

APPALTI PUBBLICI:
**VEDIAMOCI
CHIARO**

Castello degli Acaja - Fossano 12 marzo 2016

Arch.Alessandro MOLA

Chi controlla...

Il Privato	La Pubblica Amministrazione
Deontologia	Deontologia
Giudice penale	Giudice penale
Giudice civile	Giudice civile
Committente	Amministrazione
	Giudice amministrativo
	Corte dei Conti
	Autorità Nazionale Anticorruzione (ex AVCP Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori servizi e forniture)
	Cittadini

Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE (D.Lgs.163/2006 s.m.i.)

Art. 2. Principi

(art. 2, dir. 2004/18; art. 10, dir. 2004/17; art. 1, legge n. 241/1990; art. 1, co. 1, legge n. 109/1994; Corte di giustizia, 7 dicembre 2000, C - 324/1998; Corte di giustizia CE, 3 dicembre 2001, C. 59/2000)

1. L'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto **dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza**; l'affidamento deve altresì rispettare i principi di **libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità** con le modalità indicate nel presente codice

REGOLA GENERALE

La **libera concorrenza** e la **trasparenza** sono principi tutelati, non solo dal Codice dei Contratti, ma ancor prima dalla Carta Costituzionale all'articolo 97, dalle norme comunitarie e dalla legge in materia di procedimento amministrativo (Legge 7 agosto **1990 n. 241**) che all'articolo 3 impone il generale **obbligo di motivazione** di ogni provvedimento; a tali disposti, infatti, non è possibile derogare, dal momento che implicano un minimo di confronto concorrenziale per qualsiasi procedura contrattuale avente natura pubblica. **Il passaggio derogatorio da un metodo competitivo ad uno monopolistico e restrittivo delle concorrenza, deve sempre avere una manifesta ragione legittimante**

...dei principi di economicità...

Il miglior rapporto qualità prezzo non è garantibile oggettivamente in assenza di confronto concorrenziale

LA PARITA' DI TRATTAMENTO

La parità di trattamento e la non discriminazione sono riconducibili al principio di imparzialità che vieta qualsiasi forma di favoritismo, disparità diretta o indiretta in sede di valutazione delle offerte, e che non consenta agli offerenti di avere le medesime opportunità per la partecipazione alla procedura; tutti gli operatori scelti, infatti, devono essere invitati nello stesso momento e ricevere le stesse informazioni.

Il tutto sancito dall'art 97 della Costituzione.

PRINCIPIO DI TRASPARENZA

“Consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l’apertura degli appalti alla concorrenza nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”

(Corte di Giustizia CE, 7.12.2000, causa C-324/98 cd. Teleaustria c.Telkom Austria)

PRINCIPIO DI CONCORRENZA

Principio cardine in materia di disciplina degli appalti pubblici; consiste nell'assicurare a ciascun potenziale concorrente le stesse possibilità di partecipazione alle procedure di gara e l'imparzialità della relativa azione amministrativa.

“L'ambito materiale della **tutela della concorrenza** [ha] una portata che **trascende** ogni rigida e aprioristica applicazione di regole predeterminate da solo riferimento[..] al **valore economico dell'appalto, cosicché nessuna distinzione può essere operata sul punto tra contratti sotto e sopra soglia**”(Corte Cost.le sent. 23 novembre 2007 , n. 401)

CRITERIO DI ROTAZIONE

Ha come finalità di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese venendo meno così al rispetto del principio della concorrenza.

- Nell'ipotesi dell'utilizzo di un albo di operatori per lavori in economia fino all'importo massimo di 200 mila euro ex art. 125 comma 8 del Codice, la rotazione degli affidamenti evita che l'amministrazione aggiudicatrice consolidi rapporti solo con alcune imprese.

PRINCIPIO DI PROPORZIONALITA'

- Richiede il rispetto dell'equilibrio tra obiettivi perseguiti e mezzi utilizzati, assicurando il minore sacrificio possibile degli interessi privati confliggenti con quello pubblico.
- La richiesta del possesso di requisiti minimi per la partecipazione alla procedura negoziata deve essere strettamente connessa alla tipologia ed all'importo della prestazione richiesta
- La fissazione di requisiti non proporzionali allo specifico appalto potrebbe comportare il pericolo di un'indebita restrizione della concorrenza

GLI ELENCHI DEGLI OPERATORI ECONOMICI

- L'AVCP, ricordato il divieto di costituire elenchi di operatori per l'affidamento di lavori pubblici previsto dall'art. 40 comma 5 del Codice, salvo quanto stabilito per la procedura ristretta semplificata (art. 123) e per gli affidamenti in economia (art. 125), ammette la possibilità che la stazione appaltante possa costituire elenchi di operatori economici mediante bando pubblico anche per la procedura negoziata ex art. 122 comma 7.

Al fine di rendere compatibili tali elenchi con la normativa comunitaria e nazionale l'Autorità indica le seguenti modalità:

- *a. Pubblicità dell'avviso di costituzione dell'elenco:*

al fine di garantire l'apertura al mercato l'avviso deve essere pubblicato sul profilo del committente e sui siti informatici previsti dall'art. 66 comma 7 del Codice
- *b. Assenza di limitazioni temporali per l'iscrizione nell'elenco:*

gli interessati, in possesso dei requisiti richiesti, devono potersi iscrivere all'elenco senza limitazioni temporali
- *c. Aggiornamento periodico:*

la stazione appaltante deve prevedere meccanismi volti ad assicurare l'aggiornamento periodico, almeno semestrale
- *d. Contenuto minimo dell'avviso di istituzione dell'elenco:*
- l'avviso deve indicare una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione, le modalità di individuazione degli operatori da invitare e, per i lavori, le categorie generali e specializzate del sistema di qualificazione
- *e. Rispetto del principio di rotazione ex art. 57 comma 6:*
- l'AVCP consiglia di prendere a modello la disciplina degli elenchi prevista dall'art. 267 del Regolamento,

...della discrezionalità nella scelta...

LA PROCEDURA NEGOZIATA

Le procedure negoziate sono le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

(Art. 3 c. 40 Codice dei Contratti)

Art. 57. Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

1. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara nelle ipotesi seguenti, dandone conto con adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre.

2. Nei contratti pubblici relativi a lavori, forniture, servizi, la procedura è consentita:

- a) qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata; *(lettera così modificata dall'art. 4, comma 2, lettera g), legge n. 106 del 2011)*
- b) qualora, per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato;
- c) nella misura strettamente necessaria, nei casi urgenti di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 , o quando l'estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette, o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti. *(lettera così modificata dall'art. 34, comma 3, legge n. 164 del 2014)*

. Nei contratti pubblici relativi a forniture, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita:

a) qualora i prodotti oggetto del contratto siano fabbricati esclusivamente a scopo di sperimentazione, di studio o di sviluppo, a meno che non si tratti di produzione in quantità sufficiente ad accertare la redditività del prodotto o a coprire i costi di ricerca e messa a punto;

b) nel caso di consegne complementari effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti di uso corrente o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obbligherebbe la stazione appaltante ad acquistare materiali con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; la durata di tali contratti e dei contratti rinnovabili non può comunque di regola superare i tre anni;

c) per forniture quotate e acquistate in una borsa di materie prime;

d) per l'acquisto di forniture a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dal curatore o liquidatore di un fallimento, di un concordato preventivo, di una liquidazione coatta amministrativa, di un'amministrazione straordinaria di grandi imprese.

6. Ove possibile, **la stazione appaltante individua gli operatori economici** da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa **desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei.** Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta. La stazione appaltante sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, secondo il criterio del prezzo più basso o dell'offerta economicamente più vantaggiosa, previa verifica del possesso dei requisiti di qualificazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta, o negoziata previo bando.

...uno spiraglio...art.122 comma 7

7. I lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'[articolo 57, comma 6](#); l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri. I lavori affidati ai sensi del presente comma, relativi alla categoria prevalente, sono affidabili a terzi mediante subappalto o subcontratto nel limite del 20 per cento dell'importo della medesima categoria; per le categorie specialistiche di cui all'[articolo 37, comma 11](#), restano ferme le disposizioni ivi previste. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, conforme all'allegato IX A, punto quinto (avviso relativo agli appalti aggiudicati), contiene l'indicazione dei soggetti invitati ed è trasmesso per la pubblicazione, secondo le modalità di cui all'[articolo 122, commi 3 e 5](#), entro dieci giorni dalla data dell'aggiudicazione definitiva; non si applica l'[articolo 65, comma 1](#).

(comma così sostituito dall'art. 4, comma 2, lettera l), legge n. 106 del 2011)

I lavori in economia di cui all'articolo 125 del Codice dei contratti

Costituiscono un sistema autonomo di affidamento sostanzialmente assimilabile alla procedura negoziata

Art. 125. Lavori, servizi e forniture in economia

1. Le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate:

- a) mediante amministrazione diretta;
- b) mediante procedura di **cottimo fiduciario**.

... 8. Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei **principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento**, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. **Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.**

I soggetti da consultare, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento, ai sensi dell'articolo 125, comma 8, del Codice, **sono individuati sulla base di indagini di mercato, ovvero tramite elenchi aperti di operatori economici di cui infra descritti.** Le indagini di mercato, effettuate dalla stazione appaltante, possono avvenire anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico di cui all'articolo 328 del Regolamento, propri o delle amministrazioni aggiudicatrici.

L'INDAGINE DI MERCATO

La realizzazione della prima fase attinente alla “indagine di mercato” presenta, da sempre, delle difficoltà operative dovute all’ assenza di una puntuale definizione normativa della stessa nel nostro ordinamento giuridico. Tuttavia, le indicazioni dell’Avcp, ora ANAC, (Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011), che a sua volta ripercorre le disposizioni della Comunicazione interpretativa della Commissione europea (2006/C 179/2), forniscono delle istruzioni utili, attraverso cui si desume il principio generale che la stazione appaltante deve garantire l’apertura al mercato della concorrenza, evitando di individuare gli operatori da invitare con modalità “chiuse”. Ciò non significa l’obbligatorietà di una forma di pubblicità preventiva, ma una opportuna valutazione relazionata all’importo ed alla tipologia dell’appalto.

Sulla base di avvisi pubblicati sul profilo del committente, ciascuna stazione appaltante può predisporre elenchi di operatori economici dotati di determinati requisiti, all'interno dei quali può individuare gli operatori economici che partecipano alle procedure di acquisto in economia, applicando i principi di **trasparenza, rotazione e parità di trattamento**. L'iscrizione a tali elenchi non è, in ogni caso, condizione necessaria per la partecipazione alle procedure di acquisto in economia.

Il cottimo fiduciario è quindi una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi per importi non superiori a 200.000.

La procedura negoziata è, accanto a quella aperta e ristretta, una modalità di scelta del contraente la cui natura, tuttavia, **riveste storicamente carattere eccezionale**. Il ricorso alla stessa, infatti, deve avvenire solo nei casi tassativamente indicati dalla legge, soggetti ad interpretazione restrittiva e la cui prova dei presupposti deve essere rigorosa.

La **natura eccezionale** di tale procedura è ulteriormente supportata dalla previsione normativa sull'obbligo di motivare adeguatamente il ricorso alla stessa nella determina o delibera a contrarre, in mancanza del quale si rischia di rendere illegittimo l'affidamento

(vedasi Cons. di Stato, Sez V, 09 giugno 2008, n. 2803).

...ma quali le opere...precisamente ?

- I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali:
- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 55, 121, 122;
- b) **manutenzione di opere o di impianti;**
- c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
- f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore
- inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

D32. In quali casi è possibile l'affidamento diretto del contratto?

L'affidamento diretto del contratto è consentito:

a) nel caso di lavori inferiori a 40.000 euro (articolo 125, comma 8, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 163/2006);

b) nel caso di servizi e forniture inferiori a 40.000 euro (articolo 125, comma 11, ultimo periodo, del decreto legislativo n. 163/2006).

Tuttavia, anche entro tali importi, la stazione appaltante è tenuta a rispettare i principi della rotazione, non discriminazione, par condicio e con il supporto di adeguata motivazione.

D33. Nel caso di affidamento diretto, vi è obbligo di motivazione?

Sì. Sussiste l'obbligo di motivare la scelta di affidare l'appalto senza alcun confronto tra concorrenti diversi, in quanto il cottimo fiduciario costituisce una procedura negoziata, come tale assoggettata a motivazione adeguata ai sensi dell'articolo 57, comma 1 del decreto legislativo n. 163/2006.

D2. La stazione appaltante è tenuta a motivare il ricorso a questo tipo di procedure?

Il ricorso a questo tipo di procedura deve essere opportunamente motivato. **La mancata motivazione, pertanto, costituisce una ingiustificata sottrazione di questi affidamenti alle ordinarie procedure concorsuali (Deliberazione Avcp n. 4/2009). Il ricorso al cottimo fiduciario deve essere preceduto dalla determina o decreto a contrattare di cui all'art. 11 del decreto legislativo n. 163/2006 e successive modificazioni**

...della discrezionalità territoriale...

Art. 69. Condizioni particolari di esecuzione del contratto prescritte nel bando o nell'invito

1. Le stazioni appaltanti possono esigere condizioni particolari per l'esecuzione del contratto, **purché siano compatibili con il diritto comunitario** e, tra l'altro, con **i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità**, e purché siano precisate nel bando di gara, o nell'invito in caso di procedure senza bando, o nel capitolato d'onori.

...cosa ne pensa l'Autorità Nazionale Anticorruzione

D29. La stazione appaltante può riservare l'iscrizione agli elenchi di operatori economici alle imprese localizzate sul territorio?

Non è conforme ai principi di cui all'articolo 2, comma 1, del Decreto legislativo n. 163/2006, la stesura di un **regolamento** per l'acquisizione in economia di beni, servizi e lavori, che preveda quale **requisito** di iscrizione nell'elenco ufficiale dei fornitori e dei prestatori di servizi, quello di **avere la sede operativa localizzata in una determinata area geografica** (Deliberazione n. 43/2009).

...cosa ne pensa l'Autorità Nazionale Anticorruzione

Non risultano conformi al diritto comunitario quelle clausole che contengono al loro interno dei criteri irragionevolmente restrittivi della concorrenza, quali possono essere i criteri localistici.

(Parere sulla normativa, AG 44/13 del 30 luglio 2013)

Oggetto: Istanza di parere, ai sensi dell'art. 69, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006 – Città di Alcamo – Bando di gara per Lavori di manutenzione e messa in sicurezza delle strade comunali - **Clausola sociale di imponibile di manodopera – Bisogni occupazionali del territorio - Compatibilità con il diritto comunitario – Non sussiste**

*“dovrà tuttavia espungere dal proprio articolato la considerazione del criterio localistico (reperire prioritariamente manodopera e maestranze “locali”), che risulta invece **non conforme ai principi di concorrenza.**”*

(Parere AG 30/14 del 6 giugno 2014)

CORTE DEI CONTI
SENT. N. 198/15
(il caso grattacielo Regione Piemonte)

E' stato sanzionato il *“danno alla concorrenza...in conseguenza dell'illegittimità dell'affidamento diretto senza il rispetto delle regole di evidenza pubblica”*

...a favore delle piccole imprese...

- **OBBLIGO DI DIVIDERE IN LOTTI**

Visto l'art. 2, comma 1-bis del D. Lgs. 163/2006 (Comma introdotto dall'art. 44, comma 7, della legge n. 214 del 2011, poi modificato dall'art. 1, comma 2, della legge n. 135 del 2012, poi modificato dall'art. 26-bis, comma 1, della legge n. 98 del 2013), che così recita: *"Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, al fine di favorire l'accesso delle piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti devono, **ove possibile ed economicamente conveniente, suddividere gli appalti in lotti funzionali.** Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti indicano la motivazione circa la mancata suddivisione dell'appalto in lotti. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le piccole e medie imprese"*

Il nuovo “codice degli appalti e delle concessioni”

Entro il 18 aprile il nuovo Codice degli appalti e delle concessioni, che il 3 marzo scorso ha avuto un primo via libera da parte del Governo, dovrà tornare in Consiglio dei Ministri dopo la verifica di congruità alla Legge Delega da parte delle Commissioni parlamentari competenti.

Grazie per l'attenzione...

Il contenuto delle slides è da intendersi integrato dalla descrizione verbale di accompagnamento