



**40**  
anni

**LE GIORNATE DI POLIZIA LOCALE  
E SICUREZZA URBANA**

CONVEGNO NAZIONALE ED EXPO DELLE TECNOLOGIE E DEI PRODOTTI

**15-16-17** SETTEMBRE 2021  
RICCIONE - PALAZZO DEI CONGRESSI

[legiornatedellapoliziale.it](http://legiornatedellapoliziale.it)

## **MICRO-ACQUISTI, AFFIDAMENTI DIRETTI E PROCEDURE SOTTOSOGLIA DOPO IL DECRETO “SEMPLIFICAZIONI”**

ALBERTO PONTI

### **SESSIONE**

BS2 - Micro-acquisti, affidamenti diretti e procedure sottosoglia dopo il  
Decreto “Semplificazioni”

16/09/21

**Micro-acquisti, affidamenti  
diretti e procedure sottosoglia  
dopo il Decreto  
“Semplificazioni”**

***Avv. Alberto Ponti***

**Riccione, 16 Settembre 2021**

# **COME SI DETERMINA LA SOGLIA COMUNITARIA?**

AVV. ALBERTO PONTI

# Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 1. Ai fini dell'applicazione del presente codice, le soglie di rilevanza comunitaria sono:
  - a) **euro 5.350.000** per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
  - b) **euro 139.000** per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'allegato III; se gli appalti pubblici di forniture sono aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti i prodotti menzionati nell'allegato VIII;
  - c) **euro 214.000** per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali; tale soglia si applica anche agli appalti pubblici di forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nell'allegato VIII;
  - d) **euro 750.000** per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 2. Nei settori speciali, le soglie di rilevanza comunitaria sono :
  - a) euro **5.350.000** per gli appalti di lavori;
  - b) euro **428.000** per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
  - c) euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

# **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 3. Le soglie di cui al presente articolo sono periodicamente rideterminate con provvedimento della Commissione europea, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 4. Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, forniture e servizi è basato sull'importo totale pagabile al netto dell'IVA, valutato dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore. Il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi **compresa qualsiasi forma di opzione o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara.** Quando le stazioni appaltanti prevedono premi o pagamenti per i candidati o gli offerenti, ne tengono conto nel calcolo del valore stimato dell'appalto.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 5/3/2018 N. 1337

- La proroga del rapporto contrattuale deve necessariamente avvenire alle stesse condizioni alle quali il contratto era stato stipulato e, dunque, considerando il contenuto dell'offerta economica e dell'offerta tecnica, che avevano consentito all'appaltatore di aggiudicarsi la gara.
- La proroga del contratto è, infatti, per sua natura inidonea ad innovare l'originario equilibrio sinallagmatico del rapporto negoziale. Ed infatti, mentre la proroga del termine finale di un appalto pubblico di servizi sposta solo in avanti la scadenza conclusiva del rapporto, il quale resta regolato dalla sua fonte originaria, il rinnovo del contratto comporta una nuova negoziazione tra i medesimi soggetti, ossia un rinnovato esercizio dell'autonomia negoziale, che rende incompatibile l'immediata applicazione imperativa della clausola di revisione prezzi (Cons. St., sez. III, 9 gennaio 2017, n. 25; id., sez. V, 22 giugno 2010, n. 3892; id. 14 maggio 2010, n. 3019).

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 5. Se un'amministrazione aggiudicatrice o un ente aggiudicatore sono composti da unità operative distinte, il calcolo del valore stimato di un appalto tiene conto del valore totale stimato per tutte le singole unità operative. Se un'unità operativa distinta è responsabile in modo indipendente del proprio appalto o di determinate categorie di esso, il valore dell'appalto può essere stimato con riferimento al valore attribuito all'unità operativa distinta.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 6. La scelta del metodo per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico o concessione non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione delle disposizioni del presente codice relative alle soglie europee. dettate per gli appalti di rilevanza comunitaria. Un appalto **non può essere frazionato** allo scopo di evitare l'applicazione delle norme del presente codice tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 7. Il valore stimato dell'appalto è quantificato al momento dell'invio dell'avviso di indizione di gara o del bando di gara o, nei casi in cui non sia prevista un'indizione di gara, al momento in cui l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore avvia la procedura di affidamento del contratto.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 8. Per gli appalti pubblici di lavori il calcolo del valore stimato tiene conto dell'importo dei lavori stessi nonché del valore complessivo stimato di tutte le forniture e servizi messi a disposizione dell'aggiudicatario all'amministrazione aggiudicatrice o all'ente aggiudicatore, a condizione che siano necessari all'esecuzione dei lavori. Il valore delle forniture o dei servizi non necessari all'esecuzione di uno specifico appalto di lavori non può essere aggiunto al valore dell'appalto di lavori in modo da sottrarre l'acquisto di tali forniture o servizi dall'applicazione delle disposizioni del presente codice

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 9. Per i contratti relativi a **lavori e servizi**:
  - a) quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati ~~contemporaneamente~~ per lotti distinti, è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;
  - b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 10. Per gli appalti di **forniture**:
- a) quando un progetto volto ad ottenere forniture omogenee può dar luogo ad appalti aggiudicati **contemporaneamente** per lotti distinti, nell'applicazione delle soglie di cui ai commi 1 e 2 è computato il valore complessivo stimato della totalità di tali lotti;
- b) quando il valore cumulato dei lotti è pari o superiore alle soglie di cui ai commi 1 e 2, le disposizioni del presente codice si applicano all'aggiudicazione di ciascun lotto.

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 11. In deroga a quanto previsto dai commi 9 e 10, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare le disposizioni del presente codice, quando il valore stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a 80.000 euro per le forniture o i servizi oppure a euro 1.000.000 per i lavori, purchè il valore cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti in cui sono stati frazionati l'opera prevista, il progetto di acquisizione delle forniture omogenee, o il progetto di prestazione servizi.

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 12. Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano caratteri di regolarità o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto:
  - A) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei 12 mesi precedenti o dell'esercizio precedente, rettificato, ove possibile, al fine di tenere conto dei cambiamenti in termini di quantità o di valore che potrebbero sopravvenire nei 12 mesi successivi al contratto iniziale;
  - B) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei 12 mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai 12 mesi.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 13. Per gli appalti pubblici di forniture aventi per oggetto **la locazione finanziaria, la locazione o l'acquisto a riscatto di prodotti**, il valore da assumere come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto è il seguente:
  - a) per gli appalti pubblici di durata determinata pari o inferiore a 12 mesi, il valore stimato complessivo per la durata dell'appalto o, se la durata supera i 12 mesi, il valore complessivo, ivi compreso il valore stimato dell'importo residuo;
  - b) per gli appalti pubblici di durata indeterminata o che non può essere definita, il valore mensile moltiplicato per 48.

# Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 14. Per gli **appalti pubblici di servizi** il valore da porre come base per il calcolo del valore stimato dell'appalto è, a seconda del tipo di servizio, è il seguente:
  - a) per **servizi assicurativi**: il premio da pagare e altre forme di remunerazione;
  - b) per i **servizi bancari e altri servizi finanziari**: gli onorari, le commissioni, gli interessi e altre forme di remunerazione;
  - c) per gli **appalti riguardanti la progettazione**: gli onorari, le commissioni da pagare e altre forme di remunerazione;

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- d) per gli appalti pubblici di servizi che non fissano un prezzo complessivo:
  - 1) in caso di appalti di durata determinata pari o inferiore a 48 mesi, il valore complessivo stimato per l'intera loro durata;
  - 2) in caso di appalti di durata indeterminata o superiore a 48 mesi, il valore mensile moltiplicato per 48.

## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 15. Il calcolo del valore stimato di un **appalto misto di servizi e forniture** si fonda sul valore totale dei servizi e delle forniture, prescindendo dalle rispettive quote. **Tale calcolo comprende il valore delle operazioni di posa e di installazione.**
- 16. Per gli **accordi quadro** e per i **sistemi dinamici di acquisizione**, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato al netto dell'IVA del complesso degli appalti previsti durante l'intera durata degli accordi quadro o del sistema dinamico di acquisizione.

## **Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti**

- 17. Nel caso di parternariati per l'innovazione, il valore da prendere in considerazione è il valore massimo stimato, al netto dell'IVA, delle attività di ricerca e di sviluppo che si svolgeranno per tutte le fasi del previsto parternariato, nonché delle forniture, dei servizi o dei lavori da mettere a punto e fornire alla fine del parternariato.

# Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- 18. Sul valore del contratto di appalto viene calcolato l'importo dell'anticipazione del prezzo pari al 20% da corrispondere all'appaltatore entro 15 giorni dall'effettivo inizio della prestazione dei lavori. L'erogazione dell'anticipazione, consentita anche nel caso di consegna in via d'urgenza, ai sensi dell'art. 32, c. 8, del presente codice, è subordinata alla costituzione di garanzia fidejussoria bancaria o assicurativa di importo pari all'anticipazione maggiorato del tasso di interesse legale applicato al periodo necessario al recupero dell'anticipazione stessa secondo il cronoprogramma della prestazione dei lavori. La predetta garanzia è rilasciata da imprese bancarie autorizzate ai sensi del D.Lvo 1.9.1993, n. 385, o assicurative autorizzate alla copertura dei rischi ai quali si riferisce l'assicurazione e che rispondano ai requisiti di solvibilità previsti dalle leggi che ne disciplinano la rispettiva attività. La garanzia può essere, altresì, rilasciata dagli intermediari finanziari iscritti nell'albo degli intermediari finanziari di cui all'art. 106 del D.lvo 1.9.93, n. 385.



## Art. 35 Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti

- L'importo della garanzia viene gradualmente ed automaticamente ridotto nel corso **della prestazione dei lavori**, in rapporto al progressivo recupero dell'anticipazione da parte delle stazioni appaltanti. Il beneficiario decade dall'anticipazione, con obbligo di restituzione, se l'esecuzione **della prestazione dei lavori** non procede, per ritardi, a lui imputabili, secondo i tempi contrattuali. Sulle somme restituite sono dovuti gli interessi legali con decorrenza dalla data di erogazione dell'anticipazione.

# **GLI AFFIDAMENTI DIRETTI E LE PROCEDURE NEGOZiate SOTTOSOGLIA**

AVV. ALBERTO PONTI

# **LE PRINCIPALI MODIFICHE ALL'ART. 36 DEL D.LVO 50/16**

COMM A	D.LVO 50/16 ORIGINARIO	CON D.LVO 56/17	D.L. 32/19 CON L. 55/19	DL 76/20 CON L. 120/20	DL 77/21 CON L. 108/21
1	<p>1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché del rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.</p>	<p>1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi <b>di cui agli articoli 30, c. 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti</b> e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. <b>Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50</b></p>		<p>L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, c. 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. <b>Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50</b></p>	

COMMA	D.LVO 50/16 ORIGINARIO	CON D.LVO 56/17	D.L. 32/19 CON L. 55/19	DL 76/20 CON L. 120/20	DL 77/21 CON L. 108/21
2 LETT. A	<p>2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:</p> <p>a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta.</p>	<p>2. Fermo restando ....:</p> <p>a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto <b>anche senza previa consultazione di due o più operatori economici</b> o per i lavori in amministrazione diretta.</p>		<p>2. Fermo restando ...</p> <p>a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. <b>La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria</b></p> <p><b>ART. 1 DL 76/20 DEROGA ART. 36</b></p> <p><b>..a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;</b></p>	<p>2. Fermo restando ...</p> <p>a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a <b>139.000</b> euro. <b>In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al D.LVO 18.4.2016, n. 50 e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione</b></p>

COMMA	D.LVO 50/16 ORIGINARIO	CON D.LVO 56/17	D.L. 32/19 CON L. 55/19	DL 76/20 CON L. 120/20	DL 77/21 CON L. 108/21
2 lett. B	<p>2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:</p> <p>b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p>	<p>2. Fermo restando ....:</p> <p>b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, <b>di almeno 10 operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture</b> di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p>	<p>2. Fermo restando ....:</p> <p>b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante <b>affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi, ove</b> esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura <b>di cui al periodo precedente</b>. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p>	<p><b>ART. 1 DL 76/20 DEROGA ART. 36</b></p> <p>b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lvo n. 50/ 2016, previa consultazione di almeno 5 operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, 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 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lvo n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000,00 di euro, ovvero di almeno 15 operatori per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000,00 di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lvo n. 50/2016.</p> <p>Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali.</p> <p>L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.</p>	<p>b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lvo n. 50 del 2016, previa consultazione di <b>almeno 5 operatori economici</b>, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, 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 <b>a 139.000 euro</b> e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del D.Lvo n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore <b>a un milione di euro, ovvero di almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del D.Lvo n. 50/16</b>.</p> <p>Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali.</p> <p>L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.</p>

COMMA	D.LVO 50/16 ORIGINARIO	CON D.LVO 56/17	D.L. 32/19 CON L. 55/19	DL 76/20 CON L. 120/20	DL 77/21 CON L. 108/21
2 lett. C	<p>2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:</p> <p>c) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno 10 operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p>		<p>2. Fermo restando...</p> <p>c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;</p> <p>cbis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'art 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati</p>		

COMMA	D.LVO 50/16 ORIGINARIO	CON D.LVO 56/17	D.L. 32/19 CON L. 55/19	DL 76/20 CON L. 120/20	DL 77/21 CON L. 108/21
2 lett. D	<p>2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità:</p> <p>d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie</p>		<p>2. Fermo restando...</p> <p>d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8</p>		

**buocra**  
**italia**



# Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale

**(estratto norme in tema di appalti)**

**D.L. 16.7.2020 n. 76 (G.U. 16.7.2020 n. 178) con L.  
11.9.2020, n. 120 (GU n. 228 del 14.9.2020 - Suppl.  
Ordinario n. 33)**

**MODIFICATO DA DL 30.5.2021, N. 77 convertito nella L.  
108/2021**

Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- 1. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, **in deroga** agli articoli 36, c. 2, e 157, c. 2, del D.Lvo 18.4.2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, **si applicano** le procedure di affidamento di cui ai **commi 2, 3 e 4**, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato **entro il ~~31 dicembre 2021~~ 30 giugno 2023**

Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente **avviene entro il termine di 2 mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a 4 mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b)**. Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso **possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.**

## Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- 2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del D.Lvo n. 50/2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lvo n. 50/2016 secondo le seguenti modalità:
  - ~~a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;~~
  - a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, **anche senza consultazione di più operatori economici**, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione;

## Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'art. 63 del D.Lvo n. 50 del 2016, previa consultazione di **almeno 5 operatori economici**, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di **rotazione degli inviti**, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, 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 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del D.Lvo n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, ovvero di almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000,00 di euro, ovvero di almeno 15 operatori per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000,00 di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del D.Lvo n. 50 del 2016.~~ di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del D.Lvo n. 50/2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno 10 operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del D.Lvo n. 50/2016



Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali.
- L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

# Art. 51 DL 77/2021

- 3. Le modifiche apportate dal comma 1, lettera a), numero 2), numeri 2.1 e 2.2, all'articolo 1, comma 2, lettere a) e b), del decreto-legge n. 76 del 2020, **si applicano alle procedure avviate dopo l'entrata in vigore del presente decreto.** Per le procedure i cui bandi o avvisi di indizione della gara siano pubblicati prima dell'entrata in vigore del presente decreto ovvero i cui inviti a presentare le offerte o i preventivi siano inviati entro la medesima data continua ad applicarsi il citato articolo 1 del decreto-legge n. 76 del 2020 nella formulazione antecedente alle modifiche apportate con il presente decreto.

## Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- 3. Gli **affidamenti diretti** possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, c. 2, del D.Lvo n. 50 del 2016. **Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo 95, c. 3, del D.Lvo 18.4.2016, n. 50, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso. Nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso, le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'articolo 97, c. 2, 2-bis e 2-ter, del D.Lvo n. 50 del 2016, anche qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque.**

# TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 2.3.2021, n. 449

- Per le procedure di gara disciplinate dall'art.1 DL 76/2020 il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale trova applicazione anche se non richiamato nella legge di gara. Tale previsione, intesa ad assicurare una maggiore rapidità nelle procedure di aggiudicazione, rendendo automatici alcuni passaggi (cfr. TAR Piemonte, Sez I, 17.11.2020, n. 736), sebbene la lettera di invito, il disciplinare di gara e il verbale di aggiudicazione non facciano alcun cenno a tale norma, è comunque efficace in ragione del rango legislativo di cui è dotata. Non convince il diverso orientamento emerso in giurisprudenza (TAR Puglia Lecce, Sez. II, 22.1.2021, n. 113), secondo cui tale norma non potrebbe essere applicata se non richiamata dalla legge speciale di gara, in quanto i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (Cons. Stato, Ad. Plen., 27.7. 2016, n. 19; CGUE, sentenza 2.6.2016, in causa C-27/15, Pippo Pizzo). Nel caso di specie (RDO Mepa di lavori), infatti, l'art. 1, c. 3 d.l. n. 76/2020 non pone una condizione sostanziale o procedurale relativa alla partecipazione dell'appalto, ma fissa una regola per l'amministrazione, che deve escludere automaticamente gli operatori la cui offerta si ponga oltre alla soglia di anomalia.

## Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici **sotto soglia** (art. 1)

- 4. Per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la stazione appaltante **non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 93 del D.Lvo n. 50 del 2016**, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in altro atto equivalente. **Nel caso in cui sia richiesta la garanzia provvisoria, il relativo ammontare è dimezzato rispetto a quello previsto dal medesimo articolo 93.**
- 5. Le disposizioni del presente articolo si applicano anche alle procedure **per l'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e svolgimento delle prove dei concorsi pubblici** di cui agli articoli 247 e 249 del DL 19.5.2020, n. 34, **convertito, con modificazioni, dalla legge 17 luglio 2020, n. 77, di seguito citato anche come "decreto-legge 19 maggio 2020, n. 34"**, fino all'importo di cui alla lettera d), comma 1, dell'articolo 35 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

Chiarimenti sugli obblighi di pubblicità ai sensi dell'articolo 1, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla legge 11 settembre 2020 n. 120, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale”

**MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021**

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Come noto, il decreto legge n. 76/2020, recante “Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale”, contiene numerose disposizioni che incidono sui diversi settori di competenza del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti ed interviene, in primo luogo, sulla disciplina delle procedure di affidamento degli appalti pubblici, sotto e sopra soglia comunitaria, mediante misure di semplificazione e velocizzazione, in alcuni casi a regime (ovvero attraverso la modifica del decreto legislativo 18.4.2016, n. 50, di seguito, “Codice dei contratti” o “Codice”) e in altri in via temporanea.
- Come già chiarito con la circolare del 18 novembre u.s. a firma del Sig. Ministro, per gli appalti sotto soglia, fino al 31 dicembre 2021, sarà possibile procedere agli affidamenti diretti sino ad euro 150 mila per i lavori, nonché utilizzare le procedure di gara senza bando fino al raggiungimento delle soglie comunitarie di cui all’articolo 36 e 63 del Codice dei contratti.

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Per gli affidamenti sopra soglia comunitaria, oltre alla riduzione dei termini procedurali, sarà possibile il ricorso alle procedure negoziate senza bando quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere rispettati.
- Con riferimento alle modalità di svolgimento delle procedure di affidamento sotto soglia, si ritiene opportuno ricordare che l'articolo 1, c. 2, lettera b) del decreto legge n. 76/2020 subordina l'utilizzo della procedura negoziata senza bando di cui all'articolo 63 del codice dei contratti pubblici alla consultazione di un numero di operatori (5, 10, 15) graduato a seconda dell'importo dell'affidamento. Al contempo, viene precisato che gli operatori economici devono essere individuati sulla base di indagini di mercato o tramite appositi elenchi e che le stazioni appaltanti nella formulazione degli inviti devono rispettare un criterio di rotazione, che tenga conto anche della diversa dislocazione territoriale delle imprese.

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Orbene, la disposizione, nella sua originaria formulazione, prevedeva che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento dovesse contenere anche l'indicazione dei soggetti invitati.
- Durante i lavori parlamentari di conversione del decreto – legge, la disposizione è stata integrata mediante l'inserimento di un periodo del seguente tenore testuale: “Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali”.
- E', dunque, evidente la “ratio legis” che, al fine di garantire la più ampia trasparenza dell'azione amministrativa e come necessario contrappeso all'innalzamento delle soglie di riferimento e alla relativa riduzione del numero di operatori da consultare, impone specifici obblighi in capo alle stazioni appaltanti, che devono dare evidenza sia dell'avvio delle procedure negoziate di cui all'articolo 1, c. 2, lettera b), del decreto-legge in oggetto, sia dei risultati della procedura di affidamento, con la precisazione che solo quest'ultimo avviso conterrà anche l'indicazione dei soggetti invitati.

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Quanto alle modalità di espletamento delle procedure negoziate, si evidenzia che esse si articoleranno in **2 fasi**:
- 1) una prima fase di scelta, da parte delle stazioni appaltanti, degli operatori da invitare al confronto competitivo mediante lo svolgimento di indagini di mercato (preordinate a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento) oppure previa consultazione di elenchi di operatori economici;
- 2) una seconda fase, che vede il confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e che si conclude con la scelta dell'affidatario.

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Nel caso in cui la stazione appaltante decida di fare ricorso ad indagini di mercato, le linee guida n. 4 dell'ANAC prevedono che “la stazione appaltante assicura l’opportuna pubblicità dell’attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine, la stazione appaltante pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o ricorre ad altre forme di pubblicità. **La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in 15 giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di cinque giorni.”.**

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.
- Pertanto, nell'ipotesi in cui l'Amministrazione scelga di condurre un'indagine di mercato, la pubblicazione dell'avviso relativo all'avvio dell'indagine di mercato sul proprio sito istituzionale, di cui alle cennate Linee Guida, deve ritenersi, anche in ossequio alla finalità di semplificazione amministrativa che ispira l'intero decreto legge n. 76/2020, necessaria in quanto soddisfattiva dell'obbligo di pubblicazione di avvio della procedura previsto dal citato articolo 1, c. 2, lettera b).

## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Laddove, invece, la stazione appaltante decida di utilizzare elenchi, la stessa, in applicazione delle previsioni di cui al citato articolo 1, c. 2, è tenuta a dare immediata evidenza dell'avvio della procedura negoziata mediante la pubblicazione sul proprio sito istituzionale di uno specifico avviso, recante l'indicazione anche dei riferimenti dell'elenco da cui le imprese sono state scelte. Ciò, al fine di garantire la massima trasparenza dell'azione amministrativa e di consentire, al contempo, nuove iscrizioni in detto elenco.
- A tale riguardo, si richiama l'attenzione sulla necessità di provvedere, nel rispetto delle forme di pubblicità di cui alle predette Linee Guida 4, all'aggiornamento degli elenchi di operatori economici preesistenti all'entrata in vigore del decreto legge n. 76/2020, stante l'innalzamento delle soglie per le quali è de iure condito consentito il ricorso alle procedure negoziate ex art. 63 del codice dei contratti e l'ineludibile esigenza di assicurare la più ampia partecipazione degli operatori economici.

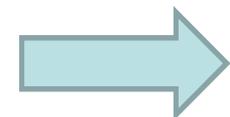
## MIT PROT. N. 523 IN DATA 13.1.2021

- Da ultimo, si coglie l'occasione per rammentare che l'articolo 2-bis del decreto legge n. 76/2020 prevede che: “Alle procedure di affidamento di cui agli articoli 1 e 2 gli operatori economici possono partecipare anche in forma di raggruppamenti temporanei di cui all'articolo 3, c. 1, lettera u), del decreto legislativo 18.4.2016, n. 50.”.
- Conseguentemente, in forza di detta disposizione, non solo gli operatori economici invitati potranno partecipare alle procedure negoziate anche sotto forma di raggruppamento temporaneo di imprese (R.T.I), – ovvero, per analogia, delle altre figure plurisoggettive, di cui al Codice dei contratti -, ma ancor prima potranno, anche in forma di R.T.I., rispondere all'indagini di mercato ovvero chiedere l'iscrizione negli elenchi tenuti dalle stazioni appaltanti e dalle stesse utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare alle procedure negoziate.

# PARERE MIT 10.12.2020 N.753

## – AFFIDAMENTO DIRETTO

- Quesito
- Con riferimento all'istituto dell'affidamento diretto, disciplinato nell'art. 36, comma 2, del D.Lgs. 50/16 e come modificato dall'art. 1 della L. 120/20, ferme le soglie per forniture e servizi e per lavori e fermo il possesso dei requisiti di legge in capo agli operatori, Si domanda: 1) se debba interpretarsi come facoltà di affidare “sine causa” ad una determinata impresa senza necessità di confronto concorrenziale con altri operatori; ovvero 2) come affidamento ad un determinato operatore, motivandone le ragioni della scelta: ad esempio, necessità ed urgenza, motivi di privativa commerciale, ed, in via generale, i motivi della procedura negoziata senza bando di cui all'art. 63 del Codice; ovvero 3) se debba intendersi come modalità, meno formale rispetto alle altre procedure, che postula, comunque, una consultazione di mercato in maniera sostanziale attraverso richieste di preventivi, sondaggi, ecc. ?



# PARERE MIT 10.12.2020 N.753

## – AFFIDAMENTO DIRETTO

- Risposta
- Con riferimento a quanto richiesto, si rappresenta che l'affidamento diretto previsto dall'art. 1, c. 2 della legge n. 120/2020 in deroga all'art. 36, c. 2, del codice **non presuppone una particolare motivazione nè lo svolgimento di indagini di mercato**. Il legislatore, infatti, per appalti di modico importo ha previsto tali modalità di affidamento semplificate e più “snelle” al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi. **L'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una best practice**. **Resta fermo che occorre procedere nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2020**. Si ricorda, inoltre, che l'amministrazione può procedere all'affidamento diretto tramite determina in forma semplificata ai sensi dell'art. 32, c. 2 del d.lgs. 50/2016. Tale atto conterrà, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

AVV. ALBERTO PONTI

# PARERE MIT 20/10/2020 N. 764 – AFFIDAMENTO DIRETTO

- Quesito
- Si chiede se il seguente ragionamento sia corretto: il D.Lgs. 50/16 prima dell'entrata in vigore del decreto Sblocca Cantieri, prevedeva già una procedura snella ed efficace per l'effettuazione degli acquisti sotto i 40.000 € + IVA, l'affidamento diretto. Pretendere che oltre i 1.000 €+IVA e fino a tale soglia si debba necessariamente effettuare un'RDO MEPA anche ripetuta finalizzata all'acquisizione di 3 preventivi non è conforme alla norma oltre ad essere causa di possibile congestione ed isteresi amministrativa con causa di danno per l'elevato impiego di risorse umane e temporali rispetto all'importo dell'acquisto. È invece conforme alla volontà del legislatore rendere le procedure per tale fascia più snelle acquisendo un preventivo o due da ditte iscritte al mepa e, col migliore, divenire ad un affidamento diretto tramite stipula di una trattativa diretta mepa.



# PARERE MIT 20/10/2020 N. 764 – AFFIDAMENTO DIRETTO

- Risposta
- Si rappresenta che per gli affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro per lavori e di importo inferiore a 75.000 per servizi, il d.l. semplificazioni ha previsto l'applicazione dell'affidamento diretto. L'affidamento diretto, in quanto tale, avviene sic et simpliciter e dunque non presuppone una particolare motivazione né, tanto meno, l'esperimento di indagini di mercato. Non è neppure prescritto l'obbligo di richiedere preventivi. Il legislatore, infatti, per appalti di modico importo ha previsto tali modalità di affidamento semplificate e più "snelle" al fine di addivenire ad affidamenti in tempi rapidi. Resta fermo che occorre procedere nel rispetto dei principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016. L'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una best practice, salvo che ciò comporti una eccessiva dilazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l'intero decreto semplificazione. Giova inoltre precisare che, negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione. Quanto all'eventuale richiesta di preventivi ed alle relative modalità, rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante, competente in materia, determinare le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione del proprio contraente diretto

AVV. ALBERTO PONTI

PARERE MIT 15/10/2020, N. 757

**Richiesta chiarimenti sull'affidamento dei servizi di  
architettura ed ingegneria**

- **Quesito**
- A seguito dell'entrata in vigore della conversione in legge del c.d. Decreto Semplificazioni, quali sono precisamente i limiti di importo e le corrette procedure per l'affidamento dei servizi in oggetto? Fino ad euro 75.000 + IVA affidamento diretto, da euro 75.000 + IVA ad euro 100.000 + IVA procedura negoziata con 5 OE e criterio del prezzo più basso mentre sopra gli euro 100.000 + IVA e fino alla soglia comunitaria procedura negoziata con 5 OE ma con criterio OEPV?



## PARERE MIT 15/10/2020, N. 757

### Richiesta chiarimenti sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria

- **Risposta**

- Preliminarmente, preme precisare che la Legge 11.9.2020, n. 120 all'art. 1 deroga espressamente sia all'art. 36 c. 2 che all'art. 157, c. 2 del Codice degli appalti che disciplina gli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria. In relazione a tali affidamenti, pertanto, secondo la novella:
  - a) fino a 75.000 euro si procederà mediante affidamento diretto;
  - b) fino a 214.000 euro per le amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali e fino a 139.000 euro per le amministrazioni aggiudicatrici centrali si procederà mediante procedura negoziata previa consultazione di almeno 5 operatori ove esistenti (infatti, l'art. 1, c. 2, lett., b della legge n. 120/2020 prescrive tale procedura 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 75.000 euro e “fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50/2016”).

## PARERE MIT 15/10/2020, N. 757

### Richiesta chiarimenti sull'affidamento dei servizi di architettura ed ingegneria

- Quanto al criterio da utilizzare per i servizi in argomento, le SA utilizzeranno il criterio di aggiudicazione dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo per gli affidamenti di importi pari o superiori a 75.000,00 euro, ravvisandosi, al di sotto del predetto limite di valore, un'ipotesi di affidamento diretto, per il quale non vengono in considerazione criteri di aggiudicazione.
- Per importi al di sotto della predetta soglia, le SA potranno invece nell'ambito della determina a contrarre, o atto equivalente, evidenziare le ragioni – qualitative ed economiche – poste a fondamento dell'individuazione dell'affidatario diretto.
- Quanto agli affidamenti di servizi di architettura e ingegneria al di sopra dei 75.000 euro, dovrà essere utilizzato il criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo in quanto, l'art. 1 c. 3 della legge 120/2020 fa espressamente salvo quanto disposto dall'art. 95, c. 3 del Codice. Si ricorda che la richiamata norma, tra le ipotesi in cui è obbligatorio l'utilizzo del criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, annovera espressamente i servizi di architettura e ingegneria.

## MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI - Parere n. 735 del 24/09/2020

- **Quesito: D.L. Semplificazioni. Ricorso a procedure ordinarie.**
- A seguito dell'entrata in vigore e successiva conversione in legge del D.L. 16/07/2020, n. 76, si chiede di conoscere: a) se le modalità di affidamento degli appalti in deroga all'art. 36, c. 2, D.Lgs. n. 50/2016, previste dall'art. 1, c. 2, del decreto, siano da intendersi come obbligatorie o come facoltative, residuando in quest'ultimo caso la facoltà per la stazione appaltante di fare comunque ricorso alle procedure ordinarie (procedure aperte); b) in caso di possibilità di ricorso alle procedure ordinarie, se a tali procedure siano applicabili le disposizioni derogatorie di cui ai commi 3 e 4 del prefato art. 1.



# MINISTERO DELLE INFRASTRUTTURE E DEI TRASPORTI - Parere n. 735 del 24/09/2020

- **Risposta**
- Con riferimento a quanto richiesto si rappresenta che il decreto semplificazioni, convertito con legge n. 120/2020 prescrive l'applicazione delle procedure enucleate all'art. 1, c. 2 del richiamato decreto. Non si tratta di una disciplina facoltativa; le nuove procedure sostituiscono infatti, fino al 31.12.2021, quelle contenute all'art. 36 del d.lgs. 50/2016. Si tratta di procedure di affidamento più snelle e "semplificate", introdotte nell'ottica di rilanciare gli investimenti ed accelerare gli affidamenti pubblici. Tenendo conto di tale finalità, cui è sotteso il nuovo assetto normativo in materia di contratti pubblici, **si ritiene che non sia comunque precluso il ricorso alle procedure ordinarie, in conformità ai principi di cui all'art. 30 del d.lgs. 50/2016, a condizione che tale possibilità non sia utilizzata per finalità dilatorie. Gli affidamenti dovranno avvenire comunque nel rispetto dei tempi previsti dal nuovo decreto e potranno essere utilizzate le semplificazioni procedurali introdotte. In tal caso, si consiglia di dar conto di tale scelta mediante motivazione.** Con riferimento alla seconda domanda, si ritiene che i commi 3 e 4 dell'art. 1 si applichino laddove siano utilizzate le procedure previste al comma 2

AVV. ALBERTO PONTI

# PARERE MIT 16.9.2020, N. 729

- **Quesito**

- La legge di conversione del decreto semplificazioni all'art. 1, prevede quanto in oggetto: si è del parere che, tale avviso, non debba essere una manifestazione di interesse poiché, altrimenti, le pratiche anziché essere semplificate si aggraverebbero sistematicamente di un'attesa minima di 15 giorni e della gravosità connessa al dover gestire la moltitudine di OE manifestanti interesse, **bensì trattasi invece di un semplice avviso teso a garantire la trasparenza amministrativa nel quale si indica semplicemente che è stato dato avvio alla procedura negoziata senza bando ai sensi della norma in parola.** È effettivamente così?

- **Risposta**

- **Si ritiene che si tratti di un avviso teso a garantire la trasparenza amministrativa.** Si specifica che restano fermi gli obblighi di trasparenza di cui all'art. 29 del d.lgs. 50/2016, conseguentemente anche l'obbligo di pubblicare tutti gli atti di cui all'art. 29, comma 1, sul sito SCP del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti

# Parere MIT 23/7/2020, n. 698

- **Quesito**
- La delibera ANAC n. 827/2019 indica che, la scelta degli OE sulla base del criterio cronologico in risposta ad una manifestazione d'interesse (per gare a procedura ristretta o negoziata), non sia attuabile: esistono invece altre sentenze e/o autorevoli pareri che affermano il contrario? L'alternativa a tale sistema, sempre a parere dell'ANAC, sarebbe l'effettuazione di un sorteggio che però, ad avviso dello scrivente, parrebbe una soluzione molto più contestabile del criterio cronologico e sicuramente più gravoso in termini burocratici: come si effettua un sorteggio? Occorre nominare una commissione che estrae da un'urna dei biglietti contenenti i nomi delle ditte? Oppure è possibile utilizzare ausili informatici quali ad esempio la funzione di sorteggio del programma EXCEL e, una volta effettuato il sorteggio, stampare il risultato e conservare tale documento agli atti debitamente firmato della commissione? In alternativa alla commissione, può il RUP svolgere autonomamente tale sorteggio conservando agli atti il risultato? Occorre poi dare comunicazione a tutti gli OE che hanno manifestato interesse dell'esito del sorteggio?

# Parere MIT 23/7/2020, n. 698

- **Risposta**
- Relativamente ai quesiti posti, si premette che in applicazione degli artt. 40 e 44 del Codice occorre digitalizzare le procedure di affidamento: **le piattaforme e-procurement contemplano, infatti, la funzione “sorteggio”**, nel caso in cui la stazione appaltante voglia procedere ad una limitazione degli inviti. **Si specifica poi che, sebbene sia preferibile non limitare la concorrenza, qualora la stazione appaltante decida di limitare il numero degli inviti, è sufficiente che il metodo sia trasparente e che venga preventivamente indicato dalla S.A.** Ad ogni modo, in conformità ai più recenti orientamenti giurisprudenziali nonché dell’ANAC, **si ritiene preferibile ricorrere al sistema del sorteggio, ove non siano stati previsti altri criteri oggettivi per la selezione dei fornitori, a condizione che ciò sia stato debitamente reso noto nell’avviso a manifestare interesse.** **Ciò in quanto, il criterio di selezione basato sull’ordine cronologico di arrivo, cioè sulla tempestività della domanda, non è in grado di garantire la medesima casualità del sorteggio.** **Si rappresenta, inoltre, che il RUP può procedere direttamente al sorteggio senza alcuna necessità di nominare una commissione ad hoc.**

AVV. ALBERTO PONTI

# TAR SICILIA 14.5.2021, n. 1536

## – Affidamento diretto

- ... l'ANAC ha osservato, infatti che: *“sebbene l'art. 1 del d.l. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno”* (parere ANAC del 3 agosto 2020 parere reso in sede di approvazione al Senato).
- **Detto altrimenti, l'affidamento diretto non costituisce il modulo procedimentale sottosoglia al quale le stazioni appaltanti debbano obbligatoriamente fare ricorso.**



# TAR SICILIA 14.5.2021, n. 1536

## – Affidamento diretto

- A differenti conclusioni non induce il richiamo, operato dalla parte ricorrente, al parere del Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 735/2020 in relazione all'obbligo da parte delle stazioni appaltanti di motivare il ricorso all'evidenza pubblica: sia in quanto il predetto parere non può ritenersi vincolante nei confronti del Comune di XXXX, come dedotto dalla parte resistente; sia in quanto **lo stesso parere si limita, in ogni caso, solamente a “suggerire” di dare un riscontro nella motivazione per la scelta della procedura di evidenza pubblica ordinaria rispetto a quella “emergenziale” in deroga dell'affidamento diretto**



# TAR SICILIA 14.5.2021, n. 1536

## – Affidamento diretto

- Privo di pregio è l'ulteriore profilo circa il mancato rispetto dei termini, previsto dal decreto semplificazioni per la conclusione della procedura di gara: tale rilievo, infatti, limitato alla procedure semplificate qui non applicabili per le considerazioni di cui sopra, non potrebbe comunque comportare l'illegittimità, per ciò solo, degli atti di gara riverberandosi, se del caso, unicamente sulla responsabilità amministrativa del R.U.P..

# TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... L'affidamento diretto, anche qualora preceduto dall'acquisizione di preventivi, è una modalità di affidamento autonoma, distinta sia dalla procedura negoziata sia dalle procedure ordinarie, ed è caratterizzata dalla informalità.
- Tale procedura non è sottoposta alle singole disposizioni del Codice, ma deve in ogni caso garantire il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, c. 1, 34 e 42 del Codice, nonché del principio di rotazione.
- Le singole disposizioni del Codice devono ritenersi applicabili solo se espressive di principi generali o se espressamente richiamate negli atti di gara in ragione di un auto vincolo della stazione appaltante.



# TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... Invero l'affidamento diretto è una procedura informale per la quale il legislatore ha evitato di imporre una precisa sequenza procedimentale, consentendo alle stazioni appaltanti di adattarne lo svolgimento alle caratteristiche dell'appalto, in base al principio di proporzionalità.
- La richiesta dei preventivi costituisce la garanzia minima del principio di concorrenza imposta dal legislatore, mentre le stazioni appaltanti hanno in ogni caso il potere-dovere di svolgere la procedura in modo da assicurare il rispetto dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, tenendo conto delle specificità dell'affidamento.
- Le stazioni appaltanti possono in definitiva introdurre forme di garanzia della concorrenza ulteriori rispetto alla mera richiesta di preventivi, senza con ciò vincolarsi all'applicazione integrale della disciplina relativa alle procedure ordinarie e senza incorrere in una violazione del principio di tipicità delle procedure ....



## TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... la scelta del Comune di consentire a tutti gli operatori interessati di presentare direttamente un'offerta subito dopo la pubblicazione dell'avviso, senza attendere la richiesta del preventivo, e predeterminando gli elementi e i sub elementi di valutazione delle medesime offerte, risulta una legittima misura di rafforzamento della concorrenza e non una violazione del principio di tipicità delle procedure di scelta del contraente.

# Consiglio di Stato, sez. IV, 23.4.2021, n. 3287

- La mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), **NON trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara.**

# TAR Calabria Catanzaro, sez. I, 2.3.2021, n. 449

- Per le procedure di gara disciplinate dall'art.1 DL 76/2020 **il meccanismo dell'esclusione automatica delle offerte anomale trova applicazione anche se non richiamato nella legge di gara.** Tale previsione, intesa ad assicurare una maggiore rapidità nelle procedure di aggiudicazione, rendendo automatici alcuni passaggi (cfr. TAR Piemonte, Sez I, 17.11.2020, n. 736), **sebbene la lettera di invito, il disciplinare di gara e il verbale di aggiudicazione non facciano alcun cenno a tale norma, è comunque efficace in ragione del rango legislativo di cui è dotata.** Non convince il diverso orientamento emerso in giurisprudenza (TAR Puglia Lecce, Sez. II, 22.1.2021, n. 113), secondo cui tale norma non potrebbe essere applicata se non richiamata dalla legge speciale di gara, in quanto i principi di trasparenza e di parità di trattamento che disciplinano tutte le procedure di aggiudicazione di appalti pubblici richiedono che le condizioni sostanziali e procedurali relative alla partecipazione ad un appalto siano chiaramente definite in anticipo e rese pubbliche, in particolare gli obblighi a carico degli offerenti, affinché questi ultimi possano conoscere esattamente i vincoli procedurali ed essere assicurati del fatto che gli stessi requisiti valgono per tutti i concorrenti (Cons. Stato, Ad. Plen., 27.7. 2016, n. 19; CGUE, sentenza 2.6.2016, in causa C-27/15, Pippo Pizzo). **Nel caso di specie (RDO Mepa di lavori), infatti, l'art. 1, c. 3 d.l. n. 76/2020 non pone una condizione sostanziale o procedurale relativa alla partecipazione dell'appalto, ma fissa una regola per l'amministrazione, che deve escludere automaticamente gli operatori la cui offerta si ponga oltre alla soglia di anomalia.**

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. ~~Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.~~ Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50.
- 2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, secondo le seguenti modalità:
  - a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria;

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di 3 **preventivi**, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

# DIFFERENZA PREVENTIVO/OFFERTA

- **OFFERTA**

- Proposta di prezzo da parte dell'acquirente in una vendita o da parte di un concorrente in una gara d'appalto
- Il prezzo che si offre per un oggetto che si vuole acquistare: mi faccia un'offerta, mi dica quanto intende pagare; tenersi basso nell'offerta; mi ha fatto un'offerta irrisoria. Analogamente, nelle vendite all'asta
- Nel linguaggio economico, la serie di quantità di un bene o servizio che vengono offerte ai differenti prezzi, o anche la quantità massima che i produttori-venditori sono disposti a offrire in corrispondenza di ogni prezzo, e che dipende dalla struttura dei costi, dallo stato della tecnica e dalla struttura del mercato

- **PREVENTIVO**

- Calcolo dei costi previsti per un lavoro, un servizio ecc.; bilancio ipotizzato di un'azienda, di un ente || mettere in preventivo, preventivare
- Che si fa in precedenza, anticipatamente, soprattutto nell'espressione calcolo p. (e assol. preventivo, s. m.), calcolo di previsione del costo di un determinato lavoro: fare un calcolo preventivo (o un preventivo) delle spese, degli incassi
- Previsione di una spesa da sostenere, del costo di un lavoro da fare: un preventivo di spesa di circa due milioni

# Art. 36 Contratti sotto soglia

b) ~~per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 3 operatori economici per i lavori e, per i servizi e le forniture di almeno 5 operatori economici~~ individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. ~~I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio dei mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente.~~ L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

# Art. 36 Contratti sotto soglia

c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c -bis ) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati.

## **Art. 36 Contratti sotto soglia**

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

# Art. 36 Contratti sotto soglia

~~c) per i lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;~~

~~d) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie fermo restando quanto previsto dall'art. 95, c. 4, lettera a).~~ per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 3. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'art. 1, c. 2, lettera e), del presente codice, relativi alle **opere di urbanizzazione a scomputo** per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2.
- 4. Nel caso di **opere di urbanizzazione primaria** di importo inferiore alla soglia di cui all'art. 35 comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, c. 2-bis, del DPR 6 giugno 2001, n. 380.

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- ~~5. Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito.~~
- ~~5. Le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura. Se si avvalgono di tale facoltà, le stazioni appaltanti verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrano motivi di esclusione e che sussistano i requisiti e le capacità di cui all'articolo 83 stabiliti dalla stazione appaltante; tale controllo è **esteso, a campione**, anche sugli altri partecipanti, secondo le modalità indicate nei documenti di gara. Sulla base dell'esito di detta verifica, si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'articolo 97. Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto.~~

## **Art. 36 Contratti sotto soglia**

- **6. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.**

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 6bis. Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del ~~decreto~~ **provvedimento** di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica è effettuata attraverso la ~~Banca dati nazionale degli operatori economici~~ **Banca dati nazionale dei contratti pubblici** di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza nei mercati elettronici.

## Art. 36 Contratti sotto soglia

- 6 ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico-professionali, ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6bis

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- ~~• 6-bis. Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5.~~

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- ~~6bis Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica sarà effettuata attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza ai mercati elettronici~~

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- ~~6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali.~~
- ~~6-quater. In luogo del DGUE, i soggetti che gestiscono mercati elettronici ovvero che istituiscono o gestiscono un sistema dinamico di acquisizione per lavori, servizi e forniture possono predisporre formulari standard mediante i quali richiedere e verificare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 ed ogni eventuale ulteriore informazione necessaria all'abilitazione o all'ammissione. Nell'ambito della fase del confronto competitivo la stazione appaltante utilizza il DGUE per richiedere eventuali informazioni, afferenti la specifica procedura, ulteriori a quelle già acquisite in fase di abilitazione o ammissione.~~

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 7. ~~L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro 90 giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle~~ Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle, **indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.** ~~Nelle predette linee guida~~ Nel ~~predetto regolamento~~ sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, ~~nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'art. 216, c. 9.~~ Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- **8. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi** per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza.

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 9. In caso di ricorso alle procedure ordinarie, nel rispetto dei principi previsti dall'art. 79, i termini minimi stabiliti negli artt. 60 e 61 possono essere ridotti fino alla metà. I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'art. 73, c. 4 con gli effetti previsti dal c. 5, del citato articolo. Fino alla data di cui all'art. 73, c. 4 per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a 500.000 euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla GURI serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a 500.000 euro sono pubblicati nell'Albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

# Art. 36 Contratti sotto soglia

- 9-bis. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa

# Consiglio di Stato sez. V 24/5/2021 n. 3999

- E' ormai consolidato l'orientamento che limita l'applicazione del principio di rotazione degli inviti o degli affidamenti alle procedure negoziate (di recente in tal senso Sez. V, 13.10.2020, n. 6168). .... **Nel caso di specie, la procedura di gara non è riconducibile a una procedura negoziata ristretta. Il procedimento di gara si è svolto sulla piattaforma M.E.P.A., mediante richiesta di offerta rivolta a tutti gli operatori iscritti al portale telematico. Ciò delinea un meccanismo di apertura alla partecipazione degli operatori economici del settore interessato, che esclude qualsiasi intervento dell'amministrazione appaltante nella fase di selezione o individuazione preliminare degli operatori economici da invitare alla procedura.** Pertanto, seppure la procedura descritta presenti profili peculiari (che finiscono col forgiare una sorta di procedura mista, ordinaria e negoziata), non ricorre la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale – in attuazione del principio di concorrenza – ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, la cui posizione di vantaggio nello svolgimento della procedura deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, che potrebbe consentirgli di formulare una migliore offerta rispetto ai concorrenti, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici non è elevato (in tal senso si veda il parere del Consiglio di Stato, Commissione speciale, 12.2.2018, n. 361, sulle «Linee guida» dell'Anac aggiornate sulla base delle disposizioni del d.lgs. n. 56 del 2017). Essendo assimilabile a una procedura ordinaria o comunque aperta al mercato, alla procedura in esame non è applicabile il principio di rotazione.

## Consiglio di Stato, sez. III, 21.5.2021, n. 3974

- Il frazionamento del fabbisogno di una Azienda ASL, non solo su base locale, ma anche su base temporale, posto che si è consentito l'utilizzo di una serie parallela di procedure di affidamento diretto, nell'ambito del territorio dell'Azienda sanitaria, per importi "estensibili" sino a 40.000 euro, comporta che un siffatto modus procedendi scardina il principio di corretta programmazione del fabbisogno a livello, e di fatto vanifica l'utilizzo di strumenti e procedure contrattuali coniate dal codice dei contratti pubblici quali, ad es., l'accordo quadro di cui all'art. 54; comunque eludendo, in assenza di ragioni oggettive, l'applicazione di procedure di evidenza pubblica maggiormente strutturate e garantiste, che invece si applicherebbero ove l'acquisto fosse centralizzato.

# TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... L'affidamento diretto, anche qualora preceduto dall'acquisizione di preventivi, è una modalità di affidamento autonoma, distinta sia dalla procedura negoziata sia dalle procedure ordinarie, ed è caratterizzata dalla informalità.
- Tale procedura non è sottoposta alle singole disposizioni del Codice, ma deve in ogni caso garantire il rispetto dei principi di cui agli articoli 30, c. 1, 34 e 42 del Codice, nonché del principio di rotazione.
- Le singole disposizioni del Codice devono ritenersi applicabili solo se espressive di principi generali o se espressamente richiamate negli atti di gara in ragione di un auto vincolo della stazione appaltante.



# TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... Invero l'affidamento diretto è una procedura informale per la quale il legislatore ha evitato di imporre una precisa sequenza procedimentale, consentendo alle stazioni appaltanti di adattarne lo svolgimento alle caratteristiche dell'appalto, in base al principio di proporzionalità.
- La richiesta dei preventivi costituisce la garanzia minima del principio di concorrenza imposta dal legislatore, mentre le stazioni appaltanti hanno in ogni caso il potere-dovere di svolgere la procedura in modo da assicurare il rispetto dei principi generali in materia di procedure ad evidenza pubblica, tenendo conto delle specificità dell'affidamento.
- Le stazioni appaltanti possono in definitiva introdurre forme di garanzia della concorrenza ulteriori rispetto alla mera richiesta di preventivi, senza con ciò vincolarsi all'applicazione integrale della disciplina relativa alle procedure ordinarie e senza incorrere in una violazione del principio di tipicità delle procedure ....



## TAR VENETO, SEZ. I 27.4.2021, N. 542

- ... la scelta del Comune di consentire a tutti gli operatori interessati di presentare direttamente un'offerta subito dopo la pubblicazione dell'avviso, senza attendere la richiesta del preventivo, e predeterminando gli elementi e i sub elementi di valutazione delle medesime offerte, risulta una legittima misura di rafforzamento della concorrenza e non una violazione del principio di tipicità delle procedure di scelta del contraente.

# Consiglio di Stato, sez. IV, 23.4.2021, n. 3287

- La mera proceduralizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (proceduralizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), **NON trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara.**

## T.A.R. Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389

- In riferimento agli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria – dall’art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016, va premesso che, secondo un consolidato orientamento giurisprudenziale, ampiamente condiviso, **detto principio (ndr di rotazione) deve essere applicato nei casi in cui si proceda mediante affidamento diretto (non preceduto da una fase selettiva) ovvero, nelle ipotesi di procedura negoziata, allorché l’amministrazione operi discrezionalmente la scelta dei concorrenti da invitare** (così ad es. T.A.R. Lazio, Sez. II, 9.12.2020, n. 13184). Il Consiglio di Stato ha osservato, in proposito, che **il principio in questione “costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all’amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata** (Cons. Stato, V, 12.9.2019, n. 6160); esso ha infatti l’obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l’effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all’amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, VI, 4.6.2019, n. 3755).

## T.A.R. Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389

- In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, V, 12.6.2019, n. 3943; 5.3.2019, n. 1524; 13.12.2017, n. 5854)" (Cons. Stato, Sez. V, 15.12.2020, n. 8030).

## T.A.R. Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389

- Pertanto, il principio di rotazione di per sé non impedisce la partecipazione del gestore uscente alla gara indetta per la riassegnazione del medesimo servizio; esso preclude, invece, che la scelta di rinnovare direttamente l'affidamento con il gestore uscente ovvero, nel caso procedura ristretta, di invitare ad essa tale operatore economico possa essere rimessa alla sola discrezionalità dell'amministrazione. E' quindi la discrezionalità nel selezionare gli operatori ammessi, riconosciuta all'amministrazione all'interno delle procedure negoziate, ad essere limitata da detto principio, con lo scopo di promuovere la circolazione delle commesse pubbliche tra le imprese, poste su un piano di parità, perché estranee al precedente affidamento: il principio di rotazione impedisce quindi che, nelle procedure negoziate, l'equilibrio tra gli operatori discrezionalmente prescelti dall'amministrazione possa essere alterato mediante l'invito rivolto al precedente gestore avvantaggiato dalla rendita di posizione già maturata durante il trascorso affidamento.

## T.A.R. Veneto, Sez. I, 26.3.2021, n. 389

- Di conseguenza, nelle procedure di evidenza pubblica, in caso di appalto sotto soglia, “la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Ed invero, allorquando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un’offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un’Amministrazione, ma significa non favorirlo (arg. ex T.A.R. Sardegna, sez. I, 22.5.2018, n. 493)” (T.A.R. Veneto, Sez. I, 23.9.2019, n. 1021, confermata da Cons. Stato, Sez. V, 27.11.2020, n. 7462). Come emerge anche dalle linee-guida dell’ANAC (n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206) [in questo caso richiamate dalla ricorrente], quando l’amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto a tutti gli operatori economici, non deve applicarsi il principio di rotazione, perché si è fuori dalle procedure negoziate” (così Cons. Stato, Sez. V, 22.2.2021, n. 1515).

# Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2020 n. 8030

- Il principio di rotazione costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata; esso ha infatti l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio. Lo scopo è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro.

# Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2020 n. 8030

- Indefettibile presupposto logico del principio di rotazione è l'omogeneità del servizio posto a gara rispetto a quello svolto dal soggetto nei cui confronti opera l'inibizione. Non è sufficiente che i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi (Linee guida ANAC n. 4, punto 3.6.), in quanto “ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime” (Cons. Stato, V, n. 1524 del 2019, cit.). (ndr nel caso specifico – rispetto al precedente affidamento – viene appaltato un servizio e non un lavoro, con pagamento a canone e non più a misura).

# Consiglio di Stato, sez. V, 15.12.2020 n. 8030

- Non trova applicazione il principio di rotazione, altresì, qualora la stazione appaltante predisponga gli inviti senza esercizio di alcuna discrezionalità invitando tutti gli operatori economici iscritti nell'ambito dell'elenco dei fornitori da essa gestita

# Consiglio di Stato, sez. V, del 13 ottobre 2020, n. 6168

- Non trova applicazione il cd. principio di rotazione nell'ipotesi in cui “il nuovo affidamento è avvenuto tramite una procedura nella quale la stazione appaltante non ha operato alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (Cons. Stato Sez. III, Sent. 4.2.2020, n. 875), ma è stata invece demandata al mercato l'individuazione dei concorrenti interessati a presentare la propria offerta (cfr. in tal senso Lombardia – Brescia, Sez. I, 20.11.2019, n. 993)” invitando tutti gli operatori che hanno manifestato il proprio interesse in risposta ad un avviso pubblico.

# TAR Campania, Salerno, sez. I, 17.6.2020 n.675

- 1. La gestione delle RDO Mepa deve avvenire - ai sensi dell'art. 36 del Codice – nel rispetto, tra l'altro, dei **principi di trasparenza (come antidoto preventivo a comportamenti arbitrari e, più in generale, alla questione "corruzione")** e di rotazione (funzionale ad assicurare l'avvicendamento delle imprese affidatarie per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo). Ne consegue che **è legittima la scelta della PA di optare per la soluzione di non invitare il gestore uscente**, non determinando tale decisione alcun pregiudizio per la concorrenza, posto che il principio di rotazione è volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti cd. sotto soglia, nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (Cons. Stato sez. V, 13/12/2017, n. 5854). **L'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non ha più alcuna possibilità di vantare una legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l'affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento.**



# TAR Campania, Salerno, sez. I, 17.6.2020 n.675

- 2. Il principio di rotazione comporta che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (recte, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale; rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura. Per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento - in tal senso, si veda anche la delibera 26.10.2016, n. 1097 dell’ANAC, linee-guida n. 4- (Cons. Stato, sez. V, 12.6.2019, n. 3943, e sez. V, 5.3.2019, n. 1524). **Nell’ambito di una gara di tipo “chiuso” il mancato invito del gestore uscente è diretta conseguenza del principio di rotazione previsto dalla legge, per cui la stazione appaltante non è tenuta espressamente a motivare le ragioni del mancato invito, mentre al contrario, per opposta ragione, la stazione appaltante è tenuta ad esplicita e congrua motivazione nel caso in cui ritenga sussistano particolari ragioni per non applicare il principio di rotazione e invitare anche il gestore uscente.**



# TAR Campania, Salerno, sez. I, 17.6.2020 n.675

- 3. Sull'assenza del carattere "aperto" della procedura è rilevante la circostanza che la stazione appaltante ha inoltrato le lettere di invito alle imprese iscritte nella white list della sola Prefettura di Salerno, tranne al gestore uscente, e non all'intera categoria merceologica presente a sistema o alle società abilitate delle province limitrofe oppure ancora ad un ambito territoriale più ampio

# TAR Lazio – Latina, sez. I, 15.6.2020, n. 235

- 1. L'obbligo per le stazioni appaltanti di applicare il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti negli appalti sotto soglia è sorretto dall'intento di evitare la formazione di rendite di posizione e di perseguire l'effettiva concorrenza, consentendo la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio e all'Amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. V, 31.3.2020 n. 2182).
- 2. Il principio di rotazione previsto dall' art. 36, d.lgs. n. 50 cit., non è applicabile laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (Cons. Stato, sez. III, 4.2.2020 n. 875; TAR Sardegna, sez. I, 17.12.2019 n. 892; TAR Liguria, sez. II, 30.10.2018 n. 869).
- 3. La gestione di una RDO MEPA per l'affidamento di lavori e con selezione degli operatori mediante l'apposita funzione di sorteggio prevista nell'ambito della Piattaforma Consip è soggetta al principio di rotazione avendo la stazione appaltante operato una limitazione al numero di soggetti da invitare.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III 25/4/2020 N. 2654

- Il precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura, se la procedura è aperta, ovvero se, in caso di diversa procedura, la stazione appaltante motiva le ragioni dell'invio dell'invito anche a costoro.
- Nella seconda ipotesi considerata, peraltro qui non ricorrente, l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne, anche secondo l'invocata sentenza della V Sezione 7539/2019 (“il fatto oggettivo del precedente affidamento impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente”), non già la partecipazione del precedente gestore ad una procedura aperta, bensì l'invito del medesimo ad una procedura ristretta (come ribadito dalla V Sezione nella recente sentenza n. 2182/2020).



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III 25/4/2020

## N. 2654

- Non andava pertanto motivato né l'invito a partecipare alla procedura (aperta) rivolto agli operatori "uscenti", né l'aggiudicazione ai medesimi della commessa.
- Sul punto appare condivisibile, ed esente dai profili di censura svolti dall'appellante, la considerazione ritenuta nella sentenza impugnata, secondo la quale "La rotazione pertanto deve essere intesa non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell'affidatario bensì, soltanto, 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 su cui è imperniato l'intero sistema degli appalti. (...) il criterio di scelta degli aggiudicatari è stato individuato nel prezzo più basso e quindi in un criterio di carattere oggettivo, che assicurava l'imparzialità di giudizio della stazione appaltante, anche rispetto agli operatori economici che avevano già svolto il servizio".

## CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/3/2020 N. 2182

- L'art. 36, c. 1, d.lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti", quale necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12.9.2019, n. 6160). Il principio di rotazione ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. VI, 4.6.2019, n. 3755). **In questa ottica, non è casuale la scelta del legislatore di imporre il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara; lo scopo, infatti, è quello di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro** (Cons. Stato, sez. V, 12.6.2019, n. 3943; Id., sez. V, 5.3.2019, n. 1524; Id., sez. V, 13.12.2017, n. 5854).



## CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/3/2020 N. 2182

- Tale principio, comporta perciò, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento (Cons. Stato, sez. V, 5.11.2019, n. 7539), **salvo che la stazione appaltante fornisca adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi** (facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare, idiosincratico e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento; cfr, Cons. Stato, sez. V, 12.6.2019, n. 3943). **Tale motivazione, in base ai principi generali, deve risultare** – nel rispetto del qualificato canone di trasparenza che orienta la gestione delle procedure evidenziali (cfr. art. 30, c. 1 d. lgs. n 50/2016) – **già dalla decisione assunta all'atto di procedere all'invito, e non può essere surrogata dalla integrazione postuma, in sede contenziosa**



## CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/3/2020 N. 2182

- Nell'ambito di una procedura ex art. 36 c. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 rivolta a tutti gli operatori iscritti all'Albo della stazione appaltante, **l'invito all'operatore uscente senza che sia fornita adeguata motivazione si pone in contrasto con il principio di rotazione determinando l'esclusione del concorrente.**

# Consiglio di Stato sez. V 27/3/2020 n. 2148

- L'art. 36, c. 1, d. lgs. 18.4.2016, n. 50 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti". **Detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata** (Cons. Stato, sez. V, 12.9.2019, n. 6160 in cui, trattando proprio delle procedure negoziate previste dall'art. 36 d.lgs. 18.4.2016, n. 50 cit. per gli appalti sotto soglia, è stato affermato: "Contrasta con il favor participationis la regola che il numero degli operatori economici sia limitato e fa temere per il principio di parità di trattamento che la loro scelta sia rimessa all'amministrazione e tuttavia, il sacrificio della massima partecipazione che deriva dal consentire la presentazione dell'offerta ai soli operatori economici invitati è necessitato dall'esigenza di celerità, essa, poi, non irragionevole in procedure sotto soglia comunitaria; quanto, invece, alla scelta dell'amministrazione il contrappeso è nel principio di rotazione"); **esso ha l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione e persegue l'effettiva concorrenza, poiché consente la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio, consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio** (cfr. ex multis, Cons. Stato, sez. V, 5.11.2019, n. 7539; VI, 4.6.2019, n. 3755). (..) **Nessuna delle ragioni indicate dall'appellante può ragionevolmente giustificare l'adozione di una deroga all'applicazione del predetto principio di carattere generale:**



# Consiglio di Stato sez. V 27/3/2020 n. 2148

- non la circostanza che in precedenza (nel 2014) avesse ottenuto l'affidamento del medesimo appalto quale vincitore di una procedura aperta; la giurisprudenza ha già chiarito che (anche alla luce delle Linee guida ANAC n. 4 nella versione adottata con delib. 1.3.2018, n. 206, punto 3.6) il principio di rotazione è inapplicabile nel solo caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l'operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti, mentre, in ogni altro caso, il solo fatto oggettivo del precedente affidamento – a prescindere dalla modalità con la quale sia avvenuto – impedisce alla stazione appaltante di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente (cfr. Cons. Stato, sez. III, 4.2.2020, n. 875; V, 5.11.2019, n. 7539); quel che si intende evitare, infatti, è che l'operatore uscente possa avvantaggiarsi delle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento, nell'ambito di una procedura in cui è chiamato a confrontarsi, allo scoperto, con pochi altri concorrenti; in quest'ottica è del tutto indifferente la modalità con la quale sia stato aggiudicato il precedente contratto (lo spiega chiaramente Cons. Stato, V, 12.6.2019, n. 3943);



# Consiglio di Stato sez. V 27/3/2020 n. 2148

- - non il differente contesto nel quale i lavori oggetto del nuovo affidamento dovranno essere eseguiti: in coerenza con le citate Linee Guida ANAC n. 4 – per le quali “Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all’affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi” – la giurisprudenza ha riconosciuto l’inapplicabilità del principio di rotazione solamente nel caso di “sostanziale alterità qualitativa”, ovvero, più chiaramente, di diversa natura delle prestazioni oggetto del precedente e dell’attuale affidamento (cfr. Cons. Stato, sez. V, 5.3.2019, n. 1524); situazione, di certo, non ricorrente nella vicenda de qua ove il precedente appalto (del 2014) aveva ad oggetto, come quello attuale, “l’affidamento di un accordo quadro della durata di 3 anni – con unico operatore economico – per i lavori di manutenzione ordinaria della sottostazione di trasformazione in esecuzione blindata 123/20 KV e della manutenzione elettrica industriale, civile, comprensiva di opere murarie degli impianti elettrici dei laboratori nazionali di Legnaro dell’OMISSIS”, non potendo rilevare, alla luce dei predetti criteri, che per il nuovo affidamento la stazione appaltante abbia previsto la possibilità che l’attività si svolgesse in zone a rischio di radiazioni ionizzanti (aree classificate ai sensi del d.lgs. 230/95), trattandosi comunque di attività aventi identica natura (lavori di manutenzione);



# Consiglio di Stato sez. V 27/3/2020 n. 2148

- - neppure v'è contraddittorietà tra la scelta della stazione appaltante, effettuata nel 2017, di indire una procedura di gara aperta per l'affidamento del servizio e la successiva decisione di procedere in via negoziata senza pubblicazione del bando: basterebbero le considerazioni precedentemente esposte sul carattere generale del principio di rotazione in caso di adozione di una procedura ristretta e sulla sua inapplicabilità in caso di procedura aperta a respingere la censura, ma decisivo in tal senso è, specialmente, la circostanza che la stazione appaltante ha deciso di procedere al nuovo affidamento a mezzo procedura ristretta senza previa pubblicazione del bando per essersi trovata nella condizione di cui all'art. 63, comma 2, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50;



## Consiglio di Stato sez. V 27/3/2020 n. 2148

- - infine, non è utilmente invocabile la pronuncia del Cons. giust. amm. Regione Sicilia n. 188 del 2017, avente ad oggetto una vicenda completamente differente, nella quale, cioè, era censurata la scelta della stazione appaltante di non applicare il principio di rotazione, che il giudice amministrativo riteneva di poter confermare per essere quella a favore del gestore uscente la prima deroga all'applicazione del principio di rotazione della quale lo stesso usufruiva; **nel caso oggetto del giudizio, invece, non v'è da sindacare la validità delle ragioni poste a base della deroga all'applicazione del principio di rotazione per aver la stazione appaltante deciso di conformarsi al principio generale**

# TAR PUGLIA BARI SEZ. III

## 9/3/2020 N. 370

- E' da ritenersi legittima l'applicazione alla fattispecie del principio di rotazione "degli inviti e degli affidamenti", di cui all'art. 36, c. 1, del D.Lgs. n. 50/2016, **essendo stata la ricorrente destinataria di più affidamenti e proroghe e non atteggiandosi la procedura espletata a vera e propria procedura aperta**; il principio in questione non ha carattere sanzionatorio ma è volto ad evitare il consolidamento di posizioni di rendita da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari, sicché la corretta esecuzione del precedente appalto è ininfluente rispetto all'operatività del principio stesso (cfr.: Cons. Stato IV, n. 7539 del 2019; T.a.r. Sardegna Cagliari I, n. 8/2020).

# TAR Sardegna Cagliari sez. II

## 17/2/2020 n. 101

- La rotazione non è un principio generale applicabile a tutti i contratti sottosoglia essendo, infatti, non richiamato per gli affidamenti diretti (ex art.36 co.2 lett. a) né per le concessioni soggette, invece, ai principi di cui all'art. 30 D.lgs.n. 50/2016

# TAR LAZIO ROMA SEZ. III TER

## 11/2/2020 N. 1852

- 1. Il principio di rotazione - sancito dall'art. 36, c. 1, del D.lgs. n. 50/2016 – **ha lo scopo di evitare un'arbitraria chiusura del mercato facendo competere o sempre lo stesso affidatario oppure le stesse imprese già invitate al precedente procedimento competitivo**. La citata norma mira a scongiurare il consolidamento di posizioni dominanti e l'eventualità che un'impresa possa avvalersi, in modo non corretto, di quelle rendite di posizione ovvero di quel complesso di "informazioni acquisite durante il pregresso affidamento" e per questo prevalere sulle altre concorrenti presenti sul mercato, soprattutto negli ambiti in cui il numero degli operatori economici attivi non sia elevato.
- 2. **Tale principio non trova tuttavia applicazione qualora il nuovo affidamento abbia - rispetto al precedente - oggetto e sedi differenti;**
- 3. Ai fini del principio di rotazione **non può considerarsi "operatore uscente" il concorrente che abbia incorporato il precedente affidatario essendo soggetto giuridico diverso.**
- 4. Tale principio, altresì, **non trova applicazione nell'ipotesi in cui la stazione appaltante gestisca l'affidamento mediante RDO Mepa preceduta da apposito avviso pubblico per l'acquisizione di manifestazioni di interesse**

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 4/2/2020 N. 875

- Il principio di rotazione non trova applicazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Il principio è stato di recente confermato da questo Consiglio (sez. V, 5 novembre 2019 n. 7539) sul rilievo che anche “alla stregua delle Linee guida n. 4 A.N.A.C., nella versione adottata con delibera 1 marzo 2018 n. 206 (v. in part. il punto 3.6), deve ritenersi che il principio di rotazione sia inapplicabile nel caso in cui la stazione appaltante decida di selezionare l’operatore economico mediante una procedura aperta, che non preveda una preventiva limitazione dei partecipanti attraverso inviti”.

# TAR LOMBARDIA BRESCIA SEZ. I

## 31/1/2020 N. 82

- 1. Il principio di rotazione non trova applicazione laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione”.
- 2. Diversamente, esso deve invece essere applicato quando i posti disponibili per l’invito alla gara siano limitati a causa di ragioni oggettive, o quando l’invito sia la conseguenza di una prequalificazione gestita dalla stazione appaltante secondo valutazioni discrezionali, ad esempio attraverso un’indagine di mercato orientata da criteri selettivi. In questi casi, l’esclusione dei precedenti aggiudicatari e dei soggetti economici già invitati è utile, in quanto impedisce la formazione di una rendita di posizione, e libera la stazione appaltante dai legami e dai condizionamenti derivanti dai rapporti pregressi, livellando nuovamente il terreno della competizione.



# TAR LOMBARDIA BRESCIA SEZ. I

## 31/1/2020 N. 82

- 3. La richiesta di registrazione sulla Piattaforma regionale (SINTEL) nonché l'accreditamento all'interno dell'Elenco Fornitori Telematico al fine di poter visionare i documenti e presentare offerta non vanno considerati come una fase di prequalificazione con valutazioni discrezionali della stazione appaltante, né sottoposta a contingentamento.
- 4. L'apposito "processo di qualificazione" sulla Piattaforma – richiesto dai Manuali predisposti dalla Centrale regionale Arca Lombardia – è in realtà una registrazione rilasciata in via automatica, basata sulle dichiarazioni dell'impresa interessata, e non implicante la verifica dei requisiti di partecipazione alla singola gara; si tratta di una semplice condizione tecnica di partecipazione alla gara telematica, e non il risultato di una valutazione selettiva della stazione appaltante per l'inserimento in un elenco di soggetti economici affidabili, in grado di garantire pertanto il requisito di apertura al mercato della procedura escludendo al tempo stesso l'applicazione del principio di rotazione.

# TAR Basilicata sez. I 23/1/2020 n. 79

- Anche nelle gare relative agli appalti di **importo inferiore a € 40.000,00**, devono essere garantiti i principi di **non discriminazione e di trasparenza** di cui all'art. 30, comma 1, D.Lg.vo n. 50/2016, espressamente richiamati dall'art. 36, comma 1, dello stesso D.Lg.vo n. 50/2016, che disciplina i contratti di appalto sotto soglia (**tali principi sono stati violati perché il Comune, anziché affidare la progettazione direttamente ad un professionista, ne ha contattati più di uno, non garantendo la segretezza delle offerte, poiché non aveva prestabilito un termine identico, per la presentazione delle offerte economiche, e non aveva adottato alcuna precauzione, per impedire all'aggiudicatario, di conoscere in anticipo l'offerta del concorrente**).

# Corte dei conti Sez. giurisdizionale per la Regione Trentino Alto Adige Bolzano 10/1/2020 n. 1

- Il danno alla concorrenza rappresenta una lesione del patrimonio pubblico che consegue al mancato risparmio derivante dall'omesso ricorso alle regole dell'evidenza pubblica che, come quota percentuale di mancato ribasso, viene ingiustamente perduta, in misura percentuale, su ogni singolo (maggiore) pagamento che viene effettuato. Al pari delle altre figure di danno erariale, però, il danno alla concorrenza non può discendere dalla mera inosservanza delle regole dell'evidenza pubblica che rappresentano certamente un indizio di pregiudizio, per il sospetto che il prezzo contrattuale non corrisponda al minor prezzo che si sarebbe potuto ritrarre dal confronto di più offerte.



# Corte dei conti Sez. giurisdizionale per la Regione Trentino Alto Adige Bolzano 10/1/2020 n. 1

- Così, affinché il sospetto possa tradursi in elemento di prova è **necessario dimostrare che effettivamente nel caso concreto la violazione delle norme sulla scelta del contraente abbia determinato una maggiore spendita di denaro pubblico**, dimostrazione che potrà essere raggiunta con il **ricorso ad ogni idoneo mezzo di prova, quale può essere la comparazione con i prezzi o con i ribassi conseguiti a seguito di gara per lavori o servizi dello stesso genere di quello in contestazione**: infatti, il “danno alla concorrenza”, non può ritenersi sussistente in re ipsa, dovendosi provare, da parte dell’attore, che la deviazione dai parametri di una corretta azione amministrativa abbia comportato un effettivo danno patrimoniale all’Ente pubblico, che va provato attraverso la quantificazione della somma che l’Amministrazione avrebbe potuto risparmiare ove fosse stata regolarmente espletata la prevista procedura di gara.



# Corte dei conti Sez. giurisdizionale per la Regione Trentino Alto Adige Bolzano 10/1/2020 n. 1

- Pertanto, in presenza di una contestazione generica relativa ai servizi affidati senza gara e la produzione di una mera tabella che, tuttavia, non offra gli elementi per dimostrare che sia stata effettuata di un'attendibile indagine esplorativa centrata su un adeguatamente circoscritto ambito territoriale, su una più aderente contestualità temporale e su una quanto meno tendenziale analogia tipologica con le attività di cui si discute, non è ravvisabile alcun parametro sufficientemente congruo allo scopo di fornire idonea dimostrazione (pur secondo il criterio valutativo del 'più probabile che non') della sussistenza del danno in parola. Diversamente, infatti, si darebbe ingresso ad una sorta di concezione sanzionatoria della presente figura di responsabilità, così prescindendo dal basilare principio di concretezza e attualità del danno.



# Corte dei conti Sez. giurisdizionale per la Regione Trentino Alto Adige Bolzano 10/1/2020 n. 1

- Pacifica l'impraticabilità di poteri istruttori di sorta da parte dell'Organo giudicante, va dunque (anche qui) ribadito che la prova dell'an della ravvisata lesione erariale è di esclusiva pertinenza dell'Organo requirente, non essendo ammissibile una prospettazione fondata sulla mera violazione delle regole della concorrenza, come se la stigmatizzata pretermissione delle medesime configurasse automaticamente un nocumento in re ipsa. Peraltro, non possono avere valenza probatoria neppure le percentuali di ribasso praticate prodotte dal resistente in quanto queste rilevano solo per l'eventuale quantificazione del danno nell'ipotesi di riconoscimento della sussistenza del medesimo. Pertanto, la non dimostrata sussistenza del presupposto oggettivo della contestata responsabilità (che determina l'assorbimento di ogni ulteriore questione) implica in definitiva l'assoluzione dell'odierno convenuto

## TAR SARDEGNA CAGLIARI SEZ. II 2/1/2020 N. 8

- 1. Il “**principio di rotazione**”, peculiare per le procedure di gara cd. “negoziate”, alle quali, solitamente, accedono un numero di partecipanti limitato ed inferiore rispetto alle gare “aperte”, è finalizzato ad evitare il consolidamento di una posizione di rendita dell'operatore economico “uscente”, che potrebbe così vantare un rapporto “preferenziale” con la stazione appaltante, con grave pregiudizio del principio di concorrenza. Tale principio opera (e deve operare) nelle procedure in cui l'amministrazione appaltante “non” consente, alla fonte, la partecipazione da parte di “tutti” gli imprenditori alla gara, ma solo ad una parte “selezionata”, da essa stessa, tramite la scelta nell'individuazione dei soggetti da invitare (rosa di operatori discrezionalmente scelti).



## TAR SARDEGNA CAGLIARI SEZ. II 2/1/2020 N. 8

- 2. La pubblicazione di un avviso per l'acquisizione di manifestazione di interesse da parte delle Cooperative sociali di tipo B iscritte all'Albo Regionale e il successivo invito a tutti gli operatori interessati a presentare offerta tramite la piattaforma regionale di negoziazione (CAT Sardegna) consente di poter qualificare la procedura in parola indubbiamente come "aperta" al mercato anche se non tutti gli invitati hanno presentato offerta



## TAR SARDEGNA CAGLIARI SEZ. II 2/1/2020 N. 8

- 3. Il principio di rotazione è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultima: quando la stazione appaltante ricorre a strumenti di impulso al mercato, come avvisi pubblici per manifestazione di interesse, l'esclusione del c.d. gestore uscente non può tradursi in una irragionevole limitazione della concorrenza. Allorquando, proprio all'esito di una apertura totale al mercato, la stazione appaltante si trovi con un numero esiguo di soggetti interessati, come nel caso di specie, l'esclusione del gestore uscente non è una scelta automatica e obbligata come vorrebbe la ricorrente". Allorquando la stazione appaltante non sceglie i soggetti da invitare ma apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando la possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha perciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo".

# TAR LOMBARDIA BRESCIA SEZ. I 20/11/2019 N. 993

- Il fondamento del principio di rotazione è individuato tradizionalmente nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), in particolare nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato. Esso costituisce per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia il necessario contrappeso alla significativa discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nell'individuare gli operatori economici in favore dei quali disporre l'affidamento (nell'ipotesi di affidamento diretto) o ai quali rivolgere l'invito a presentare le proprie offerte (nel caso di procedura negoziata), in considerazione dell'eccentricità di tali modalità di selezione dei contraenti rispetto ai generali principi del favor participationis e della concorrenza



# TAR LOMBARDIA BRESCIA SEZ.

## I 20/11/2019 N. 993

- In conformità a tale lettura le Linee Guida di ANAC n. 4 prevedono che "la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione." **Ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Una procedura negoziata con pubblicazione di un avviso pubblico sull'indizione della procedura e con invito di tutti gli operatori che hanno manifestato interesse senza alcuna esclusione o vincolo in ordine al numero massimo di operatori ammessi, va qualificata come procedura di tipo aperta per la quale non trova applicazione il principio di rotazione**



# TAR LOMBARDIA BRESCIA SEZ.

## I 20/11/2019 N. 993

- Il carattere di procedura "aperta al mercato" non viene meno pur se gli operatori economici sono tenuti ad effettuare l'accesso e l'iscrizione alla piattaforma di negoziazione (SINTEL) ai fini della presentazione dell'offerta, non essendo tale registrazione subordinata ad alcuna istruttoria o selezione da parte della stazione appaltante. **Nell'ipotesi di procedura "aperta al mercato" la stazione appaltante non è tenuta a motivare l'invito all'operatore uscente nonché l'aggiudicazione allo stesso; un simile onere motivazionale rileva, infatti, solo nel caso di deroga al principio di rotazione quando si tratti di procedura ristretta, mentre non si configura in presenza di una procedura aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione.**

# TAR MARCHE ANCONA SEZ. I

## 20/11/2019 N. 707

- 1. L'applicazione del principio di rotazione non può dar vita ad una ulteriore causa di esclusione dalle procedure ad evidenza pubblica e dunque **il principio in parola non impone alla stazione appaltante il divieto assoluto di invitare alla nuova gara l'appaltatore uscente.**
- 2. Né le pertinenti norme del Codice dei contratti pubblici stabiliscono che la decisione di invitare l'appaltatore uscente sia esternata nel primo atto della procedura (la deliberazione a contrattare o, al limite, la lettera d'invito), **per cui la procedura non è di per sé illegittima se tale motivazione viene esternata nel provvedimento di aggiudicazione;** una diversa tesi implicherebbe, in contrasto frontale con l'art. 53, c. 2, lett. b), del D.Lgs. n. 50/2016, che gli altri partecipanti conoscerebbero in anticipo l'identità di uno dei concorrenti.

# TAR MARCHE ANCONA SEZ. I

## 20/11/2019 N. 707

- 3. Il principio di rotazione non trova applicazione qualora la stazione appaltante inviti tutti gli operatori che hanno risposto all'avviso di acquisizione di manifestazioni di interesse e la procedura di gara richieda obbligatoriamente l'iscrizione a piattaforme informatiche o portali (MEPA). Il progresso tecnologico ha infatti determinato il progressivo diffondersi di procedure ad evidenza pubblica svolte con sistemi telematici (le quali sono peraltro incoraggiate dalla direttiva 2014/24/UE), il cui utilizzo da parte dei concorrenti non implica peraltro soverchie difficoltà tecniche o costosi adempimenti amministrativi

# TRIBUNALE REGIONALE GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA TRENTINO ALTO ADIGE BOLZANO 31/10/2019 N. 263

- 1. Alla luce dell'orientamento espresso dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (punto 3.6 della delibera n. 206 del 1° marzo 2018, Aggiornamento al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 delle Linee guida n. 4, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 recanti: «Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici»), **la rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.**



# TRIBUNALE REGIONALE GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA TRENTINO ALTO ADIGE BOLZANO 31/10/2019 N. 263

- 2. Allorquando la stazione appaltante, pubblicando un avviso di indagine di mercato rivolto a qualunque operatore economico in possesso dei prescritti requisiti, apre l'affidamento al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato **il principio di rotazione che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo.**
- 3. Tale modus operandi non prevede per la stazione appaltante alcun onere motivazionale in relazione all'invito a partecipare alla procedura negoziata rivolto anche all'operatore "uscente" o in relazione all'aggiudicazione al medesimo della commessa. **Un simile onere rileva infatti nel solo caso di deroga al principio di rotazione quando si tratti di procedura ristretta, non sussiste invece, in presenza di una procedura aperta al mercato, rispetto alla quale il principio di rotazione non trova applicazione**

# TAR LIGURIA GENOVA SEZ. II

## 22/10/2019 N. 805

- Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti di cui all'art. 36 c.1 d.lgs. n. 50/2016, non trova applicazione nell'ipotesi in cui la stazione appaltante abbia fatto precedere l'invito da un'indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l'affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione; una diversa interpretazione altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis - in senso anti-concorrenziale

# CORTE CONTI SEZIONE I GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO - 21.8.2019, N. 175

- Il codice dei contratti stabilisce che per tutti i contratti pubblici, compresi quelli di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, l'affidamento deve "svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia (...) libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, (...) pubblicità". In caso di un affidamento diretto di un contratto, pur in presenza di una situazione particolare (evento sisma), si realizza un danno erariale (c.d. **danno alla concorrenza**) in considerazione della violazione delle regole della concorrenza che determinerebbe tanto una lesione degli interessi dei partecipanti alla gara per l'acquisizione di quote di mercato, quanto una perdita della possibilità, per l'amministrazione, di scegliere tra le migliori offerte, con conseguente spreco di risorse pubbliche.



# CORTE CONTI SEZIONE I GIURISDIZIONALE CENTRALE D'APPELLO - 21.8.2019, N. 175

- In merito alla quantificazione del danno erariale, determinato in via equitativa dal giudice contabile, esso corrisponde alla differenza tra il valore medio dei ribassi di aggiudicazione per tipologia di stazione appaltante, con riferimento ai Comuni, come risultante dai dati forniti dall'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, nella Relazione annuale al Parlamento (nel caso di specie pari al 16,8% dell'importo a base d'asta) e il ribasso ottenuto in sede di affidamento diretto (pari al 5%)

# TAR FRIULI VENEZIA GIULIA TRIESTE SEZ. I

## 16/9/2019 N. 376

- 1. L'invito ad una RDO Mepa rivolto all'operatore uscente che – a seguito di avviso pubblico – abbia manifestato l'interesse ad essere invitato alla successiva procedura negoziata risulta in violazione del principio di rotazione affermato dall'articolo 36 del D.Lgs. n. 50 del 2016.
- 2. Il suddetto principio, riferito non solo agli affidamenti ma anche agli inviti, mira ad evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il precedente affidamento) e di rapporti esclusivi con determinati operatori economici, favorendo, per converso, l'apertura al mercato più ampia possibile sì da riequilibrarne (e implementarne) le dinamiche competitive. Esso orienta le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare per presentare le offerte, assumendo quindi nelle procedure negoziate il valore di una sorta di contropartita al carattere "fiduciario" della scelta del contraente allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo.
- 3. Ove la stazione appaltante intenda, comunque, procedere all'invito del gestore uscente, deve puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 12/6/2019 N. 3943

- Va confermato il principio di carattere generale (Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125) in virtù del quale va riconosciuta l'obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. "sotto soglia". Il principio di rotazione – che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte – è finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo "aperto", "ristretto" o "negoziato"), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato. Pertanto, anche al fine di scoraggiare pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), **l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura: per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento**

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI 4/6/2019

## N. 3755

- 1. Il Collegio fa proprio l'orientamento a mente del quale **va condiviso l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla procedura negoziata** (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. VI, 31.8.2017, n. 4125), **così evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti** (cfr. ad es. Consiglio di Stato Sez. V, 13.12.2017, n. 5854). **Corollario del principio di rotazione è il carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente** (cfr., Consiglio di Stato sez. VI, 31.8.2017, n. 4125 e sez. V, 13.12.2017, n. 5854). Il carattere di principio delle indicazioni predette ne comporta all'evidenza l'applicabilità in disparte delle peculiarità del caso in esame e delle relative contestazioni pendenti in sede esecutiva.

# TAR LOMBARDIA MILANO SEZ. IV

## 12/3/2019 N. 521

- Il principio di rotazione, fissato dall'articolo 36 D.Lgs. n. 50/2016 per gli appalti sotto soglia (quale, per l'appunto, l'appalto in esame), **mira a evitare il crearsi di posizioni di rendita anticoncorrenziali e a consentire, di contro, l'apertura del mercato agli operatori più ampia possibile** (cfr., T.A.R. Veneto, Sez. I, sentenza n. 320/2018), e, dall'altro lato, (..) **il Comune non ha manifestato negli atti di gara le ragioni che l'avrebbero indotto a derogare al principio invitando anche il gestore uscente** (cfr., T.A.R. Campania – Napoli, Sez. VIII, sentenza n. 3086/2017)

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 5/3/2019 N. 1524

- Va confermato il principio di carattere generale – su cui, da ultimi, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125 – in virtù del quale va riconosciuta l’obbligatorietà del principio di rotazione per le gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “sotto soglia”. In particolare, il principio di rotazione - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nell’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento e non invece dalle modalità di affidamento, di tipo “aperto”, “ristretto” o “negoziato”), soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 5/3/2019 N. 1524

- Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, **il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o "chiuso" (recte, negoziato), l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Rileva quindi il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura. Per l'effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell'Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4).**



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 5/3/2019 N. 1524

- Se è corretto affermare che l'applicazione del disposto di cui all'art. 36, comma primo del d.lgs. n. 50 del 2016, proprio perché volta a tutelare la dimensione temporale della concorrenza, logicamente presuppone una specifica situazione di continuità degli affidamenti, tale per cui un determinato servizio, una volta raggiunta la scadenza contrattuale, potrebbe essere ciclicamente affidato mediante un nuova gara allo stesso operatore, **ciò non implica però che i diversi affidamenti debbano essere ognuno l'esatta "fotocopia" degli altri.**



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 5/3/2019 N. 1524

- In breve, ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque – nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) – che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime. In questi termini di grandezza va dunque letta la norma di legge in precedenza richiamata, ad escludere cioè che la procedura di selezione del contraente si risolva in una mera rinnovazione – in tutto o in parte, e comunque nei suoi contenuti qualificanti ed essenziali – del rapporto contrattuale scaduto, dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza a discapito degli operatori più deboli del mercato cui, nel tempo, sarebbe sottratta la possibilità di accedere ad ogni prospettiva di aggiudicazione.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 17/1/2019 N. 435

- Per la giurisprudenza amministrativa, il principio di rotazione determina l'obbligo per le stazioni appaltanti, al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, di non invitarlo nelle gare di lavori, servizi e forniture degli appalti "sotto soglia", ovvero, in alternativa, di invitarlo previa puntuale motivazione in ordine alle relative ragioni, e riconoscendo, per l'effetto, la ritualità dell'immediata impugnazione dell'ammissione del concorrente per violazione del principio di rotazione, verificandosi "la condizione prevista dall'art.120, c. 2-bis, c.p.a., il quale individua nella data di pubblicazione dell'atto di ammissione, ex art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, il dies a quo di proposizione del ricorso, o comunque nel giorno in cui l'atto stesso è reso in concreto disponibile, secondo la nuova formulazione dell'art. 29, comma 1, d.lgs. n. 50/2016, introdotta dall'art.19 d.lgs. n. 56/2017"



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 17/1/2019 N. 435

- Il principio di rotazione costituisce uno dei precipitati del principio di non discriminazione richiamato all'ultimo periodo del c. 1 della l. n. 281 del 1991 trova eco nella giurisprudenza. E' stato infatti affermato che "anche nell'art. 30, 1 c., del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il principio della rotazione deve ritenersi implicitamente richiamato, attraverso il riferimento più generale al principio di libera concorrenza di cui il criterio in esame costituisce espressione", principio nell'ambito del quale si pone decisamente il canone della non discriminazione richiamato dal ridetto art. 5 della l. 281/1991. **La precipua tutela connessa al principio di rotazione negli affidamenti "sotto soglia" è quella, anticipata, mirante all'obiettivo di evitare che la gara possa essere falsata, a danno degli altri partecipanti, dalla partecipazione di un soggetto che vanta conoscenze acquisite durante il pregresso affidamento. Ne deriva che, contrariamente a quanto ritenuto nel motivo, l'esclusione del gestore uscente, ove l'Amministrazione, come nel caso di specie, non abbia motivato in ordine alla ricorrenza di specifiche ragioni a sostegno della determinazione di invitarlo comunque a partecipare alla gara, non richiede alcuna prova della posizione di vantaggio da questi goduta, che è presupposta direttamente dalla legge**

# TAR CALABRIA CATANZARO

26/10/2018 N. 1801

- E' legittimo l'affidamento avvenuto direttamente nel rispetto di quanto disposto dall'art. 36 d.lgs. n. 50/2016, senza ricorso alla procedura negoziata, mentre l'adeguata motivazione ha fatto riferimento all'indagine di mercato espletata

# TAR PUGLIA LECCE, SEZ. I, 4/9/2018 N. 1322

- Per i contratti sotto soglia, l'art. 36, c. 1 e c. 2 lett. b) del d.lgs. n. 50 del 2016, prevede che l'affidamento deve avvenire nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle piccole e medie imprese. Secondo orientamento consolidato, cui non sussistono ragioni per discostarsi, sussiste l'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), conseguentemente l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (*ex multis*: TAR Roma n. 1115/2018; TAR Venezia n. 320/2018; TAR Catanzaro n. 1007/2018).



# TAR PUGLIA LECCE, SEZ. I, 4/9/2018 N. 1322

- In proposito, ha precisato la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che il principio di rotazione deve essere inteso in termini di obbligo per le stazioni appaltanti di non invitare il gestore uscente, nelle gare di lavori, servizi e forniture negli appalti cd. “*sotto soglia*”, al fine di tutelare le esigenze della concorrenza in un settore nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio (si vedano, tra le tante: C. di St. 2079/2018; C. di St. 5854/2017). Recependo il convincimento dei giudici di Palazzo Spada, l’Anac, con le Linee Guida n. 4 del 2016, aggiornate al correttivo del 2017, ha confermato l’obbligo di applicazione del principio in esame e la possibilità di reinvito del gestore uscente solo con una motivazione in grado di dimostrare le particolari condizioni di mercato che giustificano la deroga, sostenute dall’esecuzione senza criticità del lavoro, servizio o fornitura gestiti in precedenza e dalla dimostrazione della competitività in termini di prezzo dell’operatore economico. L’Anac ha ammesso, comunque, che la rotazione possa non essere applicata quando il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. Dal quadro normativo e giurisprudenziale esposto, deriva che, per evitare la contaminazione e l’elusione del principio di rotazione, la partecipazione del gestore uscente deve essere strettamente avvinata alla concorrenzialità pura.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 3/4/2018 N. 2079

- Nelle gare di lavori, servizi e forniture negli "appalti cd. "sotto soglia", **sussiste l'obbligo per le stazioni appaltanti non invitare il gestore uscente al fine di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), **soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato**. Il principio di rotazione è volto a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quello degli appalti "sotto soglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/8/2017 N. 4142

- **Il base al principio di rotazione, la stazione appaltante ha la possibilità di escludere dall'invito un operatore già interessato ad un rapporto contrattuale con la stessa amministrazione. In particolare, consente di escludere dall'invito coloro che siano risultati aggiudicatari di precedenti procedure dirette all'assegnazione di un appalto avente lo stesso oggetto di quello da aggiudicare, così da escludere la possibilità di reiterati affidamenti al medesimo operatore, con frustrazione del principio di tutela della concorrenza.**



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/8/2017 N. 4142

- Come evidenziato dal precedente di Cons. Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661, “nel contesto dell’art. 125 del codice dei contratti pubblici il principio della “rotazione”, imposto con riferimento alla procedura di “cottimo fiduciario”, appare concepito dal legislatore come una contropartita, o un bilanciamento, del carattere sommario e “fiduciario” della scelta del contraente.
- Ed invero, il “cottimo fiduciario” è definito dallo stesso art. 125 come «una procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici». Nel pensiero del legislatore, dunque, il cottimo fiduciario non è una vera e propria gara, ma una trattativa privata (si veda anche l’art. 3, comma 40, dello stesso codice, che contiene la definizione del termine “procedura negoziata”), quindi una scelta ampiamente discrezionale. Tale discrezionalità si esercita in (almeno) due momenti: primo, l’individuazione delle cinque ditte da “consultare”; secondo, la scelta del contraente fra le ditte consultate. La discrezionalità è temperata, ma non eliminata, da alcuni principi, quali la “trasparenza” (che implica il dovere di una previa formulazione e comunicazione dei criteri della scelta, etc.) e, appunto, la “rotazione” (per evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo)”.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 31/8/2017 N. 4142

- Da quanto sopra emerge la ratio dell'istituto, consistente nell'evitare il possibile consolidarsi di posizioni "di rendita" non concorrenziale a favore di singole imprese, scelte dalle stazioni appaltanti al di fuori delle ordinarie regole dell'evidenza pubblica: ciò vale, in primis, per quegli operatori economici che siano già stati destinatari di un affidamento diretto, che dunque, ben possono essere esclusi a priori dalle successive aggiudicazioni dello stesso genere, proprio per evitare il possibile formarsi di posizioni di privilegio.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, 31/8/2017

## N. 4125 – PRINCIPIO DI ROTAZIONE

- L'articolo 36 (Contratti sotto soglia) dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria avvengano nel rispetto dei principi relativi all'affidamento dei contratti pubblici esclusi nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.
- Come emerge dalla norma, il principio di rotazione deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di ricerca degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte e trova fondamento nella esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, 31/8/2017

## N. 4125 – PRINCIPIO DI ROTAZIONE

- Con la sentenza in commento, il Consiglio di Stato statuisce che, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si era espressa anche l'Autorità nazionale anticorruzione, cfr. delibera 26 ottobre 2016, n. 1097, linee guida n. 4).

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI, 31/8/2017

## N. 4125 – PRINCIPIO DI ROTAZIONE

- Pertanto, conclude il Consiglio di Stato, a fronte del principio di rotazione in materia di appalti, **la stazione appaltante ha la seguente alternativa: o di non invitare il gestore uscente o, quanto meno, di motivare attentamente le ragioni per le quale si riteneva di non poter prescindere dall'invito.**
- Il Consiglio di Stato, infine, **si sofferma anche sulla legittimazione a far valere la violazione del principio di rotazione. Questo, può essere fatto valere non solo dagli operatori economici pretermessi, ma anche da chi ha partecipato alla gara, risultandone non vincitore.** La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti – il cui fondamento è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore – amplia le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti, anche (e a maggior ragione) quelli già invitati alla gara, i quali sono lesi in via immediata e diretta dalla sua violazione.

# Comunicato del Presidente del 30 ottobre 2018

- **Indicazioni alle stazioni appaltanti sull'applicabilità dell'art.40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.**
- Sono giunte richieste di chiarimento in merito all'applicabilità dell'art. 40, comma 2, del Codice dei contratti pubblici agli acquisti di importo inferiore a 1.000 euro.
- In particolare, è stato chiesto se, in relazione alla disposizione recata dall'art. 40, co. 2 del Codice, sia consentito, per gli affidamenti *infra* 1.000 euro, procedere senza utilizzare mezzi telematici, in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, co. 450 della legge 27 dicembre 2006, n. 296.
- L'Autorità ritiene che, **per gli acquisti *infra* 1.000 euro, permanga la possibilità di procedere senza l'acquisizione di comunicazioni telematiche, in forza della disposizione normativa da ultimo citata, non abrogata a seguito dell'emanazione del Codice dei contratti pubblici.**

# **Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici**

**Linea guida ANAC n. 4**

**Approvata con determina n. 1097 del 26.10.2016**

**Aggiornate al Decreto Legislativo 19.4.2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018**

**Aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10.7.2019 al DL 18.4.2019, n. 32, convertito con L. 14.6.2019 n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **Premessa**
- Le presenti linee guida sono redatte ai sensi dell'art. 36, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 e smi (di seguito "Codice") che affida all'ANAC la definizione delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- A seguito della modifica introdotta con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo), l'ANAC è altresì chiamata ad indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza gara, nonché di effettuazione degli inviti in caso di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **1. Oggetto e ambito di applicazione**
- **1.1** Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le presenti linee guida si applicano alle stazioni appaltanti - **ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121 del Codice** - (di seguito solo stazioni appaltanti), che intendono affidare lavori servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice:
  - a) nei settori ordinari, ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX;
  - b) nei settori speciali, in quanto compatibili.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI

## SOTTOSOGLIA

- **1.2** Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE, in particolare quelli di non discriminazione in base alla nazionalità, parità di trattamento, di trasparenza a tutela della concorrenza.
- **1.3** Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto (di cui all'art. 3, comma 1, lett. cccc) del Codice) e di negoziazione (di cui all'art. 3, comma 1, lett. dddd) del Codice), anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza. Per il ricorso a tali strumenti si applicano le medesime condizioni di trasparenza, pubblicità e motivazione descritte nelle presenti linee guida.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **1.4** Le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale (art. 36, comma 2, del Codice).

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **1.5** Le stazioni appaltanti verificano se per un appalto o una concessione di dimensioni inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici vi sia un interesse transfrontaliero certo in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia. Tale condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, l'importo dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (si veda la Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»).



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- Possono essere considerati, al riguardo, anche precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento. È necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo. Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere nonché il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato e in particolare il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità oltreché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

- Le disposizioni di cui all'art. 36 del Codice e le presenti Linee guida si applicano agli affidamenti di lavori servizi e forniture di cui al paragrafo 1.1. posti in essere dalle stazioni appaltanti.
- Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE.
- Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza.
- Le stazioni appaltanti possono discrezionalmente ricorrere alle procedure ordinarie anziché a quelle dell'art.36 d.lgs. 50/2016. Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di gara adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **2. Il valore stimato dell'appalto**
- 2.1 Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 2.2 Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire, permesso di costruire convenzionato (articolo 28 bis d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) o convenzione di lottizzazione (articolo 28 l. 17 agosto 1942 n. 1150) o altri strumenti urbanistici attuativi. Quanto disposto dall'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e 36, comma 4, Codice dei contratti pubblici si applica unicamente quando il valore di tutte le opere di urbanizzazione, calcolato ai sensi dell'articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, non raggiunge le soglie di rilevanza comunitaria.



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- Per l'effetto: se il valore complessivo delle opere di urbanizzazione a scomputo – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d. P.R. 6 giugno 2001 n. 380, esclusivamente per le opere funzionali; al contrario, qualora il valore complessivo di tutte le opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali. Per opere funzionali si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es. fogne, strade, e tutti gli ulteriori interventi elencati in via esemplificativa dall'articolo 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell'opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire e, comunque, quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 2.3 Si applica l'articolo 35, comma 11, del codice dei contratti pubblici.

- Al fine di evitare il frazionamento artificioso degli appalti si applicano le disposizioni di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Ciò vale anche per le opere a scomputo di cui all'articolo 36, comma 3 e 4 del Codice dei contratti pubblici, indipendentemente se si tratta di lavori di urbanizzazione primaria o secondaria, fatto salvo quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 380/2001.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **3. Principi comuni**

- **3.1** L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del **Codice dei contratti pubblici**, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati **dagli artt. 30, comma 1**, (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), **34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale)** e **42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse)** del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti possono applicare altresì le disposizioni di cui all'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali, tenendo conto anche delle indicazioni che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **2.2** Nell'espletamento delle procedure semplificate di cui al citato art. 36 d.lgs. 50/2016, le stazioni appaltanti garantiscono, in aderenza:
  - a) al **principio di economicità**, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
  - b) al **principio di efficacia**, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
  - c) al **principio di tempestività**, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
  - d) al **principio di correttezza**, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- e) al principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;
- f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;
- g) al principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;
- h) al principio di proporzionalità, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- i) al principio di **rotazione degli inviti e degli affidamenti**, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;
- j) ai criteri di **sostenibilità energetica e ambientale**, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **3.3** Le stazioni appaltanti tengono conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale.
- **3.4** Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 del Codice. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati (art. 36, comma 2, lett. b) e c) del Codice).

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **3.5 Qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 95, comma 4 del Codice dei contratti pubblici,** gli affidamenti possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo (si vedano anche le Linee guida n. 2 in materia di “Offerta economicamente più vantaggiosa”).

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 3.6 Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **3.7 Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvio al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.**

- L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, **rotazione degli inviti e degli affidamenti**, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, **nonché dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale e del principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi**. Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati. I regolamenti interni possono prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici.
- Il rispetto del principio di rotazione espressamente fa sì che l'affidamento o il reinvido al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. L'affidamento diretto o il reinvido all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere motivato.

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **Con riguardo alle stazioni appaltanti che, a fronte di una soggettività giuridica unitaria, sono dotate di articolazioni organizzative autonome, l'applicazione del principio di rotazione va applicata in termini assoluti, ossia tenendo conto di tutte le procedure avviate complessivamente dalla stazione appaltante, oppure considerando esclusivamente gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa?**
- **L'applicazione del principio di rotazione nelle stazioni appaltanti dotate di una pluralità di articolazioni organizzative deve tendenzialmente essere applicata in modo unitario, avendo cioè a riguardo gli affidamenti complessivamente attivati e da attivare nell'ambito della stazione appaltante.** Tale impostazione si rivela, oltre che rispettosa di quanto previsto dall'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, che non distingue in relazione alla presenza di articolazioni interne, più aderente all'impronta centralizzante di cui all'articolo 37, ed efficace presidio nei confronti del divieto di artificioso frazionamento delle commesse, ex art. 51, primo comma del Codice dei contratti pubblici.



# faq aggiornate il 12.9.2018

- È ragionevole derogare a tale regola nel caso in cui la stazione appaltante (es. Ministero, ente pubblico nazionale) presenti, in ragione della complessità organizzativa, articolazioni, stabilmente collocate per l'amministrazione di determinate porzioni territoriali (ad esempio, Direzione regionale/centrale) ovvero per la gestione di una peculiare attività, strategica per l'ente, dotate di autonomia in base all'ordinamento interno nella gestione degli affidamenti sotto soglia (ad esempio nel caso in cui l'articolazione abbia attivato autonomi elenchi per la selezione degli operatori economici). In tali casi, salvo diversa previsione dell'ordinamento interno, la rotazione può essere applicata considerando esclusivamente gli affidamenti gestiti dalla singola articolazione organizzativa. Resta ferma, comunque, la necessità per la stazione appaltante di rispettare, in ogni sua articolazione, i vigenti obblighi di centralizzazione degli acquisti, stabiliti e richiamati dall'articolo 37 del Codice dei contratti pubblici, nonché di adottare, anche nelle more dell'introduzione del sistema di qualificazione in esito all'adozione del decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri previsto dall'articolo 38, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, modelli organizzativi complessivamente improntati al rispetto dei principi di efficienza, efficacia ed economicità, evitando duplicazioni di funzioni e perseguendo l'obiettivo del miglioramento dei servizi e, ove possibile, il risparmio di spesa e dei costi di gestione attraverso le economie di scala. **A tal fine le stazioni appaltanti dovrebbero valutare l'opportunità di condividere al proprio interno sistemi informatizzati che consentano di conoscere gli affidamenti effettuati dalle singole articolazioni organizzative.**

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **5. Con riguardo all'applicazione del principio di rotazione, sussistendo i presupposti di cui al paragrafo 3.6 delle Linee guida e al di fuori delle ipotesi eccezionali contemplate al successivo paragrafo 3.7, è legittimo nelle procedure negoziate il re-invito all'operatore uscente, che abbia manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico e sia stato poi estratto tramite sorteggio con estrazione casuale?**
- Come previsto al paragrafo 3.7 delle Linee guida n. 4, **il re-invito all'operatore uscente costituisce ipotesi di stretta eccezionalità, ammissibile al ricorrere delle circostanze ivi indicate.** Fermo quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7, **il meccanismo dell'estrazione casuale, sia pure a seguito di avviso pubblico, non assicura il rispetto del principio di rotazione, come declinato all'articolo 36, primo comma del Codice dei contratti pubblici,** novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n.56. Tale disposizione, infatti, rende doverosa la rotazione tanto in relazione agli affidamenti che agli inviti.

# **4. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture importo inferiore a 40.000,00 euro**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.1** L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro può avvenire tramite affidamento diretto, adeguatamente motivato, o, per i lavori, tramite amministrazione diretta, di cui all'art. 3, comma 1, let. gggg) del Codice, in conformità all'art. 36, comma 2, lett. a) del predetto Codice.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.2** I lavori di importo inferiore a 40.000,00 euro, da realizzare in amministrazione diretta, sono individuati dalla stazione appaltante, ad opera del responsabile unico del procedimento.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.1 Avvio della procedura**
- **4.1.1** Al fine di assicurare il rispetto dei principi di cui all'art. 30 d.lgs. 50/2016 e delle regole di concorrenza, la stazione appaltante può acquisire informazioni, dati, documenti volti a identificare le soluzioni presenti sul mercato per soddisfare i propri fabbisogni e la platea dei potenziali affidatari.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI

## SOTTOSOGLIA

- **4.1.2** La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante. In applicazione dei principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, **la determina a contrarre ovvero l'atto a essa equivalente contiene**, almeno,
  - l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare,
  - le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare,
  - **l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile,**
  - **la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni,**
  - i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte
  - nonché le principali condizioni contrattuali

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 4.1.3 Nel caso di affidamento diretto, o di lavori in amministrazione diretta, si può altresì procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'articolo 32, comma 2, secondo periodo, del Codice dei contratti pubblici

- Le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici prendono avvio con la determina a contrarre o con atto ad essa equivalente, contenente, tra l'altro, l'indicazione della procedura che si vuole seguire con una sintetica indicazione delle ragioni. Il contenuto del predetto atto può essere semplificato, per i contratti di importo inferiore a 40.000,00 euro, nell'affidamento diretto o nell'amministrazione diretta di lavori

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.2 I requisiti generali e speciali**
- **4.2.1** Il concorrente **deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici** nonché dei requisiti minimi di:
  - a) **idoneità professionale**. In proposito, potrebbe essere richiesto all'operatore economico di attestare l'iscrizione al Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato o ad altro Albo, ove previsto, capace di attestare lo svolgimento delle attività nello specifico settore oggetto del contratto;



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- b) **capacità economica e finanziaria**. Al riguardo, potrebbe essere richiesta la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale, proporzionati all'oggetto dell'affidamento tali da non compromettere la possibilità delle micro, piccole e medie imprese di risultare affidatarie. In alternativa al fatturato, per permettere la partecipazione anche di imprese di nuova costituzione, può essere richiesta altra documentazione considerata idonea, quale un sufficiente livello di copertura assicurativa contro i rischi professionali;
- c) **capacità tecniche e professionali**, stabilite in ragione dell'oggetto e dell'importo del contratto, quali a titolo esemplificativo, l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo ovvero il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale richiesti

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 4.2.2 Per **lavori, servizi e forniture di importo fino a 5.000,00 euro**, in caso di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi e per gli effetti del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, anche secondo il modello del documento di gara unico europeo, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti. In tal caso la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto, da effettuarsi nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC), nonché della sussistenza dei requisiti speciali ove previsti e delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012).



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- Il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti: la risoluzione dello stesso ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta; l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto. Sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto di cui al presente paragrafo, le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare idonei controlli ai sensi dell'articolo 71, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; a tal fine le stesse si dotano di apposito regolamento, od altro atto equivalente, nel quale sono definite una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.2.3 Per lavori, servizi e forniture di importo superiore a 5.000,00 euro e non superiore a 20.000,00 euro**, in caso di affidamento diretto, la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi e per gli effetti del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445, secondo il modello del documento di gara unico europeo, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti. In tal caso la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto da effettuarsi nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'articolo 80, commi 1, 4 e 5, lettera b) del Codice dei contratti pubblici e dei requisiti speciali ove previsti, nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012).



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- Il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti: la risoluzione dello stesso ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta; l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto. Sulle autodichiarazioni rese dagli operatori economici ai fini dell'affidamento diretto di cui al presente paragrafo, le stazioni appaltanti sono tenute ad effettuare idonei controlli ai sensi dell'articolo 71, comma 1, del Decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445; a tal fine le stesse si dotano di apposito regolamento, od altro atto equivalente, nel quale sono definite una quota significativa minima di controlli a campione da effettuarsi in ciascun anno solare in relazione agli affidamenti diretti operati, nonché le modalità di assoggettamento al controllo e di effettuazione dello stesso.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 4.2.4 Per **importi superiori a 20.000,00 euro**, nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante, prima di stipulare il contratto, nelle forme di cui all'articolo 32, comma 14, del Codice dei contratti pubblici, procede alle verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e di quelli speciali, se previsti, nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. articolo 1, comma 52, legge n.190/2012)

- L'operatore economico deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del **Codice dei contratti pubblici** nonché dei requisiti speciali richiesti dalla stazione appaltante. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale. **Per gli affidamenti diretti di importo fino a 20.000,00 euro sono consentite semplificazioni nel procedimento di verifica dei requisiti, secondo quanto previsto ai paragrafi 4.2.2 e 4.2.3 delle presenti Linee guida.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI

## SOTTOSOGLIA

- **4.3 I criteri di selezione, la scelta del contraente e l'obbligo di motivazione**
- **4.3.1** In ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7.8.1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, **la stazione appaltante motiva adeguatamente in merito alla scelta dell'affidatario**, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, **nonché del rispetto del principio di rotazione**. **A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza. Si richiama quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7 in merito all'applicazione del principio di rotazione.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.3.2** Per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, **la motivazione della scelta dell'affidatario diretto può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 4.3.3 In caso di affidamento diretto, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia provvisoria di cui all'art. 93, comma 1, del Codice dei contratti pubblici. La stazione appaltante ha, altresì, la facoltà di esonerare l'affidatario dalla garanzia definitiva di cui all'art. 103 del Codice dei contratti pubblici, in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato art. 103.

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **Nei casi previsti dall'articolo 103, comma 11, primo periodo del Codice dei contratti pubblici, allorché la stazione appaltante opti per esonerare l'affidatario dall'obbligo di presentare la garanzia definitiva, è necessario prevedere un miglioramento del prezzo di aggiudicazione?**
- La miglioria del prezzo di aggiudicazione è necessaria, in applicazione di quanto stabilito dall'articolo 103, comma 11, secondo periodo del Codice dei contratti pubblici. **Le stazioni appaltanti determinano tale miglioria sentito l'affidatario e tenendo conto del valore del contratto, del presumibile margine d'utile e del costo che l'affidatario sosterebbe per l'acquisizione della garanzia definitiva, allo scopo di soddisfare la reciproca esigenza delle parti al contenimento sostenibile dei costi.** Le motivazioni circa l'esercizio di tale opzione sono formalizzate dalla stazione appaltante in apposito documento, da allegare agli atti del procedimento.

- La stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario e verifica il possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici e di quelli di carattere speciale eventualmente richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, **fatto salvo quanto previsto ai paragrafi 4.2.2 e 4.2.3 delle presenti Linee guida.**
- La motivazione può essere espressa in forma sintetica nei casi indicati al paragrafo **4.3.2.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **4.4 Stipula del contratto**
- **4.4.1.** Ai sensi dell'art. 32, c. 14, del Codice, la stipula del contratto per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro avviene mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere **anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri ovvero tramite piattaforma telematica in caso di acquisto su mercati elettronici.**
- **4.4.2** Ai sensi, dell'art. 32, comma 10, lett. b), del Codice **non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni per la stipula del contratto.**

- La stipula del contratto avviene nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 32, comma 10 lett. b) e comma 14, del Codice dei contratti pubblici

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **Con riguardo agli affidamenti diretti, nei casi di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a) del Codice dei contratti pubblici, si rivolgono alcuni quesiti in merito all'utilizzo del documento di gara unico europeo (DGUE) nella dichiarazione relativa al possesso dei requisiti generali e speciali da parte dell'operatore economico affidatario:**
  - **- a far data dal 18 aprile 2018 per gli acquisti fino a 5.000 euro è necessario comunque il ricorso al DGUE, o è possibile utilizzare l'autocertificazione ordinaria, come consentito dalle Linee guida Anac n. 4?**
  - **- anche negli acquisti di modesto importo è doverosa l'acquisizione del DGUE ovvero dell'autocertificazione ordinaria?**
  - **- il DGUE deve necessariamente riportare gli estremi del CIG ovvero può essere utilizzato per più procedure di affidamento, e in tal caso per quale lasso temporale?**
  - **- qual è la validità temporale dell'autocertificazione ordinaria?**



# faq aggiornate il 12.9.2018

- Dal 18 aprile 2018, ai sensi dell'articolo 85, c. 4 del Codice dei contratti pubblici, il DGUE deve essere utilizzato esclusivamente in formato elettronico, e non più cartaceo, come indicato anche nel comunicato del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti pubblicato il 30 marzo 2018. **In caso di affidamento diretto per importo fino a 5.000 euro**, secondo quanto previsto dal paragrafo 4.2.2 delle Linee guida Anac n. 4, recanti la disciplina degli affidamenti sotto soglia, **le stazioni possono acquisire, indifferentemente, il DGUE oppure un'autocertificazione ordinaria, nelle forme del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445** Per gli affidamenti diretti di importo fino a 20.000 euro, ai sensi del par. 4.2.3 delle citate Linee guida, è necessario acquisire il DGUE. L'obbligo di acquisire il DGUE, ovvero l'autocertificazione ordinaria, si applica a tutti gli affidamenti sopra considerati, a prescindere da una soglia minima di spesa. **Ai sensi dell'articolo 85, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, il DGUE può essere riutilizzato per successive procedure di affidamento, a condizione che gli operatori economici confermino la perdurante validità delle precedenti attestazioni. In tale dichiarazione l'operatore economico include l'indicazione del nuovo CIG, se disponibile** (v. par. 5 delle Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari, di cui alla delibera n.556 del 31 maggio 2017), **per la diversa procedura alla quale intende partecipare.** Analoga operazione potrà essere adottata in caso di utilizzo dell'autocertificazione ordinaria.

**5. La procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e per l'affidamento di contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1 Gli operatori economici da invitare alle procedure negoziate**, per i lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro ovvero **per** i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore alle soglie europee, **sono individuati** sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.
- La stazione appaltante può eseguire i lavori anche in amministrazione diretta, fatta salva l'applicazione della citata procedura negoziata per l'acquisto e il noleggio dei mezzi necessari .

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2** La **procedura prende avvio con la determina a contrarre** ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante, e contiene informazioni analoghe a quelle di cui al punto **4.1.2**.
- **5.3** La procedura si articola in **3 fasi**:
  - a) svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;
  - b) confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati;
  - c) stipulazione del contratto.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1 L'indagine di mercato e l'elenco dei fornitori**
- **5.1.1 Le stazioni appaltanti possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento** in cui vengono disciplinate:
  - a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, **anche in considerazione della necessità di applicare il principio di rotazione in armonia con quanto previsto ai precedenti paragrafi 3.6 e 3.7;**
  - b) le modalità di costituzione **e revisione** dell'elenco **degli operatori economici**, distinti per categoria e fascia di importo;
  - c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco **degli operatori economici** propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti similari gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.2** L'indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento. Tale fase non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.3** Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determina a contrarre o dell'atto equivalente, avendo cura di escludere quelle informazioni che potrebbero compromettere la posizione degli operatori sul mercato di riferimento. La stazione appaltante deve comunque tener conto dell'esigenza di protezione dei segreti tecnici e commerciali.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.4** La stazione appaltante **assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato**, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante **pubblica un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o ricorre ad altre forme di pubblicità. La durata della pubblicazione è stabilita in ragione della rilevanza del contratto, per un periodo minimo identificabile in 15 giorni, salva la riduzione del suddetto termine per motivate ragioni di urgenza a non meno di 5 giorni.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.5** L'avviso di avvio dell'indagine di mercato indica almeno
- il valore dell'affidamento,
- gli elementi essenziali del contratto,
- i requisiti di idoneità professionale,
- i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e le capacità tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione,
- il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura,
- i criteri di selezione degli operatori economici,
- le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.6** La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti, secondo le modalità di seguito individuate, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti pubblici. Gli elenchi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, nel quale è rappresentata la volontà della stazione appaltante di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare. **L'avviso di costituzione di un elenco di operatori economici** è reso conoscibile mediante pubblicazione sul profilo del committente nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o altre forme di pubblicità. **Il predetto avviso** indica i requisiti di carattere **generale** di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. **L'operatore economico può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie.**



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- La dichiarazione del possesso dei requisiti può essere facilitata tramite la predisposizione di formulari standard da parte dell'amministrazione allegati all'avviso pubblico, eventualmente facendo ricorso al DGUE.
- L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale richiesti

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.7** L'iscrizione degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali. L'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva in conformità alle previsioni del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. L'operatore economico è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante rispetto alle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa.
- **5.1.8** La stazione appaltante procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di 30 giorni dalla ricezione dell'istanza fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a 90 giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.9** La stazione appaltante **prevede le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata** – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi, così da disciplinarne compiutamente modi e tempi di variazione (i.e. cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti o loro collocazione in diverse sezioni dell'elenco). **La trasmissione della richiesta di conferma dell'iscrizione e dei requisiti può avvenire via PEC e, a sua volta, l'operatore economico può darvi riscontro tramite PEC.**
- La stazione appaltante **esclude, altresì, dagli elenchi gli operatori economici che secondo motivata valutazione della stessa stazione appaltante, hanno commesso grave negligenza o malafede nell'esecuzione delle prestazioni affidate dalla stessa o che hanno commesso un errore grave nell'esercizio della loro attività professionale. Possono essere del pari esclusi quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.1.10** Gli elenchi, non appena costituiti, sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante.
- **5.1.11** Gli elenchi di operatori economici vigenti, possono continuare ad essere utilizzati dalle stazioni appaltanti, purché compatibili con il Codice e con le presenti linee guida, provvedendo nel caso alle opportune revisioni.

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **6. Il paragrafo 5.1.10 delle Linee guida n. 4 prevede che gli elenchi degli operatori economici utilizzati per la selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate vengano pubblicati sul sito web della stazione appaltante, non appena costituiti. Ciò posto, è legittimo prevedere nel bando l'omissione della pubblicazione dei suddetti elenchi, nei casi in cui, per le condizioni del mercato locale, sia prevedibile che un ridotto numero di operatori economici faccia domanda di iscrizione?**
- La disposizione recata dal paragrafo 5.1.10 delle Linee guida n. 4 è finalizzata ad attuare il rispetto dei generali principi di pubblicità e trasparenza dei procedimenti di selezione del contraente, in armonia con quanto stabilito dal D.Lvo 14.3.2013, n. 33 e dalla legge 6.11.2012, n. 190, oltre che dal Codice dei contratti pubblici (v. art. 29). Ciò nondimeno, nelle ipotesi in cui gli operatori economici accreditati presso la stazione appaltante precedente siano esigui in relazione al settore merceologico di riferimento, la pubblicazione preventiva degli elenchi potrebbe favorire l'insorgenza di accordi collusivi. Tuttavia, nel caso in cui la stazione appaltante preveda un ridotto numero di operatori economici interessati all'iscrizione all'elenco non è corretto prevedere nel bando la segretezza del nominativo dei partecipanti. In tali casi, si suggerisce di fare ricorso non già ai suddetti elenchi ma a successive indagini di mercato, mediante avviso pubblicato sul sito web, o alla costituzione di elenchi di operatori economici congiuntamente con altre stazioni appaltanti che hanno analoghi fabbisogni da soddisfare in modo da aumentare il numero di operatori economici potenzialmente interessati ad essere iscritti. **Si ritiene, infatti, che la presenza di un numero ridotto di operatori accreditati possa rappresentare, a prescindere dalla pubblicazione dell'elenco, un fattore di criticità nella gestione delle procedure negoziate, specie ove si consideri che gli elenchi hanno una naturale vocazione all'utilizzo in un arco pluriennale di tempo e che, pertanto, i nominativi degli iscritti potrebbero essere noti anche in assenza della predetta pubblicazione.**

- Le amministrazioni possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengono disciplinate: a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo; b) le modalità di costituzione dell'elenco dei fornitori, eventualmente distinti per categoria e fascia di importo; c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta.
- Lo svolgimento delle indagini di mercato non ingenera negli operatori alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.
- Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti.
- La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità **dell'indagine di mercato**, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità.
- La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli anche da elenchi appositamente costituiti, a seguito di avviso pubblico, secondo le modalità indicate nei paragrafi **5.1.6** e seguenti delle presenti Linee guida.
- Gli operatori economici invitati posseggono i requisiti generali di moralità di cui l'art. 80 del d.lgs. 50/2016 ed i requisiti speciali richiesti dall'avviso. L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2 Il confronto competitivo**

- **5.2.1** Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero non inferiore a quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici. Nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Se non ritiene di poter invitare tutti gli operatori economici risultanti dall'indagine di mercato o presenti nell'elenco, la stazione appaltante deve indicare, nell'avviso, il numero massimo di operatori che selezionerà ai fini del successivo invito, e i relativi criteri, nel rispetto dei principi di cui al precedente periodo. La stazione appaltante tiene comunque conto del valore economico dell'affidamento nonché della volontà di avvalersi della facoltà prevista dall'articolo 97, comma 8, del Codice dei contratti pubblici.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2.2** Ai sensi dell'art. 36, c. 2, lett. b), del Codice la stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese. Si richiama quanto previsto ai paragrafi 3.6 e 3.7.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2.3** Nel caso in cui risulti idoneo a partecipare alla procedura negoziata un numero di operatori economici superiore a quello predeterminato dalla stazione appaltante in sede di avviso pubblico e non siano stati previsti, prima dell'avvio dell'indagine di mercato o dell'istituzione dell'elenco degli operatori economici, criteri ulteriori di selezione in conformità a quanto previsto dal paragrafo 5.2.1, secondo periodo, la stazione appaltante **procede** al sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine **di mercato** o nell'avviso di costituzione dell'elenco. In tale ipotesi, la stazione appaltante **rende tempestivamente noto, con adeguati strumenti di pubblicità, la data e il luogo di espletamento del sorteggio, adottando gli opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti, né siano accessibili, prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2.4 La stazione appaltante indica nella determina a contrarre o nell'atto equivalente il procedimento applicato per la selezione dei fornitori.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2.5** La stazione appaltante invita contemporaneamente tutti gli operatori economici selezionati compreso eventualmente l'aggiudicatario uscente a presentare offerta a mezzo PEC ovvero, quando ciò non sia possibile, tramite lettera in conformità a quanto disposto dall'art. 75, comma 3 del Codice oppure mediante le specifiche modalità previste dal singolo mercato elettronico

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI

## SOTTOSOGLIA

- **5.2.6** L'invito contiene tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata e dunque seria, tra cui almeno:
  - a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e prestazionali e il suo importo complessivo stimato;
  - b) i requisiti generali, di idoneità professionale e quelli economico-finanziari/tecnico-organizzativi richiesti per la partecipazione alla gara o, nel caso di operatori economici selezionati da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali sono stati inseriti nell'elenco;
  - c) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
  - d) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- e) il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 95 del Codice dei contratti pubblici **e motivando nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo di cui al predetto articolo 95, comma 4.** Nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;
- f) la misura delle penali;
- g) l'indicazione dei termini e delle modalità di pagamento;
- h) l'eventuale richiesta di garanzie;
- i) il nominativo del RUP
- j) **per gli affidamenti che non hanno un interesse transfrontaliero certo come identificato al punto 1.5, nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo,** la volontà di avvalersi della facoltà prevista dell'art. 97, comma 8, **D.Lgs. n. 50/2016**, purché pervengano almeno dieci offerte valide, con l'avvertenza che in ogni caso la stazione appaltante valuta la conformità di ogni offerta, che in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa;

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- k) nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo occorre altresì specificare, per l'ipotesi in cui sia sorteggiato uno dei metodi di cui alle lettere a), b) ed e) dell'articolo 97, comma 2 del Codice dei contratti pubblici:
  - a) che il così detto taglio delle ali, che consiste nel tralasciare e non considerare le offerte estreme nella misura percentuale indicata dalla legge, si applica per individuare le offerte tra le quali calcolare la media aritmetica dei ribassi percentuali offerti. Successivamente il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media si effettua esclusivamente prendendo in considerazione i ribassi delle offerte che sono residue dopo il suddetto taglio delle ali;



# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- b) che, in caso di sorteggio del metodo di cui alla all'articolo 97, comma 2, lettera b), del Codice dei contratti pubblici, una volta operato il così detto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi;
- c) che le offerte con identico ribasso percentuale avranno, ai fini della soglia di anomalia, lo stesso trattamento e saranno pertanto considerate come un'offerta unica; d) a prescindere dal metodo sorteggiato, il numero di decimali per il ribasso offerto da considerare per il calcolo dell'anomalia;

# faq aggiornate il 12.9.2018

- **1. Con riguardo al punto 5.2.6, lettera k), punto delle Linee guida n. 4, la regola per cui le offerte con identico ribasso vanno considerate, ai fini della soglia di anomalia, come un'unica offerta si applica a tutte le offerte, o solo a quelle comprese nelle ali?**
- La regola del trattamento unitario delle offerte con identico ribasso, secondo la prevalente giurisprudenza (Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 5 del 19 settembre 2017), si applica alle offerte poste a cavallo o all'interno delle ali. **La regola stabilita al punto 5.2.6, lettera k) delle Linee guida si applica, come letteralmente previsto nella disposizione in questione, soltanto laddove sia sorteggiato uno dei metodi cui alle lettere a), b), e) dell'articolo 97, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, che prevedono il taglio delle ali e, in armonia con il predetto orientamento giurisprudenziale, limitatamente alle offerte con identico ribasso che si collocano a cavallo o all'interno delle ali. In tutte le restanti ipotesi (metodo di cui alle lettere c) o d) dell'articolo 97, comma 2 del Codice dei contratti pubblici ovvero offerte residue a seguito del taglio delle ali), le offerte con identico ribasso vanno mantenute distinte ai fini della soglia di anomalia.**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- l) lo schema di contratto ed il capitolato tecnico, se predisposti;
- m) la data, l'orario e il luogo di svolgimento della prima seduta pubblica, nella quale il Rup o il seggio di gara procedono all'apertura dei plichi e della documentazione amministrativa.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.2.7 Le sedute di gara**, siano esse svolte dal Rup che dal seggio di gara ovvero dalla commissione giudicatrice, **devono essere tenute in forma pubblica**, ad eccezione della fase di valutazione delle offerte tecniche, e le relative attività devono essere verbalizzate.
- **5.2.8 Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate**, la verifica del possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico nel corso della procedura, è regolata dall'articolo 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

- La stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari ai minimi previsti dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre ovvero dell'atto equivalente.
- La stazione appaltante è tenuta al rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti
- Nel caso in cui non sia possibile procedere alla selezione degli operatori economici da invitare sulla base dei requisiti posseduti, la stazione appaltante procede al sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine di mercato o nell'avviso di costituzione dell'elenco e che, in ogni caso, venga evitata la conoscibilità dei soggetti invitati, prima della scadenza dei termini di ricezione delle offerte.
- La stazione appaltante invita contemporaneamente tutti gli operatori economici selezionati. L'invito contiene tutti gli elementi che consentono alle imprese di formulare un'offerta informata e dunque seria, tra cui almeno quelli indicati al paragrafo 5.2.6. delle presenti Linee guida.
- La stazione appaltante verifica il possesso dei requisiti da parte dell'aggiudicatario. La stazione appaltante può effettuare verifiche nei confronti degli altri operatori economici invitati, conformemente ai principi in materia di autocertificazione di cui al d.p.r. n. 445/2000.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **5.3 Stipula del contratto**
- **5.3.1** Ai sensi dell'art. 32, c. 14, del Codice la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata ovvero mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.
- **5.3.2** Ai sensi dell'art. 32, c. 10, del Codice è esclusa l'applicazione del termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto.
- **5.3.3** Al fine di garantire pubblicità e trasparenza dell'operato della stazione appaltante, quest'ultima a esito della procedura negoziata pubblica le informazioni relative alla procedura di gara, previste dalla normativa vigente, tra le quali gli esiti dell'indagine di mercato e l'elenco dei soggetti invitati, motivando adeguatamente sulle scelte effettuate

- La stipula del contratto avviene nel rispetto delle disposizioni di cui all'art. 32, comma 10 lett. b) e comma 14, del Codice dei contratti pubblici

**6. La procedura negoziata per  
l'affidamento di contratti di lavori  
di importo pari o superiore a euro  
150.000,00 euro e inferiore a  
1.000.000,00 euro**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **6.1** L'art. 36, c. 2, lett. c), del Codice dispone che i contratti di lavori di importo pari o superiore a euro 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 euro possono essere affidati **mediante procedura negoziata** con consultazione di **almeno 15 operatori economici**, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **6.2** La procedura delineata ricalca quella dettata all'art. 36, c. 2, lett. b), del Codice ed esplicitata al paragrafo 5 delle presenti linee guida, con **l'estensione a 15 del numero minimo di operatori economici da invitare al confronto competitivo**. Valgono, pertanto, le osservazioni e le indicazioni fornite nei paragrafi precedenti anche in riferimento ai requisiti di carattere generale. **I requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale sono comprovati dall'attestato di qualificazione SOA per categoria e classifica da definire in ragione dei lavori oggetto dell'affidamento**

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **6.3** Considerata l'ampiezza del limite di soglia fino a 1.000.000,00 di euro e i rischi insiti (per definizione) nella possibilità di affidare tramite procedura negoziata una porzione ragguardevole dell'intero mercato degli appalti di lavori, appare tanto più necessaria l'individuazione di meccanismi idonei a garantire la trasparenza della procedura e la parità di trattamento degli operatori economici. In particolare si richiamano gli oneri motivazionali già esplicitati nei paragrafi precedenti. Per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, le stazioni appaltanti motivano il mancato ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- **6.4** Ai sensi dell'art. art. 32, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, si applica il termine dilatorio di 35 giorni per la stipula del contratto.

- La procedura per l'affidamento di **lavori** di cui all'art. 36, comma 2, lett. *c*), del **Codice dei contratti pubblici** è del tutto simile a quella di cui all'art. 36, comma 2, lett. *b*), del medesimo Codice, come esplicitata al paragrafo **5** delle presenti Linee guida.
- L'invito è rivolto ad almeno **quindici** operatori.
- I requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale sono comprovati dall'attestato di qualificazione SOA per categoria e classifica da definire in ragione dei lavori oggetto dell'affidamento.
- Per affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, le stazioni appaltanti motivano il mancato ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti.

# LINEA GUIDA ANAC SU CONTRATTI SOTTOSOGLIA

- 7. Entrata in vigore
- 7.1 Le presenti Linee guida aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 entrano in vigore 15 (quindici) giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

# **Determinazione AVCP**

**6.4.2011 n. 2**

**Indicazioni operative inerenti la  
procedura negoziata senza previa  
pubblicazione del bando di gara nei  
contratti di importo inferiore alla soglia  
comunitaria, con particolare riferimento  
all'ipotesi di cui all'art. 122, comma 7-bis  
del D.Lvo 12.4.2006, n. 163**

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- **2.4 Il procedimento**

- ... L'art. 57, c. 6 prevede che la stazione appaltante, allo scopo di individuare gli operatori economici da invitare, compia, **in primo luogo**, due operazioni connesse fra di loro:
- a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori devono possedere per eseguire la prestazione;
- b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti. La norma dispone che le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richieste dalla stazione appaltante, coincidano con quelle necessarie per partecipare alle procedure aperte e ristrette, per i lavori ,in particolare, occorre far riferimento al possesso della qualificazione SOA.

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- **In secondo luogo**, è richiesto alla stazione appaltante di selezionare, dal gruppo degli operatori economici individuati come sopra descritto, almeno 5 soggetti da invitare a presentare un'offerta. Il termine utilizzato dall'articolo in esame, "**seleziona**", pone il problema di definire la procedura per individuare i soggetti da invitare, nel caso in cui siano presenti sul mercato più operatori economici in possesso delle qualificazioni necessarie o prescritte.
- La procedura delineata dal combinato disposto dell'art. 122, c. 7bis e dell'art. 57, c.6, del Codice si articola in **due fasi**:
- **a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);**
- **b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).**

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- Le due fasi sono distinte: l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato, quindi i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito

**Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2  
proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n.  
163/06**

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

**Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2  
proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n.  
163/06**

- **2.5 Le modalità di effettuazione dell'indagine di mercato**
- ... Sulla base del richiamato principio di trasparenza che è parte integrante della procedura, si ritiene anzitutto che in linea di massima la stazione appaltante non possa individuare i cinque operatori richiesti come minimo dall'articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, effettuati tramite cottimo fiduciario, con modalità "chiuse" rispetto al mercato

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- La stazione appaltante deve in ogni caso **esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare**; in caso di avviso preventivo detti criteri devono essere specificati **nello stesso**. A titolo indicativo possono essere utilizzati come criteri, per esempio, le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6.11.2009, n. 700), l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico ...

## **Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06**

- In caso di pubblicazione di avviso preventivo, vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua "appetibilità" per i potenziali concorrenti. Quanto ai contenuti dell'avviso, lo stesso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- La determinazione delle misure di pubblicità adeguate a veicolare l'informazione presso il mercato di riferimento può essere facilmente parametrata o comparata a quella definita dall'art. 122, c. 5, penultimo periodo del Codice per le procedure ordinarie (aperte e ristrette) per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori il cui importo non sia superiore a 500.000 euro; tale disposizione, infatti, prevede che la stazione appaltante informi i potenziali competitori con la pubblicazione del bando di gara all'albo pretorio della stessa e del comune nel quale devono essere eseguiti i lavori
- Altro mezzo che si può considerare adatto allo scopo è la pubblicazione dell'avviso sul sito internet della stazione appaltante

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2

## proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- Altro strumento di cui l'amministrazione può valersi, allo scopo di effettuare indagini di mercato non riferite ad un singolo affidamento, è rappresentato dalla predisposizione di "elenchi aperti di operatori economici".
- Sul punto, pare opportuno effettuare alcune precisazioni.
- **L'art. 40, c. 5**, del Codice pone un divieto per l'affidamento di lavori pubblici, dell'utilizzo di elenchi predisposti dalla stazione appaltante, salvo il caso degli affidamenti in economia o dell'applicabilità della "procedura ristretta semplificata". **Tale divieto è stato introdotto dalla L. 19.2.1994, n. 109, al fine di impedire il ricorso ai cosiddetti "albi speciali e di fiducia" delle stazioni appaltanti costituiti senza alcuna forma di pubblicità e mediante i quali si ricorreva ad affidamenti diretti non conformi.**
- Diverso appare il caso di elenchi di operatori economici costituiti mediante bando pubblico al quale tutti i soggetti possono accedere e che costituiscono nient'altro che una forma di "indagine di mercato" cumulativa per più affidamenti.

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2

## proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- Gli elenchi a cui si fa riferimento devono presentare caratteristiche tali, da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: gli elenchi in commento devono, quindi, essere aperti al mercato.
- Pertanto, in primo luogo, occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante la pubblicazione di un avviso reso conoscibile secondo modalità idonee quali la pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'articolo 66, comma 7 del Codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio); in secondo luogo, occorre consentire a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali; in terzo luogo è necessario prevedere dei meccanismi volti ad assicurare l'aggiornamento periodico, almeno semestrale, degli elenchi. Inoltre, occorre prevedere i criteri per la selezione delle imprese da invitare.

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- A riguardo, può prendersi a modello la disciplina degli elenchi previsti dall'articolo 267 del Regolamento per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura il cui valore economico sia inferiore a 100.000 euro; tale articolo dispone che la stazione appaltante per l'individuazione dei soggetti da invitare alla gara può avvalersi di un apposito elenco, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. Inoltre, risultano indicate nell'articolo in commento le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere ed il contenuto minimo dell'avviso stesso, tra cui figurano anche le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare. Va sottolineato, infine che, per i lavori, l'elenco deve essere costruito sulla base delle categorie generali e specializzate del sistema di qualificazione e in base alla domanda di iscrizione nell'elenco degli operatori economici (con idoneità individuale, con idoneità plurisoggettiva o con sede in altri Stati membri dell'Unione Europea) corredate dall'attestazione/i di qualificazione o in modo che con semplici procedure informatiche si possa disporre della lista degli operatori economici in possesso delle qualificazioni e classifiche necessarie per l'esecuzione dei lavori

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- **2.6 Lo svolgimento della gara informale**

- Per quanto riguarda lo svolgimento della gara informale, essendo il valore di riferimento inferiore alla soglia comunitaria, risulta applicabile l'articolo 122, comma 6, lett. d) del Codice, il quale stabilisce che, **per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'art. 70** (secondo cui le stazioni appaltanti, nel fissare i termini per la ricezione delle offerte e delle domande di partecipazione, tengono conto della complessità della prestazione oggetto del contratto e del tempo ordinariamente necessario per preparare le offerte) **termine che, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a 10 giorni dalla data di invio dell'invito.**

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- La lettera di invito alla gara informale deve riportare i contenuti tipici del bando di cui all'art. 64 e all'allegato IXA del Codice. La forma prescelta è rimessa alla stazione appaltante. Deve essere, fra l'altro, precisato, ove non specificato nell'avviso di costituzione dell'elenco, che verrà applicato il principio di rotazione (regolante la gestione dei futuri percorsi selettivi in forma derogatoria, secondo quanto espressamente previsto dall'art. 57, c. 6 del Codice dei contratti pubblici) e che, pertanto, il soggetto che risulterà affidatario dei lavori non sarà invitato alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo.

## **Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06**

- L'individuazione delle imprese cui inviare le lettere di invito deve avvenire secondo i criteri generali stabiliti nella determina a contrarre o nell'eventuale avviso preventivo.
- Per quanto riguarda la verifica delle offerte anomale, si ritiene che in ogni caso trovi applicazione il principio di cui all'articolo 86, comma 3 del Codice, con cui l'amministrazione può tutelarsi valutando la congruità di ogni offerta che, sulla base di elementi specifici, appaia anormalmente bassa; anche tale elemento va citato nella lettera di invito

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2

## proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- In termini operativi, la lettera di invito deve quindi contenere i seguenti elementi:
- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo;
- b) i requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi che occorre possedere per partecipare alla gara; o nel caso di operatore economico selezionato da un elenco, la conferma del possesso dei requisiti speciali in base ai quali è stato inserito nell'elenco;
- c) le garanzie richieste;
- d) il termine di presentazione dell'offerta ed il periodo di validità della stessa;
- e) l'indicazione del termine per l'esecuzione della prestazione;
- f) il criterio di aggiudicazione prescelto;

# **Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2**

## **proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06**

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

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2

## proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- Si rammenta inoltre che, come già ricordato sopra, dal combinato disposto dei commi 3 e 5 dell'art. 122 si evince che **va sempre assolto l'obbligo di pubblicità degli esiti della gara con le medesime modalità previste per l'eventuale avviso.**
- Inoltre, **prima della stipula del contratto con l'aggiudicatario, occorre procedere alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali.**
- Infine, anche per le procedure negoziate, il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Tuttavia, **è possibile procedere all'esecuzione d'urgenza ai sensi dell'art. 11, c. 9 del Codice.** Si segnala un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa secondo cui la violazione della clausola (e del principio) di standstill, ex art. 11, c. 10 del Codice, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto (cfr. TAR Calabria, Sez. I, 20.10.2010, n. 942).

# Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2

## proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

### • 3. Considerazioni conclusive

- ..... E' infine opportuno effettuare, oltre a quanto già osservato in precedenza, alcune precisazioni circa il **cottimo fiduciario**, stante la riscontrata rilevanza e frequenza dell'utilizzo di tale strumento soprattutto nei servizi e forniture.
- In passato è stato sostenuto che il cottimo fiduciario non fosse un procedimento di scelta del contraente, né un contratto, ma una particolare modalità di retribuire una prestazione ricompresa in un contratto di lavoro subordinato o autonomo – stipulato attraverso una libera contrattazione della Pubblica Amministrazione con soggetti privati – **commisurata alla quantità della prestazione prodotta anziché al tempo impiegato a produrla**.
- Tale interpretazione non appare conforme a quanto previsto dal Codice che ha definito il cottimo quale procedura negoziata (art. 3, c. 40) e dal Regolamento. Peraltro, la definizione di cottimo fiduciario quale procedura negoziata era già contenuta nel d.P.R. 554/99.

## Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06

- Il cottimo fiduciario non può ricondursi ad una semplice attività negoziale di diritto privato priva di rilevanza pubblicistica, le regole procedurali anche minime che l'amministrazione osserva per concludere il cottimo implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità e coerenza della motivazione. (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 6.7.2006, n. 4295). Il cottimo fiduciario è, quindi, un contratto con contenuto semplificato affidato mediante procedura negoziata, la cui disciplina deve essere rinvenuta, oltre che nell'art. 125, anche all'interno del Codice. Ciò consente, fra l'altro, di non ritenere corretta una prassi applicativa dell'istituto che dia luogo a distorsioni anti-concorrenziali, in chiara violazione della disciplina codicistica e dei suoi principi.

## **Determinazione AVCP 6.4.2011 n. 2 proced. negoziata ex art. 122, c. 7 bis D.Lvo n. 163/06**

- Infine, l'articolo 331 del Regolamento prevede che le stazioni appaltanti assicurino comunque che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, contemperando altresì l'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori economici. Inoltre, è stabilito che l'esito degli affidamenti mediante cottimo fiduciario sia soggetto ad avviso di post-informazione mediante pubblicazione sul profilo del committente

# **Determinazione n. 8 del 14 dicembre 2011**

**Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70, convertito nella legge 12 luglio 2011, n. 106.**

# **INDAGINE DI MERCATO E CONSULTAZIONE PRELIMINARE DI MERCATO**

AVV. ALBERTO PONTI

# Art. 66 – Consultazioni preliminari di mercato

- 1. Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.
- 2. Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente decreto, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza.

# Art. 67 – Partecipazione precedente di candidati o offerenti

- 1. Qualora un candidato o un offerente o un'impresa collegata a un candidato o a un offerente abbia fornito la documentazione di cui all'art. 66, c. 2, o abbia altrimenti partecipato alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto, **l'amministrazione aggiudicatrice adotta misure adeguate per garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente stesso.** La comunicazione agli altri candidati e offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura o ottenute a seguito di tale partecipazione, nonché la fissazione di termini adeguati per la ricezione delle offerte costituisce minima misura adeguata.

## Art. 67 – Partecipazione precedente di candidati o offerenti

- 2. Qualora non sia in alcun modo possibile garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, il candidato o l'offerente interessato è escluso dalla procedura. In ogni caso, prima di provvedere alla loro esclusione, la amministrazione aggiudicatrice invita i candidati e gli offerenti, entro un termine comunque non superiore a 10 giorni, a provare che la loro partecipazione alla preparazione della procedura di aggiudicazione dell'appalto non costituisce causa di alterazione della concorrenza.
- 3. Le misure adottate dall'amministrazione aggiudicatrice sono indicate nella relazione unica prevista dall'articolo 99 del presente codice.

# Linee Guida n. 14 "Indicazioni sulle consultazioni preliminari di mercato"

Approvate dal Consiglio  
dell'ANAC con delibera n. 161 del  
6.3.2019

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **Premessa**
- Le presenti Linee guida sono adottate ai sensi dell'articolo 213, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (di seguito decreto correttivo) e contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto delle consultazioni preliminari di mercato, di cui agli articoli 66 e 67 del Codice. Le presenti Linee guida **sono da considerare non vincolanti**

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **1 Finalità e contesto dell'istituto**
- 1.1. Prima dell'avvio di una procedura selettiva, le stazioni appaltanti **possono svolgere consultazioni del mercato finalizzate alla predisposizione degli atti di gara, allo svolgimento della relativa procedura, nonché a fornire informazioni agli operatori circa le procedure programmate e i requisiti relativi alle stesse.** Non è consentito l'uso delle consultazioni per finalità meramente divulgative.
- 1.2. Le consultazioni preliminari di mercato possono perseguire, altresì, lo scopo di **calibrare obiettivi e fabbisogni della stazione appaltante e realizzare economie di mezzi e risorse, anche in relazione all'assetto del mercato, servendosi dell'ausilio di soggetti qualificati.**
- 1.3. La stazione appaltante può effettuare una **consultazione parziale**, limitatamente agli aspetti da chiarire di un determinato contratto.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 1.4. La consultazione si svolge **dopo la programmazione** e prima dell'avvio del procedimento per la selezione del contraente.
- 1.5. In considerazione delle finalità proprie dell'istituto, **non è consentito lo svolgimento di consultazioni in merito a procedure selettive già avviate, anche se sospese.**
- 1.6. **Le consultazioni di mercato vanno preferite quando l'appalto presenta carattere di novità.** È da escludersi l'applicazione dell'istituto nei casi di appalti di routine e appalti relativi a prestazioni standard.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **2 Ambito di applicazione**
- 2.1. Le consultazioni preliminari di mercato possono essere svolte per la predisposizione di **appalti di lavori, servizi e forniture**, ai sensi dell'articolo 66, del Codice, **indipendentemente dal valore della commessa**, **nonché delle concessioni**, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 164 del Codice. La disciplina si applica **anche agli appalti da affidare nei settori speciali**, in forza del rinvio contenuto nell'articolo 122 del Codice.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 2.2. Le stazioni appaltanti precedenti curano, altresì, che la procedura di consultazione **non si sovrapponga ai procedimenti di progettazione e ai concorsi di progettazione.**
- 2.3. **La consultazione preliminare di mercato non costituisce una procedura di affidamento di un contratto pubblico.** Le stazioni appaltanti esplicitano, negli atti di avvio della consultazione preliminare, le precise e distinte finalità della stessa.
- 2.4. **Alle stazioni appaltanti non è consentito in alcun modo, in corso di consultazione preliminare, mutare la natura del relativo procedimento.**
- 2.5. Le stazioni appaltanti curano, in particolare, che **le consultazioni preliminari di mercato siano tenute distinte dal dialogo competitivo che consiste in una vera e propria procedura di scelta del contraente,** con cui la stazione appaltante instaura un dialogo con i partecipanti al fine di individuare e definire i mezzi più idonei a soddisfare le proprie necessità.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 2.6. Le stazioni appaltanti curano altresì che le consultazioni preliminari di mercato **siano tenute distinte dalle indagini di mercato**, quali ad esempio quelle preliminari allo svolgimento delle procedure negoziate, nei casi previsti all'articolo 63, comma 6, ovvero all'articolo 36 del Codice, che costituiscono procedimenti finalizzati a selezionare gli operatori economici da invitare al procedimento di gara. Diversamente dalle procedure menzionate, **la consultazione preliminare di mercato non può costituire condizione di accesso alla successiva gara.**
- 2.7. La stazione appaltante si riserva la facoltà di interrompere, modificare, prorogare, sospendere la procedura, consentendo, a richiesta dei soggetti intervenuti, la restituzione della documentazione eventualmente depositata, senza che ciò possa costituire, in alcun modo, diritto o pretesa a qualsivoglia risarcimento o indennizzo

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **3 Il procedimento di consultazione**
- 3.1 La procedura di consultazione preliminare di mercato si svolge nel rispetto degli articoli 66 e 67, nonché dei principi di non discriminazione e trasparenza.
- 3.2 Le stazioni appaltanti **pubblicano un avviso, denominato atto o avviso di consultazione preliminare di mercato**, con il quale rendono manifesto al mercato l'avvio del procedimento di consultazione.
- 3.3 **L'avviso di consultazione è pubblicato nel profilo di committente, nella sezione amministrazione trasparente**, ferma restando la possibilità di disporre ulteriori forme di pubblicità, secondo un criterio di proporzionalità.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.4 L'avviso contiene la corretta e adeguata esplicitazione dei presupposti e delle finalità che, in concreto, giustificano il ricorso alla consultazione preliminare. In particolare, la consultazione può riguardare ogni aspetto tecnico ritenuto utile alla preparazione del procedimento selettivo, ferma restando la necessità di evitare che gli apporti informativi forniti costituiscano offerte tecniche o economiche. In ogni caso i contributi **non possono anticipare specifiche quotazioni** afferenti al prodotto/servizio/opera oggetto della consultazione che abbiano l'effetto di alterare il regolare sviluppo competitivo della successiva fase di selezione.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.5 La consultazione può altresì essere introdotta, in aggiunta o in alternativa all'avviso pubblico previsto ai §§ 3.2 e 3.3, mediante lettera di consultazione, nella misura in cui sia indirizzata ad autorità indipendenti. In casi eccezionali, dipendenti dalla particolarità del prodotto/servizio/opera, la stazione appaltante, in aggiunta all'avviso pubblico di cui ai §§ 3.2 e 3.3, può indirizzare la consultazione anche a soggetti determinati, nel rispetto comunque dei principi richiamati al § 3.1. In ogni caso, la stazione appaltante conserva sempre la facoltà, al di fuori del procedimento di consultazione preliminare di cui agli articoli 66 e 67 del Codice dei contratti pubblici, di interpellare soggetti pubblici, ad esempio per richiedere pareri normativi o tecnici.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.6 Gli avvisi o le lettere di consultazione, comunque denominati, **specificano**
- le esigenze informative e conoscitive della stazione appaltante procedente,
- le tipologie di contributi richiesti,
- la forma di contributo ammissibile,
- i tempi previsti per la presentazione dei contributi e, ove possibile, quelli per la pubblicazione della procedura selettiva e per lo svolgimento del contratto,
- nonché gli effetti di incompatibilità determinati dalla partecipazione alla consultazione
- e le modalità di svolgimento della procedura.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.7 Gli atti di consultazione, comunque denominati, chiariscono, in ogni caso, che **il contributo è prestato gratuitamente, senza diritto a rimborsi spese.**
- 3.8 **Possono prendere parte alla consultazione preliminare**, ai sensi dell'articolo 66, comma 2, del Codice, **tutti i soggetti in grado di fornire le informazioni richieste, inclusi i portatori di interessi collettivi e diffusi.**

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.9 Per la partecipazione alla consultazione, la stazione appaltante **non richiede il possesso dei requisiti di cui agli articoli 80 e 83 del Codice, né procede alla relativa verifica.**
- 3.10 I soggetti che partecipano alla consultazione forniscono consulenze, relazioni, dati, informazioni e altri documenti tecnici idonei a prestare il migliore apporto conoscitivo e informativo alla stazione appaltante procedente, relativamente all'individuazione del fabbisogno o delle soluzioni tecniche e/o organizzative idonee a soddisfare le esigenze funzionali indicate dalle stazioni appaltanti.
- 3.11 **I contributi si conformano ai canoni di correttezza, chiarezza e trasparenza.** La stazione può indirizzare la consultazione formulando domande o indicando questioni specifiche, anche attraverso la predisposizione di un questionario.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 3.12 I soggetti che partecipano alla consultazione indicano se i contributi forniti contengono informazioni, dati o documenti protetti da diritti di privativa o comunque rivelatori di segreti aziendali, commerciali o industriali, nonché ogni altra informazione utile a ricostruire la posizione del soggetto nel mercato e la competenza del soggetto nel campo di attività di cui alla consultazione. I partecipanti precisano altresì se la divulgazione dei contributi forniti dovrà avvenire in forma anonima.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **4 Il procedimento selettivo a valle della consultazione**
- 4.1 Le stazioni appaltanti esaminano criticamente i contributi ricevuti, li valutano in modo oggettivo e comparativo, in rapporto alle effettive esigenze dell'amministrazione, e li utilizzano ai fini dell'eventuale procedimento selettivo, nel rispetto dei principi di proporzionalità, trasparenza, concorrenza e non discriminazione.
- 4.2 Le stazioni appaltanti individuano misure adeguate a garantire che la concorrenza non sia falsata dalla partecipazione del candidato o dell'offerente o di un'impresa ad essi collegata alla consultazione preliminare.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 4.3 Le misure adottate dalla stazione appaltante sono volte a evitare che le informazioni, a qualunque titolo e in qualunque forma fornite in consultazione, comportino una lesione dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione.
- 4.4 Costituiscono misure adeguate minime, ai sensi dell'articolo 67, comma 1, del Codice:
  - la comunicazione da parte del RUP agli altri candidati o offerenti di informazioni pertinenti scambiate nel quadro della partecipazione del candidato o dell'offerente alla preparazione della procedura;
  - la fissazione di termini adeguati per la presentazione delle offerte.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 4.5 Costituiscono misure adeguate ulteriori:
  - la convocazione, adeguatamente pubblicizzata, di un evento pubblico ove svolgere una consultazione collettiva aperta.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 4.6 In attuazione di quanto previsto ai precedenti paragrafi, la stazione appaltante:
- a) rende disponibili, in tempo utile alla partecipazione al procedimento selettivo, a richiesta dei potenziali concorrenti, le informazioni acquisite o scambiate nel corso della consultazione da operatori economici o da imprese collegate agli stessi, ovvero da soggetti terzi che le abbiano fornite nell'interesse di specifici operatori economici. In ogni caso, la stazione appaltante, nel rispetto di quanto previsto al § 3.12, secondo periodo, può limitarsi a mettere a disposizione estratti, sunti o documenti che non contengano informazioni coperte da diritti di privativa, rivelatori di segreti aziendali, tecnici o commerciali o comunque non diffondibili in applicazione della pertinente normativa di riferimento.
- b) fissa congrui termini di ricezione delle offerte, che consentano agli operatori economici di esaminare il materiale acquisito ai sensi del punto precedente, di valutare le specifiche della documentazione di gara e di partecipare al procedimento selettivo.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- **5 L'esclusione dal procedimento selettivo**
- 5.1. Ai fini della procedura selettiva, la stazione appaltante elabora, in conformità alle disposizioni dell'articolo 68 del Codice, il contenuto di dati, documenti e informazioni ricevuti attraverso la consultazione preliminare.
- 5.2. La stazione appaltante procede a escludere dalla gara il concorrente che ha partecipato alla consultazione preliminare, solo nel caso in cui non vi siano altri mezzi per garantire il rispetto del principio della parità di trattamento.

# LINEA GUIDA 14 CONSULTAZIONI PRELIMINARI DI MERCATO

- 5.3. L'esclusione avviene, ai sensi e per gli effetti dell'articolo 80, comma 5, lettera e) del Codice, laddove le misure minime adottate dalla stazione appaltante non siano state in grado di eliminare il vantaggio competitivo derivante dalla partecipazione del concorrente alla consultazione preliminare.
- 5.4. L'esclusione dell'operatore economico ai sensi dell'art. 80, comma 5, lett. e) può essere disposta ove sia dimostrato che questi abbia intenzionalmente influenzato l'esito dell'indagine di mercato. Non è imputabile all'operatore economico l'eventuale effetto distorsivo della concorrenza derivante da scelte errate della stazione appaltante.
- 5.5. Il provvedimento di esclusione fornisce le ragioni sottese, motivando espressamente sulle ragioni che non hanno consentito di garantire in altro modo il rispetto del principio di parità di trattamento.

## CONSIGLIO DI STATO SEZ. III 23/9/2019 N. 6302

- Nella lettura giurisprudenziale più accreditata del quadro normativo (...) (sintetizzata da ultimo nel parere licenziato dal CdS, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, Adunanza di Sezione del 17.1.2019) si è evidenziato che l'istituto delle consultazioni preliminari di mercato è una semplice pre-fase di gara, non finalizzata all'aggiudicazione di alcun contratto, risolvendosi in uno strumento a disposizione della stazione appaltante con cui è possibile avviare un dialogo informale con gli operatori economici e/o con soggetti comunque esperti dello specifico settore di mercato onde acquisire quelle informazioni di cui è carente per giungere ad una migliore consapevolezza relativamente alle disponibilità e conoscenze degli operatori economici rispetto a determinati beni o servizi. In tale ottica, le consultazioni preliminari ben possono costituire lo strumento attraverso il quale accertare l'eventuale infungibilità di beni, prestazioni, servizi, che costituisce la premessa necessaria per derogare al principio della massima concorrenzialità nell'affidamento dei contratti pubblici. Al riguardo, con le proprie linee guida n. 8 del 13 settembre 2017, l'ANAC ha condivisibilmente chiarito che per fare luogo all'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione di bando spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustifichino l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare.

AVV. ALBERTO PONTI

# Procedura negoziata senza previa pubblicazione

# Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 1. **Nei casi e nelle circostanze** indicati nei seguenti commi, le amministrazioni aggiudicatrici **possono aggiudicare** appalti pubblici mediante una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, dando conto con **adeguata motivazione**, nel primo atto della procedura, della sussistenza dei relativi presupposti.

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 2. Nel caso di appalti pubblici di **lavori, forniture e servizi**, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:
  - a) **qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta. Un'offerta non è ritenuta appropriata se non presenta alcuna pertinenza con l'appalto ed è, quindi, manifestamente inadeguata, salvo modifiche sostanziali, a rispondere alle esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice e ai requisiti specificati nei documenti di gara. Una domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l'operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell'art. 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell'articolo 83;**

# Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da **un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:**

- 1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;
- 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;
- 3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

Le eccezioni di cui ai punti 2) e 3) si applicano solo quando non esistono altri operatori economici o soluzioni alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto;

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

c) nella **misura strettamente necessaria** quando, per ragioni di **estrema urgenza** derivante da **eventi imprevedibili** dall'amministrazione aggiudicatrice, **i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici.**

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 3. Nel caso di appalti pubblici di **forniture**, la procedura di cui al presente articolo è, inoltre, consentita nei casi seguenti:
  - a) qualora i prodotti oggetto dell'appalto siano **fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo**, salvo che non si tratti di produzione in quantità volta ad accertare la redditività commerciale del prodotto o ad ammortizzare i costi di ricerca e di sviluppo;
  - b) nel caso di **consegne complementari** effettuate dal fornitore originario e destinate al rinnovo parziale di forniture o di impianti o all'ampliamento di forniture o impianti esistenti, qualora il cambiamento di fornitore obblighi l'amministrazione aggiudicatrice ad acquistare forniture 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 3 anni;

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

c) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime;

d) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose, da un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale oppure dagli organi delle procedure concorsuali.

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 4. La procedura prevista dal presente articolo è, altresì, consentita negli appalti pubblici relativi ai **servizi qualora l'appalto faccia seguito ad un concorso di progettazione** e debba, in base alle norme applicabili, essere aggiudicato al vincitore o ad uno dei vincitori del concorso. In quest'ultimo caso, tutti i vincitori devono essere invitati a partecipare ai negoziati.

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 5. La presente procedura può essere utilizzata per **nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati** all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'art. 59, comma 1. **Il progetto a base di gara indica l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni alle quali essi verranno aggiudicati.** La possibilità di avvalersi della procedura prevista dal presente articolo è indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o della prestazione dei servizi è computato per la determinazione del valore globale dell'appalto, ai fini dell'applicazione delle soglie di cui all'articolo 35, comma 1. **Il ricorso a questa procedura è limitato al triennio successivo alla stipulazione del contratto dell'appalto iniziale.**

## Art. 63 – Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione

- 6. Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno 5 operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni più vantaggiose, ai sensi dell'art. 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 24/1/2020 N. 608

- L'art. 63 del d.lgs. n. 50/2016 autorizza, in presenza di “ragioni di estrema urgenza”, il ricorso a “procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara”, a condizione che: a) l'urgenza derivi da “eventi imprevedibili” e “in alcun caso imputabili” alla amministrazione aggiudicatrice, che rendano impossibile il rispetto dei termini “per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione”; b) della relativa giustificazione sia dato conto “con adeguata motivazione”; c) l'affidamento sia disposto “nella misura strettamente necessaria”. L'opzione riveste, all'evidenza, carattere di eccezionalità rispetto all'obbligo delle amministrazioni aggiudicatrici di individuare il loro contraente attraverso il confronto concorrenziale, sicché, per condiviso intendimento, la scelta di tale modalità richiede un particolare rigore nell'individuazione dei presupposti giustificativi, da interpretarsi restrittivamente (così, da ultimo, CDS sez. V, 8.8.2019, n. 5628).

# TAR CAMPANIA NAPOLI SEZ. V

## 23/1/2019 N. 105

- Le ipotesi contemplate dall'art. 63 del D. Lgs. n. 50 del 2016, concernenti il ricorso al sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando, **rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorrenzialità tipica della procedura aperta, con la conseguenza che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati col massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva;** (...) nella fattispecie in esame non risulta sussistente, in particolare, il presupposto dell'estrema urgenza di cui al comma 2, lettera c), **in quanto le ragioni richiamate dall'amministrazione aggiudicatrice non appaiono derivanti da eventi imprevedibili, essendo piuttosto imputabili alle errate scelte dell'ASL – già censurate da questa Sezione con la sentenza n. 3452/2018 e ad una carenza di organizzazione e di programmazione, e si palesano comunque compatibili con l'indizione di una gara pubblica improntata al principio di tutela della concorrenza**

**PARERE AUTORITA' GARANTE  
CONCORRENZA E MERCATO SU  
PROCEDURA NEGOZIATA**

**9 MAGGIO 2019**

# PARERE AGCM 9.5.2019

- Con riferimento alla segnalazione pervenuta in data 7 marzo 2019 da parte di un parlamentare della Repubblica e di due consiglieri comunali del Comune di Mantova, l'Autorità, nella riunione del 30 aprile 2019, ha ritenuto di formulare le seguenti osservazioni ai sensi dell' articolo 22 della legge n. 287/90.

# PARERE AGCM 9.5.2019

- In via preliminare l’Autorità osserva che tra i profili di criticità assumono rilevanza da un punto di vista concorrenziale quelli relativi alle modalità con le quali il Comune di Mantova ha provveduto ad **affidare i servizi per il pubblico** di cui all’articolo 117 del d.lgs. 22.1.2004, n. 42 recante “Codice dei beni culturali e del paesaggio, ai sensi dell’articolo 10 della legge 6 luglio 2002, n. 137 ” (di seguito, anche CBC ”), nonché **i servizi di organizzazione, gestione e promozione di eventi musicali**. Infatti, sia nell’uno che nell’altro caso, l’ente comunale ha fatto ricorso alla procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, disciplinata dall’articolo 63 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 e s.m.i. recante “ Codice dei contratti pubblici ” (di seguito, anche CCP ”), **con riguardo a una pluralità di distinti affidamenti intervenuti, quantomeno, nel periodo 2016 - 2019.**

# PARERE AGCM 9.5.2019

- In particolare, per quanto concerne le modalità di affidamento a terzi dei servizi per il pubblico di cui all'articolo 117 CBC, quali **quelli di organizzazione di mostre e manifestazioni culturali, nonché di guida e assistenza didattica** che nel caso di specie vengono in rilievo con riferimento alle esposizioni “ Marc Chagall come nella pittura così nella poesia ” e, quella ancora in corso, “Braque vis à vis ”, realizzate presso il Museo civico di Mantova **l’Autorità ritiene che il Comune di Mantova abbia violato le regole sull’evidenza pubblica in quanto, per l’affidamento dei predetti servizi, avrebbe dovuto svolgere una procedura di gara ad evidenza pubblica in applicazione dei principi e delle disposizioni dettate in via generale dal Codice dei contratti pubblici. Infatti, nel caso di specie, oggetto dell’affidamento non risulta essere la realizzazione o l’acquisizione in via definitiva di una o più opere d’arte, bensì il prestito temporaneo delle stesse ai fini dell’organizzazione di alcuni eventi culturali presso la sede dei musei civici.**

# PARERE AGCM 9.5.2019

- Inoltre, nella vicenda in esame il Comune di Mantova, come si evince dall'atto di indirizzo n. 22 del 13.2.2018 adottata dal Comune di Mantova, avente ad oggetto "Proposta di programma espositivo a carattere temporaneo sulle avanguardie artistiche del '900 Atto di indirizzo", ha esercitato la propria discrezionalità amministrativa non nel senso dell'acquisto di servizi per l'organizzazione di un'esposizione relativa a uno specifico artista, bensì di quelli necessari a un ciclo di esposizioni sul tema delle avanguardie artistiche del 900. Di conseguenza, per il tipo di servizi oggetto di affidamento esiste uno specifico mercato, anche a livello sovranazionale, e quindi l'amministrazione comunale avrebbe dovuto svolgere una gara ad evidenza pubblica per la selezione dell'operatore economico e non, invece, ricorrere alla procedura eccezionale di cui all'art. 63 CCP.

# PARERE AGCM 9.5.2019

- Inoltre, quand'anche nel caso di specie ricorressero i presupposti per applicare la procedura eccezionale di cui all'articolo 63 CCP, l'Autorità rileva che il Comune di Mantova non ha comunque osservato quanto previsto dall'articolo 63, ultimo comma, CCP, che prevede espressamente che le amministrazioni aggiudicatrici hanno il dovere di svolgere una consultazione preliminare fra più operatori economici, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione, selezionandone se possibile almeno 5 se vi sono soggetti idonei in tale numero. La necessità di procedere a una consultazione preliminare di mercato e all'invito di almeno cinque concorrenti, in caso di ricorso alla procedura negoziata disciplinata dall'articolo 63 CCP, è stata altresì ribadita dall'ANAC [Cfr. Linee Guida n. 8 "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili", del 10 ottobre 2017.]

# PARERE AGCM 9.5.2019

- L'Autorità ricorda che lo svolgimento di un'adeguata consultazione preliminare di mercato, nelle ipotesi in cui la fornitura o il servizio rivesta carattere di infungibilità, costituisce un passaggio imprescindibile della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in quanto, in ossequio al principio di concorrenza, essa risulta strumentale a verificare se esista un mercato di riferimento e a selezionare gli operatori economici tra i quali scegliere l'affidatario [Nel caso di specie si evidenzia, inoltre, che in Italia vi sono altre società attive nell'organizzazione di esposizioni museali di primissimo rilievo, come ad esempio MondoMostre Skira S.r.l. (che di recente ha organizzato l'esposizione delle opere di Antonello da Messina presso il Palazzo Reale di Milano). Tra l'altro, alcuni Comuni hanno costituito delle società strumentali che si occupano, inter alia, dell'organizzazione di eventi culturali, come ad esempio la società Zètema Progetto Cultura S.r.l. partecipata al 100% dal Comune di Roma Capitale]

# PARERE AGCM 9.5.2019

- Nel caso di specie, la mancata realizzazione da parte del Comune di Mantova di un'indagine preliminare di mercato, con riferimento all'affidamento dei servizi per il pubblico relativi all'organizzazione delle suddette esposizioni d'arte, appare di fatto essersi risolta nell'affidamento senza gara dei servizi di organizzazione, gestione e promozione di manifestazioni culturali, nonché di quello di guida e assistenza didattica, **in contrasto con i principi di concorrenza, trasparenza, pubblicità, rotazione, non discriminazione e parità di trattamento.**
- Inoltre, l'Autorità evidenzia come, nei casi di ricorso alla procedura negoziata disciplinata dall' articolo 63 CCP, assume particolare rilievo l'osservanza del **principio di rotazione**, in quanto il rispetto dello stesso mira a garantire la contendibilità degli affidamenti pubblici in contesti di confronto concorrenziale affievolito, e mira altresì ad evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo all'affidatario uscente, come confermato anche dalla giurisprudenza amministrativa [Cfr. Cons. Stato, Sez. V, sent. n. 5854/2017.]

# PARERE AGCM 9.5.2019

- L'Autorità, infine, osserva che le medesime considerazioni svolte in ordine alla necessità di svolgere una indagine preliminare di mercato nei casi di ricorso alla procedura negoziata di cui all'articolo 63 CCP, possano essere estese anche ai profili di criticità concorrenziale inerenti all'affidamento dei servizi di organizzazione, gestione e promozione di eventi musicali. Al riguardo, l'Autorità osserva che il Comune di Mantova, nell'avvalersi della predetta procedura negoziata, non ha sempre provveduto, anche laddove non era a priori possibile accertare il carattere infungibile della prestazione o la sussistenza di diritti di esclusiva, a svolgere una preliminare indagine di mercato e a selezionare almeno cinque operatori tra cui scegliere l'affidatario del servizio, **limitando in maniera ingiustificata il confronto concorrenziale tra gli operatori di settore potenzialmente interessati all'affidamento dei servizi in questione.**

# PARERE AGCM 9.5.2019

- In conclusione, l'Autorità ricorda che l'applicazione delle procedure ad evidenza pubblica risulta preordinata soprattutto ad assicurare la piena contendibilità del mercato e la parità di trattamento di tutti gli operatori economici interessati.
- Il presente parere sarà pubblicato sul Bollettino di cui all'articolo 26 della legge n. 287/90, salvo che vengano rappresentate, entro 30 giorni dal ricevimento della presente comunicazione, eventuali ragioni ostative alla pubblicazione.

**Linee guida per il ricorso a  
procedure negoziate senza previa  
pubblicazione di un bando nel caso  
di forniture e servizi ritenuti  
infungibili**

**LINEA GUIDA 8**

Approvate dal Consiglio dell'Autorità nell'Adunanza  
del 13 settembre 2017 con Deliberazione n. 950

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- **Premessa**
- Nell'ambito della propria attività istituzionale, l'Autorità ha osservato come in diverse occasioni, per l'acquisizione di beni o servizi, le stazioni appaltanti ricorrano ad affidamenti mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, di cui all'art. 63 (o all'art. 125 per i settori speciali) d.lgs. 18.4.2016, n.50 (di seguito Codice), adducendo motivazioni legate all'esistenza di privative, all'infungibilità dei prodotti o servizi da acquistare, ai costi eccessivi che potrebbero derivare dal cambio di fornitore, ecc. Si tratta di situazioni che caratterizzano diversi settori, tra cui, a titolo di esempio, il settore sanitario, le acquisizioni di servizi e forniture informatiche, i servizi di manutenzione e gli acquisti di materiali di consumo per determinate forniture/macchinari.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Tale prassi determina inevitabilmente una restrizione della concorrenza, pertanto, l'Autorità ritiene necessario fornire indicazioni puntuali circa le modalità da seguire per accertare l'effettiva infungibilità di un bene o di un servizio: gli accorgimenti che le stazioni appaltanti dovrebbero adottare per evitare di trovarsi in situazioni in cui le decisioni di acquisto in un certo momento vincolino le decisioni future (fenomeno cosiddetto del lock-in); le condizioni che devono verificarsi affinché si possa legittimamente ricorrere alla procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di gara in caso di infungibilità di beni e/o servizi. A tal fine l'Autorità ha redatto le presenti Linee Guida ai sensi dell'art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016, in virtù del quale l'ANAC, attraverso linee guida, bandi-tipo, capitolati-tipo, contratti-tipo ed altri strumenti di regolamentazione flessibile, comunque denominati, garantisce la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche. **Le stesse non hanno perciò carattere vincolante.**

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- **1. Le possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi**
- In via preliminare appare opportuno ricordare che, da un punto di vista giuridico ed economico, **i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi**. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, secondo cui solo il titolare di un diritto di esclusiva (brevetto) può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio, **mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno**. In altri termini, un bene può essere sostituibile a un altro soggetto a privativa industriale, in quanto permette di soddisfare il medesimo bisogno garantito dal secondo. Un bene o servizio può essere infungibile, anche se non vi è alcun brevetto sullo stesso.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili, il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe all'evidenza pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Naturalmente, trattandosi di una deroga all'evidenza pubblica, occorre che l'infungibilità sia debitamente accertata e motivata nella delibera o determina a contrarre dell'amministrazione.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Un bene o un servizio possono essere infungibili perché, a causa di ragioni di tipo tecnico o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti degli stessi, oppure a causa di decisioni passate da parte del contraente che lo vincolano nei comportamenti futuri o, infine, a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico. Un operatore economico che offre un prodotto o un servizio infungibile potrà praticare un prezzo più elevato di quello che deriverebbe da un confronto concorrenziale, in quanto potrà sfruttare i vantaggi derivanti da una domanda inelastica, ovvero una domanda che reagisce poco a variazioni di prezzo.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Poiché l'esclusiva si riferisce a un prodotto o a un processo, l'esistenza di un diritto esclusivo non implica che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi. Peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio.
- L'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico è conosciuta nella letteratura economica e antitrust con il termine di lock-in.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della Information and Communications Technology (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di lock-in per gli appalti nel settore informatico: «Il lock-in si verifica quando l'amministrazione non può cambiare facilmente fornitore alla scadenza del periodo contrattuale perché non sono disponibili le informazioni essenziali sul sistema che consentirebbero a un nuovo fornitore di subentrare al precedente in modo efficiente»

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Esempi nei quali il lock-in è l'effetto di un comportamento del consumatore/stazione appaltante sono quelli legati alla presenza di elevati costi di investimento (iniziale) non recuperabili (sunk costs), per effetto dei quali cambiare il fornitore determina la perdita degli stessi; alla presenza di lunghi e costosi processi di apprendimento (learning) per l'utilizzo ottimale di un determinato servizio o prodotto, che andrebbero persi in caso di cambio del fornitore; o alla presenza di esternalità e di economie di rete, per cui il valore del bene è legato al numero di altri utilizzatori del bene stesso (si pensi, ad esempio, ai social networks), in questo caso, se un cliente cambia singolarmente il fornitore, ne perde la sua utilità.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Per quanto concerne i comportamenti del fornitore che possono condurre ad esiti di tipo lock in, gli esempi tipici sono riconducibili al possesso di informazioni riservate, all'esclusiva di diritto o di fatto sui pezzi di ricambio o sui materiali di consumo (ad esempio, toner delle stampanti), alla conoscenza approfondita dei bisogni del cliente e/o alla cattura di fatto dello stesso.
- In tutti questi casi, il cliente incontra elevate difficoltà a cambiare gestore/fornitore. Ciò è vero, indipendentemente dal numero di concorrenti presenti sul mercato; anzi si può ritenere che le singole imprese tenderanno ad adottare comportamenti tanto più aggressivi quanto maggiore è il numero dei concorrenti.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Un consumatore attento nelle proprie scelte di consumo, **come devono essere le pubbliche amministrazioni stante la necessità di operare nel rispetto del fondamentale principio di buona amministrazione (art. 97 Cost), deve poter anticipare i maggiori oneri futuri determinati dalle proprie decisioni di acquisto attuali.** Ne discende che per alcuni beni e servizi le decisioni di consumo si basano su un orizzonte pluriennale e richiedono un'adeguata ponderazione del rapporto costi-benefici in quanto il vincolarsi ad un determinato fornitore per un numero indefinito di anni implica spesso la rinuncia ai benefici, che possono derivare dal progresso tecnico e, quindi, dalla disponibilità di nuovi beni e servizi. D'altro canto l'emancipazione da un fornitore di un prodotto e/o servizio può comportare costi elevati, quali, a titolo esemplificativo: (a) i costi della migrazione di dati (e documenti) informatici, che, prima di essere trasferiti da un fornitore all'altro, devono essere preparati (bonifiche pre-migrazione); (b) i costi organizzativi, collegati alla necessità di reimpostare i servizi e di formare il personale.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- È stato sostenuto che, specie per le gare di appalto, una possibile soluzione per anticipare rischi di *lock-in*, **soprattutto quando vi sono costi di apprendimento elevati, sta nell'affidare appalti cosiddetti *multi-sourcing*, ovvero con due o più vincitori.** In questo caso, nelle gare a valle, la stazione appaltante potrà contare sulla partecipazione dei soggetti aggiudicatari della prima, i quali avranno acquisito quelle conoscenze specifiche sui bisogni della stessa, che gli permettono di formulare offerte competitive. A parte la difficoltà di congegnare una gara *multi-sourcing*, si osserva che questa può produrre risultati positivi di prevenzione del *lock-in* solo in un numero limitato di casi, non risolvendo i problemi di *aftermarket*, di esternalità ecc. Inoltre, potrebbe produrre risultati negativi (ad esempio in termini di prezzo) in presenza di elevati costi fissi (che dovrebbero essere duplicati) ovvero a causa del mancato sfruttamento di possibili economie di scala e/o di scopo. Peraltro, non si possono escludere rischi di collusione tra i partecipanti alle gare, i quali potrebbero non essere incentivati ad offerte aggressive, preferendo accordarsi per essere tra gli aggiudicatari.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Un'ulteriore soluzione, ripresa recentemente con forza in sede europea, **valida per i sistemi ICT è quella del passaggio all'utilizzo di sistemi di telecomunicazione non più basato su tecnologie proprietarie ma su standard.** Secondo la Commissione, se in Europa tutte le gare fossero svolte su standard si potrebbe ottenere un risparmio annuo sui costi degli affidamenti pari a 1,1 miliardi di euro (anche se ovviamente vi sarebbe un costo iniziale per il passaggio alle nuove dotazioni) e un miglioramento della qualità dei prodotti, dovuti alla maggiore concorrenza e partecipazione di imprese alle gare. In generale, un effetto lock-in può derivare da una pluralità di ragioni, che devono quindi essere analizzate caso per caso.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. L'esclusiva attiene all'esistenza di privative industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.
- L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di privative industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.
- Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- **2. L'affidamento di forniture e servizi infungibili**
- 2.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara
- L'analisi delle cause per cui un bene può essere infungibile ha mostrato che esistono numerose situazioni che possono portare una stazione appaltante a ritenere infungibile un certo bene o servizio; in alcuni casi ciò deriva da caratteristiche intrinseche del prodotto stesso, in altri può essere dovuto a valutazioni di opportunità e convenienza nel modificare il fornitore. Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene.
- Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene»

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale, **spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare.** In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati esteri. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. **Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard.**



# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Ne consegue, pertanto, che qualora questi ultimi siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 D.lgs. 50/2016, osservando quanto disposto dall'art. 68, c. 6, Dlgs. 50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere. Di contro, quando il rispetto di particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionale, determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti potranno utilizzare la procedura negoziata senza pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Per la verifica rigorosa dei presupposti che possono condurre ad effettuare acquisti ricorrendo alle procedure derogatorie dell'evidenza pubblica di cui all'art. 63 è necessario che le stazioni appaltanti già nella fase di individuazione dei propri fabbisogni accertino le caratteristiche dei beni e servizi che intendono acquistare.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- 2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi
- Al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici e, in particolare, **allo scopo di prevenire l'insorgere di forme di lock-in o di infungibilità di prodotti o processi, le amministrazioni devono compiere un'attenta programmazione dei propri fabbisogni.** Quest'ultima costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento. Grazie allo svolgimento dell'attività di vigilanza **l'Autorità ha potuto verificare la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad un'incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, prima ancora, all'assenza di un'adeguata fase di programmazione**

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Il d.lgs. 163/2006 prevedeva l'obbligo di ricorrere alla preventiva programmazione dei fabbisogni soltanto per la realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a 100.000 euro, ma non servizi e forniture. In assenza di previsione specifica, l'Autorità ha più volte sottolineato la centralità della programmazione anche per servizi e forniture, al fine di garantire l'apertura dei mercati e la prevenzione della corruzione.
- L'importanza della programmazione per l'acquisizione di beni e servizi è stata definitivamente riconosciuta dal d.lgs. 50/2016: le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40.000 euro e procedere poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi. Nell'ambito di tale programma le amministrazioni aggiudicatrici individuano i bisogni che possono essere soddisfatti con capitali privati (art. 21, commi 1 e 6)

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Grazie ad un'adeguata programmazione le stazioni appaltanti definiscono ex ante le proprie esigenze, individuano le conseguenti migliori soluzioni idonee a soddisfarle, evidenziando anche quali, tra le soluzioni percorribili possono comportare rischi di lock-in. In particolare si suggerisce alle stazioni appaltanti almeno di: (a) individuare gli effettivi fabbisogni, sulla base dell'analisi dei processi interni e degli obiettivi da perseguire; (b) identificare la soluzione che appare preferibile, valutandone la fattibilità, dal punto di vista tecnico, dei costi connessi alla realizzazione, dei benefici attesi, dei rischi e dei vincoli tecnologici, temporali e normativi

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Accanto alla programmazione, il nuovo Codice detta ora indicazioni precise per la progettazione di beni e servizi. Si ritiene questa una fase fondamentale per prevenire i rischi di lock-in; il progetto non deve limitarsi a considerare solo l'immediata utilizzabilità di un prodotto o servizio, ma, specie per quelli che hanno una durata protratta nel tempo, deve guardare anche agli impegni che l'amministrazione dovrà sopportare in futuro e, in particolare, per quanto riguarda i rischi di infungibilità, aspetti legati a materiali di consumo, pezzi di ricambio e facilità di sostituire il fornitore. Tale soluzione eviterebbe il rischio che un operatore possa adottare strategie opportunistiche, presentando un'offerta particolarmente aggressiva, potendo contare sul successivo recupero di consistenti guadagni negli aftermarket a danno della stazione appaltante e dei concorrenti. È necessario, quindi, che le stazioni appaltanti considerino l'intero ciclo di vita del prodotto e/o del servizio richiesto, ponendolo ad oggetto del confronto competitivo.
- Grazie a tale analisi preventiva le stazioni appaltanti potrebbero prevenire fenomeni di lock in quanto verrebbero a conoscere ex ante sia la durata del prodotto sia i costi dello stesso e, conseguentemente, potrebbero programmare per tempo la sostituzione dello stesso mediante procedura concorrenziale. Il ciclo di vita comprende tutte le fasi consecutive o interconnesse, compresi la ricerca e lo sviluppo da realizzare, la produzione, gli scambi e le relative condizioni, il trasporto, l'utilizzazione e la manutenzione, della vita del prodotto o del lavoro o della prestazione del servizio, dall'acquisizione della materia prima o dalla generazione delle risorse fino allo smaltimento, smantellamento e fine del servizio (art. 3, lett. hhhh) del Codice)

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Nel considerare il ciclo di vita di una fornitura e/o di un servizio ICT le stazioni appaltanti tengono presente che l'evoluzione tecnologica è molto rapida, e pertanto prodotti inizialmente caratterizzati da un certo grado di infungibilità potrebbero a distanza di poco tempo diventare pienamente fungibili. In tale contesto dovrebbero essere valutati anche eventuali switching cost, sostenuti nel caso in cui venisse cambiato il fornitore. La fase di progettazione del servizio o del bene diviene allora fondamentale per verificare l'eventuale rilevanza dell'aftermarket sull'economia generale del contratto e la conseguente opportunità di stimolare la presentazione di offerte sull'intero ciclo di vita del prodotto o servizio. Laddove, invece, gli aftermarket e gli eventuali switching cost presentano un valore trascurabile nell'economia complessiva del contratto o non esistono vincoli tecnologici, economici o giuridici che impediscano all'amministrazione di rivolgersi ai fornitori universali di ricambi o servizi di manutenzione, potrebbe essere riconosciuta la possibilità di ricorrere ad affidamenti non integrati.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di lock-in e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.
- Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, le amministrazioni devono considerare, oltre ai costi immediati che si devono sostenere, anche quelli futuri legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio, nonché per il cambio di fornitore.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- 2.3 Consultazioni preliminari di mercato
- Per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta **è necessario che la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili.** Innanzitutto è opportuno che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti. Potrebbe essere utile in tale fase procedere anche alla consultazione dei cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Se tale analisi non è soddisfacente, è necessario rivolgersi al mercato, attraverso adeguate consultazioni preliminari, per verificare quali siano le soluzioni effettivamente disponibili per soddisfare l'interesse pubblico per il quale si procede. Le consultazioni sono preordinate a superare eventuali asimmetrie informative, consentendo alla stazione appaltante di conoscere se determinati beni o servizi hanno un mercato di riferimento, le condizioni di prezzo mediamente praticate, le soluzioni tecniche disponibili, l'effettiva esistenza di più operatori economici potenzialmente interessati alla produzione e/o distribuzione dei beni o servizi in questione

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- In particolare l'art. 66 d.lgs. 50/2016, prevede ora che **prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi (art. 66, comma 1)**. Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti. Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto (art. 66, comma 2).

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- In questi casi, la stazione appaltante **deve informare il mercato, con congruo anticipo, circa le proprie intenzioni di acquisto, invitando gli operatori economici a suggerire e a dimostrare la praticabilità di soluzioni alternative a quelle che porterebbero a concludere per l'esistenza di un unico fornitore.** La stazione appaltante assicura l'opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato tramite avviso pubblicato sul proprio profilo di committente, dandone adeguata pubblicità nell'home page, per un periodo non inferiore a quindici giorni ovvero scegliendo altre forme idonee a garantire la trasparenza del proprio operato e la più ampia diffusione dell'iniziativa e la maggiore partecipazione alla stessa. L'avviso indica il fabbisogno che la stazione appaltante intende soddisfare, gli strumenti che quest'ultima ha individuato per farvi fronte e i costi attesi, la richiesta di indicare eventuali soluzioni alternative, la volontà di procedere, qualora ve ne siano i presupposti, all'acquisto mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando. La stazione appaltante, inoltre, rimane disponibile a fornire ulteriori informazioni che il mercato potrebbe richiederle nel rispetto dei principi di trasparenza e par condicio.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Ciò consente alla stazione appaltante di delineare un quadro chiaro e completo del mercato di riferimento e di ridurre proprio quelle asimmetrie informative che creano ostacoli allo sviluppo della concorrenza. La consultazione, ad esempio, potrebbe svelare che i costi di passaggio ad altro produttore o tecnologia interoperabile rappresentano un'alternativa economicamente più vantaggiosa rispetto al proseguimento del contratto in essere e, quindi, indurre la stazione appaltante a bandire una procedura aperta o ristretta.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Sotto un diverso profilo, occorre precisare **che la stazione appaltante non può basare la motivazione della propria scelta di derogare all'evidenza pubblica sulla base dei risultati di consultazioni condotte in passato.** Infatti, nel tempo le condizioni che hanno portato a riconoscere l'infungibilità della fornitura o del servizio possono variare. Peraltro, «in giurisprudenza è stato puntualizzato che la “unicità” dello “operatore economico determinato”, *id est* del prodotto o del servizio, chiesta dalla norma in parola, non esprime un concetto astratto, essendo un rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in rerum natura, bensì ne è ragionevole l'interpretazione secondo cui **va considerato “unico” il prodotto che, anche in relazione al fattore temporale, “in quel momento, sia pronto all'uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti”,** pena altrimenti una lettura della norma stessa **trasmodante in una *interpretatio abrogans* della medesima, non conforme al canone pur restrittivo individuato dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria».** In sostanza, **la dimostrazione dell'infungibilità del servizio o della fornitura si deve basare su valutazioni attuali, non legate ai risultati di precedenti verifiche o a ipotesi circa futuri sviluppi nel mercato, che, pure, vanno presi in considerazione per la determinazione della durata dell'affidamento.**

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Nella delibera o determina a contrarre la stazione appaltante dà puntuale riscontro degli esiti dell'indagine di mercato e delle conclusioni che conducono a ritenere infungibile la fornitura o il servizio. Nello stesso atto vanno indicati il valore stimato dell'affidamento e la durata dello stesso. Si ricorda, infatti, che il valore stimato dell'affidamento, ai sensi dell'art. 35 del Codice, deve essere indicato all'avvio di ogni procedura di affidamento, indipendentemente dall'esistenza di un bando. Il prezzo pagato per la fornitura o l'affidamento deve essere calcolato secondo le procedure standard seguite dalla stazione appaltante, avendo a riferimento, ad esempio, anche il prezzo attualmente praticato alla stazione appaltante o, per affidamenti analoghi, ad altre stazioni appaltanti. La durata dell'affidamento dovrebbe essere calcolata tenendo conto, da un lato, delle esigenze di non gravare eccessivamente gli oneri per la stazione appaltante, dall'altro, del fatto che si tratta di una procedura in deroga ai principi di evidenza pubblica, circostanza che impone di limitare la durata dell'affidamento. Ciò specie se la stazione appaltante preveda ragionevolmente che potranno essere introdotti a breve nuovi servizi o forniture fungibili con quelli in esclusiva

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Le consultazioni preliminari di mercato sono svolte in ossequio ai principi di trasparenza e massima partecipazione, al fine di non falsare la concorrenza.
- Le consultazioni preliminari di mercato sono volte a confermare l'esistenza dei presupposti che consentono ai sensi dell'art. 63, comma 1, d.lgs. 50/2016 il ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando ovvero individuare l'esistenza di soluzioni alternative. I risultati delle soluzioni individuate a seguito delle consultazioni preliminari di mercato sono riportati nella determina a contrarre.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- [2.4 Come superare il rischio di lock-in](#)
- Come ricordato la Direttiva 2014/24/UE ha chiarito che è possibile ricorrere a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando in casi eccezionali, quando vi è un unico fornitore, «se la situazione di esclusività non è stata creata dalla stessa amministrazione aggiudicatrice in vista della futura gara di appalto».
- Questa circostanza negativa, però, si verifica spesso per numerosi affidamenti, talvolta anche in modo inconsapevole da parte della stessa stazione appaltante, la quale, nel predisporre il proprio capitolato speciale può non considerare con attenzione i rischi che a seguito del primo affidamento venga definito anche il nominativo del vincitore dei successivi affidamenti. Ciò si verifica soprattutto quando non vi è un'attenta programmazione dei fabbisogni e i documenti di gara sono predisposti a ridosso della scadenza dei contratti.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Per quanto concerne il *lock-in*, la stazione appaltante può dover affrontare, nel tempo, due problemi distinti: a) produrre documentazione di gara che prevenga il rischio di rimanere legati ad un unico fornitore; b) verificare la possibilità e la praticabilità di uscire da situazioni di *lock-in*. In merito a quest'ultimo aspetto devono essere attentamente individuate le cause che impediscono o ostacolano il cambio di fornitore. Spesso le difficoltà e i costi di mutamento del fornitore possono essere sovrastimati, anche a causa dell'inerzia che caratterizza l'azione amministrativa. In generale, le difficoltà inerenti il cambio del fornitore devono essere confrontate con i risparmi di lungo periodo permessi da una maggiore concorrenza e dal poter accedere a soluzioni più efficienti.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- In ogni caso si rileva che, come già sottolineato, **non esiste una regola generale per prevenire e superare il *lock-in*, ma occorre procedere caso per caso.**

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Si è già indicato come una delle possibili soluzioni, suggerita nella letteratura e praticata per gli affidamenti in taluni settori, **consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (*multi-sourcing*)**. Ciò può dare un certo potere contrattuale alla stazione appaltante negli affidamenti successivi, poiché potrà contare sull'esistenza di più imprese che hanno acquisito una conoscenza sulle caratteristiche e le necessità dell'amministrazione (riduzione dell'asimmetria informativa). Affidamenti *multi-sourcing* possono avvenire o prevedendo più aggiudicatari per la singola gara (o lotto), con l'assegnazione al concorrente primo qualificato di una quota predefinita del quantitativo massimo previsto per la gara e a scalare per i successivi; o dividendo la gara in due o più lotti e imponendo restrizioni sul numero massimo di lotti aggiudicabili. Il primo sistema appare più idoneo a sistemi basati su accordi quadro, il secondo sembra fornire maggiori garanzie alle imprese circa i quantitativi che possono essere ottenuti. Al riguardo va considerato, tuttavia, che i potenziali benefici del multi sourcing potrebbero essere annullati dall'inevitabile duplicazione dei costi (fissi e di transazione), unita a possibili diseconomie di scala e agli inevitabili rischi di collusione). A tal fine, la previsione di lotti o quote disomogenee ma allo stesso tempo coerenti con la dimensione minima efficiente del mercato, preferibilmente aggiudicati con procedure distanziate nel tempo, potrebbe contribuire a massimizzare le potenzialità pro-competitive di tale modalità di affidamento

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Come già rilevato, questo sistema non è in grado di fornire soluzioni valide per tutte le cause di *lock-in* e non dovrebbe essere utilizzato in settori esposti a rischio di collusione, in quanto le imprese potrebbero incontrare minori difficoltà a perseguire soluzioni collaborative di spartizione del mercato

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Una seconda soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari. Secondo la Commissione, il ricorso a gare basate su standard permette (almeno nel lungo periodo), risparmi rilevanti sugli affidamenti, oltre a facilitare i contatti tra i cittadini e le pubbliche amministrazioni, l'interoperabilità tra le diverse amministrazioni e le relative banche-dati, il riutilizzo delle informazioni e l'innovazione tecnologica. I principali problemi per il passaggio a gare basate su standard sono legati ai costi che si devono sopportare, specie nel breve-medio periodo, per dismettere i sistemi esistenti e nella mancanza di competenze specifiche al riguardo.



# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- È evidente che per tale scelta le amministrazioni devono confrontare i costi per la dismissione del sistema esistente con i vantaggi che si determinano nel medio lungo periodo. Tra i costi devono essere inclusi anche quelli legati alla sicurezza dei sistemi software che potrebbero nascere nel passaggio da un sistema all'altro, mentre tra i vantaggi devono anche essere inclusi quelli derivanti da esternalità positive indotte da una maggiore concorrenza nel mercato. È innegabile che in particolari situazioni vi possano essere considerazioni sulla sicurezza dei sistemi informatici che impediscono una reale competizione nel mercato; in questi casi è compito dell'amministrazione chiarire in dettaglio al riguardo e motivare adeguatamente le ragioni per cui si ritiene di dover restringere la concorrenza per lo specifico affidamento

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Nella Comunicazione del 25 giugno 2013 e nelle linee guida allegate la Commissione fornisce raccomandazioni sui seguenti aspetti:
- a) i principi da seguire in un paese, regione o settore per garantire l'interoperabilità dei sistemi;
- b) la scelta degli standard, in modo corretto e trasparente, per evitare il *lock-in* e garantire che gli stessi vengano sostituiti quando diventano disponibili standard migliori; l'identificazione delle esigenze di un'amministrazione pubblica e l'individuazione dei sistemi in grado di soddisfare al meglio dette esigenze;
- c) la pianificazione del bilancio di lungo termine per superare i costi iniziali più alti imposti dal superamento delle situazioni di *lock-in*;
- d) la conduzione delle indagini di mercato;
- e) la predisposizione dei bandi di gara.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- In particolare, nelle linee guida la Commissione indica la necessità che, per superare i problemi relativi alla conoscenza e alla scelta degli standard, si sviluppi e si mantenga un'*expertise* al riguardo in strutture centrali, cui facilmente le stazioni appaltanti possano rivolgersi per l'individuazione dei propri fabbisogni e la definizione delle relative strategie (selezionare gli standard e le altre specificazioni tecniche idonee). Al riguardo occorre verificare quali standard sono forniti dal mercato, lavorare con il mercato per lo sviluppo di soluzioni sostenibili<sup>12</sup>, definire specifiche neutrali dal punto di vista tecnico (che non avvantaggino cioè alcun operatore sul mercato) e rivedere periodicamente gli standard adottati.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Inoltre, con particolare riferimento alle gare, si devono predisporre liste di standard raccomandati, modelli e testi descrittivi degli stessi, modelli per il trasferimento dei diritti di proprietà intellettuale, effettuare formazione specifica per gli addetti alle gare e monitorare i bandi di gara per verificare i problemi ricorrenti e trovare soluzioni al riguardo.
- Tra gli standard in questione si ricorda, a titolo esemplificativo il c.d. “Systems and software engineering - Systems and software Quality Requirements and Evaluation (SQuaRE) - System and software quality models”, ISO/IEC 25010:2011. Questo standard definisce un modello di qualità del prodotto software composto da: idoneità funzionale, efficienza, compatibilità, usabilità, affidabilità, sicurezza, manutenibilità, portabilità. In particolare la “manutenibilità” rappresenta il grado in cui un prodotto o sistema può essere modificato e migliorato, corretto o adattato ai cambiamenti dell’ambiente, compresi gli stessi requisiti, in termini di: modularità, riusabilità, analizzabilità, modificabilità, testabilità.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Per l'individuazione dei propri fabbisogni si deve tener conto delle esigenze di interoperabilità, di uso dei dati generati o salvati dal nuovo acquisto, di accesso da parte di imprese e cittadini, di modifica del fornitore dei prodotti, nonché dei vincoli generati da accordi successivi e delle necessità di superare il *lock-in* .

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Anche nelle linee guida della Commissione si sottolinea come in questo settore sia necessaria un'attenta programmazione dei propri fabbisogni. **Ridursi a bandire una nuova gara all'ultimo momento espone la stazione appaltante al rischio di dover rinnovare il contratto con l'attuale fornitore, fuori da un contesto concorrenziale e dalla considerazione di possibili alternative.** Nel settore dell'ICT, come in molti altri settori strategici, la programmazione deve essere di lungo periodo e deve partire dalla corretta identificazione dei propri fabbisogni, verificando le soluzioni che possono essere offerte dal mercato e interagendo con le altre amministrazioni con cui è necessaria l'interoperabilità. Nella scelta delle possibili opzioni occorre privilegiare quelle che hanno una minore probabilità di legare l'acquirente al fornitore prescelto

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Nella valutazione commerciale delle scelte occorre considerare non solo i costi immediati dell'acquisto, ma avere a riferimento l'intero ciclo di vita del prodotto, che include la manutenzione, l'aggiornamento, l'utilizzo e l'eventuale uscita, nel caso si renda necessario passare a un nuovo prodotto. I costi per il cambio di fornitore includono, non solo i costi vivi di acquisto di un nuovo prodotto, ma anche quelli relativi alla formazione e all'aggiornamento del personale e al superamento dell'inerzia amministrativa. Inoltre, bisognerebbe tener conto dei rischi associati alla scelta (ad esempio quelli relativi all'affidabilità del fornitore) e comparare i costi con quelli sopportati da altre amministrazioni in condizioni simili

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Nella predisposizione dei documenti di gara, occorre evitare di fare riferimento a marchi e altri elementi tecnici su cui esiste una privativa, nonché invitare gli offerenti ad indicare i costi necessari per rendere i prodotti serviti aperti ad altri fornitori al termine del periodo di vigenza del contratto. Si suggerisce, inoltre, di richiedere agli aspiranti concorrenti un'espressa dichiarazione, in sede di presentazione dell'offerta, circa elementi che possano comportare lockin o che richiedano utilizzo di licenze. Non è infrequente, infatti, che le amministrazioni si trovino di fronte a richieste di particolari licenze, soltanto successivamente all'aggiudicazione.
- Nelle linee guida della Commissione sono contenute possibili clausole standard da inserire nei bandi di gara.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Anche l'esame della specifica disciplina nazionale suggerisce che promuovere l'utilizzo degli standard nelle procedure di affidamento nel settore ICT rappresenta una delle principali misure attraverso le quali prevenire fenomeni di lock-in. Il decreto legislativo 7 marzo 2005 n. 82 e s.m.i., (codice dell'amministrazione digitale) prevede, infatti, che le pubbliche amministrazioni sono tenute ad utilizzare, nei rapporti interni, in quelli con altre amministrazioni e con i privati, le tecnologie dell'informazione e della comunicazione, garantendo l'interoperabilità dei sistemi e l'integrazione dei processi di servizio fra le diverse amministrazioni nel rispetto delle regole tecniche (art. 12, comma 2), necessarie per assicurare la sicurezza e l'interoperabilità dei sistemi informatici e dei flussi informativi per la circolazione e lo scambio dei dati e per l'accesso ai servizi erogati in rete dalle amministrazioni medesime (art. 14, comma, 1)<sup>12</sup>. La lettura in combinato disposto delle predette disposizioni suggerisce che le stesse perseguono la finalità di assicurare l'apertura dei sistemi informativi e la circolazione dei dati fra gli stessi sistemi, da realizzare tramite l'emanazione di regole tecniche e di standard e, quindi, in evidente contrapposizione a situazioni che possano favorire fenomeni di lock-in. La promozione dell'uso degli standard nelle procedure ad evidenza pubblica nel settore ICT rappresenta una delle principali azioni attraverso le quali prevenire fenomeni di lock-in od uscirne in caso di forniture e servizi informatici. In tale contesto è opportuno che la valutazione dei suddetti standard e delle specifiche tecniche sia effettuata utilizzando apposite metodologie in grado di assicurare l'agevole condivisione degli stessi.

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Appare utile, inoltre, prevedere nella documentazione di gara specifiche clausole che, richiamando l'istituto del riuso delle soluzioni e gli standard aperti, valorizzino il ricorso, ove praticabile, a soluzioni e programmi informatici realizzati su specifiche indicazioni del committente pubblico, resi disponibili nelle modalità stabilite dall'articolo 69 d.lgs. 82/2005 dalle pubbliche amministrazioni che ne sono titolari. È opportuno che queste ultime mantengano il controllo e, soprattutto, la proprietà, sui dati, partecipando, ove possibile, alla definizione della struttura di massima della base di dati o di altra soluzione di memorizzazione delle informazioni scelta e comunque assicurandosi che questa risulti essere facilmente replicabile con strumenti non proprietari. Inoltre i dati devono essere accessibili dal committente in qualunque momento e non solo a seguito di un'eventuale cessazione del contratto e dovrebbe essere richiesta al fornitore una documentazione adeguata della logica di business adottata, che sia in grado di spiegare il funzionamento dei moduli implementati, evidenziando le interfacce di ingresso e di uscita e l'algoritmo usato. Ulteriori misure per prevenire fenomeni di lock-in possono essere:

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- a) prevedere, nel caso di contratti di outsourcing in cui l'infrastruttura sia messa a disposizione dal fornitore, una specifica clausola di riscatto tramite la quale l'amministrazione, a conclusione del periodo contrattuale, possa acquisire la proprietà dell'infrastruttura stessa. Ciò consentirebbe all'amministrazione sia di gestire tale infrastruttura con risorse proprie sia di metterla a disposizione in occasione di successive gare per l'aggiudicazione del servizio;
- b) prevedere la pianificazione, nell'ambito della documentazione di gara, di una strategia che, anche qualora, a seguito dell'individuazione delle esigenze e dell'analisi della situazione di mercato, risulti inevitabile incorrere in situazione di lock-in, consenta di prevedere un percorso di uscita da tale situazione, che deve intendersi come residuale e temporanea;
- c) seguire il principio di modularità del software nell'acquisizione delle soluzioni informatiche ovvero richiedere al produttore una descrizione dei moduli o componenti che costituiscono software, in modo tale che, per ciascun modulo, venga specificato il contenuto informativo richiesto in ingresso e quello atteso in uscita, non tralasciando le specifiche relative al tipo di tracciato di dati e ai tipi di formato utilizzati

# LINEA GUIDA SU BENI INFUNGIBILI

- Non esiste una regola generale per prevenire e superare il *lock-in*, ma occorre procedere caso per caso.
- Una delle possibili soluzioni in taluni settori consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (*multi-sourcing*); un'altra soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari

- **IL RESPONSABILE  
UNICO DEL  
PROCEDIMENTO**



## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 1. Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti ~~nominano, nel primo atto relativo ad ogni singolo intervento~~ **individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione.** Le stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza nominano, **per ciascuno dei detti acquisti, un responsabile del procedimento che assume specificamente, in ordine al singolo acquisto, il ruolo e le funzioni di cui al presente articolo.**



## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- Fatto salvo quanto previsto al comma 10, il RUP è nominato con atto formale del soggetto responsabile dell'unità organizzativa, che deve essere di livello apicale, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima, dotati del **necessario livello di inquadramento giuridico** in relazione alla struttura della pubblica amministrazione e di **competenze professionali adeguate in relazione ai compiti per cui è nominato**; la sostituzione del RUP individuato nella programmazione di cui all'articolo 21, comma 1, non comporta modifiche alla stessa. Laddove sia accertata la carenza nell'organico della suddetta unità organizzativa, il RUP è nominato tra gli altri dipendenti in servizio. **L'ufficio di responsabile unico del procedimento è obbligatorio e non può essere rifiutato.**

## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- 2. Il nominativo del RUP è indicato nel bando o avviso con cui si indice la gara per l'affidamento del contratto di lavori, servizi, forniture, ovvero, nelle procedure in cui non vi sia bando o avviso con cui si indice la gara, nell'invito a presentare un'offerta.
- 3. **Il RUP**, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, **svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal presente codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.**

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 4. Oltre ai **compiti** specificamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP:
  - a) formula proposte e fornisce dati e informazioni al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali, nonché al fine della predisposizione di ogni altro atto di programmazione di contratti pubblici di servizi e di forniture e della predisposizione dell'avviso di preinformazione;
  - b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione, di qualità e di prezzo determinati in coerenza alla copertura finanziaria e ai tempi di realizzazione dei programmi;
  - c) cura il corretto e razionale svolgimento delle procedure;
  - d) segnala eventuali disfunzioni, impedimenti, ritardi nell'attuazione degli interventi;
  - e) accerta la libera disponibilità di aree e immobili necessari;



## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- f) fornisce all'amministrazione aggiudicatrice i dati e le informazioni relativi alle principali fasi di svolgimento dell'attuazione dell'intervento, necessari per l'attività di coordinamento, indirizzo e controllo di sua competenza e sorveglia la efficiente gestione economica dell'intervento;
- g) propone all'amministrazione aggiudicatrice la conclusione di un accordo di programma, ai sensi delle norme vigenti, quando si rende necessaria l'azione integrata e coordinata di diverse amministrazioni;
- h) propone l'indizione o, ove competente, indice la conferenza di servizi ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, quando sia necessario o utile per l'acquisizione di intese, pareri, concessioni, autorizzazioni, permessi, licenze, nulla osta, assensi, comunque denominati.
- i) verifica e vigila sul rispetto delle prescrizioni contrattuali nelle concessioni.

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 5. ~~L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro 90 giorni dall'entrata in vigore del presente codice definisce,~~ Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, è definita una disciplina di maggiore dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità rispetto a quanto disposto dal presente codice, in relazione alla complessità dei lavori. ~~Con le medesime linee guida~~ Con il medesimo regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies sono determinati, altresì, l'importo massimo e la tipologia dei lavori, servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista, con il direttore dei lavori o con il direttore dell'esecuzione. ~~Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, c. 27-octies,~~ si applica la disposizione transitoria ivi prevista.
- 6. Per i lavori e i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico; ove non sia presente tale figura professionale, le competenze sono attribuite al responsabile del servizio al quale attiene il lavoro da realizzare.

## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- 7. Nel caso di appalti di particolare complessità in relazione all'opera da realizzare ovvero alla specificità della fornitura o del servizio, che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, il responsabile unico del procedimento propone alla stazione appaltante di conferire appositi incarichi a supporto dell'intera procedura o di parte di essa, da individuare sin dai primi atti di gara.

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 8. Gli incarichi di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, **direzione dell'esecuzione**, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, di collaudo, nonché gli incarichi che la stazione appaltante ritenga indispensabili a supporto dell'attività del responsabile unico del procedimento, vengono conferiti secondo le procedure di cui al presente codice e, in caso di importo inferiore alla soglia di 40.000 euro, possono essere affidati in via diretta, **ai sensi dell'articolo 36, c. 2, lettera a)**. L'affidatario non può avvalersi del subappalto, fatta eccezione per indagini geologiche, geotecniche e sismiche, sondaggi, rilievi, misurazioni e picchettazioni, predisposizione di elaborati specialistici e di dettaglio, con esclusione delle relazioni geologiche, nonché per la sola redazione grafica degli elaborati progettuali. **Resta, comunque, ferma la responsabilità esclusiva del progettista.**

# Art. 157

## Altri incarichi di progettazione e connessi

- 1. Gli incarichi di progettazione relativi ai lavori che non rientrano tra quelli di cui al comma 2, primo periodo, dell'articolo 23 nonché di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, **di direzione dell'esecuzione**, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35, sono affidati secondo le modalità di cui alla Parte II, Titolo I, II, III e IV del presente codice. Nel caso in cui il valore delle attività di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, direzione dei lavori, **di direzione dell'esecuzione**, e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione sia pari o superiore complessivamente la soglia di cui all'articolo 35, l'affidamento diretto della direzione dei lavori e coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione al progettista è consentito soltanto per particolari e motivate ragioni e ove espressamente previsto dal bando di gara della progettazione.

# Art. 157

## Altri incarichi di progettazione e connessi

- 2. Gli incarichi di progettazione, di coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, di direzione dei lavori, **di direzione dell'esecuzione**, di coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione e di collaudo **di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 100.000 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 36, comma 2, lettera b); l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono in tale numero aspiranti idonei nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. ~~Gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro, sono affidati con procedura aperta o ristretta ai sensi degli articoli 60 e 61;~~ **Gli incarichi di importo pari o superiore a 100.000 euro sono affidati secondo le modalità di cui alla Parte II, Titoli III e IV del presente codice.**

## Art. 157

### Altri incarichi di progettazione e connessi

- 3. E' vietato l'affidamento di attività di progettazione, direzione lavori, **di direzione dell'esecuzione**, coordinamento della sicurezza in fase di progettazione, coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione, collaudo, indagine e attività di supporto per mezzo di contratti a tempo determinato o altre procedure diverse da quelle previste dal presente codice.

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 9. La stazione appaltante, allo scopo di migliorare la qualità della progettazione e della programmazione complessiva, può, nell'ambito della propria autonomia organizzativa e nel rispetto dei limiti previsti dalla vigente normativa, istituire una **STRUTTURA STABILE A SUPPORTO DEI RUP**, anche alle dirette dipendenze del vertice della pubblica amministrazione di riferimento. Con la medesima finalità, nell'ambito della formazione obbligatoria, organizza attività formativa specifica per tutti i dipendenti che hanno i requisiti di inquadramento idonei al conferimento dell'incarico di RUP, anche in materia di metodi e strumenti elettronici specifici quali quelli di modellazione per l'edilizia e le infrastrutture.

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 10. Le stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni e enti pubblici **individuano**, secondo i propri ordinamenti, **uno o più soggetti** cui affidare i **compiti propri del responsabile del procedimento**, limitatamente al rispetto delle norme del presente decreto alla cui osservanza sono tenute.

## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- 11. Nel caso in cui l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del RUP, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i **compiti di supporto all'attività del RUP** possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo e legale dotati di adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali come previsto dall'art. 24, c. 4, assicurando comunque il rispetto dei principi di pubblicità e trasparenza. Resta fermo il divieto di frazionamento artificioso delle prestazioni allo scopo di sottrarle alle disposizioni del presente codice. Agli affidatari dei servizi di supporto di cui al presente comma si applicano le disposizioni di incompatibilità di cui all'art. 24, c. 7, comprensive di eventuali incarichi di progettazione.

## Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni

- 12. Il soggetto responsabile dell'unità organizzativa competente in relazione all'intervento, individua preventivamente le modalità organizzative e gestionali attraverso le quali garantire il controllo effettivo da parte della stazione appaltante sull'esecuzione delle prestazioni, programmando accessi diretti del RUP o del direttore dei lavori o del direttore dell'esecuzione sul luogo dell'esecuzione stessa, nonché verifiche, anche a sorpresa, sull'effettiva ottemperanza a tutte le misure mitigative e compensative, alle prescrizioni in materia ambientale, paesaggistica, storico-architettonica, archeologica e di tutela della salute umana impartite dagli enti e dagli organismi competenti.



## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- Il documento di programmazione, corredato dalla successiva relazione su quanto effettivamente effettuato, costituisce obiettivo strategico nell'ambito del piano della performance organizzativa dei soggetti interessati e conseguentemente se ne tiene conto in sede di valutazione dell'indennità di risultato. La valutazione di suddetta attività di controllo da parte dei competenti organismi di valutazione incide anche sulla corresponsione degli incentivi di cui all'articolo 113.

## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- 13. È vietata, negli appalti pubblici di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale e nelle altre formule di partenariato pubblico - privato, l'attribuzione dei compiti di responsabile unico del procedimento, responsabile dei lavori, direttore dei lavori, di collaudatore allo stesso contraente generale o soggetto aggiudicatario dei contratti di partenariato pubblico-privato o soggetti ad essi collegati.

## **Art. 31 Ruolo e funzioni del responsabile del procedimento negli appalti e nelle concessioni**

- 14. Le centrali di committenza e le aggregazioni di stazioni appaltanti designano un RUP per le attività di propria competenza con i compiti e le funzioni determinate dalla specificità e complessità dei processi di acquisizione gestiti direttamente

## Unità organizzativa responsabile del procedimento (Art. 4 L. 241/90 e s.m.i.)

- 1. Ove non sia già direttamente stabilito per legge o per regolamento, le pubbliche amministrazioni **sono tenute a determinare per ciascun tipo di procedimento** relativo ad atti di loro competenza **l'unità organizzativa responsabile della istruttoria e di ogni altro adempimento procedimentale, nonché dell'adozione del provvedimento finale.**
- 2. Le disposizioni adottate ai sensi del comma 1 sono rese pubbliche secondo quanto previsto dai singoli ordinamenti

# Responsabile del procedimento (Art. 5 L. 241/90 e s.m.i.)

- 1. Il dirigente di ciascuna unità organizzativa **provvede ad assegnare a sé o ad altro dipendente addetto** all'unità la responsabilità della istruttoria e di ogni altro adempimento inerente il singolo procedimento nonché, eventualmente, dell'adozione del provvedimento finale.
- 2. **Fino a quando non sia effettuata l'assegnazione di cui al comma 1, è considerato responsabile del singolo procedimento il funzionario preposto alla unità organizzativa determinata a norma del comma 1 dell'articolo 4.**
- 3. L'unità organizzativa competente, il domicilio digitale e il nominativo del responsabile del procedimento sono comunicati ai soggetti di cui all'art. 7 e, a richiesta, a chiunque vi abbia interesse.

# Compiti del responsabile del procedimento (Art. 6 L. 241/90 e s.m.i.)

- 1. Il responsabile del procedimento:
  - a) valuta, ai fini istruttori, le condizioni di ammissibilità, i requisiti di legittimazione ed i presupposti che siano rilevanti per l'emanazione di provvedimento;
  - b) accerta di ufficio i fatti, disponendo il compimento degli atti all'uopo necessari, e adotta ogni misura per l'adeguato e sollecito svolgimento dell'istruttoria. In particolare, può chiedere il rilascio di dichiarazioni e la rettifica di dichiarazioni o istanze erranee o incomplete e può esperire accertamenti tecnici ed ispezioni ed ordinare esibizioni documentali;
  - c) propone l'indizione o, avendone la competenza, indice le conferenze di servizi di cui all'articolo 14;

# Compiti del responsabile del procedimento (Art. 6 L. 241/90 e s.m.i.)

- *d)* cura le comunicazioni, le pubblicazioni e le notificazioni previste dalle leggi e dai regolamenti;
- *e)* adotta, ove ne abbia la competenza, il provvedimento finale, ovvero trasmette gli atti all'organo competente per l'adozione. L'organo competente per l'adozione del provvedimento finale, ove diverso dal responsabile del procedimento, non può discostarsi dalle risultanze dell'istruttoria condotta dal responsabile del procedimento se non indicandone la motivazione nel provvedimento finale

**D.Lvo 30 marzo 2001, n. 165**

**Norme generali sull'ordinamento del  
lavoro alle dipendenze delle  
amministrazioni pubbliche**

**ESTRATTO**

# **Art. 4. Indirizzo politico-amministrativo. Funzioni e responsabilità**

- 2. Ai dirigenti spetta l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi, compresi tutti gli atti che impegnano l'amministrazione verso l'esterno, nonché la gestione finanziaria, tecnica e amministrativa mediante autonomi poteri di spesa di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo. Essi sono responsabili in via esclusiva dell'attività amministrativa, della gestione e dei relativi risultati.
- 3. Le attribuzioni dei dirigenti indicate dal comma 2 possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative

# Art. 17. Funzioni dei dirigenti

- 1. I dirigenti, nell'ambito di quanto stabilito dall'art. 4, esercitano, fra gli altri, i seguenti compiti e poteri:
- a) formulano proposte ed esprimono pareri ai dirigenti degli uffici dirigenziali generali;
- b) curano l'attuazione dei progetti e delle gestioni ad essi assegnati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali, adottando i relativi atti e provvedimenti amministrativi ed esercitando i poteri di spesa e di acquisizione delle entrate;
- c) svolgono tutti gli altri compiti ad essi delegati dai dirigenti degli uffici dirigenziali generali;
- d) dirigono, coordinano e controllano l'attività degli uffici che da essi dipendono e dei responsabili dei procedimenti amministrativi, anche con poteri sostitutivi in caso di inerzia;
- d-bis) concorrono all'individuazione delle risorse e dei profili professionali necessari allo svolgimento dei compiti dell'ufficio cui sono preposti anche al fine dell'elaborazione del documento di programmazione triennale del fabbisogno di personale di cui all'articolo 6, comma 4;
- e) provvedono alla gestione del personale e delle risorse finanziarie e strumentali assegnate ai propri uffici, anche ai sensi di quanto previsto all'articolo 16, comma 1, lettera l-bis;
- e-bis) effettuano la valutazione del personale assegnato ai propri uffici, nel rispetto del principio del merito, ai fini della progressione economica e tra le aree, nonché della corresponsione di indennità e premi incentivanti.

# Art. 17. Funzioni dei dirigenti

- 1-bis. I dirigenti, per specifiche e comprovate ragioni di servizio, possono delegare per un periodo di tempo determinato, con atto scritto e motivato, alcune delle competenze comprese nelle funzioni di cui alle lettere b), d) ed e) del comma 1 a dipendenti che ricoprono le posizioni funzionali più elevate nell'ambito degli uffici ad essi affidati. Non si applica in ogni caso l'articolo 2103 del codice civile

**D.Lvo 267/2000**  
**TESTO UNICO DEGLI ENTI LOCALI**

# Art. 107. Funzioni e responsabilità della dirigenza

- 1. **Spetta ai dirigenti la direzione degli uffici e dei servizi secondo i criteri e le norme dettati dagli statuti e dai regolamenti.** Questi si uniformano al principio per cui i poteri di indirizzo e di controllo politico- amministrativo spettano agli organi di governo, mentre la gestione amministrativa, finanziaria e tecnica è attribuita ai dirigenti mediante autonomi poteri di spesa, di organizzazione delle risorse umane, strumentali e di controllo.
- 2. **Spettano ai dirigenti tutti i compiti, compresa l'adozione degli atti e provvedimenti amministrativi che impegnano l'amministrazione verso l'esterno,** non ricompresi espressamente dalla legge o dallo statuto tra le funzioni di indirizzo e controllo politico-amministrativo degli organi di governo dell'ente o non rientranti tra le funzioni del segretario o del direttore generale, di cui rispettivamente agli articoli 97 e 108.

# Art. 107. Funzioni e responsabilità della dirigenza

- 3. Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:
  - a) la presidenza delle commissioni di gara e di concorso;
  - b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso;
  - c) la stipulazione dei contratti;
  - d) gli atti di gestione finanziaria, ivi compresa l'assunzione di impegni di spesa;
  - e) gli atti di amministrazione e gestione del personale;
  - f) i provvedimenti di autorizzazione, concessione o analoghi, il cui rilascio presupponga accertamenti e valutazioni, anche di natura discrezionale, nel rispetto di criteri predeterminati dalla legge, dai regolamenti, da atti generali di indirizzo, ivi comprese le autorizzazioni e le concessioni edilizie;
  - g) tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previsti dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale;
  - h) le attestazioni, certificazioni, comunicazioni, diffide, verbali, autenticazioni, legalizzazioni ed ogni altro atto costituente manifestazione di giudizio e di conoscenza;
  - i) gli atti ad essi attribuiti dallo statuto e dai regolamenti o, in base a questi, delegati dal sindaco.

## Art. 107. Funzioni e responsabilità della dirigenza

- 4. Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative

# Art. 107. Funzioni e responsabilità della dirigenza

- 5. A decorrere dalla data di entrata in vigore del presente testo unico, le disposizioni che conferiscono agli organi di cui al capo I titolo III l'adozione di atti di gestione e di atti o provvedimenti amministrativi, si intendono nel senso che la relativa competenza spetta ai dirigenti, salvo quanto previsto dall'articolo 50, comma 3, e dall'articolo 54.
- 6. I dirigenti sono direttamente responsabili, in via esclusiva, in relazione agli obiettivi dell'ente, della correttezza amministrativa, della efficienza e dei risultati della gestione.
- 7. Alla valutazione dei dirigenti degli enti locali si applicano i principi contenuti nell'articolo 5, commi 1 e 2, del decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 286, secondo le modalità previste dall'articolo 147 del presente testo unico.

# **NOMINA, RUOLO E COMPITI DEL RUP PER L’AFFIDAMENTO DI APPALTI E CONCESSIONI**

## **LINEA GUIDA N. 3**

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con  
deliberazione n. 1096 del 26.10.2016

Aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con  
deliberazione del Consiglio n. 1007 dell’11.10.2017

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **I. Indicazioni di carattere generale in materia di RUP, ai sensi dell'art. 213, comma 2, del codice dei contratti pubblici.**
- **1. Ambito di applicazione**
- **1.1.** L'art. 31 individua le funzioni del RUP negli appalti di lavori, servizi e forniture e nelle concessioni. Le disposizioni in esso contenute si applicano anche alle stazioni appaltanti che ricorrono ai sistemi di acquisto e di negoziazione delle centrali di committenza o che operano in aggregazione e, per espresso rinvio dell'art. 114, ai settori speciali (gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica). Disposizioni particolari sono, invece, previste per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura, per il caso di appalti di particolare complessità e per gli appalti di lavori aggiudicati con la formula del contraente generale, mentre la norma in esame non si applica alle stazioni appaltanti che non sono pubbliche amministrazioni ed enti pubblici. Dette stazioni appaltanti sono tenute a individuare, secondo i propri ordinamenti e nel rispetto dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza, uno o più soggetti cui affidare i compiti propri del responsabile del procedimento, limitatamente al rispetto delle norme del Codice alla cui osservanza sono tenute.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **2. Nomina del responsabile del procedimento**
- **2.1.** Per ogni singola procedura di affidamento di un appalto o di una concessione, le stazioni appaltanti, con atto formale **del dirigente o di altro soggetto** responsabile dell'unità organizzativa, nominano un RUP per le fasi della programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione. **Per gli affidamenti relativi a lavori, il RUP deve essere nominato prima del progetto di fattibilità tecnica ed economica e, nel caso di lavori non assoggettati a programmazione, contestualmente alla decisione di realizzare gli stessi. Per i servizi e le forniture, invece, il RUP deve essere nominato contestualmente alla decisione di acquisire i servizi e le forniture.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **2.2 Il RUP è individuato, nel rispetto di quanto previsto dall'art. 31, comma 1, del codice, tra i dipendenti di ruolo addetti all'unità organizzativa inquadrati come dirigenti o dipendenti con funzioni direttive o, in caso di carenza in organico della suddetta unità organizzativa, tra i dipendenti in servizio con analoghe caratteristiche.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **2.3.** Il RUP, nell'esercizio delle sue funzioni, è qualificabile come pubblico ufficiale. Le funzioni di RUP non possono essere assunte dal personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 42 del Codice, né dai soggetti che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, ai sensi dell'art. 35-bis del d.lgs. 165/2001, stante l'espresso divieto che la norma contiene in ordine all'assegnazione di tali soggetti agli uffici preposti, tra l'altro, all'acquisizione di beni, servizi e forniture, anche con funzioni direttive, tenuto conto che le funzioni di RUP sono assegnate ex lege (art. 5, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241) al dirigente preposto all'unità organizzativa responsabile ovvero assegnate ai dipendenti di ruolo addetti all'unità medesima (art. 31, comma 1, terzo periodo del Codice). Le funzioni di RUP devono essere svolte nel rispetto di quanto previsto dal d.p.r. n. 62/2013 e dal Codice di comportamento adottato da ciascuna amministrazione aggiudicatrice, nonché in osservanza delle specifiche disposizioni contenute nel Piano triennale di prevenzione della corruzione adottato dall'amministrazione.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **2.4.** Il RUP deve essere dotato di competenze professionali adeguate all'incarico da svolgere. Qualora l'organico della stazione appaltante presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della professionalità necessaria, nel caso di affidamento di servizi di ingegneria e architettura, si applica l'art. 31, comma 6, del codice; negli altri casi, la stazione appaltante può individuare quale RUP un dipendente anche non in possesso dei requisiti richiesti. Nel caso in cui sia individuato un RUP carente dei requisiti richiesti, la stazione appaltante affida lo svolgimento delle attività di supporto al RUP ad altri dipendenti in possesso dei requisiti carenti in capo al RUP o, in mancanza, a soggetti esterni aventi le specifiche competenze richieste dal codice e dalle Linee guida, individuati secondo le procedure e con le modalità previste dalla parte II, titolo I e titolo III, sez. II, capo III del Codice.



# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Gli affidatari delle attività di supporto devono essere muniti di assicurazione di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza. Gli affidatari dei servizi di supporto non possono partecipare agli incarichi di progettazione ovvero ad appalti e concessioni di lavori pubblici nonché a subappalti e cottimi dei lavori pubblici con riferimento ai quali abbiano espletato i propri compiti direttamente o per il tramite di altro soggetto che risulti controllato, controllante o collegato a questi ai sensi dell'articolo 24, comma 7, del Codice. Alla stazione appaltante è data la possibilità di istituire una struttura stabile a supporto dei RUP e di conferire, su proposta di quest'ultimo, incarichi a sostegno dell'intera procedura o di parte di essa, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche.

- **Le funzioni di RUP non possono essere assunte dal personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 dell'art. 42 del Codice, né dai soggetti che sono stati condannati, anche con sentenza non passata in giudicato, per i reati previsti nel capo I del titolo II del libro secondo del codice penale, ai sensi dell'art. 35-bis del d.lgs. 165/2001.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **3. Compiti del RUP in generale**
- **3.1** Fermo restando quanto previsto dall'art. 31 e da altre specifiche disposizioni del Codice, nonché dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, **il RUP vigila sullo svolgimento delle fasi di progettazione, affidamento ed esecuzione di ogni singolo intervento e provvede a creare le condizioni affinché il processo realizzativo risulti condotto in modo unitario in relazione ai tempi e ai costi preventivati, alla qualità richiesta, alla manutenzione programmata, alla sicurezza e alla salute dei lavoratori e in conformità a qualsiasi altra disposizione di legge in materia**

**II. Compiti specifici del RUP, requisiti di professionalità, casi di coincidenza del RUP con il progettista o il direttore dei lavori o dell'esecuzione, ai sensi dell'art. 31, c. 5 del Codice dei contratti pubblici**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **4. Requisiti di professionalità del RUP per appalti e concessioni di lavori**
- **4.1.** Il RUP deve essere in possesso di specifica formazione professionale, soggetta a costante aggiornamento, e deve aver maturato un'adeguata esperienza professionale nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento, alternativamente:
  - a. alle dipendenze di stazioni appaltanti, nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico/amministrativo;
  - b. nell'esercizio di un'attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza in favore di imprese operanti nell'ambito dei lavori pubblici o privati;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Per i lavori e per i servizi attinenti all'ingegneria e all'architettura il RUP deve essere un tecnico abilitato all'esercizio della professione o, quando l'abilitazione non sia prevista dalle norme vigenti, un tecnico anche di qualifica non dirigenziale.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **4.2.** Nello specifico, per quanto concerne gli appalti e le concessioni di lavori:
- a) Per gli importi inferiori a 150.000 euro il RUP deve essere almeno in possesso, di un diploma rilasciato da un istituto tecnico superiore di secondo grado al termine di un corso di studi quinquennale (es. diploma di perito industriale, perito commerciale, perito agrario, agrotecnico, perito edile, geometra/tecnico delle costruzioni e titoli equipollenti ai precedenti) e di anzianità di servizio ed esperienza di almeno tre anni nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori. In caso di assenza di idonea figura in organico, il ruolo di RUP può essere affidato a un dirigente o dipendente amministrativo. In tale evenienza, la stazione appaltante valuta se, per il particolare oggetto dell'appalto, è necessaria la costituzione di una struttura di supporto ai sensi dell'art. 31, comma 11, del codice.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- b) Per gli importi pari o superiori a 150.000 euro e inferiori a 1.000.000,00 euro il RUP deve essere almeno in possesso, alternativamente, di:
  - 1. diploma rilasciato da un istituto tecnico superiore di secondo grado al termine di un corso di studi quinquennale (es. diploma di perito industriale, perito commerciale, perito agrario, agrotecnico, perito edile, geometra/tecnico delle costruzioni e titoli equipollenti ai precedenti.), e di anzianità di servizio ed esperienza almeno decennale nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori;
  - 2. laurea triennale nelle materie oggetto dell'intervento da affidare, quali ad esempio architettura, ingegneria, scienze e tecnologie agrarie, scienze e tecnologie forestali e ambientali, scienze e tecnologie geologiche, o equipollenti, scienze naturali e titoli equipollenti ai precedenti, abilitazione all'esercizio della professione, nelle more della previsione di apposite sezioni speciali per l'iscrizione al relativo Albo ed esperienza almeno triennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori;
  - 3. laurea quinquennale nelle materie suindicate, abilitazione all'esercizio della professione ed esperienza almeno biennale nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- c) Per gli importi pari o superiori a 1.000.000,00 di euro il RUP e inferiori alla soglia di cui all'art. 35 del Codice, deve essere in possesso, alternativamente, di:
  - 1. laurea triennale nelle materie di cui alla lettera b), abilitazione all'esercizio della professione, nelle more della previsione di apposite sezioni speciali per l'iscrizione al relativo Albo e anzianità di servizio ed esperienza almeno quinquennale nell'ambito dell'affidamento di appalti e concessioni di lavori;
  - 2. laurea quinquennale nelle materie di cui alla lettera b), abilitazione all'esercizio della professione ed esperienza almeno triennale nelle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori.



## LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Possono svolgere, altresì, le funzioni di RUP i tecnici in possesso di diploma di geometra/tecnico delle costruzioni o titoli equipollenti ai precedenti purché in possesso di un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno quindici anni nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori.

## LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- d) Per gli importi pari o superiori alla soglia di cui all'art. 35 del Codice, il RUP deve essere in possesso di una Laurea magistrale o specialistica nelle materie indicate alla lettera b), abilitazione all'esercizio della professione, nelle more della previsione di apposite sezioni speciali per l'iscrizione al relativo Albo, e anzianità di servizio ed esperienza almeno quinquennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di lavori.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **4.3.** In ogni caso, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, a prescindere dall'importo del contratto, per i lavori particolarmente complessi, secondo la definizione di cui all'art. 3, comma 1, lett. oo) del Codice, il RUP dovrà possedere, oltre ai requisiti di cui alla lettera d), **adeguata competenza** quale Project Manager, **acquisita anche attraverso la frequenza, con profitto, di corsi di formazione in materia di Project Management. È necessario, infatti,** enfatizzare le competenze di pianificazione e gestione dello sviluppo di specifici progetti, anche attraverso il coordinamento di tutte le risorse a disposizione, e gli interventi finalizzati ad assicurare l'unitarietà dell'intervento, il raggiungimento degli obiettivi nei tempi e nei costi previsti, la qualità della prestazione e il controllo dei rischi.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- 4.4. Le stazioni appaltanti, nell'ambito dell'attività formativa specifica di cui all'art. 31, comma 9, del codice, organizzano interventi rivolti ai RUP, nel rispetto delle norme e degli standard di conoscenza Internazionali e Nazionali di Project Management, in materia di pianificazione, gestione e controllo dei progetti, nonché in materia di uso delle tecnologie e degli strumenti informatici.

## **LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.**

- **Il RUP è in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale commisurati alla tipologia e all'entità dei lavori da affidare. Per appalti particolarmente complessi, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, il RUP deve possedere anche adeguata formazione in materia di project management**

# **5. Compiti del RUP per i lavori, nelle fasi di programmazione, progettazione e affidamento**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **5.1. Indicazioni generali**
- **5.1.1.** I compiti fondamentali del RUP sono specificati all'art. 31, c. 4, per le varie fasi del procedimento di affidamento. Altri compiti assegnati al RUP sono individuati nel Codice in relazione a specifici adempimenti che caratterizzano le fasi dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto. Inoltre, per espressa previsione dell'art. 31, comma 3, il RUP, ai sensi della legge 7 agosto 1990, n. 241, svolge tutti i compiti relativi alle procedure di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione previste dal Codice, che non siano specificatamente attribuiti ad altri organi o soggetti.
- **5.1.2.** Nella fase antecedente alla programmazione, il RUP, qualora già nominato, formula proposte e fornisce dati e informazioni utili alla predisposizione del quadro esigenziale di cui all'art. 3, comma 1, lett. ggggg)-nonies, del codice.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **5.1.3.** Nella fase di programmazione, il RUP, qualora già nominato,
- a) promuove, sovrintende e coordina le indagini e gli studi preliminari idonei a consentire la definizione degli aspetti di cui all'art. 23, comma 1, del Codice;
- b) promuove l'avvio delle procedure di variante urbanistica;
- c) svolge le attività necessarie all'espletamento della conferenza dei servizi, curando gli adempimenti di pubblicità delle relative deliberazioni e assicurando l'allegazione del verbale della conferenza tenutasi sul progetto di fattibilità tecnica ed economica posto a base delle procedure di appalto di progettazione ed esecuzione e di affidamento della concessione di lavori pubblici;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- d) individua i lavori di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, paesaggistico, agronomo e forestale, storico artistico, conservativo o tecnologico accertando e certificando, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, l'eventuale presenza, negli interventi, delle seguenti caratteristiche:
  - 1. utilizzo di materiali e componenti innovativi;
  - 2. processi produttivi innovativi o di alta precisione dimensionale e qualitativa;
  - 3. esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistica o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche e ambientali;
  - 4. complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;



# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- 5. esecuzione in ambienti aggressivi che, come tali, siano capaci di provocare malattie o alterazioni morbose a uomini e animali o di distruggere e danneggiare piante e coltivazioni;
- 6. necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali;
- 7. complessità in relazione a particolari esigenze connesse a vincoli architettonici, storico-artistici o conservativi;
- 8. necessità di un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- e) per la progettazione dei lavori di cui al punto precedente fornisce indirizzi, formalizzandoli in apposito documento, in ordine agli obiettivi generali da perseguire, alle strategie per raggiungerli, alle esigenze e ai bisogni da soddisfare, fissando i limiti finanziari da rispettare e indicando i possibili sistemi di realizzazione da impiegare, **anche al fine della predisposizione del documento di fattibilità delle alternative progettuali di cui all'art. 3, comma 1, lett. ggggg)-quater, del codice e del capitolato prestazionale di cui all'art. 3, comma 1, lett. ggggg)-decies;;**
- f) per la progettazione dei lavori, **di cui all'art. 23, comma 2 del codice,** verifica la possibilità di ricorrere alle professionalità interne in possesso di idonea competenza oppure propone l'utilizzo della procedura del concorso di progettazione o del concorso di idee;
- g) in relazione alle caratteristiche e alla dimensione dell'intervento, promuove e definisce, sulla base delle indicazioni del dirigente preposto alla struttura competente, le modalità di verifica dei vari livelli progettuali, le procedure di eventuale affidamento a soggetti esterni delle attività di progettazione e la stima dei corrispettivi, da inserire nel quadro economico;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- h) coordina le attività necessarie alla redazione del progetto di fattibilità tecnica ed economica, verificando che siano indicati gli indirizzi che devono essere seguiti nei successivi livelli di progettazione e i diversi gradi di approfondimento delle verifiche, delle rilevazioni e degli elaborati richiesti;
- i) coordina le attività necessarie alla redazione del progetto definitivo ed esecutivo, verificando che siano rispettate le indicazioni contenute nel progetto di fattibilità tecnica ed economica;
- j) effettua, prima dell'approvazione del progetto in ciascuno dei suoi livelli, le necessarie verifiche circa la rispondenza dei contenuti del documento alla normativa vigente, il rispetto dei limiti finanziari, la stima dei costi e delle fonti di finanziamento, la rispondenza dei prezzi indicati ai prezziari aggiornati e in vigore, e l'esistenza dei presupposti di ordine tecnico e amministrativo necessari per conseguire la piena disponibilità degli immobili;
- k) svolge l'attività di verifica dei progetti per lavori di importo inferiore a un milione di euro, anche avvalendosi della struttura di cui all'articolo 31, comma 9 del Codice;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- l) sottoscrive la validazione, facendo preciso riferimento al rapporto conclusivo, redatto dal soggetto preposto alla verifica, e alle eventuali controdeduzioni del progettista. In caso di dissenso sugli esiti della verifica, il RUP è tenuto a motivare specificatamente;
- m) al ricorrere dei presupposti previsti dall'art. 51 del codice per la suddivisione dell'appalto in lotti, accerta e attesta:
  - 1. l'avvenuta redazione, ai fini dell'inserimento nell'elenco annuale, del progetto preliminare di fattibilità tecnico economica dell'intero lavoro e la sua articolazione per lotti;
  - 2. la quantificazione, nell'ambito del programma e dei relativi aggiornamenti, dei mezzi finanziari
- necessari per appaltare l'intero lavoro;
- n) propone all'amministrazione aggiudicatrice i sistemi di affidamento dei lavori, la tipologia di contratto da stipulare, il criterio di aggiudicazione da adottare; nel caso di procedura competitiva con negoziazione e di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, promuove il confronto competitivo e garantisce la pubblicità dei relativi atti, anche di quelli successivi all'aggiudicazione;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- o) convoca e presiede, nelle procedure ristrette e nei casi di partenariato per l'innovazione e di dialogo competitivo, ove ne ravvisi la necessità, un incontro preliminare per l'illustrazione del progetto e per consentire osservazioni allo stesso;
- p) richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, indicando se ricorrono i presupposti per la nomina di componenti interni o per la richiesta all'A.N.AC. di una lista di candidati, ai sensi dell'art. 77, comma 3 del Codice;
- q) promuove l'istituzione dell'ufficio di direzione dei lavori e accerta sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, la sussistenza delle condizioni che giustificano l'affidamento dell'incarico a soggetti esterni all'amministrazione aggiudicatrice;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- r) accerta e certifica, sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente, le situazioni di carenza di organico in presenza delle quali le funzioni di collaudatore sono affidate a soggetti esterni alla stazione appaltante;
- s) provvede all'acquisizione e al successivo perfezionamento del CIG secondo le indicazioni fornite dall'Autorità;
- t) raccoglie i dati e le informazioni relativi agli interventi di sua competenza e collabora con il responsabile della prevenzione della corruzione in relazione all'adempimento degli obblighi prescritti dall'articolo 1, comma 32, della legge n. 190/2012 s.m.i.

# **LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.**

- **Nella fase di programmazione, il RUP formula proposte e fornisce dati e informazioni utili al fine della predisposizione del programma triennale dei lavori pubblici e dei relativi aggiornamenti annuali e di ogni altro atto di programmazione**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **5.2. Verifica della documentazione amministrativa da parte del RUP**
- Il controllo della documentazione amministrativa, è svolto dal RUP, da un seggio di gara istituito ad hoc oppure, se presente nell'organico della stazione appaltante, da un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, sulla base delle disposizioni organizzative proprie della stazione appaltante. In ogni caso il RUP esercita una funzione di coordinamento e controllo, finalizzata ad assicurare il corretto svolgimento delle procedure e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **5.3. Valutazione delle offerte anormalmente basse**
- Nel bando di gara la stazione appaltante indica se, **in caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo**, la verifica di congruità delle offerte è rimessa direttamente al RUP e se questi, in ragione della particolare complessità delle valutazioni o della specificità delle competenze richieste, debba o possa avvalersi della struttura di supporto istituita ai sensi dell'art. 31, comma 9, del Codice, o di commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il **criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, invece, la verifica sulle offerte anormalmente basse è svolta dal RUP con **l'eventuale** supporto della commissione nominata ex articolo 77 del Codice.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Nella fase dell'affidamento, il RUP si occupa della verifica della documentazione amministrativa ovvero, se questa è affidata ad un seggio di gara istituito ad hoc oppure ad un apposito ufficio/servizio a ciò deputato, esercita una funzione di coordinamento e controllo, e adotta le decisioni conseguenti alle valutazioni effettuate.
- Nel caso di aggiudicazione con il criterio del minor prezzo, il RUP si occupa della verifica della congruità delle offerte. La stazione appaltante può prevedere che il RUP possa o debba avvalersi della struttura di supporto o di una commissione nominata ad hoc. Nel caso di aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, il RUP verifica la congruità delle offerte con l'eventuale supporto della commissione giudicatrice.

# **6. Compiti del RUP per i lavori nella fase di esecuzione**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Il responsabile del procedimento:
- a) impartisce al direttore dei lavori, con disposizioni di servizio, le istruzioni occorrenti a garantire la regolarità dei lavori. Autorizza il direttore dei lavori alla consegna dei lavori **dopo che il contratto è divenuto efficace** e svolge le attività di accertamento della data di effettivo inizio, nonché di ogni altro termine di realizzazione degli stessi;
- b) provvede, sentito il direttore dei lavori e il coordinatore della sicurezza in fase di esecuzione, a verificare che l'esecutore corrisponda alle imprese subappaltatrici i costi della sicurezza relativi alle prestazioni affidate in subappalto, senza alcun ribasso;
- c) adotta gli atti di competenza a seguito delle iniziative e delle segnalazioni del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione sentito il direttore dei lavori, laddove tali figure non coincidano;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- d) svolge, su delega del soggetto di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, i compiti ivi previsti, qualora non sia prevista la predisposizione del piano di sicurezza e di coordinamento;
- e) assume il ruolo di responsabile dei lavori, ai fini del rispetto delle norme sulla sicurezza e salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro. Il RUP, nello svolgimento dell'incarico di responsabile dei lavori, salvo diversa indicazione e fermi restando i compiti e le responsabilità di cui agli articoli 90, 93, comma 2, 99, comma 1, e 101, comma 1, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81 richiede la nomina del coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione e del coordinatore per la sicurezza in fase di esecuzione dei lavori e vigila sulla loro attività;
- f) prima della consegna dei lavori, tiene conto delle eventuali proposte integrative del piano di sicurezza e di coordinamento formulate dagli operatori economici, quando tale piano sia previsto ai sensi del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- g) trasmette agli organi competenti dell'amministrazione aggiudicatrice, sentito il direttore dei lavori, la proposta del coordinatore per l'esecuzione dei lavori relativa alla sospensione, all'allontanamento dell'esecutore o dei subappaltatori o dei lavoratori autonomi dal cantiere o alla risoluzione del contratto;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- h) accerta, in corso d'opera, che le prestazioni oggetto di contratto di avvalimento siano svolte direttamente dalle risorse umane e strumentali dell'impresa ausiliaria che il titolare del contratto utilizza in adempimento degli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento, anche facendo ricorso al direttore dei lavori;
- i) predispone, con riferimento ai compiti di cui all'art. 31, comma 12 del Codice, un piano di verifiche da sottoporre all'organo che lo ha nominato e, al termine dell'esecuzione, presenta una relazione sull'operato dell'esecutore e sulle verifiche effettuate, anche a sorpresa;
- j) controlla il progresso e lo stato di avanzamento dei lavori sulla base delle evidenze e delle informazioni del direttore dei lavori, al fine del rispetto degli obiettivi dei tempi, dei costi, della qualità delle prestazioni e del controllo dei rischi. In particolare verifica: le modalità di esecuzione dei lavori e delle prestazioni in relazione al risultato richiesto dalle specifiche progettuali; il rispetto della normativa tecnica; il rispetto delle clausole specificate nella documentazione contrattuale (contratto e capitolati) anche attraverso le verifiche di cui all'art. 31, c. 12 del Codice;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- k) autorizza le modifiche, nonché le varianti, dei contratti di appalto in corso di validità anche su proposta del direttore dei lavori, con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende in conformità alle previsioni dell'art. 106 del Codice e, in particolare, redige la relazione di cui all'art., 106, comma 14, del Codice, relativa alle varianti in corso d'opera, in cui sono riportate le ragioni di fatto e/o di diritto che hanno reso necessarie tali varianti. Il RUP può avvalersi dell'ausilio del direttore dei lavori per l'accertamento delle condizioni che giustificano le varianti.
- l) approva i prezzi relativi a nuove lavorazioni originariamente non previste, determinati in contraddittorio tra il Direttore dei Lavori e l'impresa affidataria, rimettendo alla valutazione della stazione appaltante le variazioni di prezzo che comportino maggiori spese rispetto alle somme previste nel quadro economico;
- m) irroga le penali per il ritardato adempimento degli obblighi contrattuali in contraddittorio con l'appaltatore, anche sulla base delle indicazioni fornite dal direttore dei lavori;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- n) ordina la sospensione dei lavori per ragioni di pubblico interesse o necessità, nei limiti e con gli effetti previsti dall'art. 107 del Codice;
- o) dispone la ripresa dei lavori e dell'esecuzione del contratto non appena siano venute a cessare le cause della sospensione e indica il nuovo termine di conclusione del contratto, calcolato tenendo in considerazione la durata della sospensione e gli effetti da questa prodotti;
- p) in relazione alle contestazioni insorte tra stazione appaltante ed esecutore circa aspetti tecnici che possono influire sull'esecuzione dei lavori, convoca le parti entro il termine di quindici giorni dalla comunicazione del direttore dei lavori e promuove, in contraddittorio, l'esame della questione al fine di risolvere la controversia;
- q) attiva la definizione con accordo bonario ai sensi dell'art. 205 del Codice delle controversie che insorgono in ogni fase di realizzazione dei lavori e viene sentito sulla proposta di transazione ai sensi dell'art. 208, comma 3 del Codice;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- r) propone la risoluzione o la modifica del contratto ogni qual volta se ne realizzino i presupposti;
- s) rilascia il certificato di pagamento, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore, **entro i termini previsti dall'art. 113 bis del codice**, e lo invia alla stazione appaltante ai fini dell'emissione del mandato di pagamento da parte della stazione appaltante, che deve intervenire entro 30 giorni dalla data di rilascio del certificato di pagamento oppure dalla data di ricezione della fattura o della richiesta equivalente di pagamento qualora successiva alla data di rilascio del certificato di pagamento;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- t) all'esito positivo del collaudo o della verifica di conformità rilascia il certificato di pagamento ai sensi dell'art. 113-bis, comma 3, previa verifica della regolarità contributiva dell'affidatario e del subappaltatore;
- u) rilascia all'impresa affidataria copia conforme del certificato di ultimazione dei lavori emesso dal direttore dei lavori;
- v) conferma il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori nei casi in cui la stazione appaltante non abbia conferito l'incarico di collaudo ai sensi dell'art. 102, c. 2, del Codice;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- w) trasmette all'amministrazione aggiudicatrice, ai sensi e per gli effetti delle disposizioni di cui al titolo II, capo V, sez. I del R.D. 12 luglio 1934, n. 1214 e di quelli di cui al titolo II, capo I e capo II del R.D. 13 agosto 1933, n. 1038, nonché dell'art. 2 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, entro 60 giorni dalla deliberazione da parte della stessa sull'ammissibilità del certificato di collaudo, sulle domande dell'esecutore e sui risultati degli avvisi ai creditori, la documentazione relativa alle fasi della progettazione, dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto ed in particolare:
  - 1. il contratto, la relazione al conto finale, gli ordinativi di pagamento con gli allegati documenti di svolgimento della spesa a essi relativa;
  - 2. la relazione dell'organo di collaudo e il certificato di collaudo;
  - 3. la documentazione relativa agli esiti stragiudiziali, arbitrari o giurisdizionali del contenzioso sulle controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione del contratto di cui alla parte VI del codice;
- x) rilascia il certificato di esecuzione dei lavori entro 30 giorni dalla richiesta dell'esecutore, con le modalità telematiche stabilite dall'A.N.AC.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- y) raccoglie, verifica e trasmette all'Osservatorio dell'A.N.AC. gli elementi relativi agli interventi di sua competenza anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 213, comma 3, del Codice.

# **LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.**

- **Nella fase dell'esecuzione, il RUP, avvalendosi del direttore dei lavori, sovrintende a tutte le attività finalizzate alla realizzazione degli interventi affidati, assicurando che le stesse siano svolte nell'osservanza delle disposizioni di legge, in particolare di quelle in materia di sicurezza e salute sui luoghi di lavoro, e garantendo il rispetto dei tempi di esecuzione previsti nel contratto e la qualità delle prestazioni**

# **7. Requisiti di professionalità del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **7.1.** Il RUP è in possesso di adeguata esperienza professionale maturata nello svolgimento di attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento, alternativamente:
  - a) alle dipendenze di stazioni appaltanti, nel ruolo di RUP o nello svolgimento di mansioni nell'ambito tecnico/amministrativo;
  - b) nell'esercizio di un'attività di lavoro autonomo, subordinato o di consulenza in favore di imprese.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **7.2.** Il RUP è in possesso di una specifica formazione professionale soggetta a costante aggiornamento, commisurata alla tipologia e alla complessità dell'intervento da realizzare. Le stazioni appaltanti, nell'ambito dell'attività formativa specifica di cui all'art. 31, comma 9, del codice organizzano interventi rivolti ai RUP, nel rispetto delle norme e degli standard di conoscenza Internazionali e Nazionali di Project Management, in materia di pianificazione, gestione e controllo dei progetti, nonché in materia di uso delle tecnologie e degli strumenti informatici..

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **7.3.** Nello specifico:
- a) Per i servizi e le forniture di **importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice**, il RUP è in possesso, alternativamente, di:
  - 1. diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato da un istituto superiore al termine di un corso di studi quinquennale e un'anzianità di servizio ed esperienza almeno quinquennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture;
  - 2. laurea triennale ed esperienza almeno triennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture;
  - 3. laurea quinquennale ed esperienza almeno biennale nell'ambito delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti e concessioni di servizi e forniture.

## LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- b) Per i servizi e le forniture **pari o superiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice**, il RUP è in possesso di diploma di laurea triennale, magistrale o specialistica e di un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno cinque anni nell'ambito **delle attività di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione di appalti** e concessioni di servizi e forniture. Possono svolgere, altresì, le funzioni di RUP coloro che sono in possesso di diploma di istruzione superiore di secondo grado rilasciato al termine di un corso di studi quinquennale e un'anzianità di servizio ed esperienza di almeno dieci anni nell'ambito delle attività **di programmazione, progettazione, affidamento o esecuzione** di appalti e concessioni di servizi e forniture

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Per appalti che rivestono particolare complessità, vale a dire che richiedano necessariamente valutazioni e competenze altamente specialistiche, è necessario, **il possesso del titolo di studio nelle materie attinenti all'oggetto dell'affidamento**. Per gli acquisti attinenti a prodotti o servizi **connotati da particolari caratteristiche tecniche** (es. dispositivi medici, dispositivi antincendio, sistemi informatici e **telematici**) la stazione appaltante può richiedere, oltre ai requisiti di anzianità di servizio ed esperienza di cui alle lettere a) e b), il possesso della laurea magistrale o quinquennale, di specifiche competenze e/o abilitazioni tecniche o dell'abilitazione all'esercizio della professione. In ogni caso, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, **a prescindere dall'importo del contratto, il RUP dovrà possedere, oltre ai requisiti già indicati nella presente lettera, adeguata formazione in materia di Project Management ai sensi di quanto previsto al punto 4.3.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Il RUP è in possesso di titolo di studio e di esperienza e formazione professionale commisurati alla tipologia e all'entità dei servizi e delle forniture da affidare. Per appalti di particolare complessità il RUP deve possedere un titolo di studio nelle materie attinenti all'oggetto dell'affidamento e, a decorrere dalla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'art. 38 del Codice, anche un'adeguata formazione in materia di project management

# **8. Compiti del RUP per appalti di servizi e forniture e concessioni di servizi**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **8.1.** Fermo restando quanto previsto dall'art. 31, da altre specifiche disposizioni del Codice e dalla legge 7 agosto 1990, n. 241, il RUP:
- a) in ordine alla singola acquisizione, formula proposte agli organi competenti secondo l'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice e fornisce agli stessi dati e informazioni **nelle seguenti fasi:**
  - 1. predisposizione ed eventuale aggiornamento della programmazione ai sensi dell'art. 31, comma 4, lett. a) Codice;
  - 2. procedura di scelta del contraente per l'affidamento dell'appalto;
  - 3. monitoraggio dei tempi di svolgimento della procedura di affidamento;
  - 4. esecuzione e verifica della conformità delle prestazioni eseguite alle prescrizioni contrattuali;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- b) svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di direttore dell'esecuzione del contratto, fermo restando quanto previsto al punto 9.1;
- c) nel rispetto di quanto previsto dall'ordinamento della singola amministrazione aggiudicatrice, in base all'articolo 31, comma 3, del codice:
  - 1. predispone o coordina la progettazione di cui all'articolo 23, comma 14, del Codice, curando la promozione, ove necessario, di accertamenti e indagini preliminari idonei a consentire la progettazione;
  - 2. coordina o cura l'andamento delle attività istruttorie dirette alla predisposizione del bando di gara relativo all'intervento;
- d) richiede all'amministrazione aggiudicatrice la nomina della commissione nel caso di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- e) svolge o coordina le attività di verifica della documentazione amministrativa nel rispetto di quanto indicato al punto 5.2;
- f) svolge la verifica di congruità delle offerte nel rispetto di quanto indicato al punto 5.3;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- g) svolge, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le attività di controllo e vigilanza nella fase di esecuzione, acquisendo e fornendo all'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice, per gli atti di competenza, dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, secondo quanto stabilito dal codice, nonché ai fini dello svolgimento delle attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali;
- h) autorizza le modifiche, nonché le varianti contrattuali con le modalità previste dall'ordinamento della stazione appaltante da cui il RUP dipende, nei limiti fissati dall'art. 106 del Codice;
- i) compie, su delega del datore di lavoro committente, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione ove nominato, le azioni dirette a verificare, anche attraverso la richiesta di documentazione, attestazioni e dichiarazioni, il rispetto, da parte dell'esecutore, delle norme sulla sicurezza e sulla salute dei lavoratori sui luoghi di lavoro;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- j) svolge, su delega del soggetto di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, i compiti ivi previsti;
- k) provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'Osservatorio dell'A.N.A.C. degli elementi relativi agli interventi di sua competenza e collabora con il responsabile della prevenzione della corruzione anche in relazione a quanto prescritto dall'articolo 1, comma 32, della legge n. 190/2012 e s.m.i.;
- l) trasmette, al soggetto incaricato dell'eventuale verifica di conformità:
  - a. copia degli atti di gara;
  - b. copia del contratto;
  - c. documenti contabili;
  - d. risultanze degli accertamenti della prestazione effettuata;
  - e. certificati delle eventuali prove effettuate;

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- m) rilascia l'attestazione di regolare esecuzione su proposta del direttore dell'esecuzione qualora nominato;
- n) predispone, con riferimento ai compiti di cui all'art. 31, c. 12 del Codice, un piano di verifiche da sottoporre all'organo che lo ha nominato e, al termine dell'esecuzione, presenta una relazione sull'operato dell'esecutore e sulle verifiche effettuate, anche a sorpresa.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **8.2.** Lo svolgimento delle operazioni preliminari alla valutazione delle offerte e il procedimento di valutazione delle offerte anormalmente basse avviene ai sensi dei **paragrafi 5.2 e 5.3**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **Il RUP, nelle procedure di affidamento di contratti di servizi e forniture, formula proposte agli organi competenti e fornisce agli stessi dati e informazioni nelle varie fasi della procedura. Fornisce all'organo competente dell'amministrazione aggiudicatrice, per gli atti di competenza, dati, informazioni ed elementi utili anche ai fini dell'applicazione delle penali, della risoluzione contrattuale e del ricorso agli strumenti di risoluzione delle controversie, nonché ai fini dello svolgimento delle attività di verifica della conformità delle prestazioni eseguite con riferimento alle prescrizioni contrattuali**

# **9. Importo massimo e tipologia di lavori per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dei lavori.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **9.1.** Il RUP può svolgere, per uno o più interventi e nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore dei lavori, a condizione che sia in possesso dei seguenti requisiti:
  - a. titolo di studio richiesto dalla normativa vigente per l'esercizio della specifica attività richiesta;
  - b. esperienza almeno triennale o quinquennale, da graduare in ragione della complessità dell'intervento, in attività analoghe a quelle da realizzare in termini di natura, complessità e/o importo dell'intervento;
  - c. specifica formazione acquisita in materia di programmazione, progettazione, affidamento ed esecuzione di opere e servizi pubblici, da parametrare, ad opera del dirigente dell'unità organizzativa competente, in relazione alla tipologia dell'intervento.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Le funzioni di RUP, progettista e direttore dei lavori non possono coincidere nel caso di lavori di **complessi** o di particolare rilevanza sotto il profilo architettonico, ambientale, storico-artistico e conservativo, oltre che tecnologico, nonché nel caso di progetti integrali ovvero di interventi di importo superiore a 1.500.000 di euro. Per gli appalti di importo inferiore a 1.000.000 di euro si applicano le disposizioni di cui all'art. 26, c. 6, lett. d) **del Codice. Restano fermi il disposto dell'art. 26, comma 7, del codice, e l'incompatibilità tra lo svolgimento dell'attività di validazione e lo svolgimento, per il medesimo intervento, dell'attività di progettazione**

**10. Importo massimo e tipologia di servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **10.1.** Il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista e direttore dell'esecuzione del contratto. Il direttore dell'esecuzione del contratto è soggetto diverso dal responsabile del procedimento nei seguenti casi:
  - a. prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
  - b. interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
  - c. prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze (es. servizi a supporto della funzionalità delle strutture sanitarie che comprendono trasporto, pulizie, ristorazione, sterilizzazione, vigilanza, socio sanitario, supporto informatico);
  - 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 concernente 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.

# **LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.**

- **Il RUP può svolgere, per uno o più interventi e nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista o di direttore lavori ovvero di direttore dell'esecuzione, a condizione che sia in possesso del titolo di studio, della formazione e dell'esperienza professionale necessaria e che non intervengano cause ostative alla coincidenza delle figure indicate nel presente documento.**

# **11. Responsabile del procedimento negli acquisti centralizzati e aggregati**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- **11.1** Fermo restando quanto previsto dall'art. 31 del Codice, le stazioni appaltanti e gli enti aggiudicatori:
  - a. nei casi di acquisti aggregati, nominano un RUP per ciascun acquisto.
  - **Il RUP individuato dalla stazione appaltante**, in coordinamento con il direttore dell'esecuzione, ove nominato, assume i compiti di cura, controllo e vigilanza del processo di acquisizione con particolare riferimento alle attività di:
    - 1. programmazione dei fabbisogni;
    - 2. progettazione, relativamente all'individuazione delle caratteristiche essenziali del fabbisogno o degli elementi tecnici per la redazione del capitolato;
    - 3. esecuzione contrattuale;
    - 4. verifica della conformità delle prestazioni.

## LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- I requisiti del RUP individuato dalla stazione appaltante sono fissati ai sensi della parte II. La stazione appaltante può prevedere deroghe alle disposizioni su richiamate in considerazione delle minori attività assegnate al RUP, fermo restando l'obbligo di garantire professionalità e competenza adeguate allo svolgimento delle specifiche mansioni affidate

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- Il RUP del modulo aggregativo svolge le attività di:
  - 1. programmazione, relativamente alla raccolta e all'aggregazione dei fabbisogni e alla calendarizzazione delle gare da svolgere;
  - 2. progettazione degli interventi con riferimento alla procedura da svolgere;
  - 3. affidamento;
  - 4. esecuzione per quanto di competenza.

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- b. nei casi di acquisti non aggregati da parte di unioni, associazioni o consorzi, i comuni nominano il RUP per le fasi di competenza e lo stesso è, di regola, designato come RUP della singola gara all'interno del modulo associativo o consortile prescelto, secondo le modalità previste dai rispettivi ordinamenti;
- c. in caso di acquisti gestiti integralmente, in ogni fase, dal modulo associativo o consortile prescelto, il RUP sarà designato unicamente da questi ultimi;
- d. nei casi in cui due o più stazioni appaltanti che decidono di eseguire congiuntamente appalti e concessioni specifici e che sono in possesso, anche cumulativamente, delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell'appalto o della concessione, esse provvedono ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra le stesse, per ciascuna procedura secondo quanto previsto dall'art. 37, c. 10 del Codice.

## **LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.**

- **In caso di acquisti centralizzati e aggregati, le funzioni di responsabile del procedimento sono svolte dal RUP della stazione appaltante e dal RUP del modulo aggregativo secondo le rispettive competenze, evitando la sovrapposizione di attività.**

# LINEA GUIDA N. 3 su R.U.P.

- 12. Entrata in vigore
- 12.1 Le presenti Linee guida aggiornate al d.lgs. 56/2017 entrano in vigore 15 (quindici) giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana.

**FAQ - Linee guida n. 3, di attuazione del  
D.Lgs. 18.4.2016, n. 50, recanti  
«Nomina, ruolo e compiti del  
responsabile unico del procedimento  
per l'affidamento di appalti e  
concessioni**

FAQ aggiornate alla Delibera numero 1007  
del 11.10.2017 – Linee guida n. 3

**aggiornate il 19 Febbraio 2021**

# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- 1. Come si coordinano le previsioni delle linee guida con l'art. 53 c. 23 della legge 388/2000 secondo cui gli enti locali con popolazione inferiore a cinquemila abitanti, fatta salva l'ipotesi di cui all'articolo 97, c. 4, lettera d), del TUEL, approvato con D.Lvo 18.8.2000, n. 267, anche al fine di operare un contenimento della spesa, possono adottare disposizioni regolamentari organizzative, se necessario anche in deroga a quanto disposto all'art. 3, c. 2, 3 e 4, del D:lvo 3.2.1993, n. 29, e smi (ora art. 4, commi 2, 3 e 4, D.Lvo n. 165/2001), e all'art. 107 del predetto TUEL, attribuendo ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale?



# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- Sulla base di tale previsione, infatti, le amministrazioni hanno la facoltà di affidare l'incarico di RUP ai componenti della giunta. La deroga di cui all'art. 53, c. 23, della legge 388/2000 prevede la possibilità di attribuire ai componenti dell'organo esecutivo la responsabilità degli uffici e dei servizi ed il potere di adottare atti anche di natura tecnica gestionale, «se necessario anche in deroga a quanto disposto all'articolo 3, c. 2, 3 e 4, del D.Lvo 3.2.1993, n. 29, e smi, e all'art. 107 del predetto TUEL». Con specifico riferimento al conferimento dell'incarico di RUP, il presupposto della “necessità” impone che la deroga sia applicata soltanto in caso di carenza in organico di figure idonee a ricoprire la funzione e qualora detta carenza non possa essere altrimenti superata senza incorrere in maggiori oneri per l'amministrazione. Pertanto, in caso di carenza in organico di figure idonee a ricoprire l'incarico di RUP, la stazione appaltante deve verificare, in via prioritaria, la possibilità di attribuire l'incarico ad un qualsiasi dirigente o dipendente amministrativo in possesso dei requisiti o, in mancanza, ad una struttura di supporto interna formata da dipendenti che, anche per sommatoria, raggiungano i requisiti minimi richiesti dalle Linee guida n. 3/2016 o, ancora, di svolgere la funzione in forma associata con altri Comuni, senza incorrere in maggiori oneri. **In sostanza, si ipotizza che soltanto quando l'unica alternativa percorribile nel caso concreto per superare la carenza in organico di figure idonee a ricoprire l'incarico di RUP sia rappresentata dalla costituzione di una struttura di supporto esterna formata da membri scelti con procedure di evidenza pubblica, potrà ritenersi configurato il presupposto della necessità richiesto dall'art. 53, c. 23, della legge 388/2000 per l'applicazione della deroga ivi prevista».**

# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- 2. Il soggetto in possesso dei requisiti di cui all'articolo 4.2., lettera b), della Linea Guida n. 3 può svolgere anche le funzioni di RUP per gli affidamenti di valore inferiore ai 150.000, 00 euro di cui all'art. 4.2., lettera a) della citata Linea guida?
- Si in quanto l'art. 4.2, lettera a), della Linea guida n. 3 prescrive esclusivamente i requisiti "minimi" che un soggetto deve avere per svolgere le funzioni di RUP per gli affidamenti ivi previsti di valore inferiore a 150.000,00 euro. La disposizione in esame, infatti, nel disporre che quest'ultimo "deve essere almeno in possesso" dei requisiti ivi fissati non preclude la possibilità di svolgere quelle medesime funzioni a chi sia in possesso dei requisiti di cui all'articolo 4.2, lettera b) della citata Linea guida, fissati in relazione agli affidamenti di valore gli importi pari o superiori a 150.000 euro e inferiori a 1.000.000,00 euro. **Si precisa che rimane, invece, preclusa al soggetto in possesso esclusivamente dei requisiti minimi di cui all'articolo 4.2., lettera a), delle Linee Guida n. 3 di svolgere le funzioni di RUP per gli affidamenti di cui all'articolo 4.2., lettera b), delle Linee Guida n. 3.**

# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- 1. A quali procedure si applicano le Linee guida n. 3/2016?
- Le indicazioni fornite con le Linee guida n. 3/2016, ivi comprese quelle riferite ai requisiti di professionalità del RUP, si applicano alle procedure per le quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente all'entrata in vigore delle Linee guida medesime, nonché alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore delle Linee guida, non siano ancora stati inviati gli inviti a presentare le offerte.

# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- 2. Per le procedure bandite prima dell'entrata in vigore delle Linee guida n. 3/2016, il RUP in possesso dei requisiti richiesti dalla normativa previgente che non sia in possesso dei requisiti professionali richiesti dalle Linee guida può portare a termine l'incarico conferitogli?
- **Sì.** Per le procedure bandite prima dell'entrata in vigore delle Linee guida, il RUP può portare a termine il proprio incarico anche nel caso in cui non possieda i requisiti professionali richiesti dalle Linee guida per lo svolgimento delle relative funzioni, **a condizione che sia in possesso dei requisiti richiesti dall'art. 9, comma 4, del d.p.r. 207/2010**

# FAQ SU LINEA GUIDA 3

- 3. Nel caso in cui il RUP sia stato nominato antecedentemente all'indizione della procedura di gara e il bando o l'avviso con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano stati pubblicati successivamente all'entrata in vigore delle Linee guida, è necessario procedere alla sostituzione del RUP che risulti carente dei requisiti professionali richiesti dalle Linee guida?
- **Sì.** In tal caso è necessario procedere alla sostituzione del RUP con altro soggetto in possesso dei requisiti prescritti dalle Linee guida **in quanto la procedura di gara è assoggettata alla nuova disciplina**. Tuttavia, nel caso in cui la Stazione appaltante si trovi nell'oggettiva impossibilità di reperire in organico figure in possesso dei requisiti professionali richiesti dalle Linee guida n. 3/2016, il RUP già nominato può continuare a svolgere le proprie funzioni in relazione alla specifica procedura, previa adeguata motivazione della stazione appaltante in ordine alla oggettiva impossibilità riscontrata e a condizione che il RUP nominato sia in possesso dei requisiti previsti dall'art. 9, c. 4, del d.p.r. 207/2010

# T.A.R. Puglia-Lecce, sez. III, 24.8.2020, n. 949

- Alla stregua dell'interpretazione giurisprudenziale preferibile dell'art. 77, c. 4, del D. Lgs. n. 50/2016, che esclude ogni effetto di automatica incompatibilità conseguente al cumulo delle funzioni e rimette all'amministrazione la valutazione della sussistenza o meno dei presupposti affinché il R.U.P. possa legittimamente far parte della commissione gara, **deve ritenersi che il R.U.P. possa essere nominato membro della Commissione di gara, salva la prova di concreti ed effettivi condizionamenti (sul piano pratico);** prova che non può desumersi ex se dalla mera commistione di funzioni svolte dallo stesso soggetto nelle fasi della predisposizione della legge di gara e della sua concreta applicazione

# T.A.R. Lombardia-Brescia, Sez. I, 24.7.2020 n. 572

- A norma dell'art. 77, c. 4, D.Lgs. n. 50/2016, «La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura». Dunque, **in linea di principio non vi è incompatibilità tra il ruolo di RUP e quello di membro della commissione, dovendosi avere riguardo piuttosto al ruolo che in concreto il RUP ha svolto nella predisposizione degli atti di gara.** Nel caso in cui il RUP abbia firmato gli atti contenenti la disciplina di gara, ricorre, però, la diversa ipotesi di incompatibilità prevista dalla prima parte del precitato comma 4 dell'art. 77 del D.Lgs. n. 50/2016, a mente del quale «I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta», **con la conseguenza che in tale caso il RUP non può far parte della Commissione di gara.**

# TAR LAZIO ROMA SEZ. II

## 22/2/2019 N. 2420

- In base all'art. 31, c. 1, d.lgs. n. 50 del 2016: "Per ogni singola procedura per l'affidamento di un appalto o di una concessione le stazioni appaltanti individuano, nell'atto di adozione o di aggiornamento dei programmi di cui all'articolo 21, comma 1, ovvero nell'atto di avvio relativo ad ogni singolo intervento per le esigenze non incluse in programmazione, un responsabile unico del procedimento (RUP) per le fasi della programmazione, della progettazione, dell'affidamento, dell'esecuzione"; (..) ai sensi dell'art. 77, c. 4, del d.lgs. n. 50 del 2016, "I commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun'altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta. La nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura"; (..) è evidente che non sussiste una generale incompatibilità tra le due figure di RUP e commissario, ma deve di volta in volta aversi riguardo alla singola gara; (..) nel caso di specie si trattava di una procedura negoziata, da aggiudicarsi con il criterio del minor prezzo, laddove, perciò, la discrezionalità in capo alla Commissione non sussisteva, per cui non si ravvisano in concreto ragioni di incompatibilità; (..) neppure può sostenersi che, essendo il RUP a capo dell'ufficio, sarebbe qui integrata l'incompatibilità di cui al primo periodo del citato art. 77, c. 4, d.lgs. n. 50 del 2016, atteso che detta incompatibilità si riferisce ad una specifica attività svolta con riguardo al contratto da stipularsi in esito alla gara in parola.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 26/10/2018 N. 6089

- Dando seguito, alla qui condivisa impostazione secondo la quale **non può essere ravvisata alcuna automatica incompatibilità tra le funzioni di RUP e quelle di componente della commissione giudicatrice**, a meno che essa non venga dimostrata in concreto - nell'ottica di una lettura dell'art. 77 comma 4 del d.lgs. n. 50/2016 che si ponga in continuità con l'indirizzo interpretativo formatosi sul comma 4 dell'art. 84 del previgente d.lgs. n. 163/2006 (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. III, 18.1.2018, n. 695) - occorre ulteriormente evidenziare che:
  - - la garanzia di trasparenza ed imparzialità nella conduzione della gara impedisce la presenza nella commissione di gara di soggetti che abbiano svolto un'attività idonea a interferire con il giudizio di merito sull'appalto di che trattasi (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 21 luglio 2011, n. 4438, parere n. 46 del 21 marzo 2012);
  - - la situazione di incompatibilità deve ricavarsi dal dato sostanziale della concreta partecipazione alla redazione degli atti di gara, al di là del profilo formale della sottoscrizione o mancata sottoscrizione degli stessi e indipendentemente dal fatto che il soggetto in questione sia il funzionario responsabile dell'ufficio competente (Cons. Stato, sez. V, 28.4.2014, n. 2191);



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 26/10/2018 N. 6089

- - per predisposizione materiale della legge di gara deve quindi intendersi “non già un qualsiasi apporto al procedimento di approvazione dello stesso, quanto piuttosto una effettiva e concreta capacità di definirne autonomamente il contenuto, con valore univocamente vincolante per l'amministrazione ai fini della valutazione delle offerte, così che in definitiva il suo contenuto prescrittivo sia riferibile esclusivamente al funzionario” (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255 e 23.3.2015, n. 1565);
- - ad integrare la prova richiesta, non è sufficiente il mero sospetto di una possibile situazione di incompatibilità, dovendo l'art. 84, comma 4, essere interpretato in senso restrittivo, in quanto disposizione limitativa delle funzioni proprie dei funzionari dell'amministrazione (Cons. Stato, sez. V, 22.1.2015, n. 255);
- - detto onere della prova grava sulla parte che deduce la condizione di incompatibilità (cfr. Cons. Stato, sez. V, 25.1.2016, n. 242 e 23.3.2017, n. 1320; Id., sez. III, 22.1.2015, n. 226);
- - in ogni caso, la predetta incompatibilità non può desumersi ex se dall'appartenenza del funzionario componente della Commissione, alla struttura organizzativa preposta, nella fase preliminare di preparazione degli atti di gara e nella successiva fase di gestione, all'appalto stesso (cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 6.5.2014, n. 4728; T.A.R. Lecce, sez. III, 7.1.2015, n. 32).

# TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, sentenza n. 1074 del 28.8.2017

- ... come già precisato nella ricordata ordinanza cautelare, dagli atti di causa emerge che le operazioni di valutazione delle offerte tecniche – fase in cui l'Amministrazione esercita la propria discrezionalità – sono state svolte dalla Commissione giudicatrice, **nella quale la dott.ssa XXXXXX non ha avuto alcun ruolo; diversamente, la suddetta – responsabile del procedimento in questione – ha ricoperto il ruolo di Presidente del seggio di gara, che però è organo diverso dalla Commissione giudicatrice ed al quale sono affidati esclusivamente compiti di natura prettamente amministrativa, senza alcuna valutazione discrezionale.**



# TAR Lombardia - Brescia, Sez. II, sentenza n. 1074 del 28.8.2017

- Sotto questo profilo, la giurisprudenza ha avuto modo di chiarire che “Nell’ambito dell’articolata procedura di scelta del contraente con il sistema dell’offerta economicamente più vantaggiosa, giova ricordarlo, possono distinguersi le sottofasi della verifica della documentazione amministrativa prodotta dalle imprese, che hanno fatto domanda di partecipazione alla gara, della comunicazione dei punteggi assegnati dalla commissione giudicatrice alle offerte tecniche delle imprese concorrenti e dell’apertura delle buste contenenti le offerte economiche, della loro lettura e dell’attribuzione del relativo punteggio, che sono caratterizzate da un’attività priva di qualsiasi discrezionalità e ben possono essere svolte, sempre pubblicamente, anche dal seggio di gara in composizione monocratica (ivi compreso lo stesso responsabile unico del procedimento), dalla sottofase di valutazione delle offerte tecniche che deve essere svolta necessariamente da una commissione giudicatrice, e che si compendia nell’apprezzamento, massima espressione della discrezionalità tecnica, degli elementi tecnici delle singole offerte e nell’attribuzione dei relativi punteggi sulla base dei pesi e punteggi appositamente indicati (v., ex plurimis, Cons. St., sez. V, 5.11.2014, n. 5446)”(Consiglio di Stato, sez. III, 8 settembre 2015, n. 4190; medesime considerazioni sono espresse, da ultimo, da Consiglio di Stato, sez. II, 3 febbraio 2017, n. 475; analoghi principi sulla diversità tra commissione giudicatrice e seggio di gara sono espressi da Consiglio di Stato, sez. VI, 3 luglio 2014, n. 3361; TAR Piemonte, sez. I, 20 gennaio 2016, n. 75).
- Pertanto, non sussiste la violazione dell’art. 77, comma 4, del D.Lgs n. 50/2016, non sussistendo la denunciata incompatibilità della dott.ssa XXXXXX

# TAR Lazio – Latina, sentenza n. 325 del 23.5.2017

- “Benché la compatibilità tra le due funzioni sia stata di recente affermata in giurisprudenza (si veda T.A.R. Lombardia, Brescia, 19 dicembre 2016, n. 1757), il contrario è infatti desumibile dal confronto tra la previsione del **soppresso articolo 84 d.lg. 12 aprile 2006, n. 163** secondo cui “i commissari diversi dal Presidente non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta” e la formulazione **dell’articolo 77, comma 4, d.lg. 19 aprile 2016, n. 50** secondo cui “i commissari non devono aver svolto né possono svolgere alcun’altra funzione o incarico tecnico o amministrativo relativamente al contratto del cui affidamento si tratta”.
- Da ciò deriva, pertanto, **che la mancata esclusione del presidente dalla regola prevista dall’articolo 77 implica chiaramente che il RUP non possa essere componente né presidente della commissione presidente e quindi il superamento della giurisprudenza che si è formata nella vigenza del codice degli appalti previgente.**

# Tar Puglia-Lecce, Sezione II, sentenza 29.6.2017, n. 1074

- E' invece emerso, come correttamente dedotto dalla difesa dell'associazione, che il Presidente della Commissione, dottor [...], nominato in tale veste con determina dirigenziale n. 642 del 15 settembre 2016 ha redatto, approvato e sottoscritto l'Avviso Pubblico di indizione della gara, di cui alla determina n. 423/2016 del 22 giugno 2016, e tanto nella distinta veste di Dirigente al Patrimonio.
- La preventiva redazione dell'atto indittivo della gara controversa è tale da determinare la situazione di incompatibilità che la norma sopra richiamata ha inteso scongiurare.
- E' infatti evidente la finalità, perseguita dall'art. 77 comma 4 citato, di evitare che uno dei componenti della Commissione, proprio per il fatto di avere svolto in precedenza attività strettamente correlata al contratto del cui affidamento si tratta, non sia in grado di esercitare la delicatissima funzione di giudice della gara in condizione di effettiva imparzialità e di terzietà rispetto agli operatori economici in competizione tra di loro.
- Ritiene il Collegio di dover precisare, sul punto, che il principio di imparzialità dei componenti del seggio di gara va declinato nel senso di garantire loro la cd virgin mind, ossia la totale mancanza di un pregiudizio nei riguardi dei partecipanti alla gara stessa.
- Tale pregiudizio può essere agevolmente rintracciato in un caso come quello qui in esame, posto che la predisposizione, da parte del Presidente della Commissione di gara, addirittura delle c.d. regole del gioco può influenzare la successiva attività di arbitro della gara”.

# Consiglio di Stato, sez. V, 23.3.2017 n. 1320

- Per potersi concretizzare l'incompatibilità affermata dall'appellante (invero, in modo assai generico), non è sufficiente che al singolo funzionario sia stato affidato un qualsivoglia incarico tecnico-amministrativo, **ma occorre che nel caso concreto possa venirne oggettivamente messa in discussione la garanzia di imparzialità**: il che si verifica quante volte siano individuati quali commissari di gara soggetti che abbiano svolto incarichi – relativi al medesimo appalto – come compiti di progettazione, di verifica della progettazione, di predisposizione della legge di gara e simili, e non anche incarichi amministrativi o tecnici genericamente riferiti ad altre gare (ex multis Cons. Stato, VI, 29 dicembre 2010, n. 9577; V, 22 giugno 2012, n. 3682)”.

# **PRINCIPI E FASI DI GARA**

AVV. ALBERTO PONTI

# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- 1. Tutti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione di lavori, opere, servizi e forniture, nonché alle procedure per l'affidamento **e l'esecuzione** di appalti pubblici di servizi, forniture, lavori e opere, di concorsi pubblici di progettazione, di concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli tra enti nell'ambito del settore pubblico di cui all'articolo 5, **alla composizione della commissione giudicatrice e ai curricula dei suoi componenti**, ove non considerati riservati ai sensi dell'articolo 53 ovvero secretati ai sensi dell'articolo 162, **devono essere pubblicati e aggiornati sul profilo del committente**, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33.



# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

~~Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso ai sensi dell'articolo 120 comma 2-bis, del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito della verifica della documentazione attestante l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80, nonché la sussistenza dei requisiti, economico-finanziari e tecnico-professionali. Entro il medesimo termine di due giorni è dato avviso ai candidati e ai concorrenti, con le modalità di cui all'art. 5-bis del D.Lvo 7.3.2005, n. 82, recante il Codice dell'amministrazione digitale o strumento analogo negli altri Stati membri, di detto provvedimento, indicando l'ufficio o il collegamento informatico ad accesso riservato dove sono disponibili i relativi atti. Il termine per l'impugnativa di cui al citato art. 120, comma 2-bis, decorre dal momento in cui gli atti di cui al secondo periodo sono resi in concreto disponibili, corredati di motivazione.~~



# **Art. 29 Principi in materia di trasparenza**

Nella stessa sezione sono pubblicati anche i resoconti della gestione finanziaria dei contratti al termine della loro esecuzione con le modalità previste dal decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33. Gli atti di cui al presente comma recano, prima dell'intestazione o in calce, la data di pubblicazione sul profilo del committente. Fatti salvi gli atti a cui si applica l'articolo 73, comma 5, i termini cui sono collegati gli effetti giuridici della pubblicazione decorrono dalla data di pubblicazione sul profilo del committente.

# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- ~~• 2. Gli atti di cui al comma 1, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53, sono, altresì, pubblicati sul sito del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sulla piattaforma digitale istituita presso l'ANAC, anche tramite i sistemi informatizzati regionali, di cui al comma 4, e le piattaforme regionali di e-procurement interconnesse tramite cooperazione applicativa.~~

# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- 2. Tutte le informazioni inerenti gli atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori relativi alla programmazione, alla scelta del contraente, all'aggiudicazione e all'esecuzione di lavori, servizi e forniture relativi all'affidamento, inclusi i concorsi di progettazione e i concorsi di idee e di concessioni, compresi quelli di cui all'articolo 5, sono gestite e trasmesse tempestivamente alla Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC attraverso le piattaforme telematiche ad essa interconnesse secondo le modalità indicate all'articolo 213, c. 9. L'ANAC garantisce, attraverso la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici, la pubblicazione dei dati ricevuti, nel rispetto di quanto previsto dall'articolo 53 e ad eccezione di quelli che riguardano contratti secretati ai sensi dell'articolo 162, la trasmissione dei dati all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea e la pubblicazione ai sensi dell'articolo 73. Gli effetti degli atti oggetto di pubblicazione ai sensi del presente comma decorrono dalla data di pubblicazione dei relativi dati nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici.

## Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- 3. Le regioni e le province autonome di Trento e di Bolzano collaborano con gli organi dello Stato alla tutela della trasparenza e della legalità nel settore dei contratti pubblici. In particolare, operano in ambito territoriale a supporto delle stazioni appaltanti nell'attuazione del presente codice e nel monitoraggio delle fasi di programmazione, affidamento ed esecuzione dei contratti **anche attraverso la messa a disposizione di piattaforme telematiche interoperabili con la Banca dati nazionale dei contratti pubblici per la gestione di tutte le fasi della vita dei contratti pubblici secondo le modalità indicate all'articolo 213, comma 9**

# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- ~~•4. Per i contratti e gli investimenti pubblici di competenza regionale o di enti territoriali, le stazioni appaltanti provvedono all'assolvimento degli obblighi informativi e di pubblicità disposti dal presente codice, tramite i sistemi informatizzati regionali e le piattaforme telematiche di e-procurement ad essi interconnesse, garantendo l'interscambio delle informazioni e l'interoperabilità, con le banche dati dell'ANAC, del Ministero dell'economia e delle finanze e del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti.~~
- 4. Le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare le piattaforme telematiche di cui al comma 2, aderenti alle regole di cui all'articolo 44.

# Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- ~~• 4-bis. Il Ministero dell'economia e delle finanze, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti, l'ANAC e la Conferenza delle Regioni e delle Province autonome per i sistemi di cui ai commi 2 e 4 condividono un protocollo generale per definire le regole di interoperabilità e le modalità di interscambio dei dati e degli atti tra le rispettive banche dati, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni. Per le opere pubbliche il protocollo si basa su quanto previsto dal decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229. L'insieme dei dati e degli atti condivisi nell'ambito del protocollo costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti e investimenti pubblici.~~

## Art. 29 Principi in materia di trasparenza

- 4-bis. L'interscambio dei dati e degli atti tra la Banca Dati Nazionale dei Contratti pubblici dell'ANAC, il sistema di cui al decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229, e le piattaforme telematiche ad essa interconnesse avviene, nel rispetto del principio di unicità del luogo di pubblicazione e di unicità dell'invio delle informazioni, in conformità alle Linee guida AgID in materia di interoperabilità. L'insieme dei dati e delle informazioni condivisi costituiscono fonte informativa prioritaria in materia di pianificazione e monitoraggio di contratti. Per le opere pubbliche si applica quanto previsto dall'articolo 8, c. 2, del decreto legislativo 29 dicembre 2011, n. 229

## Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

- 1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei **principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza**. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, **i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità** con le modalità indicate nel presente codice.



## **Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni**

- Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

## **Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni**

- 2. Le stazioni appaltanti non possono limitare in alcun modo artificialmente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici o, nelle procedure di aggiudicazione delle concessioni, compresa la stima del valore, taluni lavori, forniture o servizi.
- 3. Nell'esecuzione di appalti pubblici e di concessioni, gli operatori economici rispettano gli obblighi in materia ambientale, sociale e del lavoro stabiliti dalla normativa europea e nazionale, dai contratti collettivi o dalle disposizioni internazionali elencate nell'allegato X.

## Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

- 4. Al personale impiegato nei lavori, **servizi e forniture** oggetto di appalti pubblici e concessioni è applicato il **contratto collettivo nazionale e territoriale in vigore** per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni di lavoro stipulato dalle associazioni dei datori e dei prestatori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale e 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.

# Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

- 5. In caso di **inadempienza contributiva** risultante dal DURC relativo a personale dipendente dell'affidatario o del subappaltatore o dei soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 105, impiegato nell'esecuzione del contratto, la stazione appaltante trattiene dal certificato di pagamento l'importo corrispondente all'inadempienza per il successivo versamento diretto agli enti previdenziali e assicurativi, compresa, nei lavori, la cassa edile. ~~Sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50%; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.~~
- 5-bis. In ogni caso sull'importo netto progressivo delle prestazioni è operata una ritenuta dello 0,50%; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva.

## Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

- 6. In caso di **ritardo nel pagamento delle retribuzioni dovute al personale** di cui al comma 5, **il responsabile unico del procedimento invita per iscritto il soggetto inadempiente, ed in ogni caso l'affidatario, a provvedervi entro i successivi 15 giorni.** Ove non sia stata contestata formalmente e motivatamente la fondatezza della richiesta entro il termine sopra assegnato, la stazione appaltante paga anche in corso d'opera direttamente ai lavoratori le retribuzioni arretrate detraendo il relativo importo dalle somme dovute all'affidatario del contratto ovvero dalle somme dovute al subappaltatore inadempiente nel caso in cui sia previsto il pagamento diretto ai sensi dell'articolo 105.

## Art. 30 Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni

- 7. I criteri di partecipazione alle gare devono essere tali da non escludere le microimprese, le piccole e le medie imprese.
- 8. Per quanto non espressamente previsto nel presente codice e negli atti attuativi, alle procedure di affidamento e alle altre attività amministrative in materia di contratti pubblici nonché di forme di coinvolgimento degli enti del Terzo settore previste dal titolo VII del decreto legislativo 3 luglio 2017, n. 117 si applicano le disposizioni di cui alla legge 7 agosto 1990, n. 241, alla stipula del contratto e alla fase di esecuzione si applicano le disposizioni del codice civile.

# Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli **atti di programmazione** delle stazioni appaltanti previsti dal presente codice o dalle norme vigenti.
- 2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, **decretano o determinano di contrarre**, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. **Nella procedura di cui all'art. 36, c. 2, lettera a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.**
- 3. La selezione dei partecipanti e delle offerte avviene mediante uno dei **sistemi** e secondo **i criteri** previsti dal presente codice.

## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 4. Ciascun concorrente non può presentare più di un'offerta. **L'offerta è vincolante per** il periodo indicato nel bando o nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per **180 giorni dalla scadenza del termine per la sua presentazione**. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.
- 5. La stazione appaltante, previa verifica **della proposta di aggiudicazione** ai sensi dell'art. 33, c. 1, provvede **all'aggiudicazione**.
- 6. L'aggiudicazione non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 8.
- 7. **L'aggiudicazione** diventa **efficace** dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti.

# Consiglio di Stato, sez. III, 23.2.2021 n. 1576

- La verifica dei requisiti può essere ultimata anche dopo l'aggiudicazione. Pertanto, il fatto che l'efficacia dell'aggiudicazione soggiaccia alla condizione sospensiva del positivo esito di dette attività, non costituisce motivo di illegittimità dell'azione amministrativa. Dunque, non è affatto corretto sostenere che la stazione appaltante era tenuta ad effettuare tutti i controlli e le verifiche disposte dalla normativa di settore prima di aggiudicare il servizio; ed il passaggio dell'art. 32 richiamato in tal senso dall'appellante è inconferente ai fini che qui rilevano, perché riferito ad un diverso momento procedimentale (l'approvazione della proposta di aggiudicazione).

## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 8. Divenuta efficace l'aggiudicazione, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, **la stipulazione del contratto di appalto o di concessione ~~ha luogo~~ deve avere luogo entro i successivi 60 giorni**, salvo diverso termine previsto nel bando o nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario, **purchè comunque giustificata dall'interesse alla sollecita esecuzione del contratto.**



## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- La mancata stipulazione del contratto nel termine previsto deve essere motivata con specifico riferimento all'interesse della stazione appaltante e a quello nazionale alla sollecita esecuzione del contratto e viene valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del dirigente preposto. Non costituisce giustificazione adeguata per la mancata stipulazione del contratto nel termine previsto, salvo quanto previsto dai commi 9 e 11, la pendenza di un ricorso giurisdizionale, nel cui ambito non sia stata disposta o inibita la stipulazione del contratto. Le stazioni appaltanti hanno facoltà di stipulare contratti di assicurazione della propria responsabilità civile derivante dalla conclusione del contratto e dalla prosecuzione o sospensione della sua esecuzione.



## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate. Nel caso di lavori, se è intervenuta la consegna dei lavori in via di urgenza e nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori, ivi comprese quelle per opere provvisoriale.



## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- Nel caso di servizi e forniture, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza, l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per le prestazioni espletate su ordine del direttore dell'esecuzione. L'esecuzione d'urgenza di cui al presente comma è ammessa esclusivamente nelle ipotesi di eventi oggettivamente imprevedibili, per ovviare a situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e la salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale ovvero nei casi in cui la mancata esecuzione immediata della prestazione dedotta nella gara determinerebbe un grave danno all'interesse pubblico che è destinata a soddisfare, ivi compresa la perdita di finanziamenti comunitari.

# Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 9. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione.
- 10. Il termine dilatorio di cui al comma 9 non si applica nei seguenti casi:
  - a) se, a seguito di pubblicazione di bando o avviso con cui si indice una gara o inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni del bando o della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
  - b) nel caso di un appalto basato su un accordo quadro di cui all'articolo 54, nel caso di appalti specifici basati su un sistema dinamico di acquisizione di cui all'articolo 55, nel caso di acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico nei limiti di cui all'articolo 3, lettera bbbb) e nel caso di acquisti di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 affidati ai sensi dell'art. 36, c. 2, lettere a) e b).

## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 11. 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 e per i successivi 20 giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'art. 15, c. 4, del codice del processo amministrativo di cui all'allegato I al D.Lvo 2.7.2010, n. 104, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 12. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'eventuale approvazione e degli altri controlli previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti.
- 13. **L'esecuzione del contratto può avere inizio solo dopo che lo stesso è divenuto efficace**, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste al comma 8.

## Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento

- 14. Il contratto è stipulato, a pena di nullità,
- con atto pubblico notarile informatico,
- ovvero, in modalità elettronica secondo le norme vigenti per ciascuna stazione appaltante, in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante o mediante scrittura privata;
- in caso di procedura negoziata ovvero per gli affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli Stati membri.

## **Art. 32 Fasi delle procedure di affidamento**

- *14-bis*. I capitolati e il computo estimativo metrico, richiamati nel bando o nell'invito, fanno parte integrante del contratto

# Art. 33 Controlli sugli atti delle procedure di affidamento

- 1. La proposta di **aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante** e nel rispetto dei termini previsti dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione provvisoria da parte dell'organo competente. In mancanza, **il termine è pari a 30 giorni**. Il termine è interrotto dalla richiesta di chiarimenti o documenti e inizia nuovamente a decorrere da quando i chiarimenti o documenti pervengono all'organo richiedente. Decorsi tali termini, la proposta di aggiudicazione si intende approvata.

## **Art. 33 Controlli sugli atti delle procedure di affidamento**

- 2. L'eventuale approvazione del contratto stipulato avviene nel rispetto dei termini e secondo procedure analoghe a quelle di cui al comma 1. L'approvazione del contratto è sottoposta ai controlli previsti dai rispettivi ordinamenti delle stazioni appaltanti.

# Art. 34 Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

- 1. Le stazioni appaltanti 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 adottati** con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare 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 all' articolo 144

# Art. 34 Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

- ~~2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1 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 95, comma 6. Nel caso dei contratti relativi ai servizi di ristorazione ospedaliera, assistenziale, scolastica e sociale di cui all'art. 95, comma 3, lettera a), e dei contratti relativi ai servizi di ristorazione di cui all'articolo 144, il suddetto decreto può stabilire che l'obbligo di cui al comma 1 si applichi anche per una quota inferiore al 50% del valore a base d'asta. Negli altri casi il medesimo obbligo si applica per gli affidamenti di qualunque importo, per almeno il 50% del valore a base d'asta, relativamente alle categorie di forniture e affidamenti non connesse agli usi finali di energia e oggetto dei criteri ambientali minimi, mentre si applica per l'intero valore delle gare, relativamente alle categorie di appalto con le quali si può conseguire l'efficienza energetica negli usi finali quali:~~



# Art. 34 Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

- ~~• a) acquisto di lampade a scarica ad alta intensità, di alimentatori elettronici e di moduli a LED per illuminazione pubblica, acquisto di apparecchi di illuminazione per illuminazione pubblica e affidamento del servizio di progettazione di impianti di illuminazione pubblica;~~
- ~~• b) attrezzature elettriche ed elettroniche d'ufficio, quali personal computer, stampanti, apparecchi multifunzione e fotocopiatrici;~~
- ~~• c) servizi energetici per gli edifici, servizio di illuminazione e forza motrice, servizio di riscaldamento/raffrescamento di edifici;~~
- ~~• d) affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici e per la gestione dei cantieri della pubblica amministrazione.~~

# Art. 34 Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

2. I criteri ambientali minimi definiti dal decreto di cui al comma 1, in particolare i criteri 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 95, comma 6. Nel caso di contratti relativi alle categorie di appalto riferite agli interventi di ristrutturazione, inclusi quelli comportanti demolizione e ricostruzione, i criteri ambientali minimi di cui al comma 1, 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 tutela del territorio e del mare.

## Art. 34 Criteri di sostenibilità energetica e ambientale

- ~~• 3. Con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare può essere previsto, altresì, l'aumento progressivo della percentuale del 50% del valore a base d'asta indicato al comma 2.~~
- 3. L'obbligo di cui ai commi 1 e 2 si applica per gli affidamenti di qualunque importo, relativamente alle categorie di forniture e di affidamenti di servizi e lavori oggetto dei criteri ambientali minimi adottati nell'ambito del citato Piano d'azione

# CAM VIGENTI

- **ARREDI PER INTERNI** DM 11 gennaio 2017, in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2017
- **ARREDO URBANO** DM 5 febbraio 2015, in G.U. n. 50 del 2 marzo 2015
- **AUSILI PER L'INCONTINENZA** DM 24 dicembre 2015, in G.U. n. 16 del 21 gennaio 2016
- **CALZATURE DA LAVORO E ACCESSORI IN PELLE** DM 17 maggio 2018, in G.U. n. 125 del 31 maggio 2018
- **CARTA** DM 4 aprile 2013, in G.U. n. 102 del 3 maggio 2013
- **CARTUCCE PER STAMPANTI** DM 13 febbraio 2014, in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014
- **APPARECCHIATURE INFORMATICHE DA UFFICIO** DM 13 dicembre 2013, G.U. n. 13 del 17 gennaio 2014

# CAM VIGENTI

- EDILIZIA DM 11 ottobre 2017, in G.U. Serie Generale n. 259 del 6 novembre 2017
- ILLUMINAZIONE PUBBLICA (fornitura e progettazione) DM 27 settembre 2017, in G.U. n 244 del 18 ottobre 2017
- ILLUMINAZIONE PUBBLICA (servizio) DM 28 marzo 2018, in GU n. 98 del 28 aprile 2018)
- ILLUMINAZIONE, RISCALDAMENTO/RAFFRESCAMENTO PER EDIFICI DM 7 marzo 2012, in G.U. n.74 del 28 marzo 2012)
- PULIZIA PER EDIFICI DM 24 maggio 2012, in G.U. n. 142 del 20 giugno 2012
- RIFIUTI URBANI DM 13 febbraio 2014, in G.U. n. 58 dell'11 marzo 2014

# CAM VIGENTI

- **RISTORAZIONE COLLETTIVA** DM 10 marzo 2020, N. 65 in G.U. n. 90 del 4 aprile 2020
- **SANIFICAZIONE STRUTTURE SANITARIE** DM 18 ottobre 2016, in G.U. n. 262 del 9 novembre 2016
- **TESSILI** DM 11 gennaio 2017, in G.U. n. 23 del 28 gennaio 2017
- **VEICOLI** DM 8 maggio 2012, in G.U. n. 129 del 5 giugno 2012 e Decreto correttivo DM 30 novembre 2012, in G.U. n. 290 del 13 dicembre 2012
- **VERDE PUBBLICO** DM 10 marzo 2020, n. 63 in G.U. n.90 del 4 aprile 2020)

# Art. 50 Clausole sociali del bando di gara e degli avvisi

- 1. Per gli affidamenti dei contratti di concessione e di appalto di lavori e servizi diversi da quelli aventi natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli relativi a contratti ad alta intensità di manodopera, i bandi di gara, gli avvisi e gli inviti ~~possono inserire~~ **inseriscono**, nel rispetto dei principi dell'Unione europea, **specifiche clausole sociali volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato**, prevedendo l'applicazione da parte dell'aggiudicatario, dei contratti collettivi di settore di cui all'articolo 51 del decreto legislativo 15.6.2015, n. 81. **I servizi ad alta intensità di manodopera sono quelli nei quali il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale del contratto**

**Linee Guida n. 13**  
**“La disciplina delle clausole sociali”**

Delibera ANAC n. 114 del 13.2.2019

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- **Premessa**
- Le presenti Linee guida sono adottate ai sensi dell'articolo 213, c. 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 (di seguito Codice dei contratti pubblici), come novellato dal decreto legislativo 19 aprile 2017 n. 56 (cosiddetto decreto correttivo) e contengono indicazioni circa le modalità di applicazione e di funzionamento dell'istituto della clausola sociale, da considerare **non vincolanti**.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- **1. Finalità e contesto normativo**
- Ai sensi dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici le stazioni appaltanti inseriscono, nella lex specialis di gara, comunque denominata, specifiche clausole volte a promuovere la stabilità occupazionale del personale impiegato.
- Ulteriori clausole sociali, diverse da quelle oggetto di queste Linee guida, sono consentite in base all'articolo 3, comma 1 lettera qqq) del Codice dei contratti pubblici.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- 2. **Ambito di applicazione**
- La disciplina recata dall'art. 50 del Codice dei contratti pubblici si applica **agli affidamenti di appalti e concessioni di lavori e di servizi diversi da quelli di natura intellettuale, con particolare riguardo a quelli ad alta intensità di manodopera.** Per servizi di natura intellettuale, si intendono i servizi che richiedono lo svolgimento di prestazioni professionali, svolte in via eminentemente personale, come ad esempio il brokeraggio assicurativo e la consulenza. Tale condizione si verifica nei casi in cui, anche eventualmente in parallelo all'effettuazione di attività materiali, il fornitore elabora soluzioni, proposte, pareri che richiedono una specifica e qualificata competenza professionale, prevalente nel contesto della prestazione erogata rispetto alle attività materiali e all'organizzazione di mezzi e risorse. **Il servizio, pertanto, non ha natura intellettuale per il solo fatto di essere prestato da personale soggetto all'obbligo di iscrizione in albi professionali.**



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- Le stazioni appaltanti possono prevedere la clausola sociale anche in appalti non ad alta intensità di manodopera, **con esclusione (oltre ai servizi di natura intellettuale)**:
  - - degli appalti di fornitura;
  - - degli appalti di natura occasionale.
- Laddove l'oggetto del contratto comprenda in modo scindibile sia prestazioni afferenti ad attività assoggettate all'obbligo di previsione della clausola sociale, sia prestazioni non soggette a tale obbligo, **la clausola sociale si applica limitatamente alle attività ricadenti nell'obbligo di previsione della clausola sociale.**
- Resta ferma la facoltà per la stazione appaltante di estendere l'applicazione della clausola sociale alle attività non assoggettate all'obbligo, purché non escluse ai sensi dell'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici. **Nella determina a contrarre le stazioni appaltanti esplicitano i presupposti per l'applicazione della clausola sociale**, nei casi in cui sussiste l'obbligo di previsione, ovvero motivano in ordine alla scelta effettuata negli altri casi.



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- Ai sensi dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, le clausole sociali possono essere previste anche negli affidamenti sotto soglia.
- La disciplina delle clausole sociali è inoltre applicabile ai settori speciali, in considerazione del richiamo operato dall'articolo 114, c. 1, del Codice dei contratti pubblici alla disciplina contenuta negli articoli da 1 a 58
- La clausola sociale, salvo diversa previsione della contrattazione collettiva, non si applica al personale utilizzato, nel contratto cessato, da parte delle imprese subappaltatrici.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- **3. L'applicazione delle clausole sociali**
- La stazione appaltante, sussistendo le condizioni oggettive e soggettive di applicazione dell'art. 50 del Codice dei contratti pubblici, inserisce la clausola sociale all'interno della lex specialis di gara. L'operatore economico accetta espressamente la clausola sociale e l'obbligo è riportato nel contratto.



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- L'obbligo richiede, in ogni caso, che siano rispettate le seguenti condizioni:
  - **il contratto di cui si tratta è oggettivamente assimilabile a quello in essere.** L'inserimento di clausole volte alla tutela dei livelli occupazionali non è legittimo qualora non sussista, per la stazione appaltante, alcun contratto in essere nel settore di riferimento, ovvero il contratto in essere presenti un'oggettiva e rilevante incompatibilità rispetto a quello da attivare. **L'incompatibilità è oggettiva quando pertiene alle prestazioni dedotte nel contratto e non deriva da valutazioni o profili meramente soggettivi attinenti agli operatori economici.** Non sussiste di regola incompatibilità laddove il contratto di cui si tratta preveda prestazioni aggiuntive rispetto a quello precedente, salvo il caso in cui, per l'entità delle variazioni e per i conseguenti effetti sulle prestazioni dedotte, risulti complessivamente mutato l'oggetto dell'affidamento;



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- l'applicazione della clausola sociale **NON** comporta un indiscriminato e generalizzato dovere di assorbimento del personale utilizzato dall'impresa uscente, dovendo tale obbligo essere armonizzato con l'organizzazione aziendale prescelta dal nuovo affidatario. Il riassorbimento del personale è imponibile nella misura e nei limiti in cui sia compatibile con il fabbisogno richiesto dall'esecuzione del nuovo contratto e con la pianificazione e l'organizzazione definita dal nuovo assuntore. **Tale principio è applicabile a prescindere dalla fonte che regola l'obbligo di inserimento della clausola sociale** (contratto collettivo, Codice dei contratti pubblici).



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- Ai fini dell'applicazione della clausola sociale, si considera di regola **il personale dell'impresa uscente calcolato come media del personale impiegato nei 6 mesi precedenti la data di indizione della nuova procedura di affidamento.**



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- Allo scopo di consentire ai concorrenti di conoscere i dati del personale da assorbire, la stazione appaltante indica gli elementi rilevanti per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale, in particolare i dati relativi al personale utilizzato nel contratto in corso di esecuzione, quali: numero di unità, monte ore, CCNL applicato dall'attuale appaltatore, qualifica, livelli retributivi, scatti di anzianità, sede di lavoro, eventuale indicazione dei lavoratori assunti ai sensi della legge 12.3.1999, n. 68, ovvero mediante fruizione di agevolazioni contributive previste dalla legislazione vigente. È fatto salvo il diritto dei concorrenti di richiedere, in modo analitico, alla stazione appaltante i dati ulteriori ritenuti necessari per la formulazione dell'offerta nel rispetto della clausola sociale. Qualora la stazione appaltante non fosse in possesso dei dati richiesti, la stessa provvede a richiederli all'operatore uscente, prestando particolare attenzione all'anonimato delle richieste pervenute, e a renderli noti a tutti i potenziali concorrenti. Le stazioni appaltanti valutano inoltre la possibilità di inserire, negli schemi contrattuali, specifiche clausole che obbligano gli appaltatori a fornire le informazioni sul personale utilizzato nel corso dell'esecuzione contrattuale.



# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- La stazione appaltante prevede, nella documentazione di gara, che il concorrente alleggi all'offerta un progetto di assorbimento, comunque denominato, atto ad illustrare le concrete modalità di applicazione della clausola sociale, con particolare riferimento al numero dei lavoratori che beneficeranno della stessa e alla relativa proposta **contrattuale** (inquadramento e trattamento economico). La mancata presentazione del progetto, anche a seguito dell'attivazione del soccorso istruttorio, equivale a mancata accettazione della clausola sociale con le conseguenze di cui al successivo punto 5.1. Il rispetto delle previsioni del progetto di assorbimento sarà oggetto di monitoraggio da parte della stazione appaltante durante l'esecuzione del contratto.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- 4. Il rapporto con i contratti collettivi
- Le stazioni appaltanti indicano nella documentazione di gara il contratto collettivo applicabile in ragione della pertinenza rispetto all'oggetto prevalente dell'affidamento, tenuto conto del richiamo espresso, disposto dall'articolo 50 del Codice dei contratti pubblici, all'articolo 51 del decreto legislativo 15 giugno 2015, n. 81, nonché di quanto stabilito dall'articolo 30, c. 4, del Codice dei contratti pubblici. L'operatore economico subentrante applica le disposizioni sulla clausola sociale recate dal contratto collettivo indicato dalla stazione appaltante. È comunque fatta salva l'applicazione, ove più favorevole, della clausola sociale prevista dal contratto collettivo nazionale prescelto dall'operatore economico.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- **5. Conseguenze del mancato adempimento**
- La mancata accettazione della clausola sociale costituisce manifestazione della volontà di proporre un'offerta condizionata, come tale inammissibile nelle gare pubbliche, per la quale si impone l'esclusione dalla gara.
- L'esclusione, viceversa, non è fondata nell'ipotesi in cui l'operatore economico manifesti il proposito di applicarla nei limiti di compatibilità con la propria organizzazione d'impresa, secondo i termini evidenziati al paragrafo 3.
- L'inadempimento degli obblighi derivanti dalla clausola sociale comporta l'applicazione dei rimedi previsti dalla legge ovvero dal contratto. Nello schema di contratto le stazioni appaltanti inseriscono clausole risolutive espresse ovvero penali commisurate alla gravità della violazione. Ove ne ricorrano i presupposti, applicano l'articolo 108, comma 3, del Codice dei contratti pubblici.

# LINEA GUIDA 13 CLAUSOLE SOCIALI

- **6. Entrata in vigore**
- Le presenti Linee guida entrano in vigore 15 (quindici) giorni dopo la loro pubblicazione nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana

# TAR Lazio – Roma, sez. I- quater, 12.5.2021 n. 5588

- La clausola sociale non comporta un obbligo per l'impresa aggiudicataria di assumere a tempo indeterminato e in forma automatica il personale utilizzato dal gestore uscente nell'esecuzione del servizio, dovendo unicamente garantire che i livelli retributivi dei lavoratori eventualmente assorbiti siano determinati in modo congruo e automatico. Pertanto, la clausola sociale deve essere interpretata in modo da garantire comunque la libera scelta organizzativa dell'impresa ed armonizzata con le sue esigenze. I lavoratori che non vengano reimpiegati né dal gestore uscente né dall'aggiudicatario sono comunque tutelati dal sistema di armonizzatori sociali, garantendosi così la loro tutela nell'ambito degli appalti pubblici.

Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524  
Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- Come è noto, nonostante l'abolizione della legge n. 1369/1960 ad opera dell'art. 85 del D.Lgs. n. 276/2003, **vige tuttora nel nostro ordinamento il divieto di dare in appalto l'esecuzione di mere prestazioni di lavoro**, in ossequio al principio generale per cui il datore di lavoro va identificato nel soggetto che dirige la prestazione e la controlla, e nel cui interesse è compiuto il lavoro.
- **E' consentito, per contro, affidare in appalto – anche all'interno di un'azienda – opere o servizi ex art. 1655 e ss. c.c.**



## Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524

### Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- La differenza tra quest'ultima ipotesi e la mera fornitura di manodopera – ammessa solo nella forma della c.d. “somministrazione di lavoro” di cui agli artt. 20 e ss. dello stesso D.Lgs., – è dettata dall'art. 29 secondo cui: “... il contratto di appalto, stipulato e regolamentato ai sensi dell'articolo 1655 del codice civile, si distingue dalla somministrazione di lavoro per la organizzazione dei mezzi necessari da parte dell'appaltatore, che può anche risultare, in relazione alle esigenze dell'opera o del servizio dedotti in contratto, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori utilizzati nell'appalto, nonché per l'assunzione, da parte del medesimo appaltatore, del rischio di impresa”.



Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524  
Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- La genuinità dell'appalto, quindi, deve ricavarsi da un duplice requisito:
- a) l'organizzazione del lavoro da parte dell'appaltatore;
- b) il rischio di non coprire le spese con il corrispettivo dell'appalto.



## Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524

### Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- In definitiva – anche alla stregua dei principi elaborati in materia dalla dottrina e giurisprudenza maggioritaria – **l'appalto può essere ritenuto genuino e, come tale, lecito, non sconfinando in una somministrazione, tutte le volte in cui sussista da parte dell'appaltatore una propria organizzazione produttiva** (che può anche risultare, avuto riguardo alle esigenze del servizio appaltato, dall'esercizio del potere organizzativo e direttivo nei confronti dei lavoratori impiegati nell'appalto) **nonché l'assunzione del rischio d'impresa connessa all'esecuzione dell'opera o del servizio pattuito.**



# Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524

## Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- Qualora poi, la natura del servizio concesso in appalto lo richieda, sono ammissibili anche appalti ad alta intensità di manodopera (“labour intensive”), ovvero appalti nei quali l’apporto di attrezzature e capitale risulti marginale rispetto alla fornitura di prestazioni lavorative.
- In tal caso ciò che veramente rileva sul piano della genuinità dell’appalto non è tanto e non solo la consistenza imprenditoriale dell’appaltatore o la sua organizzazione di mezzi, quanto il suo essere vero ed effettivo datore dei lavoratori impiegati nell’appalto e non già mero soggetto interposto; il che, in altri termini, significa che l’appaltatore “genuino”, soprattutto negli appalti “labour intensive”, è prima di tutto l’effettivo datore di lavoro degli impiegati nell’opera o nel servizio e, solo in seconda battuta, è anche l’organizzatore dei mezzi necessari per l’esecuzione dell’appalto; mezzi che, peraltro, possono anche non essere di sua proprietà ma che devono essere necessariamente nella sua disponibilità nelle forme giuridiche più idonee.



Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524  
Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- Da tanto consegue che nelle descritte tipologie di appalti, ai fini della configurabilità del carattere non genuino del medesimo, portata dirimente assuma la verifica della titolarità sostanziale dei rapporti di lavoro in esso impiegati, non essendo sufficiente la circostanza che le persone della società appaltante impartiscano disposizioni ai dipendenti della società appaltatrice, occorrendo altresì verificare se le disposizioni impartite siano riconducibili al potere direttivo del datore di lavoro (in quanto inerenti a concrete modalità di svolgimento delle prestazioni lavorative) ovvero al solo risultato di tali prestazioni, il quale può formare oggetto di un contratto di appalto genuino (cfr., per tutte, Cass. 6 giugno 2011, n. 12201 e Cass. 15 luglio 2011, n. 15615).



## Tar Campania, Napoli sez. V, 21.4.2021, n. 2524

### Differenza appalto servizi e intermediazione manodopera

- In tema di interposizione di manodopera, affinché possa configurarsi un genuino appalto di opere o servizi ai sensi dell'art. 29, c. 1, del d. lgs. n. 276/2003, è dunque necessario verificare, specie nell'ipotesi di appalti ad alta intensità di manodopera (cd. "labour intensive"), che all'appaltatore sia stata affidata la realizzazione di un risultato in sé autonomo, da conseguire attraverso una effettiva e autonoma organizzazione del lavoro, con reale assoggettamento al potere direttivo e di controllo sui propri dipendenti, impiego di propri mezzi e assunzione da parte sua del rischio d'impresa, dovendosi invece ravvisare un'interposizione di manodopera nel caso in cui il potere direttivo e organizzativo sia interamente affidato al formale committente, restando irrilevante che manchi, in capo a quest'ultimo, l'"intuitus personae" nella scelta del personale, atteso che, nelle ipotesi di somministrazione illegale, è frequente che l'elemento fiduciario caratterizzi l'intermediario, il quale seleziona i lavoratori per poi metterli a disposizione del reale datore di lavoro. (Cassazione civile, sez. VI, 25/06/2020, n.12551).

# Consiglio di Stato, Sez. VI, 21.7.2020, n. 4665

- La giurisprudenza ha individuato il necessario carattere di flessibilità della clausola sociale, ponendola nell'ambito della libertà d'impresa e ponendola in un territorio i cui confini sono delimitati da un lato dalle esigenze della stazione appaltante (che non possono comunque imporre un riassorbimento integrale del personale, Cons. Stato, VI, 24.7.2019, n. 5243 in quanto verrebbero a limitare eccessivamente la libera iniziativa economica dell'operatore concorrente) e dall'altro da quelle dei lavoratori (perché l'elasticità di applicazione della clausola non può peraltro 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, Cons. Stato, V, 10.6.2019, n. 3885). Deve quindi rimarcarsi come la clausola sociale non può avere un'applicazione rigida in quanto l'obbligo di mantenimento dei livelli occupazionali del precedente appalto va temperato con la libertà di 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 (Cons. Stato, III, 30.1.2019, n. 750; id., III, 29.1.2019, n. 726; id., III, 7.1.2019, n. 142; id., III, 18.9.2018, n. 5444; id., III, 5.5.2017, n. 2078; id., V, 17.1.2018, n. 272; id., V, 18.7.2017, n. 3554).

## Tar Campania-Napoli, Sez. II, 1.6.2020, n. 2143

- Con riferimento alla rilevanza della cd. clausola sociale, recente e condivisibile giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 12.9.2019, n. 6148) ha osservato che «**le clausole dei contratti collettivi che disciplinano il “cambio appalto” con l’obbligo del mantenimento dell’assetto occupazionale e delle medesime condizioni contrattuali ed economiche vincolano l’operatore economico, non già in qualità di aggiudicatario della gara, ma solo se imprenditore appartenente ad associazione datoriale firmataria del contratto collettivo;** a queste condizioni, infatti, la clausola, frutto dell’autonomia collettiva, ove più stringente, prevale anche, sulla clausola contenuta nel bando di gara. **Le c.d. clausole sociali inserite all’interno degli atti di gara, formulate in maniera elastica e non rigida, non vincolano l’aggiudicatario ad applicare il contratto collettivo del precedente aggiudicatario imponendo, al subentro nel contratto d’appalto, l’assorbimento e l’utilizzo nell’esecuzione dello stesso dei soci lavoratori e dei dipendenti del precedente aggiudicatario, rimettendo all’operatore economico concorrente finanche la valutazione in merito all’assorbimento dei lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario.**



## Tar Campania-Napoli, Sez. II, 1.6.2020, n. 2143

- Solo se formulata 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, 10.6.2019, n. 3885; III, 30.1.2019, n. 750; III, 29.1.2019, n. 726; 7.1.2019, n. 142; III, 18.9.2018, n. 5444; V, 5.2.2018, n. 731; V, 17.1.2018 n. 272; III 5.5.2017, n. 2078; V 7.6.2016, n. 2433; III, 30.3.2016, n. 1255). La cognizione del giudice amministrativo, avendo ad oggetto esclusivamente la fase di scelta del contraente, si arresta necessariamente all'accertamento precedentemente compiuto sulla legittimità della clausola sociale inserita nel bando di gara; in che modo l'imprenditore subentrante dia seguito all'impegno assunto con la stazione appaltante di riassorbire i lavoratori impiegati dal precedente aggiudicatario (id est. come abbia rispettato la clausola sociale) attiene, infatti, alla fase di esecuzione del contratto, con conseguente giurisdizione del giudice ordinario in funzione di giudice del lavoro (cfr. Cons. Stato, sez. III, 29.1.2019, n. 726; V, 15.12.2016, n. 5311).

# TAR LAZIO ROMA SEZ. II BIS

## 20/1/2020 N. 715

- Come chiarito in numerose pronunce del Giudice Amministrativo (cfr. ex multis, Cons. St., Sez. III, 7.01.2019 n. 142) “in sede di gara pubblica la clausola sociale deve essere sempre interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti nonché atta a ledere la libertà d’impresa riconosciuta e garantita dall’art. 41 Cost., che sta a fondamento dell’autogoverno dei fattori della produzione e dell’autonomia di gestione propria dell’archetipo del contratto di appalto; ne consegue che l’obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell’appaltatore uscente nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto deve essere armonizzato e reso compatibile con l’organizzazione di impresa prescelta dall’imprenditore aggiudicatario

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. VI 24/7/19 N. 5243

- La c.d. “clausola sociale” (nella fattispecie sotto forma di clausola di riassorbimento), ammessa dall’art. 50 del D. Lgs. 18/4/2016, n. 50, deve essere interpretata conformemente ai principi nazionali e comunitari in materia di libertà di iniziativa imprenditoriale e di concorrenza, risultando altrimenti essa lesiva della concorrenza, scoraggiando la partecipazione alla gara e limitando ultroneamente la platea dei partecipanti, nonché atta a ledere la libertà d'impresa, riconosciuta e garantita dall'art. 41 Cost., che sta a fondamento dell'autogoverno dei fattori di produzione e dell'autonomia di gestione propria dell'archetipo del contratto di appalto. In sostanza, tale clausola deve essere interpretata in modo da non limitare la libertà di iniziativa economica e, comunque, evitando di attribuirle un effetto automaticamente e rigidamente escludente. **Conseguentemente l'obbligo di riassorbimento dei lavoratori alle dipendenze dell'appaltatore uscente, nello stesso posto di lavoro e nel contesto dello stesso appalto, deve essere armonizzato e reso compatibile con l'organizzazione di impresa prescelta dall'imprenditore subentrante.** I lavoratori, che non trovano spazio nell'organigramma dell'appaltatore subentrante e che non vengano ulteriormente impiegati dall'appaltatore uscente in altri settori, sono destinatari delle misure legislative in materia di ammortizzatori sociali. **La clausola non comporta invece alcun obbligo per l'impresa aggiudicataria di un appalto pubblico di assumere a tempo indeterminato ed in forma automatica e generalizzata il totale del personale già utilizzato dalla precedente impresa o società affidataria.**

# **ACCESSO AGLI ATTI GARA**

AVV. ALBERTO PONTI

# Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza

- 1. Salvo quanto espressamente previsto nel presente codice, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241. Il diritto di accesso agli atti del processo di asta elettronica può essere esercitato mediante l'interrogazione delle registrazioni di sistema informatico che contengono la documentazione in formato elettronico dei detti atti ovvero tramite l'invio ovvero la messa a disposizione di copia autentica degli atti.

# Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza

- 2. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è **differito**:
  - a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;
  - b) nelle procedure ristrette e negoziate e nelle gare informali, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno manifestato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;
  - c) in relazione alle offerte, fino all'aggiudicazione;
  - d) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione.

# Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza

- 3. Gli atti di cui al comma 2, fino alla scadenza dei termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.
- 4. L'inosservanza dei commi 2 e 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi rileva ai fini dell'articolo 326 del codice penale.

# Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza

- 5. Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, sono esclusi **il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione:**
  - a) alle informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali;
  - b) ai pareri legali acquisiti dai soggetti tenuti all'applicazione del presente codice, per la soluzione di liti, potenziali o in atto, relative ai contratti pubblici;
  - c) alle relazioni riservate del direttore dei lavori, **del direttore dell'esecuzione** e dell'organo di collaudo sulle domande e sulle riserve del soggetto esecutore del contratto;
  - d) alle soluzioni tecniche e ai programmi per elaboratore utilizzati dalla stazione appaltante o dal gestore del sistema informatico per le aste elettroniche, ove coperti da diritti di privativa intellettuale.

## Art. 53 Accesso agli atti e riservatezza

- 6. In relazione all'ipotesi di cui al comma 5, lettera a), è consentito l'accesso al concorrente ai fini della difesa in giudizio dei propri interessi in relazione alla procedura di affidamento del contratto.

## TAR Lazio Roma sez. I ter 21/5/2021 n. 5948

- Ai sensi dell'art. 53, c. 6, del d.lgs. n. 50/2016, e per consolidata giurisprudenza, **l'interesse alla riservatezza commerciale del know how aziendale è considerato recessivo rispetto all'interesse alla tutela giurisdizionale** (cfr. TAR Lazio, Roma, sez. I, 20.2.2018, n. 614; 19.5.2018, n. 5583; TAR Veneto, Venezia, sez. III, 26.7.2019, n. 894). **L'accesso difensivo** contemplato dalla norma richiamata **presuppone**, in ogni caso, **la "stretta indispensabilità" della documentazione richiesta al fine di curare o difendere i propri interessi giuridici, atteso che "nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. 'accesso difensivo' (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate", con la conseguenza che "l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce"** (cfr. Cons. Stato, sez. VI, 16.4.2017, n. 1692; sez. III, 26.10.2018, n. 6083; sez. V, 12.11.2019, n. 7743; sez. V, 28.2.2020, n. 1451

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. V

## 2/3/2021 N. 1779

- La richiesta di prendere visione ed estrarre copia dei provvedimenti concernenti le gare nel periodo 2014-2019, **allo scopo di individuare gli operatori invitati**, si caratterizza **come accesso esplorativo**, **vietato** dall'art. 24, c. 3, della legge n. 241/1990

# TAR CALABRIA CATANZARO

## SEZ. I 22/2/2021 N. 359

- Il termine entro il quale l'impresa è tenuta a proporre istanza di accesso agli atti di una procedura di gara pubblica, in quanto incidente sul termine di decadenza dell'art. 120 c.p.a., è di **15 giorni decorrenti dalla comunicazione dell'aggiudicazione**

# Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. 19.2.2021, n. 1492

- Secondo la disciplina positiva del diritto di accesso, da intendersi come situazione soggettiva strumentale per la tutela di situazioni sostanziali (cfr. Cons. Stato, ad. pl., 18.4.2006, n. 6), sul piano della logica difensiva viene “comunque” garantito l’accesso, entro gli stringenti limiti in cui la parte interessata all’ostensione dimostri la necessità (o la stretta indispensabilità per i dati sensibili e giudiziari), la corrispondenza e il collegamento tra la situazione che si assume protetta ed il documento di cui si invoca la conoscenza. In particolare, come di recente statuito dall’Adunanza plenaria nella sentenza n. 20 del 25.9.2020, “la necessità (o la stretta indispensabilità) della conoscenza del documento determina il nesso di strumentalità tra il diritto all’accesso e la situazione giuridica ‘finale’, nel senso che **l’ostensione del documento amministrativo deve essere valutata, sulla base di un giudizio prognostico ex ante, come il tramite – in questo senso strumentale – per acquisire gli elementi di prova in ordine ai fatti (principali e secondari) integranti la fattispecie costitutiva della situazione giuridica ‘finale’ controversa e delle correlative pretese astrattamente azionabili in giudizio. La delibazione è condotta sull’astratta pertinenza della documentazione rispetto all’oggetto della res controversa”**



# Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. 19.2.2021, n. 1492

- Pertanto, se, da un lato, ai fini dell'accesso è sufficiente la sussistenza del solo nesso di necessaria strumentalità tra l'accesso e la cura o la difesa in giudizio dei propri interessi giuridici (v. art. 24, c. 7, legge n. 241/1990 e s.m.i.), dall'altro, vi è la necessità di circoscrivere le qualità dell'interesse legittimante a quelle ipotesi che – sole – garantiscono la piena corrispondenza tra la situazione (sostanziale) giuridicamente tutelata ed i fatti (principali e secondari) di cui la stessa fattispecie si compone, atteso il necessario raffronto che l'interprete deve operare, in termini di pratica sussunzione, tra la fattispecie concreta di cui la parte domanda la tutela in giudizio e l'astratto paradigma legale che ne costituisce la base legale (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020). Inoltre, **il legislatore ha ulteriormente richiesto che la situazione legittimante l'accesso sia "collegata al documento al quale è chiesto l'accesso", in modo tale da evidenziare in maniera diretta ed inequivoca il nesso di strumentalità che avvince la situazione soggettiva finale al documento di cui viene richiesta l'ostensione, e per l'ottenimento del quale l'accesso difensivo, in quanto situazione strumentale, fa da tramite (cfr. Cons. Stato, Ad. pl., n. 20/2020).**



# Consiglio di Stato, Sez. IV, Sent. 19.2.2021, n. 1492

- Del resto, la giurisprudenza del Consiglio di Stato, a cui il Collegio intende aderire, è da tempo consolidata nell'affermare la necessità, nell'ambito del diritto di accesso, del rapporto di strumentalità tra tale interesse e la documentazione di cui si chiede l'ostensione, negando la ammissibilità di un controllo generalizzato, generico e indistinto del singolo sull'operato dell'amministrazione (Cons. Stato, Sez. V, 21.5.2020, n. 3212; Sez. VI, 25.8.2017, n. 4074) e facendo ricadere l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità su chi agisce, secondo i principi generali del processo (Cons. Stato, III, 26.10.2018, n. 6083; V, 12.11.2019, n. 7743).

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 16.2.2021 N. 1428

- Secondo l'indicato indirizzo giurisprudenziale dell'Adunanza Plenaria, **non è lecito pretendere che un operatore economico, per essere legittimato all'accesso all'offerta tecnica dell'operatore vincitore, debba proporre un cd. ricorso al buio, come invece affermato dalla sentenza appellata, ancor più laddove, come nella presente fattispecie, l'intera offerta tecnica sia stata sottratta all'accesso pur in assenza di una specifica e puntuale motivazione circa la presenza di un segreto tecnico o commerciale esteso ad ogni suo aspetto.**

# TAR CAMPANIA NAPOLI SEZ. VI

## 15/2/2021 N. 980

- E' il criterio ermeneutico della "coerenza intrinseca" al medesimo testo normativo (TAR Lombardia, I, 15.11.2019, n. 2421), **secondo cui il significato delle parole utilizzate nella singola norma va interpretato anche alla luce delle espressioni adoperate nelle altre disposizioni del medesimo e unitario "complesso prescrittivo"**, a persuadere della riferibilità del differimento che ne occupa, in guisa generale, alle domande presentate dagli altri concorrenti alla procedura (senza distinzione tra documentazione amministrativa ed offerta tecnica ed economica), tenuto conto che:



# TAR CAMPANIA NAPOLI SEZ. VI

## 15/2/2021 N. 980

- - di una tale distinzione non è a parlarsi nel corpo del medesimo art. 53, ove è testualmente dato leggere che *“il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli articoli 22 e seguenti della legge 7.8.1990, n. 241”*, all’uopo distinguendo l’accesso relativo i) all’elenco dei partecipanti o dei candidati invitati da quello relativo ii) alle offerte, id est giustappunto alla documentazione – di tutta la documentazione, sia essa di matrice “amministrativa”, afferente ai requisiti soggettivi, ovvero integrante il contenuto tecnico ed economico della offerta- posta a corredo della domanda di partecipazione;
- - la presentazione delle “offerte”, nell’ambito della ridetta norma, assume l’inequivocabile significato di presentazione della domanda di partecipazione (cfr., art. 53, c. 2, lett. a) e b));



# TAR CAMPANIA NAPOLI SEZ. VI

## 15/2/2021 N. 980

- - per “candidato” si intende, d'altra parte, “l'operatore economico che ha sollecitato un invito o è stato invitato a partecipare a una procedura ristretta, a una procedura competitiva con negoziazione, a una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, a un dialogo competitivo o a un partenariato per l'innovazione o ad una procedura per l'aggiudicazione di una concessione” (art. 1, c. 1, lett. bb), d.lgs. 50/16), nel mentre l'offerente è “l'operatore economico che ha presentato un'offerta” (art. 1, c. 1, lett. cc)).
- La valenza omnicomprensiva della definizione di “offerta” adottata dal legislatore nel corpo dell'art. 53, indi, non consente operazioni ermeneutiche volte a restringerne la latitudine semantica; ciò che avrebbe dovuto, al più e per contro, essere puntualmente delimitata dal precetto normativo.

## Tar Lazio, sez. III quater, 24/12/2020, n. 13972

- In giurisprudenza, a fronte di una posizione più restrittiva che sembra escludere in radice la sussistenza di un interesse diretto, concreto ed attuale all'ostensione di atti relativi alla fase esecutiva di un contratto di appalto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19.3.2014 n. 1349 e 18.10.2011, n. 5571), se ne registra un'altra che, nel valutare caso per caso, ritiene sussistente quell'interesse ogni qualvolta l'interessato abbia partecipato alla gara di appalto di cui ha contestato l'esito e la richiesta di accesso sia strumentale a supportare eventuali motivi contenuti nel relativo ricorso ovvero a provare l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara (cfr. Tar Lazio – Roma, Sez. III<sup>^</sup>, n. 11777/2015; Cons. Stato, sez. V, 25.2.2009, n. 1115). Parte della giurisprudenza si è spinta addirittura ad affermare che un'impresa, in forza della legittima aspettativa di stipula di futuri contratti di appalto, anche mediante la verifica di correttezza dell'operato dell'impresa concorrente esecutrice della fornitura, vanta altresì “un interesse concreto e diretto alla conoscenza di tutti quegli atti che possono aver determinato (tenuto conto del mancato invito alle gare di cui si lamenta la ricorrente) un suo pregiudizio economico, da cui ne discende il legittimo “interesse di parte ricorrente a conoscere le modalità di esecuzione di una commessa alla quale essa aspirava” (cfr. Tar Sicilia, Catania, sez. III, 14/11/2016 n. 2936).

## Tar Lazio, sez. III quater, 24/12/2020, n. 13972

- Più in generale è stato affermato in giurisprudenza (T.A.R. Sicilia Palermo sez. I, 18.1.2011, n. 68, T.A.R. Lombardia Milano, sez. I, 11.2.2010, n. 373), che “**il diritto di accesso può esercitarsi anche rispetto a documenti di natura privatistica, purché concernenti attività di pubblico interesse; i documenti attinenti alla fase di esecuzione di un contratto di appalto pubblico sono pertanto soggetti all’esercizio del diritto di accesso** (T.A.R. Lombardia Milano, Sez. I, 8.2.2007 n. 209)”. Ed invero l’istituto dell’accesso ai documenti amministrativi trova piena esplicazione, non solo rispetto al rapporto tipicamente amministrativo che lega i protagonisti di una procedura di gara e che trova definizione nell’atto di aggiudicazione, ma anche rispetto alla fase di esecuzione del rapporto contrattuale, in cui la natura delle posizioni soggettive che scaturiscono dal perfezionamento della fattispecie negoziale viene declinata secondo schemi privatistici nell’ambito del diverso binomio che contrappone diritti ad obblighi contrattuali, non potendo comunque essere negata, anche in siffatta evenienza, la strumentalità degli atti adottati dall’Amministrazione – indipendentemente dalla relativa forma utilizzata – alle indefettibili finalità di interesse pubblico che ontologicamente connotano le sue prerogative istituzionali. Peraltro, è noto che l’art. 13 del D.Lgs. 163/2006 contiene una disciplina speciale relativa al diritto di accesso nell’ambito della materia regolamentata dal decreto stesso, e ne consente l’esercizio sia in tema di affidamento, sia (per quanto qui particolarmente interessa) in tema di esecuzione dei contratti pubblici, salve le eccezioni espressamente contemplate dal Legislatore (cfr. T.a.r. Campania, VI Sezione, n. 2184 del 19/04/2011)”.

AVV. ALBERTO PONTI

# Consiglio di Stato, Sez. V, 14.12.2020, n. 7963

- La giurisprudenza è univoca nell'ammettere l'accesso documentale, ricorrendone le condizioni previste dagli artt. 22 e ss. dell'art. 241/90, **anche agli atti della fase esecutiva** (v. ex plurimis, Cons. St., sez. V, 25.2.2009, n. 1115) **laddove funzionale, ad esempio, a dimostrare, attraverso la prova dell'inadempimento delle prestazioni contrattuali, l'originaria inadeguatezza dell'offerta vincitrice della gara, contestata dall'istante nel giudizio promosso contro gli atti di aggiudicazione del servizio.**(..) Si è, in altri termini, ribadita l'esistenza di una "rilevanza pubblicistica (anche) della fase di esecuzione del contratto, dovuta alla presenza di fondamentali interessi pubblici (...)"; ciò in quanto l'attuazione in concreto dell'offerta risultata migliore, all'esito della gara, e l'adempimento delle connesse prestazioni dell'appaltatore o del concessionario devono "essere lo specchio fedele di quanto risultato all'esito di un corretto confronto in sede di gara, perché altrimenti sarebbe facile aggirare in sede di esecuzione proprio le regole del buon andamento, della trasparenza e, non da ultimo, della concorrenza, formalmente seguite nella fase pubblicistica anteriore e prodromica all'aggiudicazione. (...)". Ed infatti, anche e, si direbbe, soprattutto la fase esecutiva rimane ispirata e finalizzata alla cura in concreto di un pubblico interesse, lo stesso che è alla base dell'indizione della gara e/o dell'affidamento della commessa, che trova anzi la sua compiuta realizzazione proprio nella fase di esecuzione dell'opera o del servizio. Si è poi affermato che lo stesso accesso documentale, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce, come prevede l'art. 22, c. 2, della l. n. 241/1990, siccome sostituito dall'art. 10 della l. n. 69/2009, "principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza»: dell'attività amministrativa, quindi, considerata nel suo complesso. (...)  
AVV. ALBERTO PONTI



## Consiglio di Stato, Sez. V, 14.12.2020, n. 7963

- Su queste premesse, l'Adunanza Plenaria ha quindi chiarito che “(...) Il delineato quadro normativo e di principi rende ben evidente l'esistenza di situazioni giuridicamente tutelate in capo agli altri operatori economici, che abbiano partecipato alla gara e, in certe ipotesi, che non abbiano partecipato alla gara, interessati a conoscere illegittimità o inadempimenti manifestatisi dalla fase di approvazione del contratto sino alla sua completa esecuzione, non solo per far valere vizi originari dell'offerta nel giudizio promosso contro l'aggiudicazione (Cons. St., sez. V, 25.2.2009, n. 1115), ma anche con riferimento alla sua esecuzione, per potere, una volta risolto il rapporto con l'aggiudicatario, subentrare nel contratto od ottenere la riedizione della gara con chance di aggiudicarsela. (...)”.

# Consiglio di Stato, Sez. IV, 11.11.2020, n. 6932

- L'Adunanza plenaria, con la sentenza n. 12 del 2.7.2020, ha affermato il principio di diritto secondo cui “la proposizione dell’istanza di accesso agli atti di gara comporta la ‘dilazione temporale’ quando i motivi di ricorso conseguano alla conoscenza dei documenti che completano l’offerta dell’aggiudicatario ovvero delle giustificazioni rese nell’ambito del procedimento di verifica dell’anomalia dell’offerta”. Peraltro, come correttamente citato dalla originaria ricorrente, il Consiglio di Stato, nella medesima occasione, ha ritenuto che: “l’Amministrazione aggiudicatrice deve consentire all’impresa interessata di accedere agli atti, sicché – in presenza di eventuali suoi comportamenti dilatori (che non possono comportare suoi vantaggi processuali, per il principio della parità delle parti)”, ossia “qualora l’Amministrazione aggiudicatrice rifiuti l’accesso o impedisca con comportamenti dilatori l’immediata conoscenza degli atti di gara (e dei relativi allegati), il termine per l’impugnazione degli atti comincia a decorrere solo da quando l’interessato li abbia conosciuti”. (..) **il Collegio ritiene quindi che, nel caso in cui nulla si evinca dalla iniziale comunicazione dell’aggiudicazione, il termine per l’impugnazione decorre solo dal momento dell’effettiva conoscenza da parte della società ricorrente degli atti che avrebbero – a suo avviso – determinato la violazione delle disposizioni applicabili in materia di appalti pubblici.**

# CONSIGLIO DI STATO ADUNANZA PLENARIA 2/4/2020 N. 10

- La Pubblica amministrazione ha il potere-dovere di esaminare l'istanza di accesso agli atti e ai documenti pubblici, formulata in modo generico o cumulativo dal richiedente senza riferimento ad una specifica disciplina, anche alla stregua della disciplina dell'accesso civico generalizzato, a meno che l'interessato non abbia inteso fare esclusivo, inequivocabile, riferimento alla disciplina dell'accesso documentale, nel qual caso essa dovrà esaminare l'istanza solo con specifico riferimento ai profili della l. n. 241/1990, senza che il giudice amministrativo, adito ai sensi dell'art. 116 c.p.a., possa mutare il titolo dell'accesso, definito dall'originaria istanza e dal conseguente diniego adottato dalla pubblica amministrazione all'esito del procedimento



# CONSIGLIO DI STATO ADUNANZA PLENARIA 2/4/2020 N. 10

- E' ravvisabile un interesse concreto e attuale, ai sensi dell'art. 22, L. n. 241/1990, e una conseguente legittimazione, ad avere **ACCESSO AGLI ATTI DELLA FASE ESECUTIVA DI UN CONTRATTO PUBBLICO** da parte di un concorrente alla gara, in relazione a vicende che potrebbero condurre alla risoluzione per inadempimento dell'aggiudicatario e quindi allo scorrimento della graduatoria o alla riedizione della gara, purché tale istanza non si traduca in una generica volontà da parte del terzo istante di verificare il corretto svolgimento del rapporto contrattuale



# CONSIGLIO DI STATO ADUNANZA PLENARIA 2/4/2020 N. 10

- La disciplina dell'accesso civico generalizzato, fermi i divieti temporanei e/o assoluti di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50/2016, è applicabile anche agli atti delle procedure di gara e, in particolare, all'esecuzione dei contratti pubblici, non ostandovi in senso assoluto l'eccezione del comma 3 dell'art. 5-bis, d.lgs. n. 33/2013 in combinato disposto con l'art. 53 e con le previsioni della L. n. 241/1990, che non esenta in toto la materia dall'accesso civico generalizzato, ma resta ferma la verifica della compatibilità dell'accesso con le eccezioni relative di cui all'art. 5-bis, comma 1 e 2, a tutela degli interessi-limite, pubblici e privati, previsti da tale disposizione, nel bilanciamento tra il valore della trasparenza e quello della riservatezza.

## CONSIGLIO DI STATO SEZ. V 7/1/2020 N. 64

- L'accesso è, nella materia in esame, strettamente legato alla sola esigenza di «difesa in giudizio»: previsione più restrittiva di quella dell'art. 24, c. 7, L. n. 241/1990, che contempla un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso, ove necessario, senza alcuna restrizione alla sola dimensione processuale (cfr. Cons. Stato, V, 9.12.2008, n. 6121). (..) Ne consegue che, al fine di esercitare il diritto di accesso riguardo a informazioni contenenti eventuali segreti tecnici o commerciali, è essenziale dimostrare non già un generico interesse alla tutela dei propri interessi giuridicamente rilevanti, ma la concreta necessità (da riguardarsi, restrittivamente, in termini di stretta indispensabilità) di utilizzo della documentazione in uno specifico giudizio. In particolare, contrariamente a quanto ritenuto dalla sentenza appellata, la mera intenzione di verificare e sondare l'eventuale opportunità di proporre ricorso giurisdizionale (anche da parte di chi vi abbia, come l'impresa seconda graduata, concreto ed obiettivo interesse) non legittima un accesso meramente esplorativo a informazioni riservate, perché difetta la dimostrazione della specifica e concreta indispensabilità a fini di giustizia.

# TAR Campania Napoli sez. VI

## 10/12/2019 n. 5837

- Non tutta la materia dei contratti pubblici può essere sottratta alla “conoscenza diffusa” di cui al d.lgs. n. 33/2013 in quanto materia nella quale è più elevato il rischio corruzione (ricompresa tra le aree più a rischio di cui all’art. 1, c. 16, l. n. 190/2012); pertanto, allorquando la gara si è conclusa (e non si ravvisino ragioni di riservatezza in ragione del tipo di appalto o con riguardo ad alcune parti dell’offerta tecnica), **l’offerta dell’aggiudicataria, benché proveniente dal privato, rappresenta la “scelta” in concreto operata dall’amministrazione e l’accesso generalizzato costituisce lo strumento da assicurare in generale ai cittadini per conoscere e apprezzare appieno la “bontà” della scelta effettuata inclusi naturalmente e a fortiori i partecipanti alla gara** (allorquando non possono più vantare un interesse “qualificato”) nonché i soggetti in senso lato interessati alla gara, che avranno le cognizioni e le competenze per effettuare un vero “controllo” esterno e generalizzato sulle scelte effettuate dall’amministrazione; l’offerta selezionata diventa, così, la “decisione amministrativa” controllabile da parte dei cittadini



# TAR Campania Napoli sez. VI

## 10/12/2019 n. 5837

- All'accesso civico generalizzato si applicano, in ragione del rinvio operato dall'art. 5bis, c. 3, d.lgs. n. 33/2013, solo le puntuali limitazioni di cui all'art. 53, d.lgs. n. 50 del 2016 poste a tutela della gara stessa e dei partecipanti (c.d. limiti assoluti).
- Il test del **pregiudizio concreto**, da applicare per delimitare la conoscenza generalizzata di cui all'art. 5bis c. 2, d.lgs. n. 33/2013, **impone che il pregiudizio non deve essere solo affermato, ma anche dimostrato**; inoltre, il test del pregiudizio concreto impone che il nesso di causalità che lega questo alla divulgazione deve superare la soglia del “meramente ipotetico” per emergere quale “probabile”, sebbene futuro; pertanto, l'Amministrazione, nel rigettare una richiesta di ostensione, deve dimostrare che la stessa pregiudicherebbe l'interesse da tutelare ovvero che ciò sarebbe “molto probabile”

# Consiglio di Stato sez. V

## 2/8/2019 n. 5503

- L'art. 53 del d.lgs. n. 50 del 2016 è in linea di sostanziale continuità con l'art. 13 del d.lgs. n. 163 del 2006 ed è coerente sia con la normativa eurounitaria precedente (art. 13 della direttiva 2004/17/CE e 6 della direttiva 2004/18/CE) sia con quella oggetto del recepimento di cui al vigente Codice dei contratti pubblici (art. 28 direttiva 2014/23/UE, art. 21 direttiva 2014/24/UE e art. 39 direttiva 2014/25/UE). In coerenza con le richiamate disposizioni sovranazionali settoriali, nell'ordinamento interno, **l'accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è regolato in termini impersonali quanto ai soggetti tenuti a garantirlo** (che necessariamente si identificano con i soggetti che, indipendentemente dalla natura pubblica o privata, conducono la procedura secondo le regole del Codice) **e ai soggetti titolari del diritto di accesso** (che, per contro, non necessariamente si identificano nei "concorrenti", salvo che non sia previsto come al comma 6).

# Consiglio di Stato sez. V 2/8/2019 n. 5503

- I limiti oggettivi del diritto sono invece espressamente perimetrati mediante il rinvio agli artt. 22 e seguenti della legge 7.8.90, n. 241 e, quindi, mediante la fissazione delle deroghe del comma 2 (che elenca ipotesi di mero differimento) e del comma 5 (che elenca diverse ipotesi di esclusione assoluta ed un'ipotesi di esclusione relativa – quest'ultima dovuta all'eccezione alla lettera "a" posta dal comma 6). Tali specifiche ipotesi derogatorie rispondono a scopi connaturati alla particolare tipologia di procedimento ad evidenza pubblica, quale quello di preservarne la fluidità di svolgimento (tanto da sottrarre i documenti procedurali, mediante il differimento, anche all'accesso che l'art. 10 della legge n. 241/90 riconosce in ogni momento e fase ai partecipanti) e di limitare la possibilità di collusioni o di intimidazioni degli offerenti. Al divieto di accesso (temporaneo, mediante differimento, od assoluto) si accompagna inoltre il divieto di divulgazione di cui all'art. 53, comma 3. Tali deroghe specifiche potrebbero rientrare tra le eccezioni assolute all'accesso civico generalizzato riconosciute dall'art. 5 bis, comma 3, del d.lgs. n. 33 del 2013 perché si tratta di divieti di accesso e di divulgazione espressamente previsti dalla legge (come, d'altronde, è altresì per i contratti secretati o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, per i quali è appunto dettata un'apposita disciplina di secretazione, richiamata pure dalle Linee Guida ANAC del 2016).

# Consiglio di Stato sez. V 2/8/2019 n. 5503

- Pertanto, rispetto alle ipotesi di cui al comma dell'art. 53 successivi al comma 1 è del tutto “neutro” l'inciso finale dell'art. 5-bis, comma 3, laddove comprende tra le esclusioni assolute della disciplina dell'accesso generalizzato “i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”. Invero se servisse a richiamare soltanto divieti di pubblicazione e di divulgazione previsti da altre norme esso sarebbe inutilmente ripetitivo. Invece, la previsione in questione assume significato autonomo e decisivo se riferita alle discipline speciali vigenti in tema di accesso e, per quanto qui rileva, al primo inciso del primo comma dell'art. 53. **Ne consegue che il richiamo testuale alla disciplina degli articoli 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990 n. 241 va inteso come rinvio alle condizioni, modalità e limiti fissati dalla normativa in tema di accesso documentale, che devono sussistere ed operare perché possa essere esercitato il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici.**

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III 5/6/2019

## N. 3780

- L'art. 53 del codice dei contratti pubblici richiama al primo comma la disciplina contenuta nella L. 241/90, mentre nel secondo elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara. L'art. 5 bis, c. 3 del d.lgs. n. 33/2013, stabilisce, invece che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti dalla legge "ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti". Tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a "specifiche condizioni, modalità e limiti" ma non ad intere "materie". Diversamente interpretando, significherebbe escludere l'intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell'accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. **Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all'attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell'accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici.**

# TAR PUGLIA SEZ. III 14/1/2019 N. 49

- Il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione - come avvenuto nella fattispecie concreta oggetto di giudizio - di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza. Peraltro, la partecipazione alle gare di appalto pubbliche comporta l'accettazione implicita da parte del concorrente delle regole di trasparenza ed imparzialità che caratterizzano la selezione, fermo restando l'obbligo tassativo per il richiedente l'accesso di utilizzare i documenti acquisiti esclusivamente per la cura e la difesa dei propri interessi giuridici. Vi è, in altri termini, nella decisione di un'impresa di partecipare a gare di appalto pubbliche una inevitabile accettazione del rischio di divulgazione del segreto industriale o commerciale, ove quest'ultimo sia impiegato allo scopo di acquisire un vantaggio competitivo all'interno di una gara pubblica, proprio in dipendenza dei caratteri di pubblicità e trasparenza che assistono quest'ultima.

# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 26/10/2018 N. 6083

- Quanto alla portata della nuova disciplina ex D.LGS.n.50/2016 in tema di diritto all'accesso alle offerte nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica, la recente giurisprudenza ha avuto modo di osservare (vedi CdS, sez.III, n.1213/2017, citata dalla stessa appellata) che, **in via di principio, "Un punto di equilibrio tra esigenze di riservatezza e trasparenza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica finalizzata alla stipula di contratti di appalto si rinviene nella disciplina di settore dettata dal dlgs 50/2016, la quale fa prevalere le ovvie esigenze di riservatezza degli offerenti durante la competizione, prevedendo un vero e proprio divieto di divulgazione, salvo ripristinare la fisiologica dinamica dell'accesso a procedura conclusa, con espressa eccezione per "le informazioni fornite nell'ambito dell'offerta o a giustificazione della medesima che costituiscano, secondo motivata e comprovata dichiarazione dell'offerente, segreti tecnici o commerciali"**.



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 26/10/2018 N. 6083

- Inoltre questo giudice di appello ha precisato che (vedi CdS. Sez.V.1692/2017) “Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito - ad avviso del Collegio - dal parametro della "stretta indispensabilità" di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte - mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" - rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di "curare o difendere propri interessi giuridici" legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso”.



# CONSIGLIO DI STATO SEZ. III

## 26/10/2018 N. 6083

- Pertanto, alla luce dei riportati principi generali, in primo luogo (come già rappresentato da questa Sezione nell'ordinanza cautelare n.3686/2017), nel caso di specie, nel quadro del bilanciamento tra il diritto alla tutela dei segreti industriali ed il diritto all'esercizio del c.d. "accesso difensivo" (ai documenti della gara cui l'impresa richiedente l'accesso ha partecipato), risulta necessario l'accertamento dell'eventuale nesso di strumentalità esistente tra la documentazione oggetto dell'istanza di accesso e le censure formulate. Sotto diverso, ma speculare aspetto, inoltre, l'onere della prova del suddetto nesso di strumentalità incombe, secondo i principi generali del processo, su chi agisce

# Parere AVCP 6/2/2013 n. 6

- a) Il concorrente, secondo classificato, munito, come tale, di un interesse qualificato, ai sensi e per le finalità del sesto comma dell'art. 13 del Codice dei contratti, ha diritto di accesso alla documentazione prodotta dal primo classificato, una volta approvata l'aggiudicazione provvisoria. Non osta, di per sé, a tale diritto il fatto che non sia stato inoltrato al concorrente primo classificato l'avviso di cui all'art. 3 del DPR 184/2006.
- b) Ai sensi del quinto comma, lettera a), dell'art. 13, è preciso onere del concorrente fornire alla stazione appaltante motivata e comprovata dichiarazione circa i segreti tecnici o commerciali sottratti all'accesso che la propria offerta custodisce.
- c) È consentito, però, anche contro la volontà della ditta controinteressata, l'accesso al concorrente che lo chieda in vista della difesa in giudizio dei propri interessi, in relazione alla procedura di affidamento del contratto nell'ambito della quale la richiesta stessa viene formulata.



# Parere AVCP 6/2/2013 n. 6

- d) In virtù della enunciata complementarietà tra la normativa generale e quella speciale del Codice dei contratti in tema di accesso, le disposizioni (di carattere generale e speciale) contenute nella disciplina della l. n. 241 del 1990 e del DPR 184/2006 devono trovare applicazione tutte le volte in cui non si rinvergono disposizioni derogatorie (e quindi dotate di una specialità ancor più elevata in ragione della materia) in detto Codice, le quali trovino la propria ratio nel particolare regime giuridico di tale settore, fermo restando comunque quanto detto nel secondo alinea del paragrafo a).
- e) Non è di certo legittimo il comportamento della stazione appaltante che, in base all'opposizione manifestata dal concorrente controinteressato, neghi l'accesso alla documentazione amministrativa ed economica dell'offerta del concorrente medesimo, che alcun segreto tecnico e/o commerciale contiene

# TAR Calabria Catanzaro sez. II

## 11/9/2015 n. 1467

- La deroga all'accesso costituisce eccezione che va debitamente comprovata dall'interessato e indubbiamente non è idonea motivazione la circostanza che trattasi di elaborati costituenti opera dell'ingegno e contenenti informazioni e dati frutto del patrimonio di conoscenze ed esperienze aziendali. Questi caratteri, infatti, sono propri dell'offerta tecnica di qualunque impresa e non giustificano di per sé il divieto di divulgazione. In conclusione, il diritto di accesso agli atti di una gara di appalto deve essere riconosciuto anche quando vi è l'opposizione di altri partecipanti controinteressati per la tutela di segreti tecnici e commerciali, in quanto esso è prevalente rispetto all'esigenza di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale.

# Ordinanza TAR Lazio Roma sez. I bis

## 26/1/2015 n. 1410

- Né l'art. 13 D.L.vo 12 aprile 2006 n. 163, né l'art. 24 L. 7 agosto 1990 n. 241 prevedono che l'accesso difensivo, come tale prevalente sulle antagoniste ragioni di riservatezza o di segretezza tecnica o commerciale, può essere circoscritto dall'Amministrazione alla sola visione, senza estrazione di copia; di conseguenza è illegittima la limitazione alla sola visione degli atti nei confronti del soggetto che abbia interesse a conoscere la documentazione amministrativa per tutelare in sede giurisdizionale i propri interessi (Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 22 novembre 2005 n. 6524 e T.A.R. Bari, Sez. I, 25 febbraio 2010 n. 678).

# TAR Toscana sez. I 1/9/2014 n. 1410

- In materia di accesso agli atti di gara, il combinato disposto dei commi 5 e 6 dell'art. 13 d.lgs. n. 163 del 2006 **esclude l'esercizio del diritto di accesso alla documentazione posta a corredo dell'offerta selezionata, ove l'impresa aggiudicataria abbia dichiarato che sussistano esigenze di tutela del segreto tecnico o commerciale ed il richiedente non abbia dimostrato la concreta necessità di utilizzare tale documentazione in uno specifico giudizio** (Cons. Stato, Sez. VI, 30.7.2010 n. 5062; id., 19.10.2009, n. 6393).

# TAR Piemonte sez. I 23/5/2014 n. 932

- 1 Non costituisce ragione ostativa all'accesso la circostanza che la conoscenza dei documenti richiesti possa interferire con la tutela della riservatezza (commerciale e finanziaria, in questo caso) del terzo contraente, né che quest'ultimo abbia manifestato la propria opposizione all'accesso, laddove l'accesso è stato esercitato dall'interessata al fine di "curare e difendere. i propri interessi giuridici" nell'ambito dei giudizi tuttora pendenti: finalità rispetto alla quale la tutela della riservatezza dei terzi è recessiva, secondo quanto previsto dall'art. 24 comma 7 l. 241/90 ss.mm.ii..
- 2. Con l'entrata in vigore del D. Lgs. 14 marzo 2013, n. 33, gli obblighi di trasparenza a carico delle pubbliche amministrazioni sono stati generalizzati e rafforzati con l'affermazione del principio di trasparenza, intesa quale "accessibilità totale delle informazioni concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni", nella prospettiva di assicurare "forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 1). Nel contesto delineato dalla nuova normativa sulla trasparenza "tutti i documenti e le informazioni" concernenti l'attività delle pubbliche amministrazioni sono dichiarati "pubblici" e vige il principio secondo cui "chiunque ha diritto di conoscerli" e di "fruirne gratuitamente".

# TAR Liguria sez. II 6/3/2015 n. 259

- Le generiche esigenze di riservatezza di carattere industriale ex art. 24 comma 6 lett. d) L. n. 241/1990 opposte dalla ricorrente sono senz'altro recessive rispetto agli interessi di rango superiore sottesi alle istanze di accesso assentite dalla società resistente, secondo una valutazione che rimonta direttamente al legislatore (art. 24 comma 7 della L. n. 241/1990).
- A ciò si aggiunga che anche la prospettazione del pericolo di un danno grave ed irreparabile derivante alla ricorrente dall'esecuzione della nota impugnata prova troppo, presupponendo un salto logico che comporta la commissione di un reato.
- Difatti, consentire l'accesso agli aventi diritto non equivale certo ad autorizzare anche la divulgazione o la pubblicazione indiscriminata di segreti scientifici o industriali, la cui indebita rivelazione è sanzionata penalmente (art. 623 c.p.: rivelazione di segreti scientifici o industriali), senza che la sussistenza dei presupposti per la brevettabilità, ex art. 2585 cod. civ., della scoperta o dell'applicazione rivelata costituisca condizione ai fini della configurabilità del reato (Cass. Pen., 26.3.2010, n. 11965).

# Consiglio di Stato sez. VI 11/4/2017 n. 1692

- 1. L'art. 24, co. 4, della l.n. 241/1990 stabilisce che “L'accesso ai documenti amministrativi non può essere negato ove sia sufficiente fare ricorso al potere di differimento.”.
- La formula normativa impiegata al riguardo non risulta lasciar dubbi sul fatto che un differimento dell'accesso ai documenti pretesi dal privato né sottintende ovvero può mascherare un atteggiamento perplessa ed incerto dell'Amministrazione (sul se consentire o meno l'ostensione chiesta, nel momento in cui viene da essa ricevuta la domanda di accesso) né, ancor più, può valere come “promessa” ovvero “prenotazione” di accesso da espletare tuttavia in un tempo diverso e successivo rispetto a quello coincidente con la ricezione della relativa domanda formulata dal privato.
- Sono invero proprio le parole utilizzate dalla legge (segnatamente, “non può essere negato ove sia sufficiente”) a dover far propendere per una lettura della norma nel senso che il differimento dell'accesso altro non è che un rimedio ad un diniego che altrimenti sarebbe certo ove la domanda di accesso fosse senz'altro deliberata dall'Amministrazione nel momento preciso in cui essa le perviene dal privato.



# Consiglio di Stato sez. VI 11/4/2017 n. 1692

- In altri termini, onde evitare al privato l'onere di una ripetizione della propria domanda in tempi diversi e successivi, inframezzati da dinieghi nei cui riguardi, a quel punto, il privato dovrebbe porsi lo scrupolo di singole impugnazioni, la norma di legge ha avuto l'accortezza di prevedere la possibilità per l'Amministrazione – che in un iniziale momento “x” avvertirebbe l'esigenza di denegare l'accesso – di rinviare ad un successivo momento “y” la deliberazione della domanda (sempre unica) del privato, non potendosi escludere che, in tale secondo momento, l'Amministrazione – rivalutata la situazione, anche alla luce di quanto medio tempore eventualmente accaduto – propenda piuttosto per l'adesione alla richiesta di accesso, dando così soddisfazione alle aspettative del privato.
- Un riscontro a questa lettura interpretativa si trova poi, ad avviso del Collegio, nell'art. 25, co. 3, della l.n. 241/1990, ove si legge che “Il rifiuto, il differimento e la limitazione dell'accesso sono ammessi nei casi e nei limiti stabiliti dall'articolo 24 e debbono essere motivati.”.
- In questa seconda norma, come è dato notare, il “differimento” dell'accesso è (e non a caso) affiancato a quelli del “rifiuto” e della “limitazione” dell'accesso, ossia ad ipotesi tutte negative, e non già abbinato ad alcuna fattispecie evocativa di un assenso (per quanto parziale) sottinteso ed attuale ma comunque rinviato (per la sua materiale e concreta soddisfazione) ad un momento posteriore rispetto a quello in cui la domanda di ostensione perviene all'Amministrazione interessata.



# Consiglio di Stato sez. VI 11/4/2017 n. 1692

- 2. Certamente nella scala gerarchica dei valori da considerare, in occasione della disamina dei motivi che giustificano una domanda di accesso, quelli legati alle esigenze di difesa del richiedente occupano un gradino elevato ma non tale, tuttavia, da prevalere sempre e comunque (e soprattutto acriticamente) su qualunque altro interesse, specie se contrapposto giacchè invocato da chi, di contro, denuncia che, consentendosi l'accesso, si permetterebbe il disvelamento di propri dati, ritenuti sensibili, contenuti nella documentazione amministrativa da altri chiesta.
- E' anche vero che, entro determinati limiti, un'effettiva esigenza di difesa, non altrimenti suscettibile di appagamento (ossia che non è possibile soddisfare se non acquisendo conoscenza proprio di quella particolare documentazione che reca altresì, in seno, il dato sensibile che riguarda un soggetto terzo e, perciò, controinteressato), può prevalere sui contrapposti interessi alla riservatezza.
- In ogni caso, il dissidio tra interessi fra loro collidenti non può essere risolto in chiave unilaterale, giacchè questo potrebbe condurre anche a risultati paradossali ed opposti a quello che, invece, è un delicato equilibrio che, di volta in volta e fuori da schematizzazioni astratte ed assolutistiche, va ricercato in concreto, bilanciando tra loro posizioni non consonanti.



# Consiglio di Stato sez. VI 11/4/2017 n. 1692

- Si pensi, invero, al caso di chi, chiedendo l'accesso per motivi di difesa ma non sapendo preventivamente indicare quale documento esattamente gli occorre e giustificatamente perché, l'ottenga e si procacci in tal modo materiale documentale recante anche informazioni sensibili che riguardano soggetti terzi.
- Ebbene, in un caso del genere, un'acritica prevalenza dell'accesso per dichiarate esigenze defensionali potrebbe anche condurre al risultato che colui che ha chiesto l'accesso, poi, esaminata tutta la documentazione ottenuta, valuti che alcun documento effettivamente gli sia utile per i ritenuti motivi di difesa. In tale evenienza, il danno per il terzo (i.e., conoscenza da parte altrui delle proprie informazioni sensibili) sarebbe invero irrimediabile, senza alcuna contrapposizione giustificativa, neppure quella consistente almeno nel fatto che chi aveva chiesto l'accesso abbia poi realmente utilizzato a fini di propria difesa la documentazione ottenuta.
- Lo strumento attraverso il quale contemperare in concreto la contrapposizione di interessi innanzi detta è costituito – ad avviso del Collegio – dal parametro della “stretta indispensabilità” di cui all'art. 24, co. 7, secondo periodo, della l.n. 241/1990 giacché esso è quello che, proprio a livello legislativo, viene contemplato come idoneo a giustificare la prevalenza dell'interesse di una parte – mossa dall'esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” – rispetto all'interesse di un'altra parte, altrettanto mossa dall'esigenza di “curare o difendere propri interessi giuridici” legati ai dati sensibili che la riguardano e che possono essere contenuti nella documentazione chiesta in sede di accesso.
- Se, dunque, l'interesse della parte contrapposta (titolare di un dato sensibile o super sensibile) può divenire cedevole – rispetto a quello che anima la prima parte, che ha chiesto l'accesso per propri motivi di difesa – soltanto a cospetto del fatto che il documento di cui si pretende l'ostensione sia “strettamente indispensabile” a costruire ed alimentare tale difesa, occorre che precauzionalmente la valutazione di tale stretta indispensabilità avvenga nel modo possibilmente più circoscritto ed attento e non sia, al contrario, affermato – come accaduto in occasione della sentenza impugnata – sulla base di schematizzazioni formali ed astratte.

# DELIBERAZIONE A.N.AC. 5/4/2017 N. 317

- **1. L'accesso agli atti di gara e la l. 241/90**
- Appare consolidato che “la disciplina dettata dall'art. 13 D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice degli appalti), in tema di accesso agli atti di gare pubbliche, è più restrittiva di quella generale di cui all'art. 24 L. 7 agosto 1990 n. 241, sia sotto il profilo soggettivo, atteso che nel primo caso l'accesso è consentito solo al concorrente che abbia partecipato alla selezione (la preclusione all'accesso è invece totale qualora la richiesta sia avanzata da un soggetto terzo, anche se dimostri di avere un interesse differenziato), che sul piano oggettivo, essendo l'accesso condizionato alla sola comprovata esigenza di una difesa in giudizio, laddove il citato art. 24 offre un ventaglio più ampio di possibilità, consentendo l'accesso ove necessario per la tutela della posizione giuridica del richiedente, senza alcuna restrizione sul piano processuale” (Cons. Stato, 16 marzo 2016, n. 1056). Tale rapporto configura una specialità per la materia dei contratti pubblici rispetto alle legge generale sull'accesso agli atti, alla luce del quale la lex specialis impone limiti, oggettivi e soggettivi, di applicazione alla lex generalis nel caso concreto. In tal senso, le disposizioni della lex specialis prevalgono e si pongono in rapporto di specialità rispetto alle disposizioni dettate dalla lex generalis. **Il diritto di accesso di cui al Codice dei contratti pubblici è, pertanto, da considerarsi speciale rispetto all'omologo diritto previsto, con carattere generale, dalla l. 241/90.** Con riguardo all'accesso agli atti di gara, l'Autorità ha affermato che tale diritto non può consentire un controllo generalizzato dell'operato dell'Amministrazione (Parere di Precontenzioso n. 96 del 20/03/2008); e che può essere esercitato esclusivamente nelle forme e nei limiti previsti dall'art. 13, Codice dei contratti pubblici, che risulta prevalente rispetto ad altri interessi (Parere di Precontenzioso n. 19 del 23/02/2012).

# DELIBERAZIONE A.N.AC. 5/4/2017 N. 317

- 2. L'accesso agli atti di gara da parte di consiglieri comunali
- Si deve ritenere che – in ragione della tutela del regolare esercizio dell'azione amministrativa e della tutela del principio di segretezza delle offerte, che tutela il principio di libera concorrenza nel mercato delle gare pubbliche - tale rapporto di specialità sussista altresì nei riguardi dell'accesso richiesto dai consiglieri comunali, ai quali – in virtù dell'interesse di cui sono titolari - **non può certamente essere opposto un diniego, ma nei riguardi dei quali può essere fatto valere il limite del differimento.**

# DELIBERAZIONE A.N.AC. 5/4/2017 N. 317

- **3. L'accesso agli atti di gara e l'accesso civico generalizzato**
- La questione proposta merita di essere valutata anche alla luce del nuovo istituto dell'accesso civico generalizzato e delle recenti Linee guida dell'Autorità. Anche tale diritto, infatti, pur riconoscendo a chiunque il diritto di chiedere l'ostensione di dati, documenti e informazioni in possesso delle amministrazioni, prevede ipotesi di esclusione nei casi di divieto di accesso stabiliti da leggi, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato a specifici limiti e condizioni, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990 (art. 5-bis, comma 3); e casi in cui il diritto di accesso è riconosciuto con determinati limiti (art. 5-bis, commi 1 e 2)

# DELIBERAZIONE A.N.AC. 5/4/2017 N. 317

- Si ritiene che le disposizioni speciali contenute nel Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrino nell'ambito di tali limiti e condizioni. Peraltro, si osservi che l'art. 53 del D.lgs 50/2016 dispone non un'esclusione assoluta, ma solo il differimento dell'accesso in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione (art. 53, comma 2, lett. d, Codice dei contratti). Alla luce di tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013. Tra questi, si segnala – per la particolare frequenza con cui il caso può presentarsi nelle procedure di gara - il limite che deriva dalla tutela degli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, di cui al comma 2, lett. c) del citato articolo. Si ritiene, pertanto, che l'accesso civico generalizzato ove invocato ai sensi dell'art. 5, comma 2, del D.lgs 33/2013, incontri il limite previsto dall'art. 53 del Codice dei contratti pubblici, ma che possa comunque essere concesso, senza alcun obbligo di motivazione, alla scadenza del termine ivi previsto, ovvero dopo l'aggiudicazione, nel rispetto della tutela dei dati personali e degli interessi economici e commerciali dei soggetti coinvolti, secondo quanto disposto all'art. 5-bis, comma 2, del D.lgs 33/2013.

# DELIBERAZIONE A.N.AC. 5/4/2017 N. 317

- In conclusione, il diritto di accesso agli atti di gara appare norma speciale rispetto al diritto di accesso della l. 241/90 e al diritto di accesso riconosciuto ai consiglieri comunali nei confronti degli atti della propria amministrazione. Le disposizioni del Codice dei contratti pubblici in materia di accesso agli atti delle procedure di affidamento rientrano, altresì, nell'ambito dei limiti e delle condizioni alle quali è subordinato l'accesso civico generalizzato di cui agli artt. 5 e 5-bis del D.lgs 33/13. Con riguardo a tale disciplina, si deve ritenere che - prima dell'aggiudicazione - il diritto di accesso civico generalizzato possa essere legittimamente escluso in ragione dei divieti di accesso previsti dall'art. 53 del D.lgs 50/2016; successivamente all'aggiudicazione della gara, il diritto di accesso debba essere consentito a chiunque, ancorché nel rispetto dei limiti previsti dall'art. 5-bis del D.lgs 33/2013.