soggiace all'osservanza dei principi posti dal Codice in tema di affidamento dei contratti.
- Si richiama quanto disposto in argomento dall'articolo 331 del Regolamento, secondo cui le stazioni appaltanti devono assicurare, comunque, che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad **avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente**.

# **Art. 122, comma 9 - LAVORI**

## **(Esclusione automatica offerte anomale)**

9. Per lavori d'importo  $\leq$  a 1.000.000 di euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86 ... Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10 ...

### **Art. 253, comma 20-bis**

**20-bis. Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui all'articolo 122, comma 9 ... per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 28 ovvero *4.845.000 euro***

## **Art. 124, comma 8 - SERVIZI E FORNITURE**

### **(Esclusione automatica offerte anomale)**

- 8. Per servizi e forniture d'importo  $\leq$  a 100.000 euro, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 86; ... Comunque la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10 ...
- **Art. 253, comma 20-bis**
- **20-bis. Le stazioni appaltanti possono applicare fino al 31 dicembre 2013 le disposizioni di cui all'art. ... 124, comma 8, per i contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 28. ovvero *193.000 euro***

# Art. 125, comma 11 – Servizi e forniture in economia

- 11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a **40.000 euro** e fino a euro 193.000, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a **40.000 euro** è consentito l'affidamento diretto da parte del R.U.P.
- ***Secondo il Servizio Studi del Senato è modificata automaticamente (ma implicitamente) da 20.000 a 40.000 euro anche la soglia per l'affidamento dei servizi tecnici di cui all'articolo 267, comma 10, del d.P.R. n. 207 del 2010***

# **Comunicato Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 15/7/2011**

- **Uniformazione delle soglie minime di importo**
- **Comunica:**
- **1. che, a far data dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della citata legge di conversione, la soglia minima di importo per l'invio dei dati viene ricondotta, per i settori ordinari e speciali, al valore di 40.000 euro anche per gli appalti di servizi e forniture, così come già in precedenza stabilita in relazione agli appalti di lavori;**  
**2. che le modalità di acquisizione dello smart CIG e del relativo carnet per microcontrattualistica e contratti esclusi, sono adeguate alla rimodulazione in parola delle soglie.**

**Art. 267, comma 10, del d.P.R. n. 207 del 2010 .**  
**(servizi tecnici affidabili senza gara) . . . .**

- 10. I **servizi tecnici** il cui corrispettivo complessivo stimato sia inferiore a **20.000 euro (40.000 euro ?)** possono essere affidati secondo quanto previsto dall'articolo 125, comma 11, (secondo periodo- tolto), del codice, nel rispetto dell'articolo 125, comma 10, primo periodo.
- *rispetto dei principi di rotazione, trasparenza ecc. ecc.?*
- *invito a 5 soggetti o affidamento diretto da 20.000 a 40.000 euro ?*

# Art. 132, comma 3 - LAVORI – Varianti in corso d'opera

- 3. *(primo periodo: varianti non varianti – immutato)* . Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse dell'amministrazione, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento dell'opera e alla sua funzionalità, sempreché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento ... non può superare il 5 per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione dell'opera **al netto del 50% dei ribassi d'asta conseguiti.**

# Art. 133, commi 4 e 5

## - LAVORI – Revisione



- 4. ... qualora il prezzo di singoli materiali da costruzione, ... subisca variazioni in aumento o in diminuzione, superiori al 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle infrastrutture nell'anno di presentazione dell'offerta ... si fa luogo a compensazioni, in aumento o in diminuzione, **per la metà della percentuale eccedente il 10%** e nel limite delle risorse di cui al comma 7.
- 5. La compensazione è determinata applicando **la metà della percentuale** di variazione che eccede il 10% al prezzo dei singoli materiali ... impiegati nelle lavorazioni contabilizzate nell'anno solare precedente ... nelle quantità accertate dal direttore dei lavori.

# Art. 140, comma 1 - SUBENTRO



- Le stazioni appaltanti *[prevedono nel bando di gara]* che, in caso di fallimento dell'appaltatore o di risoluzione del contratto *[per grave inadempimento del medesimo]* **ai sensi degli articoli 135 e 136**, potranno interpellare progressivamente i soggetti che hanno partecipato all'originaria procedura di gara, risultanti dalla relativa graduatoria, al fine di stipulare un nuovo contratto per l'affidamento del completamento dei lavori. Si procede all'interpello a partire dal soggetto che ha formulato la prima migliore offerta, fino al quinto migliore offerente, escluso l'originario aggiudicatario.
- **Art. 136: Risoluzione per grave inadempimento o grave ritardo**
- **Art. 135: Risoluzione per reati accertati o decadenza SOA**

# Art. 240-bis – Definizione delle riserve



- 1. Le domande che fanno valere pretese già oggetto di riserva non possono essere proposte per importi maggiori rispetto a quelli quantificati nelle riserve stesse. **L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale.**
- 1-bis. **Non possono essere oggetto di riserva gli aspetti progettuali che, ai sensi dell'articolo 112 e del regolamento, sono stati oggetto di verifica.**
- *Articoli 52, 53 e 54 del d.P.R. n. 207 del 2010*

# RESPONSABILITA' LITE . . .

## TEMERARIA . . .

- “Art. 246-bis Responsabilità per lite temeraria:  
1. Nei giudizi in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, il giudice, nel pronunciare sulle spese, condanna d’ufficio la parte soccombente al pagamento di una sanzione pecuniaria in misura non inferiore al doppio del contributo unificato dovuto per il ricorso introduttivo del giudizio quando la decisione è fondata su ragioni manifeste od orientamenti giurisprudenziali consolidati”.
- ***da 2 x 4.000 = 8.000 euro a 5 x 4.000 = 20.000 euro***
- ***Il contributo unificato di cui all’art. 13, comma 6-bis, del d.P.R. n. 115 del 2002, è stato elevato a euro 4.000 dall’art. 37, comma 6, lettera s), del decreto-legge n. 98 del 2011***

# Art. 253, commi 9-bis e 15-bis (Requisiti) ⋮ ⋮ ⋮

- 9-bis. Fino al **31 dicembre 2013**, per la dimostrazione dei requisiti ai fini del conseguimento dell'attestazione SOA si considerano gli ultimi 10 anni (in luogo di 5).

15-bis. Fino al **31 dicembre 2013**, in relazione alle procedure di affidamento dei servizi tecnici, per la dimostrazione dei requisiti di capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria, il periodo di attività documentabile è quello relativo ai migliori 3 anni degli ultimi 5 o ai migliori 5 anni degli ultimi 10. **Art. 263 d.P.R. n. 207 del 2010: Fatturato in servizi – Lavori progettati – Lavori per servizi di punta – Personale tecnico**

## Art. 16 del d.P.R. n. 207 del 2010 . . . (Quadri economici dei progetti) . . .

- 1. I quadri economici ... sono predisposti con progressivo approfondimento in rapporto al livello di progettazione ... con le necessarie variazioni ... e prevedono la seguente articolazione del costo complessivo:
- a.1) lavori a misura, a corpo, in economia; a.2) oneri della sicurezza, non soggetti a ribasso d'asta;
- b) somme a disposizione della stazione appaltante per:
- *(omissis)*
- *[2. L'importo dei lavori a misura, a corpo e in economia dev'essere suddiviso in importo per l'esecuzione dei lavori e importo per l'attuazione dei piani di sicurezza ]*

# **Art. 357, commi 16 e 22 del d.P.R. n. 207 del 2010**

- **16. Fino all' 8 giugno 2012, per la qualificazione nelle gare di lavori il riferimento è al d.P.R. n. 34 del 2000 (articoli 3, 28 e allegato A).**
- **22. Fino all' 8 giugno 2012, le lavorazioni di cui all'articolo 37, comma 11, sono quelle individuate all'articolo 72, comma 4, del d.P.R. n. 554 del 1999. *Dopo tale data si farà riferimento al d.P.R. n. 207 del 2010, articoli 61, 90 e allegato A***
- ***Dopo tale data si farà riferimento all'elenco di cui all'art. 107, comma 2, d.P.R. n. 207 del***

# CONTROLLI REGOLARITA'

## CONTRIBUTIVA < 20.000 EURO

- **La vera novità** in materia di attività contrattuale minore, proviene dalla più volte auspicata **semplificazione del regime dei controlli**, in particolare **della regolarità contributiva mediante acquisizione del Durc, per i micro affidamenti.**
- Il nuovo comma 14-bis dell'art. 4 del DL 70/2011, introdotto **in sede di conversione**, stabilisce che *“per i contratti di forniture e servizi fino a 20.000 euro stipulati con la pubblica amministrazione e con le società in house, i soggetti contraenti possono produrre una dichiarazione sostitutiva ai sensi dell'articolo 46, comma 1, lettera p), del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in luogo del documento di regolarità contributiva. Le amministrazioni procedenti sono tenute ad effettuare controlli periodici sulla veridicità delle dichiarazioni sostitutive ai sensi dell'articolo 71 del medesimo testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica n. 445 del 2000”.*
- Viene quindi **superata l'indicazione** a suo tempo fornita dal famigerato interpello n.10/2009 del Ministero del Lavoro **tesa ad affermare la doverosità dell'acquisizione del Durc anche nei cottimi fiduciari “a prescindere dall'importo della commessa”**

# CONSIP E CONGRUITA'

- **La manovra estiva (D.L. 7 luglio 2011 n. 98)**
- La perdurante crisi economica globale e la portate di deficit e debito pubblico impongono manovre che più che correttive ed episodiche paiono ormai endemiche e strutturali.
- Il sistema delle convenzioni quadro non è in realtà nuovo, e si ricollega alle previsioni della finanziaria del 2000 con l'evidente finalità di contenimento della spesa corrente mediante le economie di scala conseguibili dalla centralizzazione.
- Tra le norme di rilievo si evidenzia la **valorizzazione del ruolo di Consip e della centralizzazione-razionalizzazione dei processi di approvvigionamento di beni e servizi.**

# CONSIP E CONGRUITA'

- L'art. 11 del decreto stabilisce tra l'altro che *“Ove non si ricorra alle convenzioni di cui all'articolo 1, comma 449, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, gli atti e i contratti posti in essere in violazione delle disposizioni sui parametri contenute nell'articolo 26, comma 3, della legge 23 dicembre 1999, n. 488 sono nulli e costituiscono illecito disciplinare e determinano responsabilità erariale...”*
- A fronte delle sanzioni stabilite dalla nuova disposizione (**nullità del contratto, responsabilità erariale e disciplinare**), ulteriore pregnanza acquista ora la famigerata *“dichiarazione di conformità”* ai parametri prezzo-qualità Consip stabilita dalla tuttora vigente (ancorchè ampiamente disapplicata) norma di cui al comma 3-bis dell'art. 26 della L.488/1999 (che prevede altresì l'invio della determinazione a contrarre all'ufficio preposto per il controllo di gestione).

# PUBBLICITA' CONTRATTI PUBBLICI



- Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri del 26.4.2011, da ultimo, sono state dettate le modalità per attuare la pubblicazione degli atti nei siti informatici della P.A., come previsto dall'art. 32, comma 2, cit.. A tali indicazioni, dunque, dovranno ora attenersi tutte le stazioni appaltanti, nel pubblicare in formato elettronico gli atti relativi alle procedure di affidamento dei contratti pubblici.
- Per quanto specificamente attiene alla materia dei contratti pubblici, viene in rilievo l'art. 4 del D.P.C.M. in rassegna, a norma del quale:
- *"Art. 4. Bandi, avvisi ed esiti di gara delle procedure di affidamento di lavori, servizi e forniture*
- *1. Le amministrazioni aggiudicatrici pubblicano i bandi, gli avvisi e gli esiti di gara sul profilo di committente in una apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara», **direttamente raggiungibile dalla home page, dotata di caratteristiche di indirizzabilità e di ergonomia tali da consentire un'immediata e agevole consultazione.***

# PUBBLICITA' CONTRATTI PUBBLICI



- 2. I bandi, gli avvisi e gli esiti di gara sono pubblicati in base alla tipologia degli stessi, **distinta per bandi di lavori, per bandi di servizi e per bandi di forniture, cui sono collegati i relativi avvisi di aggiudicazione.**
- 3. I bandi e gli avvisi di gara sono pubblicati nei termini previsti dal Codice dei contratti per ciascuna tipologia di procedura di affidamento e **restano consultabili**, con le modalità previste dall'art. 3, fino alla data di scadenza del bando o dell'avviso.
- Gli esiti di gara sono pubblicati nei termini previsti dal Codice dei contratti e **restano consultabili fino a tutto il centottantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione dell'esito.**

# PUBBLICITA' CONTRATTI PUBBLICI



- 4. I bandi ed avvisi di gara scaduti confluiscono automaticamente in un'apposita sezione dedicata, denominata «Bandi di gara scaduti», e restano consultabili, con le modalità previste dall'art. 3, fino a tutto **il centottantesimo giorno successivo alla data di pubblicazione del relativo esito di gara.**
- 5. I bandi, gli avvisi e gli esiti di gara, successivamente alla scadenza del termine di cui ai commi 3, secondo periodo, e 4, sono consultabili secondo le modalità stabilite da ciascuna amministrazione aggiudicatrice e rese note sul profilo del committente.
- 6. Ogni bando, avviso ed esito di gara contiene gli elementi e le informazioni indicati dal Codice dei contratti, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione europea, ed è indicizzato con i campi informativi delle Tabelle di cui all'Allegato 2".

# PUBBLICITA' CONTRATTI PUBBLICI

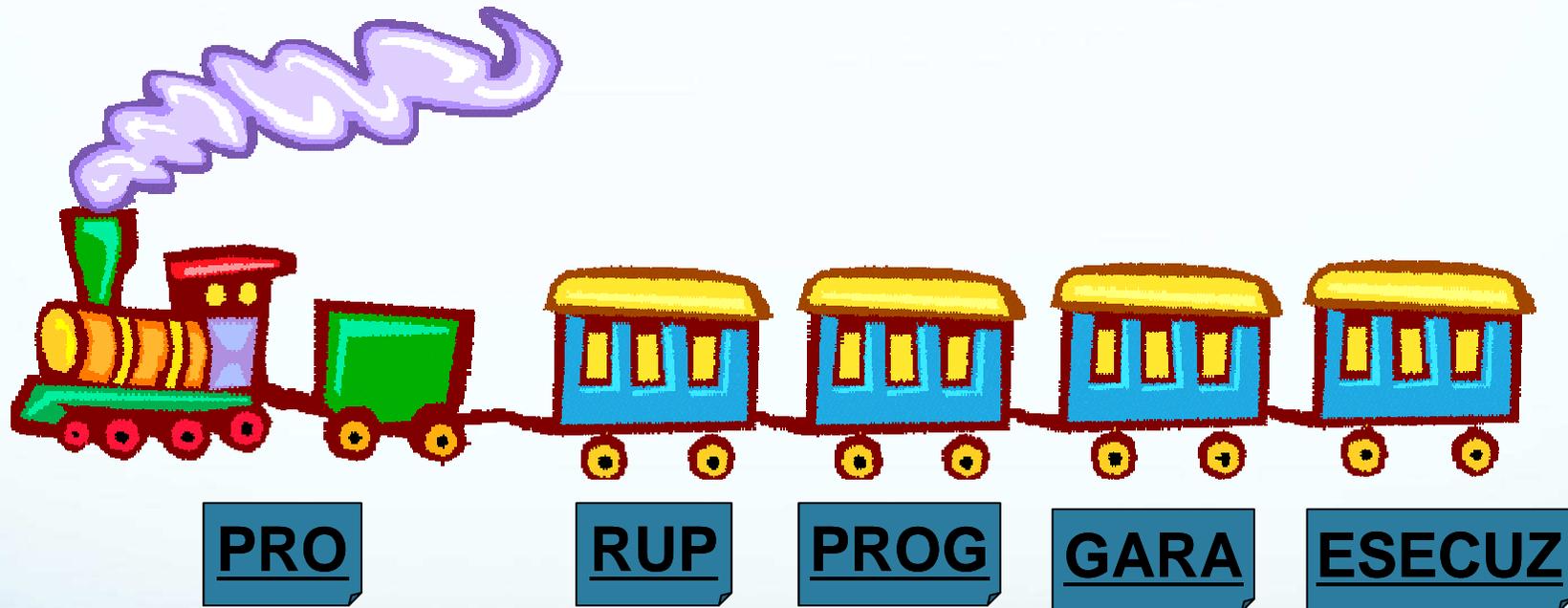


- **Art. 331– “Pubblicità e comunicazioni”:**
- “1. Le procedure di acquisto in economia di beni e servizi **non sono sottoposte agli obblighi di pubblicità e di comunicazione** previsti dall’articolo 124 del codice per gli altri appalti di servizi e forniture sotto soglia.
- 2. Le stazioni appaltanti assicurano comunque che le procedure in economia avvengano **nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l’efficienza dell’azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici.**
- L’esito degli affidamenti **mediante cottimo fiduciario di cui all’articolo 334 è soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente**”.(dai 20.000 euro in su)

# **Comunicato Aut. vig. sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture 15/7/2011**

- **Uniformazione delle soglie minime di importo**
- **Comunica:**
- **1. che, a far data dalla pubblicazione in Gazzetta Ufficiale della citata legge di conversione, la soglia minima di importo per l'invio dei dati viene ricondotta, per i settori ordinari e speciali, al valore di 40.000 euro anche per gli appalti di servizi e forniture, così come già in precedenza stabilita in relazione agli appalti di lavori;**  
**2. che le modalità di acquisizione dello smart CIG e del relativo carnet per microcontrattualistica e contratti esclusi, sono adeguate alla rimodulazione in parola delle soglie.**

# CICLO DELL'APPALTO . . .





**L'ATTIVITA' DI  
PROGRAMMAZIONE  
NELLE FORNITURE E  
SERVIZI**

# La programmazione dell'approvvigionamento, la stima del fabbisogno e la copertura finanziaria

Attraverso l'attività di programmazione ogni struttura/servizio di economato dovrebbe dunque in grado di:

- analizzare i volumi finanziari degli acquisti (necessari per la redazione dell'avviso o degli avvisi di preinformazione);
- individuare preventivamente le soglie economiche di riferimento;
- scegliere la struttura deputata alla gestione della procedura di gara;
- stimare i costi degli acquisti con riferimento alle caratteristiche merceologiche ed agli standard di qualità (anche mediante indagini di mercato e mediante acquisizioni in economia a titolo di sperimentazione), onde prefigurare la scelta della procedura più aderente al mercato di riferimento;
- orientare l'approvvigionamento verso forme aggregate di acquisto (omogeneizzazione tra settori merceologici), evitando il moltiplicarsi dei costi connessi all'avvio delle procedure, ovvero verso il mercato elettronico/ convenzioni attivate dalla Consip S.p.a.;
- individuare preventivamente la necessità della previsione di clausole di ripetizione ex art. 57 del Codice

# La programmazione dell'approvvigionamento, la stima del fabbisogno e la copertura finanziaria

- *ART. 271 REGOLAMENTO*
- *Programmazione dell'attività contrattuale per l'acquisizione di beni e servizi*
- 1. Ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno, secondo le modalità e le procedure previste dall'articolo 128 del codice e dall'articolo 13, commi 3 e 4, del presente regolamento, **un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo**. Per gli aggiornamenti del programma si applicano le disposizioni previste all'articolo 13, comma 3.

# La programmazione dell'approvvigionamento, la stima del fabbisogno e la copertura finanziaria

- 2. Il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in conformità con le disposizioni del codice e sulla base del **fabbisogno di beni e servizi definito dall'amministrazione aggiudicatrice** tenendo conto dell'ordinamento della stessa e della normativa di settore ove vigente.
- 3. Il programma individua **l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento**. Con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione provvede, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa.
- 4. Qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia predisposto il programma di cui al presente articolo, rimane salva la possibilità di avviare procedimenti per l'acquisizione di **beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisti o imprevedibili in sede di programmazione**.

# FASE DELLA PROGRAMMAZIONE E PROGETTAZIONE DI SERVIZI E FORNITURE





# **RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO**

L'Amministrazione aggiudicatrice PRIMA dello studio fattibilità o del progetto preliminare  
Ovvero CONTESTUALMENTE alla decisione di realizzare lavori

Nomina con provv. *ad hoc* (compiti procedure generali)  
*(la nomina deve risultare nel bando e nell'avviso, in caso di omissione mera irregolarità).*

Se non c'è nomina, è il dirigente



ART 10 D.Lgs 163/2006  
//  
L. 241/1990

ART 9-10  
ART 173 - 177  
ART 272 e ss.  
Reg 207/2010

Per ogni SINGOLO INTERVENTO (giurisdizione in via generale) da realizzarsi mediante contratto pubblico.  
(LL.PP. prima S.d.F O.P.P.)

Responsabile per le fasi di:  
• PROGETTAZIONE  
• AFFIDAMENTO  
• ESECUZIONE

Incardinati nell'Ente

Di ruolo: interno P.A.

Carenza di ruolo: dipendente in servizio

Requisiti:  
- LL.PP. Tecnico + 5 anni anzianità  
- S.FF. professionalità adeguata

RUP Dir Lav = € (art 119 c.2 Reg)  
RUP Dir. Esec. = <

**ANOMALIA**  
Art 121- 284 verifica offerte e conduzione del procedimento

Accesso RUP  
Contenzioso (penali)  
Transazioni (art 239)  
Accordi bonari (art 240)

**Fase PROGRAMMAZIONE  
LL.PP:**  
programmazione triennale;  
elenco annuale - CUP

**Fase PROGRAMMAZIONE  
SeF:**  
programmazione annuale;  
oggetto, CUP e importo  
presunto

**Settori  
ordinari**

**Settori  
speciali**

- gas
- energia termica
- elettricità
- acqua
- trasporti
- servizi postali
- sfruttamento area geografica

**RUP**

**Fase PROGETTAZIONE**  
importo a base d'asta

**Decreto a  
contrarre**

**Acquisisce CIG**

**Stabilisce se  
ricorrere a**

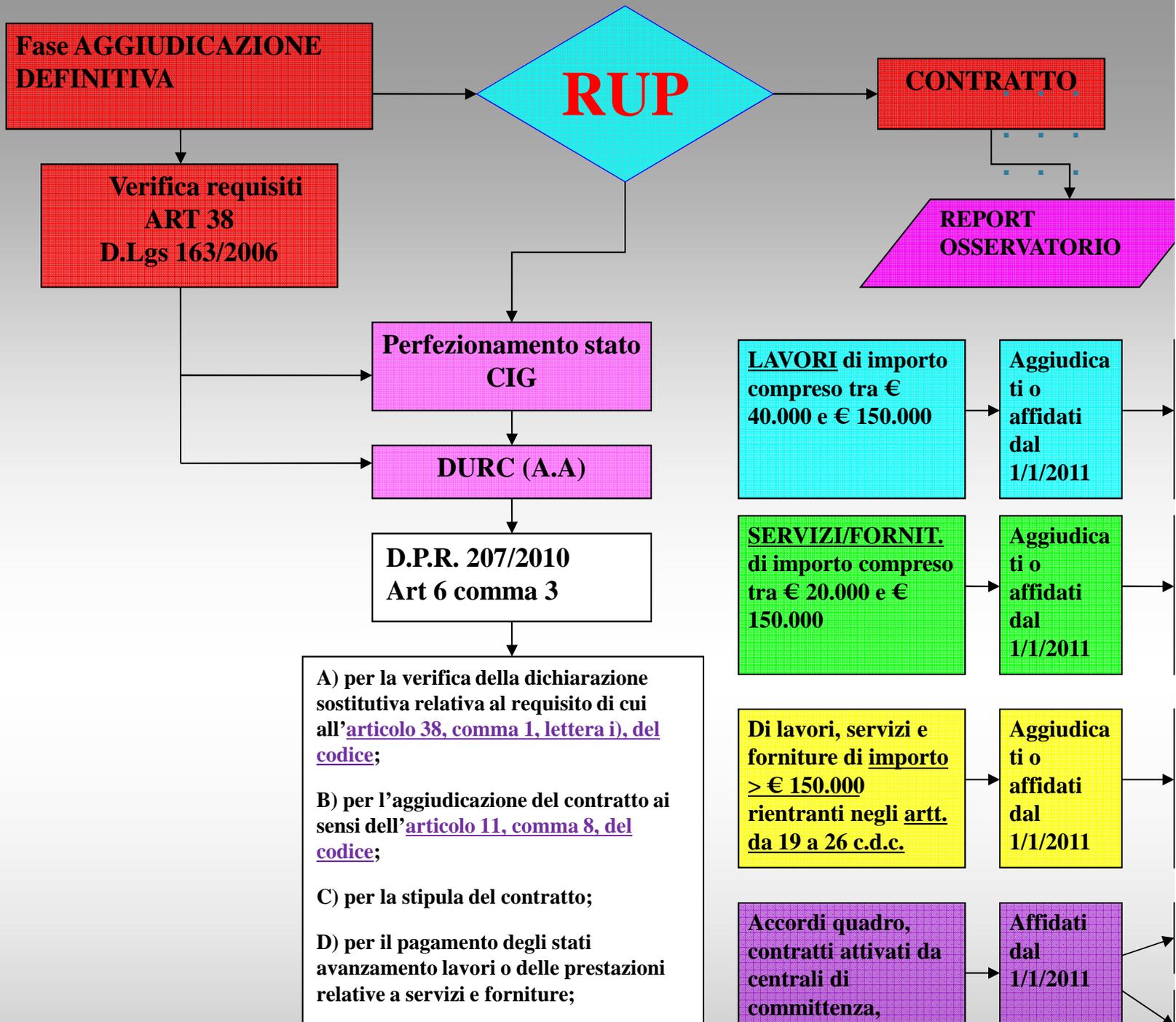
**Gara indetta mediante:**  
-Avviso periodico indicativo  
ALL XV A (avvisi periodici)  
-esistenza sistema ALL.XIV  
sett.speciali;  
-Bando di gara ALL. XIII A-B-  
C sett.speciali

**Procedura ne  
prevede  
indizione di  
gara**

**Individua le  
modalità di  
realizzazione  
scegliendo tra**

**-Appalto**

**-Conc. di Lavori**



# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 272



- 1. Ai sensi di quanto previsto agli articoli 5, comma 5, lettera c), e 10 del codice, le fasi in cui si articola ogni singolo intervento sono eseguite sotto la **cura e la vigilanza di un responsabile del procedimento**, nominato dalle amministrazioni aggiudicatrici nell'ambito dei propri dipendenti di ruolo, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 10, comma 5, del codice, contestualmente alla decisione di realizzare l'intervento ovvero eventualmente individuato nella fase di predisposizione dell'atto di programmazione di cui all'articolo 283, ove presente.
- 2. Il responsabile del procedimento provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo dell'intervento possa essere condotto in modo unitario in relazione a tempi e costi preventivati oltre che agli ulteriori profili rilevanti eventualmente individuati in sede di verifica della fattibilità del singolo intervento.

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 272

- Nello svolgimento delle attività di propria competenza in ordine al singolo intervento, il responsabile del procedimento formula proposte agli organi competenti secondo l'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice e fornisce agli stessi dati e informazioni:
- a) nella fase di predisposizione ed eventuale aggiornamento della programmazione di cui all'articolo 271
- b) nella fase di procedura di scelta del contraente per l'affidamento dell'appalto;
- c) nella fase di monitoraggio dei tempi di svolgimento della procedura di affidamento;
- d) nelle fasi di esecuzione, collaudo e verifica della conformità delle prestazioni eseguite alle prescrizioni contrattuali.

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 272

- Il responsabile del procedimento è un funzionario, anche di qualifica non dirigenziale, dell'amministrazione aggiudicatrice.
- 5. Il **responsabile del procedimento** svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di **direttore dell'esecuzione** del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante.
- 6. Le stazioni appaltanti di cui all'art. 10, c.9 del codice (che non sono pubbliche amministrazioni) garantiscono lo svolgimento dei compiti di loro competenza previsti per il responsabile del procedimento, di cui al codice ed al presente regolamento, **nominando uno o più soggetti anche in relazione alle varie fasi procedurali.**

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 273

- 1. Il responsabile del procedimento, nel rispetto di quanto previsto dall'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice, svolge, in base all'articolo 10, comma 2, del codice: i seguenti compiti ed attività:
- a) predisposizione ovvero coordina la progettazione di cui all'articolo 279, comma 1, curando la promozione, ove necessario, di accertamenti ed indagini preliminari idonei a consentire la progettazione; degli atti e dei documenti finalizzati alla **verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa dell'intervento** anche tramite la promozione di accertamenti ed indagini preliminari idonei a consentire la verifica di detta fattibilità, ovvero il coordinamento di dette attività dell'acquisizione del servizio e della fornitura ovvero il coordinamento di dette attività;
- b) formula proposta all'amministrazione aggiudicatrice del sistema di affidamento dell'intervento;
- c) coordinamento ovvero cura dell'andamento delle attività istruttorie dirette alla predisposizione del bando di gara relativo all'intervento;
- d) coordinamento delle attività necessarie per la nomina della commissione giudicatrice, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 84 del codice, da parte dell'organo competente e delle relative procedure sotto il profilo della tempistica e delle modalità da seguire;
- e) compimento delle azioni dirette a garantire un adeguato flusso informativo e di comunicazione tra la commissione giudicatrice e l'amministrazione aggiudicatrice, ai fini dell'efficiente svolgimento delle attività di rispettiva competenza;

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 273

- f) effettuazione delle attività dirette a monitorare i tempi di svolgimento delle varie fasi procedurali dell'intervento, al fine di realizzare le condizioni per il corretto e razionale svolgimento della procedura, segnalando agli organi competenti dell'amministrazione aggiudicatrice **eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi**;
- g) svolgimento, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, delle attività di controllo e **vigilanza nella fase di esecuzione**, fornendo all'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, secondo quanto stabilito dal codice, nonché ai fini dello svolgimento delle attività di collaudo e verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali;
- h) nel caso di prestazioni di servizi, compimento, su delega del datore di lavoro committente, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, delle azioni dirette a verificare, anche attraverso la richiesta di documentazione, attestazioni e dichiarazioni, il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro;
- i) provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'Osservatorio degli elementi relativi agli interventi di sua competenza;
- l) svolgimento, su delega del soggetto di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, dei compiti ivi previsti.

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 273

- 2. Il responsabile del procedimento svolge i propri compiti con il supporto dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice. Nei casi ed alle condizioni di cui all'articolo 10, comma 7, del codice, il responsabile del procedimento propone all'amministrazione aggiudicatrice l'affidamento delle attività di supporto secondo le procedure e con le modalità previste dal codice per l'affidamento dei servizi. Gli affidatari dei servizi di supporto non possono partecipare alla procedura di affidamento degli appalti nonché a subappalti con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'art. 2359 del codice civile.

# RESPONSABILE UNICO DEL PROCEDIMENTO art. 273

- 3. Il responsabile del procedimento che violi gli obblighi posti a suo carico dal codice e dal presente regolamento o che non svolga i compiti assegnati con la dovuta diligenza è tenuto a risarcire i danni derivati alla amministrazione aggiudicatrice in conseguenza del suo comportamento, ferme restando le responsabilità disciplinari previste dall'ordinamento di appartenenza.
- 4. Il responsabile del procedimento delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 3, commi 25, 26, 28, 29 e 32, del codice ha altresì l'obbligo di inviare alla Procura regionale della Corte dei conti, competente per territorio, copia dei mandati di pagamento emessi al fine della corresponsione all'esecutore delle maggiori somme dovute gli a titolo di interessi per ritardato pagamento di cui al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231