

**Procedure sottosoglia
comunitaria ed approfondimento
della Linea Guida ANAC n. 4**

Avv. Vittorio Miniero



Quando i reggitori non sanno dare risposte alla gente,

le offrono nemici

(Paolo Rumiz)

II R.U.P. E LA FASE DI PROGETTAZIONE

La programmazione biennale

DECRETO 16 gennaio 2018, n. 14

//APPALTIAMO | CONSULENZA E FORMAZIONE
IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Avv. Vittorio Miniero



Art.1 Oggetto

1. Il presente decreto reca la disciplina di attuazione dell'articolo 21, comma 8 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, come modificato dal decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, di seguito «codice».



Art. 6

1. Le amministrazioni(...) adottano il programma biennale degli acquisti di forniture e servizi nonche' i relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali **sulla base degli schemi-tipo allegati al presente decreto.**

Le amministrazioni, ai fini della predisposizione del programma biennale degli acquisti di forniture e servizi e dei relativi elenchi annuali e aggiornamenti annuali, consultano, ove disponibili, le pianificazioni delle attivita' dei soggetti aggregatori e delle centrali di committenza



Art. 5 per lavori e 7 per servizi e forniture

8. I programmi triennali o biennali sono modificabili nel corso dell'anno, (...) qualora le modifiche riguardino:

c) l'aggiunta di uno o piu' lavori/servizi o forniture per la sopravvenuta disponibilita' di finanziamenti all'interno del bilancio non prevedibili al momento della prima approvazione del programma, ivi comprese le ulteriori risorse disponibili anche a seguito di ribassi d'asta o di economie;

Spunti dal
Bando Tipo Servizi e Forniture
GURI - Serie Generale n. 298 del 22 dicembre 2017

Avv. Vittorio Miniero



La discesa dal piedistallo

Stipulando il contratto la PA si sveste della propria condizione pubblica e si pone nelle medesime condizioni di diritto con l'operatore economico privato

Avv. Vittorio Miniero



Per definire il mio bisogno occorre io definisca:

- quantità
- durata del contratto





Avv. Vittorio Miniero

L'inserimento delle opzioni

[Facoltativo: modifiche del contratto ai sensi dell'art. 106, comma 1 lett. a) del Codice] **Il contratto di appalto potrà essere modificato, senza una nuova procedura di affidamento, ai sensi dell'art. 106, comma 1, lett. a) del Codice, nei seguenti casi :.....**
[indicare in modo chiaro, preciso ed inequivocabile, la portata e la natura delle modifiche contrattuali, nonché le condizioni alle quali esse possono essere impiegate].

Avv. Vittorio Miniero



Il calcolo del valore dell'appalto e la opzione

Art. 35.4. Il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico di lavori, servizi e forniture 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 eventuali opzioni o rinnovi del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara.

Avv. Vittorio Miniero



Art. 106

(Modifica di contratti durante il periodo di efficacia)

I contratti di appalto nei settori ordinari e nei settori speciali possono essere modificati senza una nuova procedura di affidamento nei casi seguenti:

a) se le modifiche, a prescindere dal loro valore monetario, sono state previste nei documenti di gara iniziali in clausole chiare, precise e inequivocabili, che possono comprendere clausole di revisione dei prezzi.

Avv. Vittorio Miniero



Secondo la linea guida:

L'offerta tecnica deve rispettare le caratteristiche minime stabilite nel Progetto, pena l'esclusione dalla procedura di gara, **nel rispetto del principio di equivalenza di cui all'art. 68 del Codice.**

Avv. Vittorio Miniero



Art. 68. (Specifiche tecniche)

Le specifiche tecniche (...) definiscono le caratteristiche previste per lavori, servizi o forniture (...).

e sono formulate secondo una delle modalità seguenti:

- a) in termini di prestazioni o di requisiti funzionali, comprese le caratteristiche ambientali (...)**
- b) mediante riferimento a specifiche tecniche (...)**

Avv. Vittorio Miniero



Il principio dell'equivalenza

7. Quando si avvalgono della possibilità di fare riferimento alle specifiche tecniche di cui al comma 5, lettera b), le amministrazioni aggiudicatrici non possono dichiarare inammissibile o escludere un'offerta per il motivo che i lavori, le forniture o i servizi offerti non sono conformi alle specifiche tecniche alle quali hanno fatto riferimento, se nella propria offerta l'offerente dimostra, con qualsiasi mezzo appropriato, compresi i mezzi di prova di cui all'articolo 86, che le soluzioni proposte ottemperano in maniera equivalente ai requisiti definiti dalle specifiche tecniche.

Le consultazioni preliminari di mercato

Avv. Vittorio Miniero



La rivoluzione negoziale

✓ Le consultazioni preliminari

✓ La procedura competitiva con negoziazione

Avv. Vittorio Miniero



Considerando n.8 della Dir.2004/18

Prima dell'avvio di una procedura di aggiudicazione di un appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono, avvalendosi di un «dialogo tecnico», sollecitare o accettare consulenze che possono essere utilizzate nella preparazione del capitolato d'onori a condizione che tali consulenze non abbiano l'effetto di ostacolare la concorrenza.

Avv. Vittorio Miniero



Art.66 D.Lgs 50/2016

Le consultazioni con il mercato

Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato ai fini della preparazione dell'appalto e per informare gli operatori economici degli appalti da essi programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.

Avv. Vittorio Miniero



Tecniche di progettazione secondo ANAC- 1

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.

Avv. Vittorio Miniero



Tecniche di progettazione secondo ANAC - 2

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.

Avv. Vittorio Miniero



Modalità di effettuazione della consultazione

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.

Avv. Vittorio Miniero



Le consultazioni preliminari di mercato Modalità per evitare rischi di collusione

- ✓ **Pubblica un avviso**
- ✓ **Predetermina i contenuti da condividere con gli operatori**
- ✓ **Predetermina le modalità della consultazione**
- ✓ **Metti a disposizione di tutti identiche informazioni**
- ✓ **Predetermina come rispettare la riservatezza dei dati**
- ✓ **Verbalizza tutto**

LA PROCEDURA DI GARA

//APPALTIAMO | CONSULENZA E FORMAZIONE
IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Analisi delle opportunità offerte dal Codice degli Appalti

//APPALTIAMO | CONSULENZA E FORMAZIONE
IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Avv. Vittorio Miniero



| Procedure di gara | Criteri di aggiudicazione | Tipologie contrattuali |
|---|---|----------------------------------|
| Aperta | | |
| Ristretta | | Appalto |
| Affidamento diretto / Negozziata | prezzo più basso | Accordo Quadro |
| competitive con negoziata | | Concessione |
| sistema dinamico di acquisizione | Offerta economicamente più vantaggiosa | Partenariato pubblico privato |
| dialogo competitivo | | |
| partenariato per l'innovazione | Negoziata | |

**La offerta economicamente più
vantaggiosa**

//APPALTIAMO | CONSULENZA E FORMAZIONE
IN MATERIA DI APPALTI PUBBLICI

Avv. Vittorio Miniero



***Le pubbliche amministrazioni quando indicano appalti
con il criterio del massimo ribasso, credendo di
ottenere risparmi ed efficienza, finiscono per tradire
la loro stessa missione sociale al servizio della
comunità***

(Papa Francesco)

Avv. Vittorio Miniero



La nuova ponderazione qualità prezzo

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

LA FASE ESECUTIVA

I compiti di RUP e DEC

Compiti del RUP

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.

Avv. Vittorio Miniero

Ma in sostanza il RUP....che fa??

4. Oltre ai compiti specificatamente previsti da altre disposizioni del codice, in particolare, il RUP:
 - a) formula proposte e fornisce dati...;
 - b) cura, in ciascuna fase di attuazione degli interventi, il controllo sui livelli di prestazione...;
 - 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;
 - f) fornisce i dati ...

Avv. Vittorio Miniero

I COMPITI DEL DEC

- **avvio dell'esecuzione del contratto**
- **contabilità e accertamenti preordinati ai pagamenti**
- **varianti alle prestazioni contrattuali**
- **verifica di conformità e regolarità delle prestazioni**
- **l'adeguamento dei prezzi nei contratti pluriennali**

Il collaudo



Avv. Vittorio Miniero

Art. 101. (Soggetti delle stazioni appaltanti)

1. La esecuzione dei contratti aventi ad oggetto lavori, servizi, forniture, è diretta dal responsabile unico del procedimento, che controlla i livelli di qualità delle prestazioni.

Il responsabile unico del procedimento, nella fase dell'esecuzione, si avvale del direttore dell'esecuzione del contratto o del direttore dei lavori, del coordinatore in materia di salute e di sicurezza durante l'esecuzione previsto dal [decreto legislativo 9 aprile 2008 n. 81](#), nonché del collaudatore ovvero della commissione di collaudo, del **verificatore della conformità e accerta il corretto ed effettivo svolgimento delle funzioni ad ognuno affidate.**

Avv. Vittorio Miniero



Art.102

Il collaudo

1. Il responsabile unico del procedimento controlla l'esecuzione del contratto congiuntamente al direttore dei lavori per i lavori e al direttore dell'esecuzione del contratto per i servizi e forniture.
- 2. I contratti pubblici sono soggetti a collaudo per i lavori e a verifica di conformità per i servizi e per le forniture, per certificare che l'oggetto del contratto in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato realizzato ed eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali.**



Avv. Vittorio Miniero

**La sostituzione del collaudo con il CRE
per lavori servizi e forniture sottosoglia**

Per lavori sottosoglia il certificato di collaudo può essere sostituito dal certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori.

Per servizi e forniture sottosoglia è sempre facoltà della stazione appaltante sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal responsabile unico del procedimento.

Nei casi di cui al presente comma il certificato di regolare esecuzione è emesso non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

Avv. Vittorio Miniero



La necessità del collaudo soprasoglia

6. Per effettuare le attività di collaudo sull'esecuzione dei contratti pubblici di cui al comma 2, le stazioni appaltanti nominano tra i propri dipendenti o dipendenti di altre amministrazioni pubbliche da uno a tre componenti con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità, iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza come previsto al comma 8 del presente articolo.

Avv. Vittorio Miniero



La necessità del collaudo soprasoglia

8. Con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, su proposta del Consiglio superiore dei lavori pubblici, sentita l'ANAC, sono disciplinate e definite le modalità tecniche di svolgimento del collaudo, nonché i casi in cui il certificato di collaudo dei lavori e il certificato di verifica di conformità possono essere sostituiti dal certificato di regolare esecuzione rilasciato ai sensi del comma 2.

Fino alla data di entrata in vigore di detto decreto, si applica l'[articolo 216, comma 16](#):

“Fino alla data di entrata in vigore del decreto ministeriale previsto dall'articolo 102, comma 8, si applicano le disposizioni di cui alla [Parte II, Titolo X](#) (articoli da 215 a 238) del DPR 207/2010”

La importanza dei 4 anelli

Avv. Vittorio Miniero



Occorre tenere uniti i quattro anelli:

- Fase procedimentale, con l'Aggiudicazione
- Fase negoziale, con il contratto
- Fase dell'esecuzione, con la verifica delle prestazioni
- Fase del pagamento della fattura con il rilascio del certificato di pagamento

Avv. Vittorio Miniero



Deliberazione Corte Conti Lombardia 243/2017

Nello specifico, si ribadisce, come sopra già sottolineato, che, in assenza di un formale provvedimento a cui deve far seguito la stipula di un contratto, un operatore economico privato non ha alcun titolo per erogare prestazioni a favore della pubblica amministrazione nè, di conseguenza, di ricevere pagamenti che risulterebbero privi di causa negoziale. Si evidenzia come il titolo all'erogazione di prestazioni da parte di un operatore economico privato non può essere costituito dall'originario provvedimento di aggiudicazione e dal relativo contratto che una volta scaduto l'arco temporale di efficacia necessitano di un'espressa decisione da parte dell'amministrazione di rinnovo o proroga del rapporto. In assenza il rapporto contrattuale si conclude ed eventuali prestazioni prestate dall'operatore economico privato sono rese in via di mero fatto e non possono costituire titolo del pagamento da parte della PA (salvo, ricorrendone i presupposti, l'erogazione di un indennizzo a titolo di ingiustificato arricchimento)



Avv. Vittorio Miniero

**La determina (e aggiudicazione) semplificata
per appalti < 40.000 euro**

Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), 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.



Avv. Vittorio Miniero

La importanza del contratto di appalto

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 altri Stati membri.



Avv. Vittorio Miniero

Tribunale Napoli 24 gennaio 2011 - Sez. dist. Portici - Est. Quaranta

I contratti della pubblica amministrazione devono rivestire la forma scritta e seguire lo schema procedimentale previsto dalla legge; ove ciò non accada, **le obbligazioni non sorgono a carico dell'ente ma direttamente dell'amministratore o del funzionario che ha indebitamente contratto con il privato**, soggetti che rispondono di tale condotta con il proprio patrimonio.

Nelle ipotesi di fornitura di beni o servizi priva della deliberazione autorizzativa di spesa ovvero senza stipula del vincolo negoziale nelle forme normativamente previste, **il rapporto obbligatorio si stabilisce, ai fini della controprestazione e per ogni altro effetto di legge, tra il privato fornitore e l'amministratore o funzionario che abbia consentito la fornitura medesima**, così da comportare, riguardo ai beni o ai servizi acquisiti, **una frattura o scissione ope legis del rapporto di immedesimazione organica** tra gli anzidetti agenti e l'Amministrazione di appartenenza. In conseguenza di ciò i primi vengono posti in posizione di terzietà rispetto alla seconda e che a quest'ultima, la quale resta estranea agli impegni di spesa assunti

La gerarchia delle sfighe



La gerarchia delle sfighe

- 1) Variazioni contrattuali**
- 2) Proroghe tecniche**
- 3) 63**
- 4) Frazionamento artificioso**

Avv. Vittorio Miniero



Posso variare?

qual è la fonte normativa che consente il cambiamento

- opzione prevista in gara, quantificata e cingata
- prestazione supplementare;
- circostanza imprevista;
- variante non variante (10 o 15 per cento);
- modifica non sostanziale;



Come si formalizza una variazione contrattuale

- determina di variazione con copertura finanziaria e norma di riferimento a giustificazione della variazione disposta
- se variante inferiore al 20 comunicazione di atto di sottomissione se superiore al 20 per cento nuovo cig e formalizzazione dell'atto aggiuntivo
- eventuale comunicazione ad Anac (per b, c e comma 2).



La gestione delle proroghe tecniche

- determina di proroga con copertura finanziaria e norma di riferimento a giustificazione della proroga disposta (art.63, comma 2, lett.c)
- motivazione della mancata effettuazione della procedura di cui al comma 6 dell'art.63
- nuovo contratto (con o senza nuovo cig?)

Avv. Vittorio Miniero



Delibera n. 1200 del 23 novembre 2016

La giurisprudenza ha elaborato la figura della proroga “tecnica” come soluzione di carattere eccezionale in caso di **effettiva necessità di assicurare il servizio e sempre che l’esigenza di ricorrere a tale dilazione del termine di durata dell’affidamento non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante** (ex multis Cons. Stato, sez. V, 11.05.2009, n. 2882).

Si è ritenuto che il ricorso alla proroga possa trovare giustificazione teorica nel **principio di continuità dell’azione amministrativa** di cui all’art. 97 della Costituzione discendendo da un bilanciamento tra il suddetto principio ed il principio comunitario di libera concorrenza.



Il 63

a) gara deserta

b) ragioni di natura tecnica

c) l'urgenza

d) forniture complementari

abrogazione dei lavori e servizi complementari

e) ripetizione di servizi o lavori se previsti nel progetto originario

Avv. Vittorio Miniero



Il frazionamento artificioso

- a) la programmazione degli acquisti
- b) l'articolo 51 del D.Lgs 50/2016: il lotto funzionale o prestazionale

Il subappalto



Art.105, comma 3, lett.c bis)

c-bis) le prestazioni rese in favore dei soggetti affidatari in forza di contratti continuativi di cooperazione, servizio e/o fornitura sottoscritti in epoca anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto. I relativi contratti sono depositati alla stazione appaltante prima o contestualmente alla sottoscrizione del contratto di appalto.

Avv. Vittorio Miniero



Delibera n. 276 del 22 marzo 2017

La norma fa riferimento ad operatori economici impegnati in collaborazione stabili con l'aggiudicatario (come sembra derivare dalla definizione contratti continuativi di cooperazione) in forza di contratti stipulati anteriormente all'indizione della gara; (...)

Poiché si tratta di contratti che non costituiscono subappalto secondo la disposizione in esame gli stessi non possono avere ad oggetto parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto eseguite in posizione di indipendenza e autonomia rispetto all'appaltatore.

Tali contratti sono quindi assimilabili ai subcontratti ancorché stipulati in epoca precedente all'aggiudicazione dell'appalto

Avv. Vittorio Miniero



Avv. Vittorio Miniero

Studio legale in Bologna, Viale Aldini 28, 40136

Per inviare quesiti (gratuiti...) rivolgersi a:

www.appaltiamo.eu