

III LEZIONE

LE MODALITA' DI AFFIDAMENTO DEGLI APPALTI SOTTOSOGLIA

Art. 48. (Disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea)

- 1. L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II.*

Il presente comma, se rapportato a quanto previsto dal successivo comma 4, pare avere poco senso.

2. Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro.

Con il comma 2 in esame si stabilisce che l'affidamento dei contratti sottosoglia, allorquando presentino interesse transfrontaliero certo alla luce della giurisprudenza europea, va disposto secondo le procedure ordinarie proprie del soprasoglia, ciò al fine di non onerare le stazioni appaltanti del complesso compito di individuare quale possa essere la disciplina adeguata a tale categoria di contratti.

“È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo” (ancora Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06).

Presuppone una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, l'importo dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa

3. Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.

4. Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice.

Con i commi 3 e 4, per i quali la relazione può essere svolta congiuntamente, si è per un verso ribadito come anche i contratti sottosoglia siano soggetti alle disposizioni concernenti il contenimento della spesa, il che dovrà orientare le stazioni appaltanti verso scelte più semplici ma non meno attente al risparmio e più in generale al buon uso del denaro pubblico; e per altro verso si chiarisce come, ove non derogate dalle disposizioni della parte I, si applicano a questi contratti le altre disposizioni del codice

Art 49. (Principio di rotazione degli affidamenti) ARTICOLO DAL CONTENUTO INNOVATIVO

1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.

PREMESSO CHE IL PRINCIPIO DI IROTAZIONE EQUIVALE A ELIMINARE LE CD. RENDITE DI MERCATO

2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

ESSERE IL PRECEDENTE AFFIDATARIO DEL MEDESIMO OPUS CONCURSALE DETERMINA IMPOSSIBILITA' DI PARTECIPARE A NUMERO DUE APPALTI CONSECUTIVI: IL RIFERIMENTO PER I SERVIZI E LE FORNITURE ALLO STESSO SETTORE MERCEOLOGICO, AD UNA PRIMA LETTURA, PARE MOLTO PIU' AMPIO DI QUELLO DELLA MEDESIMA GARA COME EVIDENZIATO DAL CONSIGLIO DI STATO CON LA SENTENZA N. 7794/2022 (“Non è, beninteso, in discussione il principio per cui, in astratto, la rotazione non abbia, evidentemente e per definizione, ragion d'essere in caso di diversità tra le prestazioni oggetto degli affidamenti in successione, cioè a dire di “sostanziale alterità qualitativa” delle prestazioni oggetto delle due commesse (cfr. Cons. Stato, sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030; Id., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524). La rotazione deve, cioè, essere intesa “non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione” del ‘nuovo’ affidamento, ma solo nel senso “di non favorirlo, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza” (cfr. Cons. Stato n.26542020, cit.).

Nel caso di specie, deve convenirsi che i due affidamenti fossero contenutisticamente distinti, posto che – laddove la precedente commessa aveva ad oggetto solo il servizio di gestione e consegna degli atti depositati presso lo sportello comunale dai messi comunali, da altri enti e dagli ufficiali giudiziari e la registrazione delle PEC (trattandosi, con ciò, di una mera attività di ricezione degli atti, con smistamento ai destinatari – il nuovo servizio prevedeva una serie di articolate, più complesse e del tutto nuove attività, che andavano dalla registrazione delle istanze di accesso agli atti, alla ricerca in archivio dei documenti, all'aiuto e assistenza degli utenti durante tutta la fase di consultazione dei documenti medesimi, alla compilazione dei moduli telematici.”)

3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.

4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.

OBBLIGO DI MOTIVAZIONE PUNTUALE PER LA DEROGA: LA PREVISIONE TRA LE ECCEZIONI, DALL' AVERE ESEGUITO BENE IL PRECEDENTE CONTRATTO PARE ILLOGICA, PERCHÉ L'ESECUZIONE A REGOLA D'ARTE E' UN OBBLIGO

5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e) – vale a dire con procedure negoziate senza bando – le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata

6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Art. 50. (Procedure per l'affidamento)

SEMPLIFICARE A TUTTI I COSTI???

1. Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

Il legislatore ha seguito l'impostazione del decreto-legge n. 76 del 2020, salvo passare da «esperienze analoghe a quelle oggetto di riferimento» a «esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali oggetto di affidamento».

Tale tecnica legislativa attiene alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento.

b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di

Maurizio BOIFAVA
Avvocato
Via E. de Amicis, 6 - 20900 MONZA (MB)
Tel. (039) 32.90.37 – Fax (039) 63.222.34
avvocatoboifava@avvocatoboifava.it
avv.maurizioboifava@monza.pecavvocati.it

operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

RISPETTO ALLA PREVISIONE DELL'ART. 1 COMMA 2 LETT. B) DEL D.L. 76/2020 SI INTRODUCE LA POSSIBILITA' PER LE STAZIONI APPALTANTI DI IMPIEGARE LE PROCEDURE ORDINARIE, MA «PREVIA ADEGUATA MOTIVAZIONE». SI TRATTA CIOÈ NON DI LIBERA OPZIONE, MA DELLA POSSIBILITÀ DI ACCEDERE ALLE PIÙ COMPLESSE PROCEDURE ORDINARIE IN ESITO A UNA SPECIFICA MOTIVAZIONE DELLE RAGIONI TECNICHE CHE, NEL SINGOLO CASO, RENDONO PREFERIBILE – EFFETTUATO IL DOVUTO BILANCIAMENTO DEGLI INTERESSI PUBBLICI IN GIOCO – L'UTILIZZO DEL PIÙ GARANTISTICO, MA PIÙ COMPLESSO, PROCEDIMENTO ORDINARIO DI GARA.

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14.

DI SEGUITO LA TABELLA RIASSUNTIVA

Lavori

Importo (x) in euro	Modalità di affidamento
$x < 150.000$	affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (lett. a))
$150.000 \leq x < 1 \text{ milione}$	procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (lett. c))
$1 \text{ milione} \leq x < \text{soglia europea}$	procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro, previa adeguata motivazione (lett. d))

Servizi e forniture

(compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione)

Importo (x) in euro	Modalità di affidamento
$x < 140.000$	affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante (lett. b))
$140.000 \leq x < \text{soglia europea}$	procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici (lett. e))

2. Gli elenchi e le indagini di mercato sono gestiti con le modalità previste nell'allegato II.1. Per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori. Le stazioni appaltanti pubblicano sul proprio sito istituzionale i nominativi degli operatori consultati nell'ambito delle procedure di cui al comma 1.

IL DIVIETO DEL SORTEGGIO, SALVE IPOTESI ECCEZIONALI ED ADEGUATAMENTE MOTIVATE, DERIVA DIRETTAMENTE DALLA LEGGE DELEGA.

3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

4. Per gli affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'articolo 108, comma 2.

Coerente con l'opzione dell'art. 1 comma 3 secondo periodo del D.L. 76/2020

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

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;

c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;

d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;

e) gli affidamenti di appalto integrato;

f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

3. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1.

5. Le imprese pubbliche, per i contratti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 14, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 146 a 152, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza. Gli altri soggetti di cui all'articolo 141, comma 1, secondo periodo, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale deve essere conforme ai predetti principi del Trattato sull'Unione europea.

6. Dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario la stazione appaltante può procedere all'esecuzione anticipata del contratto; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha

diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione.

Nell'intento di semplificare ed accelerare l'esecuzione anticipata del contratto non è più senza condizionata all'esistenza dei requisiti di urgenza: estensione della previsione della lett. a) del comma 1 dell'art. 8 del D.L. 76/2020 per il sottosoglia.

7. Per i contratti di cui alla presente Parte la stazione appaltante può sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, rilasciato per i lavori dal direttore dei lavori e per le forniture e i servizi dal RUP o dal direttore dell'esecuzione, se nominato. Il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

8. I bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti di cui alla presente Parte sono pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'articolo 85 (cioè sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e sul sito istituzionale della stazione appaltante), con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea.

9. Con le stesse modalità di cui al comma 8 è pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento di cui al presente articolo. Nei casi di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 1, tale avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Art. 51. (Commissione giudicatrice)

1. Nel caso di aggiudicazione dei contratti di cui alla presente Parte con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla commissione giudicatrice può partecipare il RUP, anche in qualità di presidente.

L'art. 51, muovendo dal presupposto che il nuovo art. 93 già contempla la possibilità che il RUP possa far parte della commissione giudicatrice, si limita a consentire che il RUP possa anche presiederla. Da quivi la legittimità della partecipazione del RUP alla commissione e la possibilità che lo stesso assuma anche il ruolo di presidente. L'incompatibilità assoluta tra i ruoli di RUP e di componente della commissione giudicatrice era stata già superata dal decreto legislativo n. 56 del 2017, che aveva introdotto un secondo periodo al comma 4 dell'art. 77 del decreto legislativo n. 50 del 2016, secondo cui «la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura», norma, tuttavia, di non univoca interpretazione. La norma in esame, per il sottosoglia, risolve in radice il problema concernente la possibilità del RUP di essere sia componente sia presidente della commissione.

Art. 52. (Controllo sul possesso dei requisiti)

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti. La stazione

appaltante verifica le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.

Al di sotto di € 40.000,00 una sorta di atto di fede, posto che l'autodichiarazione sul possesso dei requisiti non è sempre verificata. **DA QUIVI LA NECESSITA' DI ADOTTARE UN ATTO AD HOC FINALIZZATO A STABILIRE QUANDO E COME EFFETTUARE LE VERIFICHE.**

2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

Art. 53. (Garanzie a corredo dell'offerta e garanzie definitive)

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, la stazione appaltante non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106 salvo che, nelle procedure di cui alle lettere c), d) ed e) dello stesso comma 1 dell'articolo 50, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta. Le esigenze particolari sono indicate nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

RIPETIZIONE IN PARTE QUA DI QUANTO PREVISTO DAL COMMA 4 DELL'ART. 1 DEL D.L. 76/2020, PERCHE' LIMITATA ALLE SOLE PROCEDURE NEGOZiate SENZA BANDO

2. Quando è richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

3. La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

4. In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale.

Prevede la facoltà della stazione appaltante di non richiedere la definitiva sottosoglia (nonché per i contratti di pari importo stipulati a valere su un accordo quadro) in casi debitamente motivati, con intento di semplificazione.

In ogni caso, quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale.

Art. 54. (Esclusione automatica delle offerte anomale)

1. Nel caso di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti, in deroga a quanto previsto dall'articolo 110, prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale,

qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Il primo periodo non si applica agli affidamenti di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b). In ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa.

LA PREVISIONE NON SI APPLICA AGLI APPALTI DI SERVIZI

2. Nei casi di cui al comma 1, primo periodo, le stazioni appaltanti indicano negli atti di gara il metodo per l'individuazione delle offerte anomale, scelto fra quelli descritti nell'allegato II.2, ovvero lo selezionano in sede di valutazione delle offerte tramite sorteggio tra i metodi compatibili dell'allegato II.2.

LA PREVISIONE NON E' OBBLIGATORIA (CON DERIVATA APPLICAZIONE DELL'ISTITUTO DELLA ETEROINTEGRAZIONE, BENSI' FACOLTATIVA) COME RECITA L'ALLEGATO II.2

CONTIENE LA PARTE PIÙ INNOVATIVA DELLA DISPOSIZIONE, PERCHÉ IMPONE ALLE STAZIONI APPALTANTI DI PREVEDERE NEGLI ATTI DI INDIZIONE DELLA PROCEDURA DA AGGIUDICARE CON IL CRITERIO DEL 82 PREZZO PIÙ BASSO, OLTRE ALLA OPZIONE PER L'ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANCHE IL METODO MATEMATICO DI DETERMINAZIONE DELLA SOGLIA DI ANOMALIA, INDIVIDUATO – A SCELTA DELLE MEDESIME STAZIONI APPALTANTI – TRA UNO DEI TRE METODI DENOMINATI A), B), C) - INDICATI NELL'ALLEGATO II.2

3. In sede di prima applicazione del codice, l'allegato II.2 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice.

Art. 55. (Termini dilatori)

1. La stipulazione del contratto avviene entro trenta giorni dall'aggiudicazione.

2. I termini dilatori previsti dall'articolo 18, commi 3 e 4, non si applicano agli affidamenti dei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea.

NORMA DI CARATTERE FORTEMENTE INNOVATIVO, PERCHÉ SOTTO SOGLIA NON SI APPLICA NE' LO STAND STILL PROCEDIMENTALE (COMMA 3) NE' QUELLO PROCESSUALE ... RISPETTO A LAVORI DI UN COSÌ ELEVATO VALORE DESTA QUALCHE PERPLESSITA'

3. Il contratto non può essere stipulato prima di trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione. Tale termine dilatorio non si applica nei casi:

- a) di procedura in cui è stata presentata o ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito, o le impugnazioni sono già state respinte con decisione definitiva;
- b) di appalti basati su un accordo quadro;
- c) di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione;
- d) di contratti di importo inferiore alle soglie europee, ai sensi dell'articolo 55, comma 2.

4. Se è proposto ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, il contratto non può essere stipulato dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante o all'ente concedente fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del dispositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare. L'effetto sospensivo cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice del processo amministrativo, di cui all'allegato I al decreto legislativo 2 luglio 2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza pronunciarsi sulle misure cautelari con il consenso delle parti, valevole quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

Art. 57. (Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi e criteri di sostenibilità energetica e ambientale)

1. Per gli affidamenti dei contratti di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale e per i contratti di concessione i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti, tenuto conto della tipologia di intervento, in particolare ove riguardi il settore dei beni culturali e del paesaggio, e nel rispetto dei principi dell'Unione europea, devono contenere specifiche clausole sociali con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all'oggetto dell'appalto o della concessione e alle prestazioni da eseguire anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l'attività oggetto dell'appalto o della concessione svolta dall'impresa anche in maniera prevalente, nonché a garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell'appaltatore e contro il lavoro irregolare.

CAMBIO DI ROTTA RISPETTO AL CODICE 50 PERCHÉ:

- A. SI APPLICA PER IL SOTTO E SOPRA SOGLIA;
- B. DEROGA SOLO PER I SERVIZI DI NATURA INTELLETTUALE
- C. RIFERIMENTO ESPRESSO AL SETTORE DEI BENI CULTURALI E DEL PAESAGGIO
- D. SPECIFICA CHE LE CLAUSOLE SOCIALI DEBBANO GARANTIRE LE STESSE TUTELE ECONOMICHE E NORMATIVE PER I LAVORATORI IN SUBAPPALTO RISPETTO AI DIPENDENTI DELL'APPALTATORE E CONTRO IL LAVORO IRREGOLARE
- E. COSTITUISCE REQUISITO ESSENZIALE DELL'OFFERTA

RIMANE PERO' FERMA LA LIBERTA' CONTRATTUALE

Viene da domandarsi se la previsione, più rigorosa dell'art. 50 del codice 50 comporterà una modifica dell'orientamento giurisprudenziale ovvero Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 2806 del 20/03/2023 "9.2. È noto che l'inserimento della clausola sociale comporta per l'offerente il tendenziale obbligo di mantenere i livelli occupazionali del precedente gestore dell'appalto. Tuttavia è stato da tempo precisato in giurisprudenza che la clausola sociale non obbliga l'aggiudicatario ad assumere tutto il personale in carico all'appaltatore

uscente né tanto meno ad applicare le medesime condizioni contrattuali né, infine, a riconoscere l'anzianità pregressa. Ciò in quanto, nell'applicazione di dette clausole, è necessario procedere attraverso un bilanciamento fra più valori, tutti di rango costituzionale ed europeo; da un lato il rispetto della libertà di iniziativa economica privata, garantita dall'art. 41 Cost e dall'art. 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Carta di Nizza), che riconosce la libertà di impresa, conformemente alle legislazioni nazionali; dall'altro il diritto al lavoro, la cui protezione è imposta dall'art. 35 Cost nonché dall'art. 15 della Carta di Nizza (Consiglio di Stato sez. V 2/11/2020 n. 6761; in termini anche Cons. Stato, Comm. spec., parere 21 novembre 2018, n. 2703). Per tali ragioni la clausola va formulata e intesa in maniera elastica e non rigida, rimettendo all'operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all'assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario. Solo in questi termini la clausola sociale è conforme alle indicazioni della giurisprudenza amministrativa secondo la quale l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà d'impresa e con la facoltà in essa insita di organizzare il servizio in modo efficiente e coerente con la propria organizzazione produttiva, al fine di realizzare economie di costi da valorizzare a fini competitivi nella procedura di affidamento dell'appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 2019, n. 3885; III, 30 gennaio 2019, n. 750; III, 29 gennaio 2019, n. 726; 7 gennaio 2019, n. 142; III, 18 settembre 2018, n. 5444; V, 5 febbraio 2018, n. 731; V, 17 gennaio 2018 n. 272; III 5 maggio 2017, n. 2078; V 7 giugno 2016, n. 2433; III, 30 marzo 2016, n. 1255; Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6148; cfr. anche Cons. Stato, VI, 21 luglio 2020, n. 4665; 24 luglio 2019, n. 5243; V, 12 febbraio 2020, n. 1066).

9.3. Per cui, com'è stato ulteriormente precisato (Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2020, n. 4665), sulla scorta di tale lettura della clausola sociale questa va intesa in termini di flessibilità: la stazione appaltante non può imporre un riassorbimento integrale del personale in quanto verrebbe limitata la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente; né, d'altro canto, l'elasticità di applicazione della clausola può spingersi fino al punto da legittimare politiche aziendali di dumping sociale in grado di vanificare gli obiettivi di tutela del lavoro perseguito attraverso la stessa.”

2. Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti contribuiscono al conseguimento degli obiettivi ambientali previsti dal Piano d'azione per la sostenibilità ambientale dei consumi nel settore della pubblica amministrazione attraverso l'inserimento, nella documentazione progettuale e di gara, almeno delle specifiche tecniche e delle clausole contrattuali contenute nei criteri ambientali minimi, definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione, con decreto del Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica e conformemente, in riferimento all'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari, anche a quanto specificamente previsto dall'articolo 130. Tali criteri, in particolare quelli premianti, sono tenuti in considerazione anche ai fini della stesura dei documenti di gara per l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'articolo 108, commi 4 e 5. Le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai criteri ambientali minimi. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi sono tenuti

in considerazione, per quanto possibile, in funzione della tipologia di intervento e della localizzazione delle opere da realizzare, sulla base di adeguati criteri definiti dal Ministero dell'ambiente e della sicurezza energetica.

Le uniche differenze sostanziali rispetto al testo vigente dell'art. 34 del Codice risiedono nell'aggiunta, da parte del comma in esame, di disposizioni volte a precisare che:

- i CAM sono definiti per specifiche categorie di appalti e concessioni, differenziati, ove tecnicamente opportuno, anche in base al valore dell'appalto o della concessione;
- le stazioni appaltanti valorizzano economicamente le procedure di affidamento di appalti e concessioni conformi ai CAM

Art. 58. (Suddivisione in lotti)

1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, anche di prossimità, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.

Si tratta di una disposizione che riproduce sostanzialmente quella recata dal primo periodo del comma 1 dell'art. 51 del Codice vigente.

Rispetto al testo vigente, la norma in esame precisa, che la disciplina in questione riguarda anche i lotti possono essere non solo funzionali e prestazionali (come previsto dal testo vigente) ma anche quantitativi, giuste le definizioni delle lettere s) – u) dell'art. 3 dell'allegato I.1.

s) «lotto funzionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, ovvero parti di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti;

t) «lotto prestazionale», uno specifico oggetto di appalto o concessione da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto;

u) «lotto quantitativo», uno specifico oggetto di appalto o concessione funzionalmente autonomo da aggiudicare anche con separata e autonoma procedura, definito su base meramente quantitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto adeguato alla capacità economico-finanziaria delle medie e piccole imprese.

2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti tenendo conto dei principi europei sulla promozione di condizioni di concorrenza paritarie per le piccole e medie imprese. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese.

CONFERMATO L'OBBLIGO DI MOTIVAZIONE IN CASO DI MANCATA SUDDIVISIONE: SI EVIDENZIA CHE A TERMINI DELLA GIURISPRUDENZA IL CONCORRENTE CHE NON E' UNA MICRO, PICCOLA O MEDIA IMPRESA E CHE IMPUGNA LA MANCATA SUDDIVISIONE IN LOTTI DEVE DIMOSTRARE L'EFFETTIVO PREGIUDIZIO SUBITO: "L'assenza della qualità di PMI in capo a Synergie non è di per sé preclusiva all'intrapresa di un'azione volta a contestare l'assetto

anticompetitivo impresso alla procedura di gara sotto il profilo dell'articolazione e del dimensionamento dei lotti; nondimeno, detta tipologia di contestazione è esperibile, anche da soggetto non qualificabile come PMI, a condizione che sia supportata da un'adeguata dimostrazione dell'effetto pregiudizievole da questi risentito come conseguenza della restrizione concorrenziale.

Si può anzi aggiungere che in tali casi vale un criterio di modulazione dell'onere della prova proporzionalmente inverso e, quindi, tale per cui, quanto più l'impresa si allontana dai parametri delle PMI, tanto più essa è chiamata a fornire una dimostrazione particolarmente rigorosa della effettiva e concreta deminutio subita per effetto della denunciata contrazione delle condizioni di utile accesso alla selezione.” (Cons. di Stato, Sez. III, sent. n. 2409 del 01/04/2022

3. Nel medesimo atto le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti.

PREVISIONE INNOVATIVA PERCHÉ IMPONE LA MOTIVAZIONE PER ILLUSTRARE I CRITERI SEGUITI PER LA SUDDIVISIONE: APRE LA STRADA A NUOVI PROFILI DI RICORSO

4. La stazione appaltante può limitare il numero massimo di lotti per i quali è consentita l'aggiudicazione al medesimo concorrente per ragioni connesse alle caratteristiche della gara e all'efficienza della prestazione, oppure per ragioni inerenti al relativo mercato, anche a più concorrenti che versino in situazioni di controllo o collegamento ai sensi dell'articolo 2359 del codice civile. Al ricorrere delle medesime condizioni e ove necessario in ragione dell'elevato numero atteso di concorrenti può essere limitato anche il numero di lotti per i quali è possibile partecipare. In ogni caso il bando o l'avviso di indizione della gara contengono l'indicazione della ragione specifica della scelta e prevedono il criterio non discriminatorio di selezione del lotto o dei lotti da aggiudicare al concorrente utilmente collocato per un numero eccedente tale limite.

PREVISIONE INNOVATIVA PERCHÉ PREVEDE CHE DISCREZIONALMENTE SI PUÒ VIETARE L'AGGIUDICAZIONE DI LOTTI DIVERSI A IMPRESE TRA LORO COLLEGATE, ANCHE SE NON HANNO CONCORSO CONTEMPORANEAMENTE (APPLICAZIONE DI UN FILONE GIURISPRUDENZIALE DA ULTIMO VENUTO IN ESSERE CON LA DECISIONE DEL CONSIGLIO DI STATO, SEZ. III, N. 9003 DEL 21/10/2022 “Il citato art. 51, terzo comma, del codice dei contratti pubblici, stabilisce che “Le stazioni appaltanti possono, anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo”.

Come correttamente prospetta l'appellante, la finalità di tale disposizione si rinviene nel Considerando 79 della Direttiva 2014/24/UE, che facoltizza le stazioni appaltanti a limitare il numero dei lotti aggiudicabili al medesimo operatore economico “allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento”.

Tale indicazione, e la disposizione di diritto interno che ne costituisce attuazione, disvelano pertanto plasticamente il duplice profilo causale dei contratti di appalto pubblici: quello c.d. “contabilistico”, funzionale alle (sole) esigenze di approvvigionamento di beni e servizi dell'amministrazione; e quello c.d. “proconcorrenziale”, efficacemente descritto dalla dottrina con come volto a creare artificialmente le condizioni di concorrenza (peraltro non solo in un'ottica macroeconomica, ma anche allo scopo di favorire l'interesse del contraente pubblico) laddove esse non si sarebbero naturalmente esplicitate.

6. Data la superiore premessa va ulteriormente rimarcato, sul piano sistematico, che il terzo comma del citato art. 51 del codice dei contratti pubblici si inserisce nel contesto di una disposizione la cui complessiva disciplina è finalizzata alla tutela – in termini di accesso al mercato delle commesse pubbliche - “delle microimprese, piccole e medie imprese”: così si esprime il primo comma, indicando la finalità della suddivisione in lotti (che è nozione, ed attività, logicamente propedeutica all'inserimento del vincolo di aggiudicazione, che tale suddivisione, appunto, suppone).

Si vuol dire che la disciplina del vincolo di aggiudicazione va interpretata (anche) avuto riguardo al fatto che tale istituto non è isolato, ma è parte del più complesso regime della suddivisione in lotti, che ne costituisce il fondamento sistematico.

Sulla base di tali premesse, la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, sicuramente a partire dalla sentenza della V Sezione n. 6481 del 2021, è assolutamente pacifica e coerente – con l'unica eccezione della isolata pronuncia n. 8245 del 2021 della V Sezione - nel ritenere che il vincolo di aggiudicazione si applichi non soltanto alla singola impresa, ma “ad un unico centro decisionale”: “la logica che ispira l'art. 80, comma 5 lett. m) – che considera l'imputabilità a qualsiasi titolo, di diritto o di fatto, “ad un unico centro decisionale”, delle offerte proposte da distinti operatori economici nel contesto di una “medesima procedura di affidamento” quale motivo di esclusione – è quella di dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva, per far valere la sostanziale unitarietà della proposta negoziale: la cui automatica inammissibilità discende recta via dal principio di unicità dell'offerta (art. 32, comma 4, prima parte d. lgs. n. 50/2016). Nel caso di appalto suddiviso in lotti tale preclusione, come si è precisato, non opera, trattandosi di procedura unitaria per affidamenti formalmente distinti, cioè di una gara plurima: sicché è naturalmente ammessa la presentazione di un'offerta da parte di operatori economici anche riconducibili ad un unico centro decisionale, purché – come è chiaro – non riferita al medesimo lotto (nel qual caso opererebbe l'art. 80, comma 5 lett. m), ma a lotti distinti (e ciò, beninteso, sempreché la stazione appaltante, nell'esercizio della propria discrezionalità, non abbia ritenuto di precludere, anche qui per ragioni di programmatica segmentazione distributiva, tale facoltà: arg. ex art. 51, comma 2). Ne discende, allora, per coerenza, che – nel caso in cui sia limitato “il numero di lotti che possono essere aggiudicati ad un solo offerente” (art. 51, comma 3) – l'offerta imputabile ad un unico centro decisionale debba essere parimenti considerata unica, in quanto imputabile ad un “solo offerente” sostanziale” (Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 6481 del 2021).

...

In altre parole la discrezionalità di cui all'art. 51, commi 2 (vincolo di partecipazione) e 3 (vincolo di aggiudicazione), se si esercita nell'an (con l'introduzione del vincolo quantitativo di partecipazione e/o di aggiudicazione) a fortiori trova applicazione nel quomodo (quanto alla scelta di estendere o meno tale vincolo anche alle società che formano un unico centro decisionale)"."

5. Il bando di gara o la lettera di invito possono anche riservare alla stazione appaltante la possibilità di aggiudicare alcuni o tutti i lotti associati al medesimo offerente, indicando le modalità mediante le quali effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

Art. 60. (Revisione prezzi)

1. Nei documenti di gara iniziali delle procedure di affidamento è obbligatorio l'inserimento delle clausole di revisione prezzi. **OBBLIGO E NON PIU' FACOLTA'**

2. Queste clausole non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro; si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, che determinano una variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, superiore al 5 per cento dell'importo complessivo e operano nella misura dell'80 per cento della variazione stessa., in relazione alle prestazioni da eseguire in maniera prevalente.

In base al disposto del comma 2, le citate clausole:

- non apportano modifiche che alterino la natura generale del contratto o dell'accordo quadro;

- si attivano al verificarsi di particolari condizioni di natura oggettiva, non prevedibili al momento della formulazione dell'offerta: **QUIVI SORGONO I PROBLEMI PERCHE', AD ESEMPIO, L'INFLAZIONE TOUT COURT NON PARE RIENTRARE TRA LE CONDIZIONI NON PREVEDIBILI**

Lo stesso comma 2 prevede che le clausole in questione:

- si attivano qualora la variazione del costo dell'opera, della fornitura o del servizio, in aumento o in diminuzione, è superiore al 5% dell'importo complessivo;

- operano nella misura dell'80% della variazione stessa.

Le disposizioni testé illustrate riproducono quelle previste dall'articolo 29 del decreto-legge 27 gennaio 2022, n. 4

3. Ai fini della determinazione della variazione dei costi e dei prezzi di cui al comma 1, si utilizzano i seguenti indici sintetici elaborati dall'ISTAT:

- a) con riguardo ai contratti di lavori, gli indici sintetici di costo di costruzione;**
- b) con riguardo ai contratti di servizi e forniture, gli indici dei prezzi al consumo, dei prezzi alla produzione dell'industria e dei servizi e gli indici delle retribuzioni contrattuali orarie.**

4. Gli indici di costo e di prezzo di cui al comma 3, sono pubblicati, unitamente alla relativa metodologia di calcolo, sul portale istituzionale dell'ISTAT in conformità alle pertinenti disposizioni normative europee e nazionali in materia di comunicazione e diffusione dell'informazione statistica ufficiale. Con provvedimento adottato dal Ministero dell'infrastrutture e dei trasporti, sentito l'ISTAT, sono individuate eventuali ulteriori categorie di indici ovvero ulteriori specificazioni tipologiche o merceologiche delle categorie di indici individuate dal comma 3 nell'ambito degli indici già prodotti dall'ISTAT.

5. Per far fronte ai maggiori oneri derivanti dalla revisione prezzi di cui al presente articolo le stazioni appaltanti utilizzano:

a) nel limite del 50 per cento, le risorse appositamente accantonate per imprevisti nel quadro economico di ogni intervento, fatte salve le somme relative agli impegni contrattuali già assunti, e le eventuali ulteriori somme a disposizione della medesima stazione appaltante e stanziare annualmente relativamente allo stesso intervento;

b) le somme derivanti da ribassi d'asta, se non ne è prevista una diversa destinazione dalle norme vigenti;

c) le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza della medesima stazione appaltante e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile.

LA SELEZIONE DELLE OFFERTE

Art. 107. (Principi generali in materia di selezione)

1. Gli appalti sono aggiudicati sulla base di criteri stabiliti conformemente agli articoli da 108 a 110 previa verifica, in applicazione dell'articolo 91 e dell'allegato II.8, quest'ultimo con riguardo ai mezzi di prova e al registro online, della sussistenza dei seguenti presupposti:

a) l'offerta è conforme alle previsioni contenute nel bando di gara o nell'invito a confermare l'interesse nonché nei documenti di gara;

b) l'offerta proviene da un offerente che non è escluso ai sensi del Capo II del Titolo IV della presente Parte e che possiede i requisiti di cui all'articolo 100 e, se del caso, dell'articolo 103.

2. La stazione appaltante può decidere di non aggiudicare l'appalto all'offerente che ha presentato l'offerta economicamente più vantaggiosa se ha accertato che l'offerta non soddisfa gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014.

I due commi sono sostanzialmente riproduttivi dell'art. 54 della direttiva 2014/24/UE e risultano invariati rispetto al testo vigente dell'art. 94 del D. Lgs. n. 50/2016.

Il richiamo all'art. 91 del codice è interessante perché questo che così recita

Art. 91. (Domande, documento di gara unico europeo, offerte)

1. L'operatore economico che intende partecipare ad una procedura per l'aggiudicazione di un appalto utilizza la piattaforma di approvvigionamento digitale messa a disposizione dalla stazione appaltante per compilare i seguenti atti:

- a) la domanda di partecipazione;
- b) il documento di gara unico europeo;
- c) l'offerta;
- d) ogni altro documento richiesto per la partecipazione alla procedura di gara.

2. La domanda di partecipazione contiene gli elementi di identificazione del concorrente e l'indicazione della forma giuridica con la quale si presenta in gara, l'eventuale dichiarazione della volontà di avvalersi di impresa ausiliaria, nonché l'indicazione dei dati e dei documenti relativi ai requisiti speciali di partecipazione di cui agli articoli 100 e 103 contenuti nel fascicolo virtuale dell'operatore economico di cui all'articolo 24.

3. Con il documento di gara unico europeo, redatto in forma digitale in conformità al modello di formulario approvato con regolamento della Commissione europea, prodotto secondo il comma 1, l'operatore economico e le imprese ausiliarie dichiarano:

- a) di essere in possesso dei requisiti di ordine generale di cui al Titolo IV, Capo II, della presente Parte;
- b) di essere in possesso dei requisiti di ordine speciale di cui all'articolo 100 e, se richiesto, dei requisiti di cui all'articolo 103.

Il richiamo all'art. 100 è a sua volta interessante perché questa norma replica l'art. 83 del codice 50 pur introducendo notevoli differenze ovvero:

- rinvia ad un regolamento (comma 4 periodo 6) che disciplinerà le modalità di qualificazione per gli appalti di servizi e forniture come stabilito dal comma 10 (“10. Con il regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, è altresì definita la disciplina della qualificazione degli operatori economici per gli appalti di servizi e forniture. Il regolamento contiene, tra l'altro: la definizione delle tipologie per le quali è possibile una classificazione per valore, la competenza a rilasciare la relativa attestazione, la procedura e le condizioni per la relativa richiesta, il regime sanzionatorio.”), regolamento che secondo la relazione del Consiglio di Stato ha l'intento di “... allineare la disciplina della qualificazione per gli appalti di servizi e forniture a quella degli appalti di lavori, così dando vita ad un sistema tendenzialmente unitario in funzione di semplificazione sia per quanto riguarda la partecipazione alla gara da parte degli operatori economici, sia per quanto riguarda il controllo da parte delle stazioni appaltante.”;
- prevede al comma 11 che fino all'entrata in vigore del regolamento le stazioni appaltanti possano richiedere la dimostrazione dei requisiti di capacità economico finanziaria e tecnico organizzativa (“11. Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui al sesto periodo del comma 4, per le procedure di aggiudicazione di appalti di servizi e forniture, le stazioni appaltanti possono richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità economica e finanziaria un fatturato globale non superiore al doppio del valore stimato dell'appalto, maturato nel triennio precedente a quello di indizione della procedura. In caso di procedure di aggiudicazione suddivise in pluralità di lotti, salvo diversa motivata scelta della

stazione appaltante, il fatturato è richiesto per ciascun lotto. Le stazioni appaltanti possono, altresì, richiedere agli operatori economici quale requisito di capacità tecnica e professionale di aver eseguito nel precedente triennio dalla data di indizione della procedura di gara contratti analoghi a quello in affidamento anche a favore di soggetti privati.”), che si differenziano rispetto al passato perché per:

- la capacità economica è riferita al solo fatturato globale e non è più previsto l'obbligo della motivazione del perché della richiesta secondo quanto imposto già dal secondo periodo del comma 5 “La stazione appaltante, ove richieda un fatturato minimo annuo, ne indica le ragioni nei documenti di gara.” E in caso di gare con più lotti il fatturato è di regola richiesto per ciascun lotto;
- la capacità tecnica la richiesta è sempre riferita ad attività analoghe e non identiche, terminologia questa che come noto poggia sul seguente distinguo “Si è condivisibilmente affermato in proposito che “Nelle gare pubbliche, con il termine “servizi analoghi”, non si intendono i “servizi identici”, bensì una nozione più ampia che rende necessario per l'appaltante non accertare l'identità delle attività svolte, bensì ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti con l'intento di dimostrare il possesso dei requisiti richiesti dalla lex specialis (1); il confronto deve essere condotto con criteri di logica e di proporzionalità, allo scopo di evitare eccessive restrizioni della concorrenza fra le imprese partecipanti (cfr. sul punto l'art. 30 comma 2 del codice, che vieta alle stazioni appaltanti ogni limitazione artificiosa della concorrenza, oltre all'art. 83 comma 2 del codice, che impone che i requisiti di partecipazione siano attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto, sussistendo un pubblico interesse « ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti »). (T.A.R. Lombardia – Milano, sez. IV, 5/2/2021, n. 349).

10.3.3. Nei medesimi sensi si è espresso anche il Giudice d'appello, secondo cui “per “servizi analoghi” non si intende “servizi identici”, essendo necessario ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dai concorrenti ...” (Consiglio di Stato, sez. IV, 11 maggio 2020, n. 2953).” (T.A.R. Roma, Sez. III, sent. n. 13991 del 28/10/2022) e che porta un dubbio amletico circa il divieto per una stazione appaltante di richiedere la dimostrazione di progressi **servizi identici**, questo perché il comma 3 dell'art. 10 del nuovo codice dice che “3. Fermi i necessari requisiti di abilitazione all'esercizio dell'attività professionale, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono introdurre requisiti speciali, di carattere economico-finanziario e tecnico-professionale, attinenti e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo presente l'interesse pubblico al più ampio numero di potenziali concorrenti e favorendo, purché sia compatibile con le prestazioni da acquisire e con l'esigenza di realizzare economie di scala funzionali alla riduzione della spesa pubblica, l'accesso al mercato e la possibilità di crescita delle micro, piccole e medie imprese.”.

4. Il documento di gara unico europeo contiene tutte le informazioni richieste dalla stazione appaltante e, nel caso di partecipazione alla procedura di gara nella forma giuridica

prevista dagli articoli 65 e 66, la dichiarazione circa la ripartizione della prestazione tra i componenti del raggruppamento o tra le imprese consorziate.

Questo comma conferma la centralità della previsione del comma 2 dell'art. 68 circa l'obbligo dei concorrenti di indicare le quote di esecuzione

5. Le offerte tecniche ed economiche, redatte secondo le modalità di cui al comma 1, sono corredate dai documenti prescritti dal bando o dall'invito o dal capitolato di oneri. Nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché fornisce ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara.

Altro comma di particolare importanza perché nel richiamare il disposto del già comma 10 dell'art 95 “10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a). Le stazioni appaltanti, relativamente ai costi della manodopera, prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto all'articolo 97, comma 5, lettera d).” introduce già quanto previsto dal successivo comma 9 dell'art, 108 ma laltresi la perifrasi circa l'obbligo di indicare “le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile” elementi entrambi che nella relazione del Consiglio di Stato vengono definiti come obbligatori “Nel comma 5 è disciplinato il contenuto delle offerte, con la specificazione che devono essere sempre indicati i costi aziendali, per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione ed è contenuta la dichiarazione di impegno ad eseguirla nel rispetto dei vincoli di legge e del bando.” .

Senonché quanto riportato dal CdS non pare puntuale perché l'utilizzo della congiunzione “ovvero” non pare sottolineare l'identità di contenuti visto che “le caratteristiche della prestazione”, soprattutto nell'aggiudicazione con criterio dell'o.e.p.v., possono essere diverse dalle previsioni della lex specialis, laddove la dichiarazione di accettazione di quest'ultima vedi due contrapposti orientamente:

- senza efficacia sanante “La mera “accettazione incondizionata” della disciplina di gara non è idonea a supplire alle divergenze rispetto ai contenuti del capitolato speciale che si palesino, come è nel caso di specie, nell'offerta tecnica. Alle procedure comparative contraddistinte dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, peraltro, è connaturato uno iato tra le disposizioni di gara e le proposte oggetto di valutazione, risultando altrimenti impossibile l'attribuzione di punteggi differenziati. Non a caso, tra gli altri, è oggetto di valutazione la «organizzazione dei centri comunali di raccolta in riferimento alla dotazione di nuove attrezzature ed impianti, all'accessibilità dell'utenza ed al contenimento degli impatti sanitario-ambientali». E proprio agli orari di apertura al pubblico di tali centri che sono riferiti tanto la previsione convenzionale di cui all'art. 30 del

capitolato speciale quanto il (distonico) profilo dell'offerta tecnica della controinteressata qui in rilievo.

In sintesi, alla generale accettazione della “lex specialis” contenuta nella domanda di partecipazione non può attribuirsi una altrettanto generale efficacia emendativa di eccentricità o obliquità dall'offerta tecnica rispetto alla disciplina di gara, né è riconoscibile la valenza salvifica che vuole attribuirle la controinteressata.” (TAR Basilicata, Sez. I, sent. n. 180 del 04/03/2022);

- con efficacia sanante “16.2. A fronte dei citati indici probatori che portano a ritenere che il servizio offerto contempli anche la possibilità di richiesta di prestazioni urgenti mediante l'utilizzo delle linee telefoniche, assume particolare e concludente rilievo ermeneutico anche la dichiarazione (doc. 42) resa dalla -OMISSIS- di espressa accettazione di tutte le norme e disposizioni contenute nella documentazione di gara, la quale accettazione, in particolare nel caso di specie per quanto sopra detto, ben può assumere rilevanza in ordine all'esecuzione del servizio con le modalità richieste.

In tal senso, si è infatti evidenziato in giurisprudenza che, poiché il capitolato speciale contiene le obbligazioni contrattuali discendenti dall'aggiudicazione, la relativa sottoscrizione indica la specifica volontà dell'offerente di eseguire le medesime, nell'esatta connotazione indicata nel medesimo (cfr. T.A.R. Milano, Sez. IV, 7 novembre 2016, n. 2032; Consiglio di Stato, Sez. III, 5 luglio 2017, n. 3328; più di recente T.A.R. Lecce, Sez. III, 2 novembre 2021, n. 1584 per cui la relazione tecnica “è integrata, per ogni aspetto non specificatamente preso in considerazione, dalla contestuale esplicita accettazione del Capitolato Tecnico contenente la previsione delle prestazioni minime”).” (TAR Cagliari, sez. I, sent, n, 59 del 27/01/2022).

Diversamente per l'ipotesi del prezzo più basso “La mera “accettazione incondizionata” della disciplina di gara non è idonea a supplire alle divergenze rispetto ai contenuti del capitolato speciale che si palesino, come è nel caso di specie, nell'offerta tecnica. Alle procedure comparative contraddistinte dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, peraltro, è connaturato uno iato tra le disposizioni di gara e le proposte oggetto di valutazione, risultando altrimenti impossibile l'attribuzione di punteggi differenziati. Non a caso, tra gli altri, è oggetto di valutazione la «organizzazione dei centri comunali di raccolta in riferimento alla dotazione di nuove attrezzature ed impianti, all'accessibilità dell'utenza ed al contenimento degli impatti sanitario-ambientali». E proprio agli orari di apertura al pubblico di tali centri che sono riferiti tanto la previsione convenzionale di cui all'art. 30 del capitolato speciale quanto il (distonico) profilo dell'offerta tecnica della controinteressata qui in rilievo.

In sintesi, alla generale accettazione della “lex specialis” contenuta nella domanda di partecipazione non può attribuirsi una altrettanto generale efficacia emendativa di eccentricità o obliquità dall'offerta tecnica rispetto alla disciplina di gara, né è riconoscibile la

valenza salvifica che vuole attribuirle la controinteressata.” (TAR Lecce, Sez.III, sent. n. 1584 del 02/11/2021).

SENNONCHE’ VISTO CHE SI DISPUTA DI AMMISSIONE DI OFFERTE CONFORMI REQUISITI, VALE LA PENA FARE UN RICHIAMO ANCHE AGLI ARTICOLI 101 E 102 PERCHE’ CONTENENTI NOTEVOLI NOVITA’.

Art. 101. (Soccorso istruttorio)

1. Salvo che al momento della scadenza del termine per la presentazione dell’offerta il documento sia presente nel fascicolo virtuale dell’operatore economico, la stazione appaltante assegna un termine non inferiore a cinque giorni e non superiore a dieci giorni per:

a) integrare ogni elemento mancante la documentazione trasmessa alla stazione appaltante nel termine per la presentazione delle offerte con la domanda di partecipazione alla procedura di gara o con il documento di gara unico europeo, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica; la mancata presentazione della garanzia provvisoria, del contratto di avvalimento e dell’impegno a conferire mandato collettivo speciale in caso di raggruppamenti di concorrenti non ancora costituiti è sanabile mediante documenti aventi data certa anteriore al termine fissato per la presentazione delle offerte;
b) sanare ogni omissione, inesattezza o irregolarità della domanda di partecipazione, del documento di gara unico europeo e di ogni altro documento richiesto dalla stazione appaltante per la partecipazione alla procedura di gara, con esclusione della documentazione che compone l’offerta tecnica e l’offerta economica. Non sono sanabili le omissioni, inesattezze e irregolarità che rendono assolutamente incerta l’identità del concorrente.

RISPETTO ALLA PREVIGENTE PREVISIONE DEL COMMA 9 DELL’ART. 83 VIENE ELIMINATA LA DISTINZIONE TRA ELEMENTI ESSENZIALI E ELEMENTI NON ESSENZIALI, SICCHE’ L’UNICA CONDIZIONE OSTATIVA AL SUO INGRESSO E’ QUELLA RELATIVA ALL’INDIVIDUAZIONE DEL CONCORRENTE

2. L’operatore economico che non adempie alle richieste della stazione appaltante nel termine stabilito è escluso dalla procedura di gara.

3. La stazione appaltante può sempre richiedere chiarimenti sui contenuti dell’offerta tecnica e dell’offerta economica e su ogni loro allegato. L’operatore economico è tenuto a fornire risposta nel termine fissato dalla stazione appaltante, che non può essere inferiore a cinque giorni e superiore a dieci giorni. I chiarimenti resi dall’operatore economico non possono modificare il contenuto dell’offerta tecnica e dell’offerta economica.

QUALIFICAZIONE LEGISLATIVA DELL’ISTITUTO DEL CD. SOCCORSO PROCEDIMENTALE DI DERIVAZIONE GIURISPRUDENZIALE, OVVERO DI QUEL RIMEDIO CHE SECONDO IL CONSIGLIO DI STATO DEVE RISPETTARE LE

SEGUENTI COORDINATE ERMENEUTICHE, CHE OVVIAMENTE DOVRANNO ESSERE RISPETTATE ANCHE IN COSTANZA NEL NUOVO CODICE “Il rimedio – diverso dal “soccorso istruttorio” di cui all’art. 83 comma 9 d. lgs. 18 aprile 2016 n. 50, che non potrebbe riguardare né il profilo economico né quello tecnico dell’offerta (tra altre, Cons. Stato, III, 2 febbraio 2021, n. 1225; V, 27 gennaio 2020, n. 680, che rammenta che, nei pareri nn. 855 del 21 marzo 2016 e 782 del 22 marzo 2017 relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici e del “correttivo” di cui al d.lgs. 56/2017 resi dalla Commissione speciale, questo Consiglio di Stato ha espressamente sottolineato, in relazione all’art. 83, l’opportunità di conservare il “soccorso procedimentale” in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”) – consiste nella possibilità di richiedere al concorrente di fornire chiarimenti volti a consentire l’interpretazione della sua offerta e a ricercare l’effettiva volontà dell’offerente, superando le eventuali ambiguità dell’offerta, ciò fermo il divieto di integrazione dell’offerta, senza attingere a fonti di conoscenza estranee alla stessa e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con essa assunta (Cons. Stato, III, 13 dicembre 2018, n. 7039; 3 agosto 2018, n. 4809; V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Il Consiglio di Stato infatti nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del “correttivo” di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017) ha sottolineato, in relazione all’art. 83, l’opportunità di conservare un “soccorso procedimentale”, nettamente distinto dal “soccorso istruttorio”, in virtù del quale possano essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti “gli elementi essenziali dell’offerta tecnica ed economica”, chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell’offerta, laddove i chiarimenti valgono a chiarire la portata dell’offerta.

Si tratta, in particolare, di quei chiarimenti che, per la giurisprudenza, sono ammessi, in quanto finalizzati a consentire l’interpretazione delle offerte e ricercare l’effettiva volontà dell’impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell’impegno negoziale con esse assunte (Cons. Stato, V, 27 aprile 2015, n. 2082; 22 ottobre 2014, n. 5196; 27 marzo 2013, n. 1487).

Detta interpretazione, relativa all’ammissibilità del soccorso procedimentale, volto a ricercare, alla luce dei chiarimenti richiesti, la volontà negoziale dalla stessa offerta e non ab externo o tramite la produzione di nuovi documenti, si pone del resto in linea con quanto previsto dalla Corte di Giustizia UE che, in tema di soccorso istruttorio in caso di carenze dell’offerta tecnica, ha ritenuto (nella sentenza della Sez. VIII, 10 maggio 2017, nella causa C-131/16 Archus), che una richiesta di chiarimenti non può ovviare alla mancanza di un documento o di un’informazione la cui comunicazione era richiesta dai documenti dell’appalto, se non nel caso in cui essi siano indispensabili per chiarimento dell’offerta o rettifica di un errore manifesto dell’offerta e sempre che non comportino

modifiche tali da costituire, in realtà, una nuova offerta.” (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 5652 del 26/05/2023)

4. Fino al giorno fissato per la loro apertura, l'operatore economico, con le stesse modalità di presentazione della domanda di partecipazione, può richiedere la rettifica di un errore materiale contenuto nell'offerta tecnica o nell'offerta economica di cui si sia avveduto dopo la scadenza del termine per la loro presentazione a condizione che la rettifica non comporti la presentazione di una nuova offerta, o comunque la sua modifica sostanziale, e che resti comunque assicurato l'anonimato.

ANCHE QUESTA PREVISIONE E' FORTEMENTE INNOVATIVA PERCHE' AMMETTE DI RIMEDIARE AGLI EVENTUALI ERRORI DEL CONCORRENTE.

SECONDO IL CONSIGLIO DI STATO “Resta fermo che la rettifica va chiesta in busta chiusa, con indicazione riportata sulla stessa che si tratta di rettifica, e va aperta insieme all'offerta”.

Va sottolineato che la definizione di ERRORE MATERIALE E' MOLTO STRINGENTE PERCHE' PER ESSO SI INTENDE “Invero, come affermato da univoca giurisprudenza, richiamata dalle parti e dalla sentenza, l'errore materiale che non inficia l'offerta del concorrente “deve sostanziarsi in un mero refuso materiale riconoscibile ictu oculi dalla lettura del documento d'offerta; ... la sua correzione deve a sua volta consistere nella mera riconduzione della volontà (erroneamente) espressa a quella, diversa, inespressa ma chiaramente desumibile dal documento, pena altrimenti l'inammissibile manipolazione o variazione postuma dei contenuti dell'offerta, con violazione del principio della par condicio dei concorrenti; ... tale complessiva operazione deve fondarsi su elementi - identificativi dell'errore - desumibili dall'atto stesso, non già da fonti esterne (cfr. Cons. Stato, n. 5638 del 2021, cit.; cfr. anche Id., V, 5 aprile 2022, n. 2529)” (Cons. Stato, V, 28 giugno 2022, n. 5344).

In sintesi, l'errore materiale è tale e può essere corretto se immediatamente riconoscibile ed emendabile senza l'intermediazione di atti chiarificatori o integrativi dell'offerta presentata in gara (cfr. anche Cons. Stato, V, 26 ottobre 2020, n. 6462; id., III, 24 febbraio 2020, n. 1347). Giova aggiungere che non vale ad escludere che si sia in presenza di un errore emendabile il fatto che sia necessaria una, purché minima, attività interpretativa, quando finalizzata alla correzione di errori di scritturazione o di calcolo (cfr. Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487).” (Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 1034 del 30/01/2023).

ERRORE MATERIALE QUALIFICATO ANCHE COME ERRORE OSTATIVO CIOE' L'ERRORE CHE CADE SULLA DICHIARAZIONE “Segnatamente, nelle gare pubbliche l'errore materiale nell'offerta consiste in una fortuita divergenza fra il giudizio e la sua espressione letterale, cagionata da mera svista o disattenzione nella redazione dell'offerta che deve emergere ictu oculi (cfr. Cons. Stato, V, 26 gennaio 2021, n. 796), e deve consistere in un “errore ostatico' intervenuto nella fase della estrinsecazione formale della volontà” o

“lapsus calami rilevabile ictu oculi ed ex ante, quindi senza bisogno di alcuna indagine ricostruttiva della volontà” (Cons. Stato, III, 9 dicembre 2020, n. 7758), richiedendo una correzione di ordine meramente materiale (Cons. Stato, III, 20 marzo 2020, n. 1998). Nella stessa prospettiva, a fini della rettifica occorre che a questa “si possa pervenire con ragionevole certezza, e, comunque, senza attingere a fonti di conoscenza estranee all’offerta medesima o a dichiarazioni integrative o rettificative dell’offerente (Cons. Stato, III, 28 maggio 2014, n. 1487)” (Cons. Stato, n. 7752 del 2020, cit.; Id., V, 2 agosto 2021, n. 5638).” Cons. di Stato, Sez. V, sent. n. 5344 del 28/06/2022).

Art. 102. (Impegni dell’operatore economico)

1. Nei bandi, negli avvisi e negli inviti le stazioni appaltanti, tenuto conto della prestazione oggetto del contratto, richiedono agli operatori economici di assumere i seguenti impegni:

a) garantire la stabilità occupazionale del personale impiegato;
LETTERA CHE RICHIAMA LA CLAUSOLA SOCIALE DELL’ART. 57 E, IN SPECIE, IL CONCETTO DI REQUISITO NECESSARIO DELL’OFFERTA

b) garantire l’applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore, tenendo conto, in relazione all’oggetto dell’appalto e alle prestazioni da eseguire, anche in maniera prevalente, di quelli stipulati dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e di quelli il cui ambito di applicazione sia strettamente connesso con l’attività oggetto dell’appalto o della concessione svolta dall’impresa anche in maniera prevalente, nonché garantire le stesse tutele economiche e normative per i lavoratori in subappalto rispetto ai dipendenti dell’appaltatore e contro il lavoro irregolare;

LETTERA CHE RICHIAMA LA SECONDA PARTE DELL’ART. 57, CHE A SUA VOLTA RICHIAMA L’ART. 11 E IL 116

c) garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate.

LETTERA CHE RICHIAMA IL PENULTIMO PERIODO DEL COMMA 7 DELL’ART. 108

2. Per i fini di cui al comma 1 l’operatore economico indica nell’offerta le modalità con le quali intende adempiere quegli impegni. La stazione appaltante verifica l’attendibilità degli impegni assunti con qualsiasi adeguato mezzo, anche con le modalità di cui all’articolo 110, solo nei confronti dell’offerta dell’aggiudicatario.

Il dubbio che sovviene è quello relativo al modus dimostrativo ovvero ai contenuti volti ad assolvere a tale adempimento probatorio e alle conseguenze di tali omissioni, nell’accezione di causa di esclusione tassativa.

3. Nelle procedure aperte, la stazione appaltante può disporre negli atti di gara che le offerte siano esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata dopo la scadenza del termine per la presentazione delle offerte. Se si avvale di tale possibilità, la stazione appaltante garantisce che la verifica dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente.

INTRODUCE PER LE SOLE PROCEDURE APERTE IL PRINCIPIO DELL'INVERSIONE PROCEDIMENTALE PURCHE' SE NE DIA MENZIONE NEGLI ATTI DI GARA – NON SI CAPISCE SE GIA' NELLA DECISIONE A CONTRARRE O ANCHE SOLO NEL BANDO OVVERO NEL DISCIPLINARE.

L'istituto è previsto dal par. 2 dell'art. 56 della direttiva 2014/24 ed era già stato introdotto in via sperimentale anche nel settore degli appalti ordinari dall'art. 1, comma 3, del decreto-legge n. 32 del 2019 (c.d. sblocca cantieri), come estensione della disciplina contenuta nell'art. 133, comma 8, del Codice dei contratti pubblici, che la prevede invece nei soli settori speciali. Il perimetro temporale di applicazione della misura è stato esteso fino al 30 giugno 2023 dal decreto-legge n. 77 del 2021

Art. 108. (Criteri di aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture)

1. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti di lavori, servizi e forniture e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8, con riguardo al costo del ciclo di vita.

Rispetto al testo interessante è verificare la diversa opinione del Cds rispetto al centro studi del Parlamento.

Infatti mentre la relazione del CdS dice **“In base al comma 1, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8. Sono in ogni caso fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici.”** ovvero sembra sostenere che o.e.p.v. e prezzo più basso sono criteri equivalenti, il centro studio del Parlamento assume che **“Per l'aggiudicazione degli appalti e l'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, si stabilisce il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.**

L'offerta economicamente più vantaggiosa è individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento del prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita conformemente a quanto previsto dall'allegato II.8.”.

Il discrimine è costituito dalle previsioni dei commi 2 e 3 che rispettivamente dicono quali sono i casi obbligatori di sggiudicazione con il criterio composito e con il prezzo più basso.

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

a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1;

b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro;

c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo;

d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione;

e) gli affidamenti di appalto integrato;

f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo.

Rispetto all'elencazione del previgente art. 95 comma 3

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

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

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

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

è stato introdotto l'obbligo per il dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione e per l'appalto integrato mentre la precedente lett. b-bis) è stata sdoppiata nelle lett. c) e f).

Da notare che nelle lett. c) e f) viene introdotto il concetto di notevole contenuto tecnologico o innovativo che è quello che impone per gli appalti di servizi e forniture che il R.U.P. sia diverso dal D.E.C. come da art.8 comma 4 dell'allegato I.2 del D. Lgs. 36/2023 “4. Il direttore dell'esecuzione del contratto è soggetto diverso dal RUP nei seguenti casi:

a) prestazioni di importo superiore alle soglie di cui all'articolo 14 del codice;

b) interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;

c) prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze;

d) interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;

e) per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.”

3. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui alla definizione dell'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1.

Non è più riproposto l'obbligo, oggi previsto dal comma 5 del codice 50, di motivare la scelta di utilizzare il criterio del prezzo più basso.

4. I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici. Nelle attività di approvvigionamento di beni e servizi informatici per la pubblica amministrazione, le stazioni appaltanti, incluse le centrali di committenza, nella valutazione dell'elemento qualitativo ai fini dell'individuazione del miglior rapporto qualità prezzo per l'aggiudicazione, tengono sempre in considerazione gli elementi di cybersicurezza, attribuendovi specifico e peculiare rilievo nei casi in cui il contesto di impiego è connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici. Nei casi di cui al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento.

Rispetto a quanto previsto dal comma 6 del decreto 50 è stata eliminata l'elencazione esemplificativa dei criteri utilizzati, che appaiono da inserire eventualmente in una normativa attuativa di carattere secondario.

Il paragone con il testo del precedente comma 6 dell'art. 95 “**6. I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto.**” evidenzia per quanto riguarda l'o.e.p.v.:

- da un lato la conferma del precedente testo;
- dall'altro lato una aggiunta sostanziale ovvero il seguente periodo “*La stazione appaltante, al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta e individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici*” laddove la seconda perifrasi *individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici* pare vietare criteri on/off e tabellari perché ambedue sono l'antitesi del predicato legislativo. **In punto si evidenzia che come riportato nella relazione del CdS “Dalla disamina della casistica trattata dall'A.G.C.M. emerge, da ultimo, la necessaria attenzione che le stazioni appaltanti debbono avere per disincentivare accordi tra operatori; se ne desume in particolare che le stazioni appaltanti devono cercare di evitare situazioni in cui gli operatori possano conseguire tutti lo stesso punteggio tecnico, poiché tale condizione inevitabilmente favorisce gli accordi sul prezzo**

LE PREVISIONI DEI PERIODI 5 E 6 *Nei casi di cui al quarto periodo, quando i beni e servizi informatici oggetto di appalto sono impiegati in un contesto connesso alla tutela degli interessi nazionali strategici, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il*

punteggio economico entro il limite del 10 per cento. Per i contratti ad alta intensità di manodopera, la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento. DANNO EVIDENZA DEL VENIRE MENO DEL PREVIGENTE COMMA 10-BIS, VALE A DIRE L'OBBLIGO DI RISERVARE ALL'OFFERTA TECNICA ALMENO IL 70% DEI PUNTI. Sempre nella relazione del CdS si legge "Merita ancora evidenziare come sia stato soppresso il comma 10-bis che, allo scopo di valorizzare gli elementi qualitativi dell'offerta, disponeva, in assenza di analogo vincolo europeo, che la stazione appaltante stabilisce un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30 per cento (regola del 70/30). La scelta dell'eliminazione di tale regola è dipesa dall'analisi economica che ha dimostrato come la stessa contenga degli elementi critici, distorsivi del mercato, secondo quanto rilevato anche dall'A.G.C.M. con la segnalazione S4143 in data 23 marzo 2021 al Presidente del Consiglio dei Ministri. È prevalsa dunque la volontà di rimettere alle stazioni appaltanti la scelta di quanto incida l'aspetto tecnico e quello economico, svincolandole da soluzioni precostituite, in quanto tali necessariamente astratte. L'obiettivo perseguito dalla nuova formulazione è proprio quello di consentire la migliore fruizione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, adeguando il peso delle due componenti (prezzo e qualità) alle effettive caratteristiche dello specifico appalto. Questa valutazione è inevitabilmente rimessa alle stazioni appaltanti, nella consapevolezza che la scelta della formula è espressiva delle preferenze e degli obiettivi perseguiti. In particolare, deve considerarsi che la scelta di una formula influenza l'attribuzione del punteggio su una delle componenti (prezzo o qualità); è importante che la stazione appaltante valuti l'interdipendenza degli elementi, in quanto non necessariamente una maggiore complessità della parte tecnica e del punteggio per la stessa previsto conduce ad offerte tecniche migliori. L'analisi economica ha evidenziato infatti che le formule di utilizzo più comune (lineari, paraboliche, al prezzo minimo o anche alla media) sono di utile applicazione e inducono gli operatori economici ad abbassare i prezzi e/o migliorare la qualità anche solo attraverso l'uso di base d'asta, di prezzi minimi o di semplici parametri discrezionali. A puro titolo esemplificativo, può dirsi che, applicando una formula parabolica, la stazione appaltante, anche attraverso la scelta di un parametro della formula, può evitare che gli operatori economici competano eccessivamente sul prezzo, limitando la qualità dell'offerta (la scelta del parametro determina cioè l'incentivo ad abbassare i prezzi)."

5. L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 1, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi.

E' IL PREVIGENTE COMMA 7 .

6. I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto quando riguardino lavori, forniture o servizi da fornire sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi i fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

Corrisponde all'art. 67, par. 4 della direttiva 24.2014

7. I documenti di gara oppure, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo indicano i singoli criteri di valutazione e la relativa ponderazione, anche prevedendo una forcilla in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. Ai fini della tutela della libera concorrenza e della promozione del pluralismo degli operatori nel mercato, le procedure relative agli affidamenti di cui al Libro II, parte IV, possono prevedere, nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, criteri premiali atti a favorire la partecipazione delle piccole e medie imprese nella valutazione dell'offerta e a promuovere, per le prestazioni dipendenti dal principio di prossimità per la loro efficiente gestione, l'affidamento ad operatori economici con sede operativa nell'ambito territoriale di riferimento. Le disposizioni di cui al terzo periodo si applicano compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità. Al fine di promuovere la parità di genere, le stazioni appaltanti prevedono nei bandi di gara, negli avvisi e negli inviti, il maggior punteggio da attribuire alle imprese che attestano, anche a mezzo di autocertificazione, il possesso dei requisiti di cui all'articolo 46-bis del codice delle pari opportunità tra uomo e donna, di cui al decreto legislativo 11 aprile 2006, n. 198. La stazione appaltante verifica l'attendibilità dell'autocertificazione dell'aggiudicatario con qualsiasi adeguato mezzo.

I primi due periodi sono i commi 8 e 9 del codice 50.

Dal terzo in poi vengono introdotti elementi premiali ad hoc volti a premiare:

- le p.m.i.;
- le imprese del territorio in ragione del principio di prossimità, ancorché questa opzione desti notevoli problemi di compatibilità financo costituzionale;
- la parità di genere

8. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione di cui al comma 7 non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'oneri o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o del documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le stazioni appaltanti utilizzano metodologie che individuino con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa.

E il precedente comma 9

9. Nell'offerta economica l'operatore indica, a pena di esclusione, i costi della manodopera e gli oneri aziendali per l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro eccetto che nelle forniture senza posa in opera e nei servizi di natura intellettuale.

Ribadisce quanto già scritto nel secondo periodo del comma 5 dell'art. 91 “5. Le offerte tecniche ed economiche, redatte secondo le modalità di cui al comma 1, sono corredate dai documenti prescritti dal bando o dall'invito o dal capitolato di oneri. Nelle offerte l'operatore economico dichiara alla stazione appaltante il prezzo, i costi del personale e quelli aziendali per la sicurezza e le caratteristiche della prestazione, ovvero assume l'impegno ad eseguire la stessa alle condizioni indicate dalla stazione appaltante e dalla disciplina applicabile, nonché fornisce ogni altra informazione richiesta dalla stazione appaltante nei documenti di gara.”

10. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o invito nelle procedure senza bando e può essere esercitata non oltre il termine di trenta giorni dalla conclusione delle valutazioni delle offerte.

Rispetto al comma 12 dell'art 95 viene introdotto un termine perentorio per esercitare la facoltà di non aggiudicazione

11. In caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo, le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta.

Si conferma l'impossibilità per le stazioni appaltanti di attribuire punteggi per l'offerta di opere aggiuntive, rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta, in caso di appalti di lavori aggiudicati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, individuata sulla base del migliore rapporto qualità/prezzo (comma 11).

Rispetto alla formulazione vigente del comma 14-bis dell'art. 95 del vigente Codice dei contratti pubblici, si chiarisce che la disposizione è applicabile ai soli appalti di lavori

12. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente al provvedimento di aggiudicazione, tenendo anche conto dell'eventuale inversione procedimentale, non è rilevante ai fini del calcolo di medie nella procedura, né per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte, eventualmente stabilita nei documenti di gara, e non produce conseguenze sui procedimenti relativi agli altri lotti della medesima gara.

E' il precedente comma 15

E' stato eliminato integralmente il previgente comma 14

14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni:

- a) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate. Le varianti sono comunque collegate all'oggetto dell'appalto;**
- b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti;**
- c) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione;**
- d) nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono**

escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi

sicchè oggi è da domandarsi se sia possibile prevedere delle varianti rispetto all'offerta, laddove la differenza è sostanziale tra varianti e soluzioni migliorative

Il Consiglio di Stato, con la Sentenza odierna, torna a ricordare la differenza tra soluzioni migliorative e varianti.

Consiglio di Stato, Sez. V, 21/09/2022, n. 8123: **“8.3. Secondo l’indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa: “in sede di gara d’appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall’Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l’individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l’opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, sez. V, 18 febbraio 2018, n. 1097; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754).**

La proposta migliorativa consiste in una soluzione tecnica che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investe singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell’opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.”

Art. 109. (Reputazione dell’impresa)

1. È istituito presso l’ANAC, che ne cura la gestione, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori. Il sistema è fondato su requisiti reputazionali valutati sulla base di indici qualitativi e quantitativi, oggettivi e misurabili, nonché sulla base di accertamenti definitivi, che esprimono l’affidabilità dell’impresa in fase esecutiva, il rispetto della legalità, e degli obiettivi di sostenibilità e responsabilità sociale.

Riprendendo e innovando la disposizione originariamente contenuta all’art. 83, comma 10, decreto legislativo n. 50 del 2016, istituisce, presso l’ANAC, un sistema digitale di monitoraggio delle prestazioni, quale elemento del fascicolo virtuale degli operatori.

2. L’ANAC definisce gli elementi del monitoraggio, le modalità di raccolta dei dati e il meccanismo di applicazione del sistema per incentivare gli operatori al rispetto dei principi del risultato di cui all’articolo 1 e di buona fede e affidamento di cui all’articolo 5, bilanciando

questi elementi con il mantenimento dell'apertura del mercato, specie con riferimento alla partecipazione di nuovi operatori.

3. Alla presente disposizione è data attuazione entro 18 diciotto mesi dalla data di entrata in vigore del codice, anche tenendo conto dei risultati ottenuti nel periodo iniziale di sperimentazione.

Art. 110. (Offerte anormalmente basse)

1. Le stazioni appaltanti valutano la congruità, la serietà, la sostenibilità e la realizzabilità della migliore offerta, che in base a elementi specifici, inclusi i costi dichiarati ai sensi dell'articolo 108, comma 9, appaia anormalmente bassa. Il bando o l'avviso indicano gli elementi specifici ai fini della valutazione.

SIAMO DI FRONTE AD UN INNOVATIVO CAMBIO DI ROTTA, PERCHE' MENTRE PRIMA L'ANOMALIA ERA IL FRUTTO, SOPRATTUTTO NELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIU' VANTAGGIOSA, DI UN RISULTATO MATEMATICO, OGGI CAMBIA L'IMPOSTAZIONE.

IN PARTICOLARE SI PREVEDE CHE SIA LA LEGGE DI GARA A FISSARE DA SUBITO GLI ELEMENTI CHE SARANNO OGGETTO DI VALUTAZIONE, DI FATTO IMPEDENDO CHE GLI STESSI POSSANO ESSERE RICHIESTI SUCCESSIVAMENTE COME ACCADEVA IN PASSATO.

LA VALUTAZIONE DI ANOMALIA OGGI DIVIENE IL FRUTTO DI UN SINDACATO/VALUTAZIONE DISCREZIONALE, COME DICE IL CDS "La scelta appare coerente con la ratio di restituire alle stazioni appaltanti la propria discrezionalità amministrativa e tecnica, conferendo pertanto alla stessa il potere e il dovere di compiere le scelte amministrative di loro pertinenza, in coerenza con i principi del risultato di cui all'art. 1, della fiducia di cui all'art. 2 e di buona fede e affidamento di cui all'art. 5.

...

Qualunque sia il criterio scelto dalla stazione appaltante è comunque necessario seguire il procedimento descritto all'art. 110 e, in particolare, la regola in base alla quale l'esclusione dell'operatore economico potrà avvenire solo ed esclusivamente nel rispetto del contraddittorio procedimentale ivi previsto, in conformità con le previsioni di diritto europeo. Pertanto, qualora la stazione appaltante decida di utilizzare i criteri previsti dall'Allegato per le procedure di soglia inferiore a quella europea dovrà comunque rispettare il procedimento previsto nell'art. 110, senza poter procedere ad alcuna esclusione automatica degli operatori economici."

CON LA CONSEGUENZA CHE SPETTERA' A CHI IL GIUDIZIO DI ANORMALITA':
AL RUP OVVERO ALLA COMMISSIONE DI GARA?

ESMINANDO LE LETTERE B) E C) DELL'ART 7 DELL'ALLEGATO I.2 IL R.U.P. SVOLGE LA VERIFICA DI CONGRUITA' SICCHE' DOVREBBE ESSERE COSTUI, MA NON E' PACIFICO PERCHE' PER VERIFICA SI DOVREBBE INTEDERE ESAME CIOE' UNA VALUTAZIONE EX POST E NON EX ANTE.

SENONCHE' VISTA LA COMPETENZA RESIDUALE ASSEGNATA ALLO STESSO DAL COMMA 2 DELL'ART. 7 PARE EVIDENTE CHE SIA COSTUI IL SOGGETTO ALLO SCOPO PREPOSTO.

Art 7. Compiti specifici del RUP per la fase dell'affidamento.

1. Il RUP:

a) effettua la verifica della documentazione amministrativa qualora non sia nominato un responsabile di fase ai sensi dell'articolo 15, comma 4, del codice o non sia costituito un apposito ufficio o servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante; esercita in ogni caso funzioni di coordinamento e verifica, finalizzate ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate;

b) svolge la verifica di congruità delle offerte in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo; in caso di particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, può avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'articolo 15, comma 6, del codice, o di una commissione appositamente nominata;

c) svolge la verifica sulle offerte anormalmente basse con l'eventuale supporto della commissione nominata ai sensi dell'articolo 93 del codice;

d) dispone le esclusioni dalle gare;

e) in caso di procedura che prevede l'affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può svolgere tutte le attività che non implicano l'esercizio di poteri valutativi, che spettano alla commissione giudicatrice;

f) quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, il RUP può procedere direttamente alla valutazione delle offerte economiche;

g) adotta il provvedimento finale della procedura quando, in base all'ordinamento della stazione appaltante, ha il potere di manifestare all'esterno la volontà della stessa.

2. Il RUP esercita altresì tutte le competenze che gli vengono attribuite da specifiche disposizioni del codice e, in ogni caso, svolge tutti i compiti relativi alla fase di affidamento che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.

ABBASTANZA SURREALE E' LA CONSIDERAZIONE RIPORTATA NELLA RELAZIONE DEL CDS SECONDO CUI "In ogni caso, anche al fine di valutare se sottoporre a giudizio di anomalia una determinata offerta, così come nella predisposizione dei criteri, la stazione appaltante può fondare la propria determinazione su parere del collegio consultivo tecnico di cui all'art. 218, il quale potrà pertanto offrire un contributo tecnico alle amministrazioni nelle scelte da compiere. A titolo esemplificativo, come già evidenziato, fermo il rispetto del procedimento descritto all'art. 110, la stazione appaltante potrà utilizzare i criteri previsti dall'art. 97, commi 2 e 2-bis, del decreto legislativo n. 50 del 2016." PERCHE' QUESTI NON SONO "ELEMENTI SPECIFICI"

DA QUIVI LA DOMANDA: NEL SILENZIO DELLA LEX SEPCIALIS COME POTRA' ESSERE EFFETTUATA LA DISAMINA?

LA RISPOSTA POTREBBE ESSERE INDUTTIVA PERCHE' I COMMI 2 E 3 STABILISCONO CHE LE "SPIEGAZIONI" AVRANNO NECESSARIAMENTE AD OGGETTO

2. In presenza di un'offerta che appaia anormalmente bassa le stazioni appaltanti richiedono per iscritto all'operatore economico le spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti, assegnando a tal fine un termine non superiore a quindici giorni.

3. Le spiegazioni di cui al comma 2 possono riguardare i seguenti elementi:

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

E' IL PRECEDENTE COMMA 3 DELL'ART. 97

4. Non sono ammesse giustificazioni:

- a) *in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge;*
- b) *in relazione agli oneri di sicurezza di cui alla normativa vigente.*

5. La stazione appaltante esclude l'offerta se le spiegazioni fornite non giustificano adeguatamente il livello di prezzi o di costi proposti, tenendo conto degli elementi di cui al comma 3, oppure se l'offerta è anormalmente bassa in quanto:

- a) *non rispetta gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali di diritto del lavoro indicate nell'allegato X alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014;*
- b) *non rispetta gli obblighi di cui all'articolo 119;*
- c) *sono incongrui gli oneri aziendali della sicurezza di cui all'articolo 108, comma 9, rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi e delle forniture;*
- d) *il costo del personale è inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'articolo 41, comma 13.*

I COMMI 4 E 5 SONO LA DUPLICAZIONE DI QUANTO GIA' CONTENUTO NEI PRECEDENTI COMMI 5 E 6 DELL'ART. 97

6. Qualora accerti che un'offerta è anormalmente bassa in quanto l'offerente ha ottenuto un aiuto di Stato, la stazione appaltante può escluderla unicamente per questo motivo, soltanto dopo aver consultato l'offerente e se quest'ultimo non è in grado di dimostrare, entro un termine sufficiente stabilito dalla stazione appaltante, che l'aiuto era compatibile con il mercato interno ai sensi dell'articolo 107 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. In caso di esclusione la stazione appaltante informa la Commissione europea.

Art. 111. (Avvisi relativi agli appalti aggiudicati)

1. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'articolo 84, conforme all'allegato II.6, Parte I, lettera D, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro trenta giorni dalla conclusione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro.

2. Se la gara è stata indetta mediante un avviso di pre-informazione e se la stazione appaltante ha deciso che non aggiudicherà ulteriori appalti nel periodo coperto dall'avviso di pre-informazione, l'avviso di aggiudicazione contiene un'indicazione specifica al riguardo.

Maurizio BOIFAVA
Avvocato
Via E. de Amicis, 6 - 20900 MONZA (MB)
Tel. (039) 32.90.37 – Fax (039) 63.222.34
avvocatoboifava@avvocatoboifava.it
avv.maurizioboifava@monza.pecavvocati.it

3. Nel caso di accordi quadro conclusi ai sensi dell'articolo 59, le stazioni appaltanti sono esentate dall'obbligo di inviare un avviso sui risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo e raggruppano gli avvisi sui risultati della procedura d'appalto per gli appalti fondati sull'accordo quadro su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati entro trenta giorni dalla fine di ogni trimestre.

4. Le stazioni appaltanti inviano all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, conformemente a quanto previsto dall'articolo 84, un avviso di aggiudicazione di appalto entro trenta giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto basata su un sistema dinamico di acquisizione. Esse possono tuttavia raggruppare gli avvisi su base trimestrale. In tal caso, inviano gli avvisi raggruppati al più tardi trenta giorni dopo la fine di ogni trimestre.

5. Fermo restando quanto disposto dagli articoli 35 e 36, talune informazioni relative all'aggiudicazione dell'appalto o alla conclusione dell'accordo quadro possono non essere pubblicate qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di un particolare operatore economico, pubblico o privato, oppure possa arrecare pregiudizio alla concorrenza leale tra operatori economici.