



Province & Comuni

# Le tipologie di affidamento previste dal codice e dai decreti semplificazione Il soprasoglia

Piergiorgio Novaro

# La disorganicità della disciplina in materia di contratti pubblici

2 fattori principali:

- Introduzione di leggi speciali le cui disposizioni si sostituiscono al codice minando la sua organicità iniziale (es. sblocca cantieri, decreto semplificazioni, decreti revisione dei prezzi)
- Introduzione di disposizioni speciali in relazione alle fonti di finanziamento:
  - PNRR e PNC
  - Fondi strutturali europei
  - Risorse proprie dell'ente

Il nuovo codice pare porre rimedio alla disorganicità derivante dal primo fattore ma non dal secondo

# Pari opportunità (art. 47)

- Oggetto: Procedure finanziate PNRR e PNC
- **OE > 100 dipendenti** che sono tenuti alla redazione del rapporto sulla situazione del personale **a pena di esclusione** devono produrre l'ultima copia
- **OE > 15 dipendenti entro sei mesi dalla conclusione del contratto** sono tenuti a consegnare: una relazione di genere sulla situazione del personale maschile e femminile in ognuna delle professioni + relazione sul rispetto della disciplina disabili + certificazione disabili
- **Applicazione penali** in caso di mancato rispetto degli obblighi di cui sopra + impossibilità di partecipare a gare PNRR e PNC per 12 mesi (singolo o associato)
- **Criteri premiali** di valutazione delle offerte:
  - **obbligo** comma 4 tranne motivazione su: oggetto del contratto, la tipologia o la natura del progetto o altri elementi puntualmente indicati ne rendano l'inserimento impossibile o contrastante con obiettivi di universalità e socialità, di efficienza, di economicità e di qualità del servizio nonché di ottimale impiego delle risorse pubbliche
  - **facoltà** comma 5

# PMI (art. 47 quater)

- **Oggetto:** procedure PNRR e PNC
- **Criteri premiali** atti ad agevolare le PMI nella valutazione dell'offerta
  - Finalità: tutelare la libera concorrenza e di garantire il pluralismo degli operatori nel mercato
  - Non sono esplicitati particolari criteri o canoni se non un generico riferimento ai principi europei.
  - Particolare attenzione dovrà perciò essere rivolta al principio di proporzionalità (rispetto agli altri criteri di valutazione) e di non discriminazione (si applicano a tutte le PMI, attenzione alla discriminazione geografica)

# Semplificazioni procedure PNRR PNC FSIE (art. 48)

1. Con propria **determinazione** “adeguatamente motivata” il **RUP** valida e approva ciascuna fase progettuale (tranne casi di validazione esterna) o di esecuzione del contratto
2. Possibilità di ricorrere a procedura negoziata ex art. 63 per ragioni di urgenza motivate dalla realizzazione degli obiettivi o dei tempi di attuazione dei programmi
3. Ammesso l'appalto integrato anche sulla base del progetto di fattibilità tecnica ed economica
4. Possibilità di punteggio premiale per uso di metodi e strumenti elettronici specifici nella progettazione

# La determinazione della soglia

- Valore stimato dell'appalto vs importo a base d'asta
- I criteri dell'art. 35
  - qualora un'amministrazione aggiudicatrice sia composta da **unità operative distinte**, il calcolo del valore stimato di un appalto deve tenere conto del valore totale stimato per tutte le singole unità operative, a meno che un'unità operativa distinta sia **responsabile in modo indipendente** del proprio appalto
  - occorre tenere in conto il valore di eventuali **rinnovi** od **opzioni**
  - quanto alla **suddivisione in lotti**, se applicabile, il valore stimato dell'appalto deve tenere conto del valore complessivo dei lotti, salvo che si tratti lotti di valore inferiore a €80.000 per servizi o forniture, €1.000.000 per i lavori.
  - **servizi o forniture che presentano caratteri di regolarità o che sono destinati ad essere rinnovati:**
    - a) il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici 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 dodici mesi successivi al contratto iniziale;
    - b) il valore stimato complessivo dei contratti successivi aggiudicati nel corso dei dodici mesi successivi alla prima consegna o nel corso dell'esercizio, se questo è superiore ai dodici mesi
- L'interesse transfrontaliero
  - **l'assenza di un interesse transfrontaliero** legato all'oggetto dell'appalto (motivato generalmente sulla base dell'**importo** - tutto sommato contenuto - **dell'appalto** e delle **caratteristiche tecniche** dello stesso)



# La suddivisione in lotti

## Codice vigente (art. 51)

Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali ... ovvero in lotti prestazionali ..., in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica ... Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese. E' fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché di aggiudicare tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

## Nuovo codice (art. 58)

1. Per garantire la effettiva partecipazione delle micro, delle piccole e delle medie imprese, ~~anche di prossimità~~, gli appalti sono suddivisi in lotti funzionali, prestazionali o quantitativi in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.
2. Nel bando o nell'avviso di indizione della gara le stazioni appaltanti **indicano le ragioni che, secondo un criterio di proporzionalità, richiedono di non suddividere l'appalto in lotti in funzione dell'interesse, anche di natura organizzativa, a una efficiente ed efficace esecuzione delle prestazioni, oppure in funzione della necessità di realizzare significative economie di scala funzionali al contenimento e al miglioramento della spesa pubblica.**
3. Nel medesimo atto le stazioni appaltanti indicano i criteri di natura qualitativa o quantitativa concretamente seguiti nella suddivisione in lotti, avuto riguardo ai parametri indicati al comma 2. È in ogni caso vietato l'artificioso accorpamento dei lotti.

# L'elemento differenziale delle procedure

«le procedure aperte o ristrette, *[sono]* modalità di scelta del contraente che autorevole dottrina definiva già nei primi anni '70 del secolo scorso come (modi) **"di tipo meccanico"**, dove la parte privata non partecipa alla formazione del contenuto contrattuale e dove l'offerta, una volta presentata, è destinata a rimanere immutata (tutt'al più potrà essere "giustificata" in sede di verifica sull'anomalia). Senonché il sistema conosce da sempre anche modi (di scelta) **"di tipo negoziato"**, nei quali **la parte privata partecipa invece attivamente alla formazione del contenuto contrattuale** e comunque ne discute con l'amministrazione contrattante, modalità che ricevono negli ultimi tempi **un forte impulso nel diritto europeo**, come dimostrano, ad esempio, la procedura competitiva con negoziazione, il dialogo competitivo, i partenariati per l'innovazione. Sono modalità, tra loro differenti, ma **accomunate dall'elemento della negoziazione e dove è fisiologico che le offerte iniziali siano modificate nel corso della procedura**»

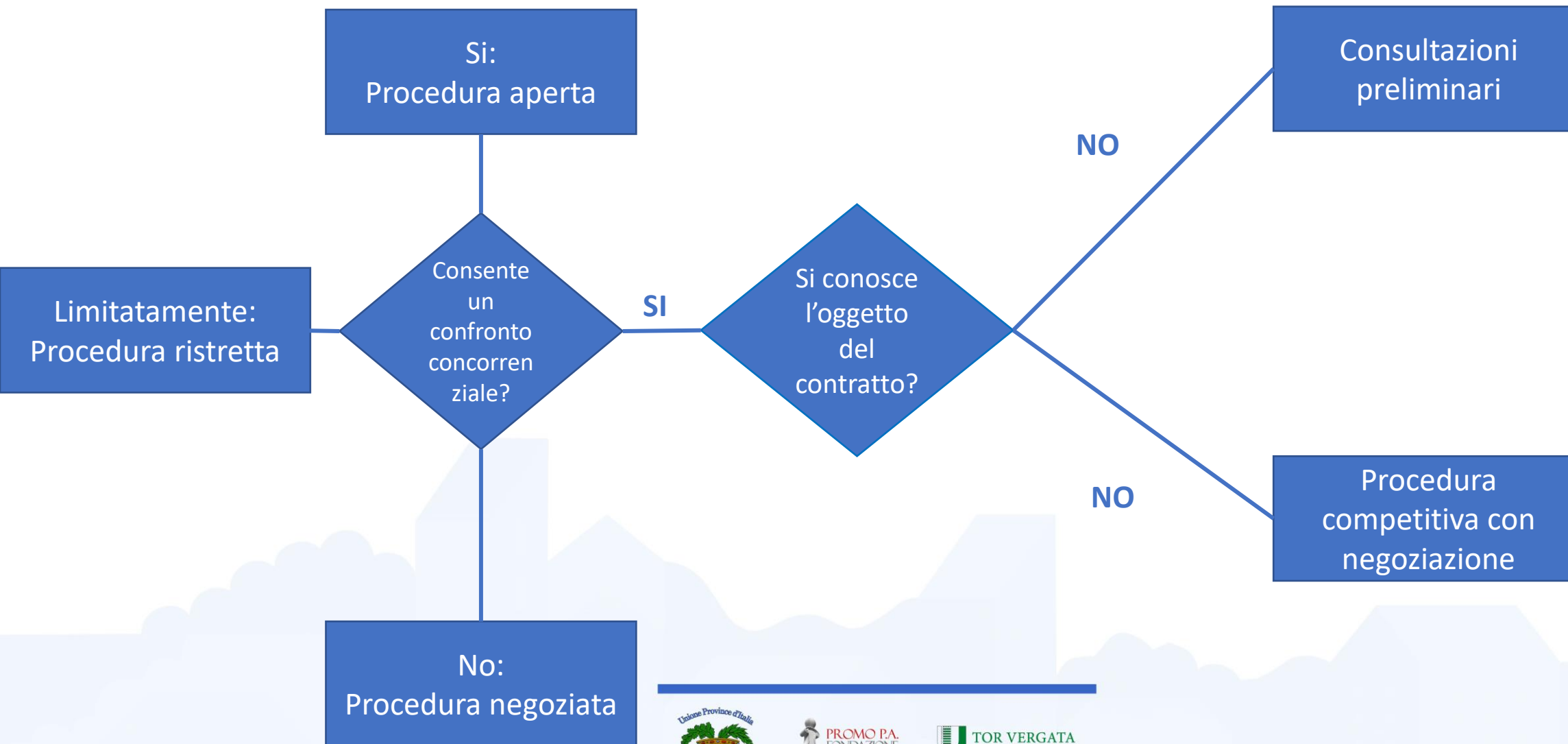
Cons. Stato Ad. Plen. n. 9/2021



# La strategia di gara: le fonti di finanziamento

- Proprie dell'ente procedente: appalto
  - Risorse proprie
  - PNRR e PNC
  - Fondi strutturali
- Compartecipazione allo sforzo di investimento da parte di capitali privati: partenariato pubblico privato
  - Risorse proprie
  - PNRR e PNC
  - Fondi strutturali

# La strategia di gara: la scelta delle procedure



# Le consultazioni preliminari (Cds, V, 7239/2020)

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.

# Le consultazioni preliminari/2

## CDS Parere su linee guida ANAC consultazioni preliminari

La giurisprudenza, per il vero non abbondante, sulle consultazioni preliminari di mercato ricorda innanzi tutto che il diritto comunitario (Corte di Giustizia UE, sez. II, 3 marzo 2005, in cause C-21/03 e C-34/03) **non legittima *tout court* la partecipazione alle gare** per l'affidamento di appalti pubblici del soggetto che sia stato incaricato della ricerca, della sperimentazione, dello studio o dello sviluppo dei lavori, forniture o servizi, riconoscendo che esso possa risultare favorito in sede di gara, falsando così la concorrenza ma afferma anche che in ogni caso non è conforme al principio di proporzionalità la norma nazionale che pone un divieto assoluto di partecipazione a tali soggetti, poiché è **possibile garantire la parità di trattamento tra tutti gli offerenti valutando, in ogni singolo caso, se vi sia stato un vantaggio concorrenziale o meno**

# Le consultazioni preliminari/3

## CDS Parere su linee guida ANAC consultazioni preliminari

Le consultazioni costituiscono, in sostanza, 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 al quale si rivolge l'appalto prima dell'indizione di una procedura di affidamento, così individuando le soluzioni tecniche in grado di soddisfare al meglio i **fabbisogni della stazione appaltante**

# Le consultazioni preliminari/4

- 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.
- 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.
- 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.

Linee Guida n. 14



# La procedura negoziata soprasoglia (Cds, V, 7827/2021)

## Presupposti

Ove all'esito della consultazione di mercato sia tratto convincimento del carattere infungibile del bene tale da giustificare l'affidamento per procedura negoziata senza bando, l'operatore economico che tale conclusione voglia contestare è tenuto **ad impugnare l'atto di avvio della procedura**, che è diretta conseguenza dell'esito della consultazione e, d'altra parte, costituisce il primo atto lesivo della sua situazione soggettiva poiché, in ragione della presunta natura infungibile del bene, gli preclude di concorrere all'affidamento del contratto.

# Procedura negoziata soprasoglia (CdS, V, 7827/2021)

Presupposti: imprevedibilità Oggetto: servizi informatici

Non è in discussione la portata eccezionale della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, quale si evince dal considerando 50 della direttiva 24/2014/UE ("tenuto conto degli effetti pregiudizievoli sulla concorrenza, le procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando di gara dovrebbero essere utilizzate soltanto in circostanze del tutto eccezionali") e dall'art. 32 della stessa direttiva, che è stato testualmente trasposto nell'art. 65, comma 2, lett. c), del d.lgs. n. 50 del 2016.

L'eccezionalità cui si riferisce tale ultima disposizione ... attiene alle "ragioni di estrema urgenza", non tanto quindi agli eventi che l'hanno determinata, che invece devono essere "imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice" ed a questa non imputabili.

Pertanto, è vero che nel settore dei contratti pubblici **non è eccezionale l'insorgenza di un contenzioso giudiziario**, ma non è affatto questo il dato rilevante per escludere il legittimo ricorso alla procedura negoziata senza bando.

**Piuttosto, rileva che l'amministrazione si sia trovata in una situazione di estrema urgenza e che questa situazione sia derivata non solo dalla pendenza del contenzioso, ma (anche) da eventi imprevedibili e non imputabili all'amministrazione**, tenuto conto di tutte le circostanze di fatto che hanno caratterizzato tempi e modalità di indizione della procedura di gara.

# La procedura competitiva con negoziazione

- Sostituisce la procedura negoziata con pubblicazione del bando
- Amplia considerevolmente l'ambito di applicazione
- Accentua la flessibilità
- Ha natura di procedura ristretta con selezione qualitativa degli invitati sulla base di un bando

# Quando?

- a) soddisfa uno o più dei seguenti **criteri**:
- i. le esigenze dell'amministrazione aggiudicatrice non possono essere soddisfatte senza l'adozione di soluzioni immediatamente disponibili;
  - ii. implicano progettazione o soluzioni innovative;
  - iii. l'appalto non può essere aggiudicato senza preventive negoziazioni a causa di circostanze particolari in relazione alla loro natura, complessità o impostazione finanziaria e giuridica o a causa dei rischi ad essi connessi;
  - iv. le specifiche tecniche non possono essere stabilite con sufficiente precisione dall'amministrazione aggiudicatrice;
- b) in risposta a una procedura aperta o ristretta, sono presentate soltanto **offerte irregolari o inaccettabili**

**In generale**, la procedura in esame presuppone una **conoscenza limitata dell'oggetto della gara**, che può essere perfezionata dallo scambio di informazioni con gli operatori economici

## ***Nei documenti di gara le amministrazioni aggiudicatrici:***

- individuano l'oggetto dell'appalto fornendo una descrizione delle loro esigenze e illustrando le caratteristiche richieste
- specificano i criteri per l'aggiudicazione dell'appalto
- indicano quali elementi della descrizione definiscono i requisiti minimi che tutti gli offerenti devono soddisfare.

## ***Invito***

Soltanto gli operatori economici invitati dall'amministrazione aggiudicatrice in seguito alla sua valutazione delle informazioni fornite possono presentare un'offerta iniziale che costituisce la base per le successive negoziazioni.

## ***Le negoziazioni possono riguardare:***

- l'offerta iniziale
- le altre offerte a seguire
  - Fasi successive volte a ridurre progressivamente in numero dei concorrenti

## ***Divieto per le PA***

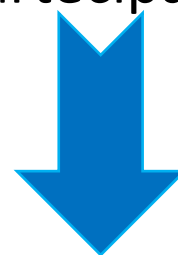
di negoziare sui requisiti minimi e sui criteri di aggiudicazione



# Le fasi in breve

## Preselezione

*Disclosure* di una serie di informazioni dettagliate in modo da garantire la non discriminazione degli operatori interessati a presentare domanda di partecipazione



## Negoziazione

Modificabilità delle offerte e delle informazioni che possono essere comunicate ai concorrenti [limite: segreto commerciale]



## Aggiudicazione

# Gli accordi quadro

Natura: contratto normativo

Durata: max 4 anni se non per circostanze eccezionali (motivazione forte)

Tipologie:

- Per numero di aggiudicatario
  - Aggiudicatario unico
  - Più aggiudicatari\*
- Per numero di fasi\*
  - Monofase (senza)
  - Bifase (con parziale o totale riapertura del confronto competitivo)

Nel nuovo codice non cambia la disciplina poiché piena trasposizione della direttiva 2014/24

# La Corte di giustizia sugli AQ

Causa c-23/20 Simonsen & Weel A/S

- **Sulla durata AQ/durata singoli contratti**

mentre gli appalti basati su un accordo quadro devono essere aggiudicati prima della scadenza dell'accordo quadro stesso, **la durata dei singoli appalti** basati su un accordo quadro non deve necessariamente coincidere con la durata di tale accordo quadro, ma può eventualmente essere inferiore o superiore.

- **Sui limiti/quantità**

il fatto di esigere che l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro precisi nell'accordo quadro la quantità o il valore massimo delle prestazioni che detto accordo riguarderà rispecchia il divieto di ricorrere agli accordi quadro in modo abusivo o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza (v., in tal senso, sentenza del 19 dicembre 2018, Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato - Antitrust e Coopservice, C-216/17, EU:C:2018:1034, punto 69).

Dalle considerazioni che precedono discende che l'amministrazione aggiudicatrice inizialmente parte dell'accordo quadro può assumere impegni, per se stessa e per le potenziali amministrazioni aggiudicatrici che siano chiaramente individuate in tale accordo, solo entro una quantità e/o un valore massimo e, una volta raggiunto tale limite, detto accordo avrà esaurito i suoi effetti

# La Corte di giustizia sugli AQ

Causa c-274 e 275/21 EPIC Financial Consulting Ges.m.b.H.

- Sulla possibilità di ricorrere ad AQ esauriti

un'amministrazione aggiudicatrice, per aggiudicare un nuovo appalto, non può più basarsi su un accordo quadro per il quale siano già stati raggiunti il quantitativo e/o il valore massimo dei lavori, delle forniture o dei servizi di cui trattasi che esso fissa, a meno che l'aggiudicazione di tale appalto non comporti alcuna modifica sostanziale di tale accordo quadro, come previsto dall'art. 72, par. 1, lett. e), di tale direttiva\*.

\*modifiche non sostanziali ai sensi del par. 4 corrispondente al nostro art. 106

# Ulteriori peculiarità degli AQ

- Gli **obblighi di pubblicità**: sono assolti con la documentazione relativa all'AQ
- Gli **atti di gara**: a seconda della tipologia monofasica o bifasica gli atti di gara devono contenere una definizione puntuale o generale delle obbligazioni poste in capo al concorrente
- I **criteri di aggiudicazione**:
  - Negli AQ monofasici: rinvio ai criteri di aggiudicazione ordinari
  - Negli AQ bifasici: occorre prestare attenzione a non duplicare i criteri di aggiudicazione in sede di riapertura del confronto concorrenziale onde non inficiare la natura stessa della presente tipologia contrattuale
- la **reputazione dell'impresa**
  - Si ritiene debba essere riferita all'AQ nel suo complesso e non al singolo contratto attuativo

# La commissione giudicatrice (Cons. Stato, V, n. 8337/2022)

La valutazione delle offerte e, del pari, l'attribuzione dei punteggi da parte della commissione giudicatrice è espressione dell'**ampia discrezionalità riconosciuta a tale organo**, così che le censure sul merito di tale valutazione sono sottratte al sindacato di legittimità, ad eccezione dell'ipotesi in cui si ravvisi **manifesta irragionevolezza, arbitrarietà, illogicità, irrazionalità o travisamento dei fatti**.





# *Grazie*

## PIERGIORGIO NOVARO

*Dottore di ricerca  
in diritto dell'economia e del mercato  
Avvocato*

[avv.novaro@gmail.com](mailto:avv.novaro@gmail.com)  
[piergiorgio.novaro@unibo.it](mailto:piergiorgio.novaro@unibo.it)