



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA



ASSESSORATO REGIONALE
DELLE AUTONOMIE LOCALI E DELLA FUNZIONE PUBBLICA
DIPARTIMENTO DELLE AUTONOMIE LOCALI

Linea 2.5 "Rafforzamento della capacità di
attuazione dei Fondi SIE da parte degli Enti Locali"

WEBINAR 3 LUGLIO 2020

La procedura negoziata sotto-soglia di cui all'art. 36, lett.b) del Codice Appalti, alla luce delle novità e della prassi applicativa formatasi dopo il decreto Sblocca Cantieri, le misure anti-COVID e il decreto Rilancio (con esame di modelli pratici da utilizzare e della giurisprudenza formatasi in materia).

Avv. Elisa Vannucci Zauli



Unione Europea



Repubblica Italiana



Regione Siciliana



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

NUOVO ART. 36 NUOVO CODICE DEI CONTRATTI (come modificato dal D.L.32/2019, con v. in L. 55/2019)

affidamenti < 40.000 euro: affidamento diretto senza gara o amministrazione diretta (ma solo per i lavori); non più necessaria la consultazione di due o + operatori economici

affidamenti = tra 40.000 e 150.000 euro (per i lavori): mediante AFFIDAMENTO DIRETTO previa VALUTAZIONE, ove esistenti, di 3 PREVENTIVI o amministrazione diretta (eccetto acquisto e noleggio mezzi, che si affidano con procedura negoziata).

affidamenti = tra 40.000 e 139.000/214.000 euro (per servizi e forniture): occhio al testo! La norma recita: affidamento diretto previa valutazione di almeno 5 (NON PREVENTIVI), ma operatori economici, individuati tramite indagini di mercato o elenco operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli **inviti**. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Dunque c'è l'avviso esplorativo con manifestazione di interesse e c'è l'invito, ma qui pare non ci sia più la vera e propria procedura negoziata. Nel dubbio, la farei comunque (anche considerando l'originaria formulazione e «intenzione» dello Sblocca Cantieri).

affidamenti di lavori = tra 150.000 e 350.000: mediante PROCEDURA NEGOZIATA di cui all'art. 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto criterio rotazione **inviti** individuati tramite indagini di mercato o elenco operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

affidamenti di lavori = tra 350.000 e 1.000.000: come sopra, ma previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici.

affidamenti di lavori = tra 1.000.000 e < 5.350.000: ricorso alle procedure ordinarie, e il criterio del PPB ora è applicabile, non più fino alla soglia di 2.000.000, ma fino alla soglia.



FASI AFFIDAMENTO ORDINARIE (artt. 32-33)

-Determina a contrarre (nel rispetto della programmazione): con essa, valutato il valore dell'appalto, si determina la tipologia di procedura da seguire e, pertanto, qui si stabilirà anche se ricorrere a strumenti di acquisto e negoziazione telematici e quali. **Sotto €40.000,00 anche determina semplificata** (oggetto, importo, fornitore, ragioni scelta fornitore, possesso requisiti caratt. generale da parte del fornitore scelto e requisiti tecnico-profess. se richiesti) – **oggi anche per affidamento diretto lavori fino a 150.000** (modificato art. 32, comma 2, 2° paragrafo del Codice)

-Svolgimento gara;

-Proposta di aggiudicazione (PRIMA agg. provvisoria);

-Aggiudicazione definitiva;

- Comunicazioni (art. 76);

- **OBBLIGO del periodo di Stand-still** (35 gg tra aggiudicaz. e contratto), salvo: una sola offerta e no impugnato bando, appalti basati su accordo quadro, s.d.a. (sist. dinam. acquisizione), MEPA, **affidamento sotto-soglia (MA SOLO PER BENI/SERVIZI; LAVORI INVECE SOLO FINO 150MILA)**



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

AFFIDAMENTI DA 150.000 A 1.000.000 EURO (PER I LAVORI), con soglia intermedia di 350.000 E AFFIDAMENTI DA 40.000 A 139.000/214.000 EURO (PER SERVIZI E FORNITURE): mediante amministrazione diretta (solo per lavori ed eccetto acquisto e noleggio mezzi, che si affidano con procedura negoziata) o PROCEDURA NEGOZIATA previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 o 15 operatori economici (per i lavori) e almeno 5 operatori (per i servizi) individuati tramite indagini di mercato o elenco operatori economici.

A) AVVIO DELLA PROCEDURA:

- **Determina a contrarre (o altro atto analogo)**, contenente – nel rispetto dei principi richiamati dall’art. 36 - almeno, l’indicazione dell’interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte; l’importo massimo stimato dell’affidamento e la relativa copertura contabile, nonché le principali condizioni contrattuali. **V. modello determina a contrarre ordinario**
- **Poi la procedura si articolerà in 3 fasi:**
 - svolgimento di indagini di mercato o consultazione di elenchi per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;
 - confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati;
 - stipulazione del contratto



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

B) L'INDAGINE DI MERCATO E L'ELENCO DEI FORNITORI:

Innanzitutto è opportuno che ogni S.A. si doti di un regolamento dove disciplinare:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo, **anche in considerazione di applicare il principio di rotazione;**
- b) le modalità di costituzione **e revisione** dell'elenco degli o.e., eventualmente 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 o.e. propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri Strumenti simili gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

1. Indagini di mercato:

- a) rivolte a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali concorrenti, gli operatori interessati, le relative caratteristiche soggettive, le soluzioni tecniche disponibili, le condizioni economiche praticate, le clausole contrattuali generalmente accettate, al fine di verificarne la rispondenza alle reali esigenze della stazione appaltante;
- b) durante le stesse il RUP deve tenere comportamenti improntati a correttezza e buona fede, non rivelando le informazioni fornite dagli operatori consultati;
- c) modalità di svolgimento libere, volendo anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti;
- d) esiti formalizzati ai fini di redigere determina a contrarre, ma escludendo informazioni pregiudizievoli o segreti tecnici e commerciali.

Obbligo di pubblicizzare l'attività di esplorazione del mercato:

- a) mediante un avviso pubblicato nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti", o tramite altre forme di pubblicità; **V. MODELLO AVVISO ESPLORATIVO E MANIFESTAZ. INTERESSE**
- b) durata della pubblicazione stabilita in ragione della rilevanza del contratto, **ma cmq minimo quindici giorni**, salva la riduzione del termine per motivate ragioni di urgenza a **non meno di cinque giorni**;
- c) l'AVVISO INDICA: il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale e di capacità economica/finanziaria nonché 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 da invitare, le modalità per prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante. La S.A. può anche riservarsi la facoltà di procedere alla selezione dei soggetti da invitare mediante sorteggio, di cui sarà data successiva notizia.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

2. *l'Elenco dei fornitori:*

La S.A. può individuare gli operatori economici selezionandoli da elenchi appositamente costituiti secondo le seguenti modalità:

- a) elenchi costituiti a seguito di avviso pubblico, pubblicato nella sezione “amministrazione trasparente” sotto la sezione “bandi e contratti”, o tramite altre forme di pubblicità;
- b) l'avviso indica, oltre alle modalità di selezione degli operatori economici da invitare e ai requisiti generali di moralità desumibili dall'art. 80 del Codice, le eventuali 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.;
- c) Iscrizione degli operatori consentita senza limitazioni temporali;
- d) l'operatore economico attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva;
- e) Istanze di iscrizione valutate entro 30 gg e elenchi pubblicati sul sito web della S.A., **fatta salva la previsione di un maggior termine, non superiore a 90gg, in funzione della numerosità delle istanze pervenute;**
- d) La S.A. prevede le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata;
- e) Gli elenchi già vigenti, possono continuare ad essere utilizzati purché compatibili con il Codice e con le linee guida, provvedendo nel caso alle opportune revisioni.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

PRINCIPI APPLICABILI

ART. 36, COMMA 1: TUTTI GLI AFFIDAMENTI SOTTO-SOGLIA DEVONO AVVENIRE NEL RISPETTO:

- dei principi di cui all'art. 30,c.1, 34 (criteri sostenibilità amb. e energ.) e 42 (prevenzione corruzione e conflitto interessi) + possibilità applicare art. 50 (clausole sociali) tenendo conto delle indicazioni che saranno fornite da ANAC in specifico atto regolatorio

- in modo da assicurare l'effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese

- del principio di rotazione (il principio di rotazione, dunque, diventa cogente, risultando superato l'orientamento recentemente affermato dal giudice amministrativo circa la sua efficacia non precettiva (cfr. TAR. Lazio, sez. II, 11.3.2016, n.3319, TAR, Lombardia, Brescia, sez. II, 14.10.2015, n.1325). **Rinforzo principio rotazione, «degli inviti e degli affidamenti»** (v. Linee guida aggiornate)



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

SI APPLICA IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE CHE, NELLA SOSTANZA, VA APPLICATO COSÌ (+ vedi Linee Guida n. 4):

Tar Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380: «se è pur vero che l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice, prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio "di rotazione degli inviti", **parimenti non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.**

*In tal senso, si vedano TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, **sicché non può disporsi l'estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza**, e TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, **la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione**, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119). Pertanto, "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. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto" (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)>>" (QUI GARA ANNULLATA IN AUTOTUTELA PERCHE' NON RISPETTATO IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE)*



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2019 n. 3943

AI FINI DELLA ROTAZIONE, rileva 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 (v. anche: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

In definitiva l'impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna 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 (ex multis, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Ma ricorda: IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NON SI APPLICA NELLE PROCEDURE «APERTE»

TAR Liguria Genova sez. II 22/10/2019 n. 805

TAR Trentino Alto Adige Bolzano 31/10/2019 n. 263

Come chiarito anche dalle linee guida ANAC n. 4, approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1.03.2018 “[...] **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**” (punto 3.6).

In sostanza, il principio di rotazione deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l’amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti.

Diversamente, allorché l’amministrazione 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, non vi è spazio alcuno per l’applicazione del principio, che altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis - in senso anti-concorrenziale (cfr., in caso analogo, T.A.R. Campania, Salerno, I, 5.11.2018, n. 1574, e la giurisprudenza ivi citata).



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Consiglio di Stato, sez. III, 25 aprile 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, l'obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne, 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).

Non andava pertanto motivato né l'invito a partecipare alla procedura (aperta) rivolto agli operatori "uscenti", né l'aggiudicazione ai medesimi della commessa.

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.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NON SI APPLICA DOVE E' RICHIESTA UNA DIVERSA QUALIFICAZIONE

TAR Sicilia Catania sez. I 4/6/2019 n. 1380

Secondo la giurisprudenza, **il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** risponde all'esigenza di evitare la c.d. asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione della Stazione Appaltante, senza che risultasse affidatario (per il quale il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente): in termini T.A.R. Campania, sez. IV, 09/07/2018, n.4541.

Ma se tale è la ratio del principio, risulta evidente come **allo stesso risulti estranea la fattispecie in cui l'operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali è stata richiesta una diversa qualificazione**, così come nel caso in esame in cui l'impresa ricorrente - per come pacifico tra tutte le parti in giudizio- era stata invitata ad una precedente procedura negoziata per la quale era richiesto il possesso di una categoria diversa (OS28 invece che OG1) rispetto quella di cui alla gara per cui è causa.

In tale situazione, non si rinviene alcuna giustificazione per estendere l'applicazione del principio di rotazione.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

MA, SOPRATTUTTO NEI SERVIZI SOCIALI, POSSONO PREVALERE ALTRI VALORI:

v. ad esempio **TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 105/2018** con cui si è affermata l'adattabilità o relatività del principio di rotazione in relazione all'appalto affidato.

Nel caso di specie si trattava del **servizio scolastico di assistenza ad alunni con disabilità** e del propedeutico indirizzo regionale di assicurare – RAGIONEVOLMENTE – la continuità degli interventi già avviati con risultati positivi in deroga alla rotazione.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

C) IL CONFRONTO COMPETITIVO

SELEZIONE DEGLI OPERATORI DA INVITARE:

Conclusa l'indagine di mercato o consultati gli elenchi degli operatori econ., la S.A., in base ai criteri indicati nella determina a contrarre, **seleziona gli o.e. da invitare in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto, e cmq a quanto previsto dall'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice;**

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. Se rispetto a tali criteri, risultano idonei più soggetti rispetto al massimo previsto, **ok sorteggio** ma solo se previsto nell'avviso.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

T.A.R. Basilicata, Sez. I, 24 marzo 2017, n. 252

Pertanto, poiché la stazione appaltante ha effettuato il sorteggio esclusivamente alla presenza del RUP, del Segretario Comunale del Comune di Bella, nella qualità di RPC (resp. prevenz e corruzione), e di due testimoni, **senza consentire la presenza dei rappresentanti delle imprese partecipanti ...** deve ritenersi che, nella specie, sono stati violati i principi di trasparenza e pubblicità. A quanto sopra consegue l'accoglimento del ricorso in esame e per l'effetto l'annullamento del punto 6 dell'Avviso di indagine di mercato ...

Da tale annullamento consegue la ripetizione dell'intero procedimento e non solo del sorteggio, in quanto, oltre alla circostanza che il successivo espletamento della procedura negoziata e l'apertura delle buste, contenenti le 8 offerte pervenute ... ha reso conoscibili tali 8 offerenti, violando la finalità sopra indicata, sottesa al citato art. 53, co. 2, lett. b), D.Lg. n. 50/16, va rilevato che la violazione del principio di pubblicità nei procedimenti di evidenza pubblica costituisce un vizio insanabile “anche ove non sia stata comprovata l'effettiva lesione sofferta dai concorrenti, trattandosi di adempimento posto a tutela, non solo della parità di trattamento tra gli stessi, ma anche dell'interesse pubblico alla trasparenza ed all'imparzialità dell'azione amministrativa, le cui conseguenze negative sono difficilmente apprezzabili ex post” (sul punto cfr. TAR Veneto Sez. I Sent. n. 879 del 21.6.2013, relativa ad una fattispecie in cui la stazione appaltante ad alcuni concorrenti non aveva trasmesso ed altri offerenti aveva tardivamente comunicato la data di svolgimento delle operazioni di apertura dei plichi contenenti le offerte economiche).

V. modelli verbali questa fase, con eventuale soccorso istruttorio.

I nominativi degli o.e. selezionati tramite sorteggio **non devono essere resi noti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.**



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

TAR Sicilia Catania sez. I 4/6/2019 n. 1380

Qualora l'amministrazione abbia individuato gli operatori economici idonei a partecipare ad una procedura negoziata e, pertanto, invitati a partecipare alla stessa, **non può negarsi ad un operatore economico non invitato, che sia comunque venuto a conoscenza di una simile procedura e che si ritenga in possesso dei requisiti di partecipazione previsti dalla legge di gara, di presentare la propria offerta, salvo il potere dell'amministrazione di escluderlo dalla gara:**

-per carenze dell'offerta o degli stessi requisiti di partecipazione

-ovvero perché l'offerta non è pervenuta tempestivamente (rispetto alla scadenza del termine indicata nella lettera di invito agli operatori invitati)

-e sempre che la sua partecipazione non comporti un aggravio insostenibile del procedimento di gara e cioè determini un concreto pregiudizio alle esigenze di snellezza e celerità che sono a fondamento del procedimento semplificato delineato.

Tale interpretazione è conforme, non solo e non tanto al principio del favor participationis, costituendo piuttosto puntuale applicazione dell'altro fondamentale principio di concorrenza cui devono essere ispirate le procedure ad evidenza pubblica e rappresentando contemporaneamente anche un ragionevole argine, sia pur indiretto e meramente eventuale, al potere discrezionale dell'amministrazione appaltante di scelta dei contraenti (in termini, T.A.R. Abruzzo, sez. I de L'Aquila, 25/10/2018, n.397)>.

CONTRA



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Consiglio di Stato sez. V 12/9/2019 n. 6160

La disposizione di cui all'art. 36, comma 2, lett. c) d. lgs. 18 aprile 2016, n. 50 delinea una procedura speciale nella quale, pur nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, è rimessa alla sola amministrazione l'individuazione degli operatori economici astrattamente idonei ad eseguire la prestazione, che vengono, pertanto, invitati a presentare offerta.

La procedura descritta si distingue, pertanto, dalle ordinarie procedure di affidamento **per essere l'amministrazione ad avviare il dialogo con il singolo operatore economico attraverso la lettera di invito individuale** a presentare la sua offerta e non, come normalmente accade, l'operatore economico a proporsi con la domanda di partecipazione in adesione al bando di gara.

Consentire ad ogni operatore economico, non invitato dall'amministrazione, ma che sia venuto a conoscenza degli inviti (e, dunque, dell'esistenza di una procedura), di presentare la propria offerta significa, di fatto, ribaltare la sequenza descritta e ripristinare l'ordinarietà, ma in palese contrasto con le indicazioni normative. Simile procedura è, dunque, ispirata ai principi di snellimento e celerità che, per essere derogatori dei principi di pubblicità e limitativi del principio di massima partecipazione, devono essere interpretati restrittivamente pena la violazione del principio di concorrenza (SI IMMAGINI SE SI PROPONESSERO IN UN NUMERO ELEVATO!)

Né vale a modificare i termini della questione **precisare che l'offerta dell'operatore non invitato è accantonata solo se l'aggravio che ne possa derivare alla procedura di gara sia "insostenibile"**, e ciò per due ragioni:

in primo luogo, poiché sarebbe in questo modo introdotto un criterio di ammissione alla procedura di gara eccessivamente generico ed ampiamente discrezionale;

in secondo luogo, perché l'aggravio che la partecipazione di altri operatori economici oltre a quelli invitati dall'amministrazione può comportare sulla procedura dipende inevitabilmente dal numero, ma di questo si è occupato il legislatore – con la previsione di un numero di operatori economici da consultare diverso per ciascuna procedura di cui all'art. 36, comma 2, d.lgs. n. 50 – e così definendo il numero di partecipanti conciliabile con l'esigenza di celerità della procedura



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

L'INVITO DEGLI O.E. SELEZIONATI:

La S.A. invita contemporaneamente tutti gli o.e. selezionati a presentare offerta a mezzo PEC ovvero, quando ciò non sia possibile, tramite lettera.

L'invito contiene almeno (V. MODELLO):

- 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 o, nel caso di o.e. 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;
- e) il criterio di aggiudicazione prescelto (motivato se si sceglie PPB) e, 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) nel caso di applicazione del PPB, la volontà di procedere alla verifica dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97, comma 8, d.lgs. 50/2016, 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;
- k) Specifica modalità per calcolo anomali
- 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.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

LA PROCEDURA DI GARA

Le sedute di gara, siano esse svolte dal Rup o dal seggio di gara o dalla commissione giudicatrice (in caso di OEPV), devono essere tenute in forma pubblica, ad eccezione della fase di valutazione delle offerte tecniche;

Le relative attività devono essere verbalizzate.

A. FASE APERTURA BUSTA A

NOVITA' SBLOCCA CANTIERI (ART. 36, COMMA 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. LEGGE DI CONVERSIONE HA SOPPRESO QUESTA DISPOSIZIONE NELL'ART. 36, ma l'ha reintrodotta tramite l'estensione dell'art. 133 anche ai settori ordinari fino al 31.12.2020.*

Altrimenti, verifica preliminare ordinaria dei requisiti generali e speciali e solo successivamente apertura offerta tecnica ed economica e poi verifica post aggiudicazione obbligatoria solo nei confronti del solo aggiudicatario, salva la facoltà per la stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti di altri soggetti.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

NOVITA' INTRODOTTE DALLO SBLOCCA-CANTIERI:

- **Art. 36, comma 5: SI CONSENTE L'INVERSIONE DELLE FASI PROCEDIMENTALI** (prima la valutazione dell'offerta economica e tecnica e poi dei requisiti di ammissione):

*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.

In sede di conversione del Decreto, questo comma è stato ABROGATO!

- **PERO' L'INVERSIONE DELLE FASI PROCEDIMENTALI SOPRA DESCRITTA, CHE ERA GIA' PREVISTA ANCHE PRIMA DELLO SBLOCCA CANTIERI PER I SETTORI SPECIALI (ART. 133, COMMA 8), viene estesa in sede di conversione anche ai SETTORI ORDINARI fino al 31.12.2020.**



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

SOCORSO ISTRUTTORIO

v. come riferimento: Bando tipo ANAC sui S. E F. 1/2017 :

L'irregolarità essenziale è sanabile laddove non si accompagni ad una carenza sostanziale del requisito alla cui dimostrazione la documentazione omessa o irregolarmente prodotta era finalizzata. **La successiva correzione o integrazione documentale è ammessa laddove consenta di attestare l'esistenza di circostanze preesistenti, vale a dire requisiti previsti per la partecipazione e documenti/elementi a corredo dell'offerta.**

Nello specifico valgono le seguenti regole:

il mancato possesso dei prescritti requisiti di partecipazione non è sanabile mediante soccorso istruttorio e determina l'esclusione dalla procedura di gara;

l'omessa o incompleta nonché irregolare presentazione delle dichiarazioni sul possesso dei requisiti di partecipazione e ogni altra mancanza, incompletezza o irregolarità del DGUE e della domanda, ivi compreso il difetto di sottoscrizione, sono sanabili, ad eccezione delle false dichiarazioni;

la mancata presentazione di elementi a corredo dell'offerta (es. garanzia provvisoria e impegno del fideiussore) ovvero di condizioni di partecipazione gara (es. mandato collettivo speciale o impegno a conferire mandato collettivo), entrambi aventi rilevanza in fase di gara, sono sanabili, solo se preesistenti e comprovabili con documenti di data certa, anteriore al termine di presentazione dell'offerta;

la mancata presentazione di dichiarazioni e/o elementi a corredo dell'offerta, che hanno rilevanza in fase esecutiva (es. dichiarazione delle parti del servizio/fornitura che saranno eseguite dai singoli operatori del raggruppamento ai sensi dell'art. 48, comma 4 del Codice) sono sanabili.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

B. QUINDI FASE DI VALUTAZIONE OFFERTA TECNICA tramite Commissione (in caso di OEPV), composta sotto-soglia da membri interni, anche il Presidente quantomeno finché non entrerà in vigore la Commissione ANAC.

Ricorda: **sotto-soglia ora ammesso indistintamente OEPV o PPB**

C. INFINE, FASE DI VALUTAZIONE OFFERTA ECONOMICA

Nell'offerta economica, l'o.e. deve indicare i propri costi di manodopera e gli oneri aziendali di in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro (ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti < 40,000):

Cons. St., sez. III, 27 aprile 2018, n. 2554 - ha chiarito «che la lettera dell'art. 95, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 non autorizza in sé la conseguenza dell'esclusione dalla gara del concorrente che non ha indicato separatamente nell'offerta economica **gli oneri di sicurezza**, non essendo prevista alcuna sanzione di espressa esclusione nel cit. comma 10, che peraltro non prescrive più, a differenza degli abrogati artt. 86, comma 3-bis, e 87, comma 4, d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, che i suddetti costi siano indicati "specificamente".

Pertanto, l'obbligo di considerare espressamente gli oneri per la sicurezza aziendale (cc.dd. oneri interni) nell'offerta economica, non comporta l'automatica esclusione dell'impresa concorrente che, pur senza evidenziarli separatamente nell'offerta, li abbia comunque considerati nel prezzo complessivo dell'offerta.

... «in ogni caso, non è violato il disposto dell'art. 83, comma 9, del d. lgs. n. 50 del 2016, il quale esclude dal soccorso istruttorio le incompletezze afferenti all'offerta tecnica ed economica, quando la stazione appaltante consenta all'impresa di specificare la consistenza degli oneri per la sicurezza già inclusi (ma non distinti) nel prezzo complessivo dell'offerta, senza ovviamente manipolare o modificare in corso di gara l'offerta stessa in violazione della trasparenza e della parità di trattamento tra i concorrenti».

Rimessa questione alla Corte di Giustizia UE (Cons. St., A.P., 24 gennaio 2019, n. 1, 2 e 3)



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Sentenza [CGUE, sez. IX, 2 maggio 2019, C-309/18](#).

Non ostano a una normativa nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, secondo la quale la mancata indicazione separata dei costi della manodopera, in un'offerta economica presentata nell'ambito di una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico, comporta l'esclusione della medesima offerta senza possibilità di soccorso istruttorio, anche nell'ipotesi in cui l'obbligo di indicare i suddetti costi separatamente non fosse specificato nella documentazione della gara d'appalto, sempreché tale condizione e tale possibilità di esclusione siano chiaramente previste dalla normativa nazionale relativa alle procedure di appalti pubblici espressamente richiamata in detta documentazione. Tuttavia, se le disposizioni della gara d'appalto non consentono agli offerenti di indicare i costi in questione nelle loro offerte economiche, i principi di trasparenza e di proporzionalità devono essere interpretati nel senso che essi non ostano alla possibilità di consentire agli offerenti di sanare la loro situazione e di ottemperare agli obblighi previsti dalla normativa nazionale in materia entro un termine stabilito dall'amministrazione aggiudicatrice“.

La sentenza non è chiara: di fatto sembra che il soccorso istruttorio sia ammissibile solo se il modulo predisposto dalla stazione appaltante, che invero non costituisce nemmeno *lex specialis*, non preveda (come nel caso scrutinato) uno spazio all'uopo riservato per l'indicazione dei costi in parola.



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

D. VERIFICA DELL'ANOMALIA

Il nuovo art. 97 del Codice **ha sostituito i precedenti 5 metodi di calcolo** da individuarsi previo sorteggio pubblico, **con un sistema duale applicabile cmq solo se il numero delle offerte ammesse è almeno pari o superiore a 5** (comma 3 bis).

Sono previsti, infatti, **due soli calcoli per la soglia di anomalia**: il primo, nel caso in cui le offerte ammesse siano pari o superiori a 15 e il secondo, nel caso opposto.

Nel caso dell'OEPV, il calcolo di cui al comma 3 (i 4/5) è effettuato solo "ove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a tre".

La facoltà prevista nel Codice previgente di inserire l'esclusione automatica per gli affidamenti sotto-soglia con PPB, **diventa un obbligo laddove il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a dieci**. Deve essere espressamente prevista nel bando



LA DISCIPLINA DELLA PROCEDURA NEGOZIATA

E. AD ESITO DELLA PROCEDURA NEGOZIATA:

- Proposta di aggiudicazione formulata dal RUP
- Aggiudicazione definitiva da parte dell'organo competente. La **S.A. pubblica le informazioni relative alla procedura di gara (compresi gli esiti dell'indagine di mercato, l'elenco dei soggetti invitati, ecc.) - v. MODELLO**
- Verifica dei requisiti

F. STIPULA DEL CONTRATTO

-entro 60 gg. dall'aggiudicazione

-a pena di nullità nelle seguenti forme:

- 1) con atto pubblico informatico;
- 2) ovvero in modalità elettronica

-in forma pubblica amministrativa a cura del segretario comunale/provinciale (in generale, a cura dell'Ufficiale rogante della S.A.);

-o, in alternativa, mediante scrittura privata, senza l'intervento del segretario provinciale: qui lo schema di contratto è predisposto ed approvato dal responsabile del settore, il quale provvede alla sottoscrizione;

-Non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni (art. 32, comma 10, lett. b)



L'INCIDENZA DELLE MISURE ANTI-COVID NELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Come evidenziato da INPS nel proprio **Messaggio n. 1374 del 25 marzo 2020**, richiamato anche nel **Comunicato della Commissione Nazionale Paritetica per le Casse Edili (CNCE) del 23 marzo 2020**, a seguito delle misure adottate per l'emergenza COVID-19 con D.L. n. 18/2020, c.d. Cura Italia, **i documenti attestanti la regolarità contributiva denominati Durc On Line** che riportano nel campo <Scadenza validità> **una data compresa tra il 31 gennaio 2020 e il 15 aprile 2020**, al pari di tutti gli altri certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati **contemplati dall'art. 103, co. 2, del DL. 18/2020**, **conservano la loro validità fino al 15 giugno 2020 (le date del 31 gennaio 2020 e del 15 aprile 2020 sono incluse)**.

Confermato con l'articolo 81 del cd. "decreto Rilancio", n. 34/2020, pubblicato in Gazzetta ufficiale (GU Serie Generale n.128 del 19-05-2020 – Suppl. Ordinario n. 21)

L'art.81, infatti, integra il comma 2 dell'art. 103 in materia di sospensione dei termini nei procedimenti amministrativi ed effetti degli atti amministrativi in scadenza, stabilendo che la disposizione che prevede che *«tutti i certificati, attestati, permessi, concessioni, autorizzazioni e atti abilitativi comunque denominati, compresi i termini di inizio e di ultimazione dei lavori ..., in scadenza tra il 31 gennaio 2020 e il 31 luglio 2020, conservano la loro validità per i novanta giorni successivi alla dichiarazione di cessazione dello stato di emergenza»*, **NON SI APPLICA ai "documenti unici di regolarità contributiva in scadenza tra il 31 gennaio 2020 ed il 15 aprile 2020, che conservano validità (solo) sino al 15 giugno 2020"**.



L'INCIDENZA DELLE MISURE ANTI-COVID NELLA PROCEDURA NEGOZIATA

Contributi Anac da versare in sede di gara: ESONERO FINO AL 31 DICEMBRE 2020

È quanto sancisce l'articolo 65 del cd. "[decreto Rilancio](#)", n. 34/2020, che recepisce la proposta avanzata dall'Autorità nazionale anticorruzione nelle settimane scorse.

In particolare, **dal 19 maggio 2020 e fino al 31 dicembre 2020** saranno esonerati dal versamento del contributo:

- le stazioni appaltanti di cui all'art. 3, comma 1, lettera o), del d.lgs. 50/2016 s.m.i.;
- gli operatori economici, di cui all'art. 3, comma 1, lettera p), del d.lgs. 50/2016s.m.i. che intendano partecipare a procedure di scelta del contraente attivate dai soggetti di cui alla lettera sub a).

Per le gare già avviate alla data del 18 maggio 2020. la contribuzione è comunque dovuta.

Per "**avvio della procedura**" si intende la data di pubblicazione del bando di gara oppure, nel caso di procedure senza previa pubblicazione di bando, la data di invio della lettera di invito a presentare l'offerta.

La data di pubblicazione del bando a cui fare riferimento è quella della prima pubblicazione sulla GUCE, sulla GURI oppure all'Albo Pretorio.



L'INCIDENZA DELLE MISURE ANTI-COVID NELLA PROCEDURA NEGOZIATA

SOSPESE LE VERIFICHE PRESSO L'AGENZIA DELLE ENTRATE

FINO AL 31.08.2020

Come noto , le Stazioni Appaltanti, in ragione di quanto stabilito dall'art. 48-bis D.P.R. n.602/73, prima di effettuare un pagamento di importo superiore a 5mila euro, devono verificare se il beneficiario è inadempiente all'obbligo di versamento derivante dalla notifica di una o più cartelle di pagamento e, in caso affermativo, di segnalare la circostanza all'Agenzia delle entrate-Riscossione, ai fini dell'esercizio dell'attività di riscossione delle somme iscritte a ruolo.

Il «Decreto Rilancio», all'art. 153 ha previsto la **sospensione dall'8 marzo al 31 agosto 2020**, delle **verifiche di inadempienza** da parte delle Pubbliche Amministrazioni e delle società a prevalente partecipazione pubblica, da effettuarsi, ai sensi dell'art. **48-bis del DPR n. 602/1973**, prima di disporre pagamenti - a qualunque titolo - di importo superiore a cinquemila euro.

La sospensione decorre dal 21 febbraio 2020 per i soli contribuenti che, alla medesima data, avevano la residenza, la sede legale o la sede operativa nei comuni della c.d. "zona rossa" (allegato 1 del DPCM 1° marzo 2020).

Le verifiche già effettuate restano **prive di qualunque effetto** se, **alla data di entrata in vigore del "Decreto Rilancio"**, l'Agente della riscossione **non ha notificato** il pignoramento ai sensi dell'art. 72-bis del DPR n. 602/1973. Per le somme oggetto di tali verifiche, le Pubbliche Amministrazioni e le società a prevalente partecipazione pubblica, possono quindi procedere al pagamento in favore del beneficiario.



GRAZIE PER L'ATTENZIONE



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

FormezPA