

ROMA



Relazione sul controllo successivo di regolarità amministrativa

(art. 147 bis del D.Lgs. 18 agosto 2000, n. 267)

Anno 2016

La presente relazione è pubblicata sul sito istituzionale di Roma Capitale alla sezione "Amministrazione Trasparente".

1. MODALITÀ OPERATIVE	4
1.1. IL PIANO OPERATIVO DEI CONTROLLI SUCCESSIVI ANNO 2016	4
1.2. DIMENSIONE DEL CAMPIONE – TECNICA DI ESTRAPOLAZIONE DATI	5
1.2.1. La dematerializzazione delle D.D.	5
2. ATTI SOTTOPOSTI A CONTROLLO	7
2.1. ANALISI STATISTICA	7
2.2. RILIEVI ED ESITI	9
Grafico 1 - Determinazioni Dirigenziali Osservate	9
Grafico 2 - Rilievi di regolarità trasmessi alle Strutture	10
Grafico 3 - Richieste di azioni conseguenti al rilievo di regolarità formulato.....	12
Grafico 4 - Analisi dei chiarimenti forniti dalle Strutture e mancate risposte.....	14
2.3. LE MAGGIORI CRITICITÀ	15
3. LE PROCEDURE NEGOZiate	18
3.1. LA DISCIPLINA NORMATIVA SECONDO IL D.LGS. N. 163/2016	19
3.1.1. Procedura negoziata ai sensi dell’art. 57, Codice co. 2, lett. a) b) e c), co. 5, lett. a) e b) ..	19
3.1.2. Procedura negoziata ai sensi dell’art. 122, co. 7, Codice	22
3.1.3. Il cottimo fiduciario (art. 125, co. 8; art. 125, co. 11).....	23
3.2. IL D.LGS. N. 50/2016, REGIME TRANSITORIO E DISPOSIZIONI INTEGRATIVE E CORRETTIVE	24
3.2.1. Procedura negoziata ai sensi dell’art. 63, Codice co. 2, lett. a), b) e c); co. 5	24
3.2.3. Appalti di servizi (allegato II B, D.Lgs. n. 163/2006; allegato IX, D.Lgs. n. 50/2016)	28
3.3. GLI ATTI ESAMINATI	29
Grafico 5 - D.D. Osservate concernenti le procedure negoziate	30
Grafico 6 Rilievi trasmessi per Struttura concernenti le procedure negoziate	31
3.3.1. Le principali criticità.....	31
4. CONCLUSIONI	38
ALLEGATI	40
ALLEGATO 1 PIANO OPERATIVO DI CONTROLLO ANNO 2016 (D.D. N. 6 DEL 07/06/2016)	40
ALLEGATO 2 CIRCOLARI ANNO 2016	40
ALLEGATO 3 TAVOLE STATISTICHE ANNO 2016	40
Tabella 1 - D.D. analizzate per mese ed importo: confronto annualità 2015-2016	40
Tabella 2 - Analisi D.D. osservate nel sistema e tipologia per Struttura	40
Tabella 3 - Totale D.D. emesse da Roma Capitale con rilevanza e senza rilevanza contabile.....	40
Tabella 4 - D.D. analizzate per tipologia.....	40
Tabella 5 - Esiti dell’attività di controllo per Struttura	40
Tabella 6 - Distribuzione attività di controllo per Struttura	40
Tabella 7 - Rilievi trasmessi per Struttura	40
Tabella 8 - Azioni poste in essere per Struttura	40
Tabella 9 - Conseguenze di ordine amministrativo per Struttura.....	40
Tabella 10 - Analisi dei chiarimenti forniti dalle Strutture	40
Tabella 11 - Solleciti inviati alle Strutture.....	40
Tabella 12 - D.D. analizzate relative alle procedure negoziate	40

Premessa

Si è giunti al quarto anno di applicazione del sistema dei controlli interni ex art. artt. 147 e ss. del D.Lgs. n.174/2012, in cui si inserisce il controllo successivo di regolarità amministrativa; la presente Relazione illustra le attività e le risultanze del medesimo, dandone una visione dinamica che presenti, in confronto agli anni precedenti, i risultati ottenuti grazie, anche, alle misure di accompagnamento alla regolarità del processo provvedimentale sviluppatosi attraverso il controllo collaborativo posto in essere.

Molta attenzione è stata dedicata, nell'anno 2016, alle modalità redazionali dei provvedimenti, nella convinzione che tale attività incoraggi lo sviluppo di tipologie di atti e provvedimenti uniformi, tale da contraddistinguere l'Amministrazione capitolina per il suo "stile", delineando una sorta di "marchio di fabbrica" che contribuisca a prevenire fenomeni patologici e situazioni di conflittualità con i destinatari dei provvedimenti.

Scopo, quindi, che il "controllo successivo" si è prefissato, oltre a quello di verificare la legittimità degli atti e la conformità degli stessi ai principi dell'ordinamento e della legislazione vigente, è quello di conseguire il miglioramento della produzione amministrativa dal punto di vista anche qualitativo.

L'attività di controllo del Segretario Generale, attraverso rilievi - pareri - circolari conformative, diviene, così, uno strumento di assistenza ai Dirigenti nell'assunzione degli atti e provvedimenti di competenza ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 267/2000.

I risultati, dall'inizio dell'esperienza dei controlli successivi, sono già significativamente evidenti, ma molta è la strada ancora da percorrere, con l'impegno e la collaborazione di tutte le componenti dell'Amministrazione capitolina.

Occorre ora, ancor più, affiancare alla mera attività di controllo, un indispensabile percorso formativo, che chiuda un circolo virtuoso tra anticorruzione, trasparenza, controllo preventivo e successivo affinché, questi, non restino termini vuoti di significato. Assumo l'impegno di essere parte attiva, sia nella definizione dei percorsi formativi che nella conduzione degli stessi in house.

Con l'auspicio che il presente compendio possa rilevarsi guida utile per l'attività futura auguro buon lavoro.

Il Segretario Generale
Pietro Paolo Mileti

1. Modalità operative

1.1. Il piano operativo dei controlli successivi anno 2016

Nell'anno 2016 è stata approvata (Deliberazione del Commissario Straordinario con i poteri dell'Assemblea Capitolina n. 37 del 26 maggio 2016) il nuovo Regolamento del sistema integrato dei controlli interni, che ha attuato una revisione e sistematizzazione del precedente, fondate su una pregnante interazione del sistema dei controlli con i temi dell'anticorruzione.

Nel nuovo regolamento i diversi tipi di controlli sono compresi in un quadro sistematico, nel quale assume rilevanza il principio di specializzazione che, tuttavia, non implica una indipendenza degli stessi, poiché operativamente condividono parte dello stesso sistema informativo rispetto al quale sono integrati.

Ne consegue che deve essere assicurato un raccordo tra tutti i tipi di controllo, attraverso la veicolazione di informazione/comunicazione tra i diversi soggetti titolari della competenza a svolgere i controlli.

E' di tutta evidenza, infatti, che l'identificazione di informazioni complete, attendibili e corrette consente di costruire un sistema capace di dare indicazioni sui principali ambiti in cui si possono declinare i principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Per quanto attiene, nello specifico, il controllo successivo di regolarità amministrativa, l'art. 8 demanda ad apposito "piano operativo di controllo" la definizione annuale, da parte del Segretario Generale, delle tecniche di campionamento e delle modalità operative del controllo.

Con determinazione dirigenziale n. 6 del 7 giugno 2016, il Segretario Generale ha emanato detto piano, in base al quale sono stati sottoposti a verifica:

- tutte le determinazioni dirigenziali concernenti l'acquisizione di beni, servizi e lavori, il cui valore stimato, IVA esclusa, sia pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria;
- un campione rappresentativo di determinazioni dirigenziali rientranti in settori ed aree sensibili definite a "a rischio critico" nel PTPC;
- un ulteriore campione che assicuri un'equanime verifica sull'attività di tutte le strutture ed articolazioni di cui l'Amministrazione capitolina si compone;
- la verifica dell'ambito gestionale relativo alle procedure negoziate, cui è dedicato un apposito capitolo della presente relazione.

L'attività di controllo si è posta l'obiettivo di acquisire elementi di certezza e regolarità delle procedure amministrative svolte con riferimento alla conformità ai principi dell'ordinamento, alla legislazione vigente in materia, allo statuto ed ai regolamenti di Roma Capitale, nonché in relazione alle modalità di redazione dell'atto.

Il controllo si è incentrato, quindi sulla completezza formale e sostanziale dell'atto secondo i seguenti ambiti specifici:

- regolarità delle procedure adottate;
- correttezza formale dei provvedimenti;
- attendibilità dei dati riportati nei provvedimenti e negli allegati;
- rispetto della normativa generale e di settore;
- conformità dell'azione amministrativa alla programmazione dell'Ente.

1.2. Dimensione del campione – tecnica di estrapolazione dati

In conformità a quanto stabilito nel Piano operativo di controllo, la struttura preposta ha proceduto attraverso il metodo di campionamento casuale, supportato dai sistemi informativi attualmente in uso di Roma Capitale, avvalendosi per l'individuazione della numerosità campionaria, per tipologia di atto, di una formula¹, basata sulla stima dell'errore ammesso, anziché sulla semplice percentuale secca.

I provvedimenti da esaminare sono acquisiti automaticamente, completi dei relativi allegati, mediante l'interrogazione delle due piattaforme informatiche in uso presso Roma Capitale:

- sistema, applicazioni e prodotti nell'elaborazione dati (SAP) – il sistema contabile integrato che gestisce i flussi finanziari dell'Amministrazione;
- gestione elettronica documentale (GED) – la piattaforma informatica che gestisce il processo di archiviazione documentale dell'Amministrazione.

Il campione, così individuato, viene gestito, dalla struttura preposta, attraverso l'applicativo Excel che riepiloga tutte le informazioni necessarie al controllo successivo.

L'assenza di apposito software per l'aggregazione di dati ottenuti in esito all'analisi degli atti e l'utilizzo promiscuo dei due sistemi SAP e GED hanno comportato difficoltà nella enucleazione del campione da sottoporre a controllo, riverberandosi in dilatazione dei tempi della procedura di controllo, a danno del principio della tempestività.

L'auspicata introduzione del software "SID" (Sistema informativo determinazione), che avrebbe dovuto ridurre le difficoltà sopradette, soprattutto con riguardo all'indicazione chiara della tipologia di atto con la standardizzazione dei contenuti del campo "oggetto", non si è realizzata nei tempi e nei modi programmati; tale circostanza ha reso necessario applicare la metodologia già in uso negli anni precedenti.

1.2.1. La dematerializzazione delle D.D.

Nelle precedenti edizioni della Relazione sul controllo successivo di regolarità amministrativa, si è sempre specificata la particolare attenzione al processo di "dematerializzazione" degli atti, vuoi perché esso ha rappresentato, per l'anno 2014, uno specifico Progetto di ente, vuoi perché, anche nell'anno 2015, il percorso di dematerializzazione è proseguito irreversibilmente in linea con i principi dell'amministrazione digitale.

Pertanto, la verifica del rispetto dell'obbligo di informatizzazione è stato assunto, anche nell'anno 2016, a parametro specifico del controllo, non solo attraverso il puntuale riscontro dell'effettiva pubblicazione sulla piattaforma informatica delle determinazioni dirigenziali sottoposte a controllo con i relativi allegati, ma anche sull'utilizzo della redazione digitale delle stesse.

Infatti, è con l'uso del programma Determinazioni Dirigenziali Digitali (DDD) fino a giugno 2016 e poi del Sistema Informativo Determinazione Dirigenziali (S.I.D) - che prevede l'integrazione completa con la gestione elettronica documentale (GED) e la piattaforma SAP di gestione della contabilità, nonché l'impiego della firma digitale e sistemi di work flow management - che si realizza la vera informatizzazione che favorisce l'economicità dell'azione amministrativa e dà garanzie in termini di tracciabilità di flusso documentale.

Il controllo successivo ha evidenziato che il 73,78% del campione estratto è composto da determinazioni dirigenziali redatte in forma interamente digitalizzata (con un incremento pari a +25% rispetto all'anno precedente).

1

$$n = \frac{z^2 N p q}{[\varepsilon^2 (N - 1) + z^2 p q]}$$

n = numerosità del campione

N = numerosità della popolazione (numero totale delle determinazioni dirigenziali)

ε = errore ammesso per la stima del parametro

z = livello di probabilità dell'errore compreso tra 1,96 e 2,58

p = valore della proporzione che interessa conoscere, con approccio conservativo, si assume p = 0,5

q = (1-p)

Nell'effettuare l'attività di controllo successivo si è incorsi in difficoltà nell'individuazione ed estrazione del campione da sottoporre a verifica. Difficoltà, peraltro, già palesatasi negli anni precedenti e legate ai diversi sistemi informatici di gestione documentale che non consentono una selezione del campione per categorie, importi e soprattutto di "pescare" la versione del documento dotata di esecutività.

Si riteneva che con l'avvento del software "S.I.D." (Sistema Informativo Determinazione Dirigenziali) introdotto durante il mese di giugno 2016, fosse possibile estrarre le d.d. suddivise per tipologia in modo tale da eliminare gli inconvenienti e velocizzare la fase della procedura di controllo.

Infatti, il nuovo applicativo S.I.D. avrebbe dovuto garantire la possibilità di abilitare la U.O. Sistema integrato dei controlli interni al download (formato Excel) delle determinazioni dirigenziali di Roma Capitale, dotate di esecutività, per poter garantire il proseguimento dell'attività di controllo delle determinazioni dirigenziali suddivise in base alla rilevanza contabile o meno, importo e alla tipologia di atto, argomento; purtroppo per problemi contingenti l'auspicato miglioramento non si è reso attuabile.

2. Atti sottoposti a controllo

Le risultanze dell'attività di controllo emergono dalla redazione di report periodici di tipo statistico che evidenziano:

- screening (lettura determinazioni dirigenziali campionate) e individuazione di quelle con criticità;
- rilievi (vizi di legittimità, carenze motivazionali, carenze redazionali);
- azioni, le attività amministrative poste in essere dall'ufficio preposto, in conseguenza dei vizi rilevati sulle determinazioni costituenti il campione oggetto di controllo (richiesta di valutare il provvedimento in autotutela, richieste chiarimenti, raccomandazioni);
- esiti, riscontro ai rilievi formulati e alle azioni richieste (annullamento d'ufficio, irregolarità sanate, revoca, chiarimenti).

Per ogni determinazione dirigenziale viene redatta una scheda di osservazione all'interno della quale vengono annotati i principali elementi caratterizzanti il provvedimento e gli indicatori di sintesi che possono misurare e differenziare l'attività dei dirigenti rispetto alle criticità segnalate.

2.1. Analisi statistica

Per l'anno 2016 sono state sottoposte a controllo successivo n. 2235 determinazioni dirigenziali (+10% rispetto al 2015) (cfr. allegato 3 tab.1).

Per ciascuno di tali provvedimenti vengono annotati i principali elementi caratterizzanti e indicatori di sintesi atti a evidenziare la natura ed il peso delle eventuali criticità rilevate.

La raccolta sistemica di tali elementi, oltre ad essere alla base delle risultanze statistiche contenute nella presente Relazione, viene trasmessa ai competenti organi, quale parametro utile da ponderare nell'ambito del ciclo di valutazione della performance.

Nello specifico il campione è composto da n.1.346 provvedimenti con impegno di spesa maggiore o uguale di € 200.000,00 e n. 889 determinazioni di impegno di spesa inferiori alla soglia evidenziata o prive di rilevanza contabile di cui n. 398 afferenti a procedure negoziate; si evidenzia che tale ultima categoria ha registrato un incremento, rispetto al 2015, di +27%, rappresentando il 40% del totale del campione (nell'anno precedente 34%) (cfr allegato 3 tab. 1).

Da un punto di vista finanziario le determinazioni sottoposte a controllo hanno coperto una movimentazione contabile, sul titolo I e II del Bilancio 2016 di Roma Capitale di € 4.295.665.454,33 (pari al 94% degli impegni complessivi registrati sul sistema informatico SAP, per il medesimo anno), anche se il campione rappresenta il solo 1,76% (cfr. allegato 3 tab. 3) delle D.D. emesse dai dirigenti di Roma Capitale (n. 127.112 determinazioni dirigenziali registrate a sistema nel 2016).

Tuttavia, va evidenziato che nella pleora di D.D. rientrano anche provvedimenti necessitati e routinari, che si sostanziano in procedimenti, di fatto, "blindati" o relativi a meri adempimenti formali come, per esempio, le D.D. emesse dai Gruppi di polizia municipale, nella quasi totalità riguardanti disposizioni relative alla gestione del traffico e alla mobilità cittadina, oppure le D.D. che costituiscono adempimenti istituzionali in materia di funzioni di competenza statale (elettorale, servizi demografici, stato civile ecc.), le quali al momento attuale non possono essere scorporate; viceversa, inserendo un'apposita modalità informatica di evidenziazione di tali fattispecie ininfluenti dal punto di vista del controllo, la percentuale di copertura del campione salirebbe.

Nell'esercizio del controllo successivo sono emerse criticità per n. 228 determinazioni, per le quali sono stati emessi altrettanti rilievi trasmessi ai dirigenti responsabili; a fronte di tali rilievi, in presenza di connessione di carattere soggettivo o oggettivo tra alcune D.D., si è proceduto all'accorpamento delle comunicazioni con la creazione di n. 128 fascicoli di analisi.

Va sottolineato che il controllo, in un'ottica collaborativa tra strutture capitoline, al fine di garantire il buon andamento delle reciproche attività, si è svolto tramite l'instaurazione di una fitta corrispondenza tra la struttura

preposta al controllo e le strutture che emettono le determinazioni dirigenziali oggetto di analisi, finalizzata al progressivo miglioramento della qualità degli atti amministrativi.

In linea con gli standard del controllo successivo comunemente accolti - che pongono l'accento più sulla finalità di supporto ed indirizzo che su quella sanzionatoria - il Segretario Generale, relativamente a questioni insorte di maggiore consistenza qualitativa e quantitativa, ha formulato delle direttive attraverso lo strumento della circolare. Nell'anno 2016 sono state predisposte n. 2 circolari di seguito elencate, il cui testo completo è pubblicato all'allegato 2:

- RC 12193 del 20/04/2016
"Incentivi alla progettazione per opere manutentive (art. 93 co. 7-ter del Codice dei Contratti)";

- RC 14595 del 12/05/2016
"Obblighi di comunicazione alla Sezione regionale di controllo della Corte dei conti ex art. 1, co. 173 L. 266/2005".

Nella tabella 4 sub allegato 3, vengono esposti i provvedimenti oggetto di analisi suddivisi per tipologia, con l'indicazione del peso di ciascuno sul totale del campione, nonché le criticità emerse. Nella successiva tabella 5 sub allegato 3 i medesimi criteri vengono proposti suddivisi per struttura emittente.

Dall'analisi dei report si evidenzia un'equa distribuzione del campione per tipologia di atti (con picchi, comunque in linea, per liquidazioni, procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando, proroghe/rinnovi), in modo da presentare una panoramica completa delle attività gestionali dell'Ente.

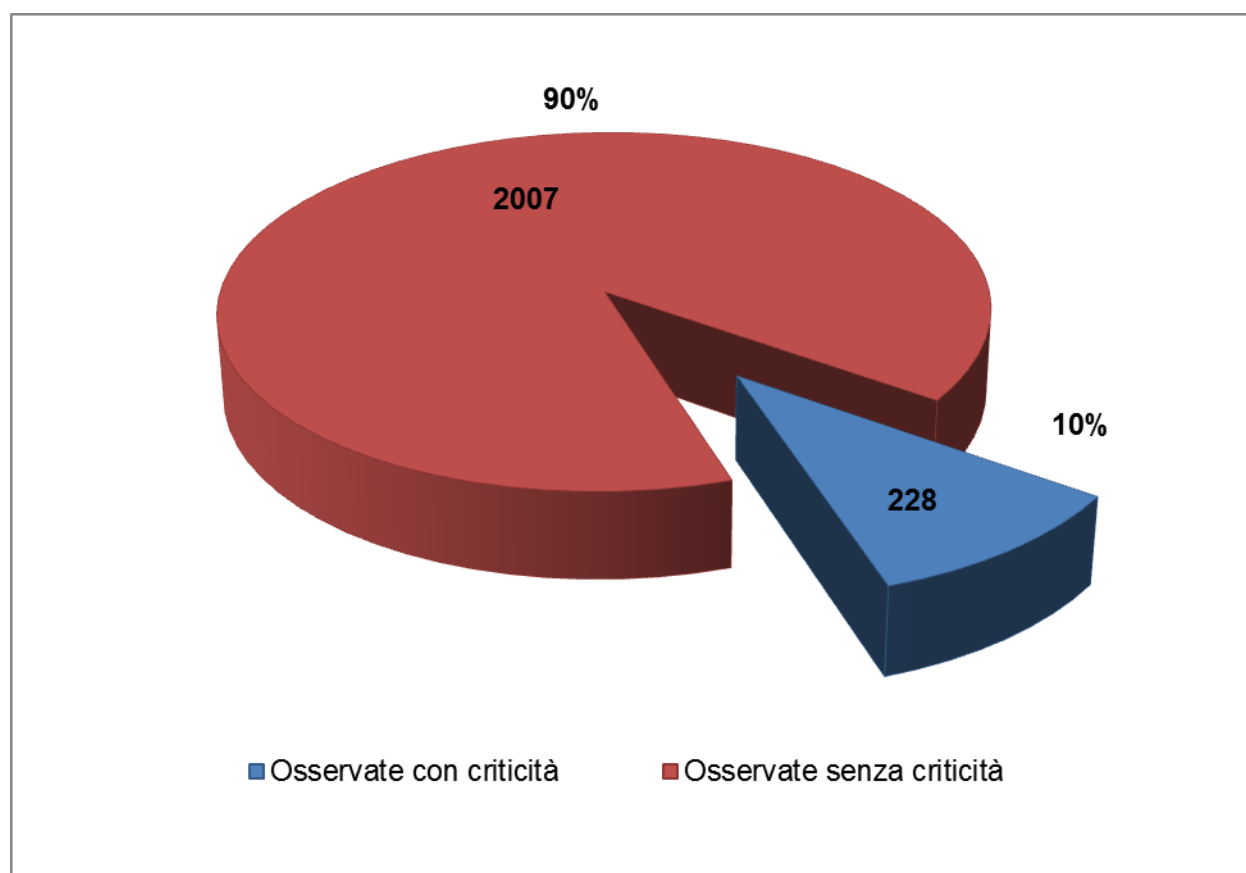
2.2. Rilievi ed esiti

In primo luogo, a seguito dell'esame della determinazione dirigenziale, si procede alla verifica della sussistenza o meno di criticità amministrative (vizi di legittimità, carenze motivazionali, carenze redazionali). Laddove emergano dei rilievi, gli stessi vengono trasmessi con apposita nota al firmatario del provvedimento, anche per consentire le eventuali azioni correttive.

In seguito all'analisi del campione sono state riscontrate criticità per n. 228 determinazioni, che hanno comportato l'invio di altrettante lettere di rilievo ai Responsabili (anche in forma aggregata in presenza di medesima criticità per più determinazioni).

Il sottostante grafico 1 visualizza il rapporto tra atti regolari e atti con criticità; nell'allegato 3, invece, si rappresenta tabellarmente il confronto, rispettivamente per strutture di supporto agli organi e all'amministrazione, strutture di staff, strutture di linea e strutture territoriali (tab. 5), tra determinazioni osservate e la quota di quelle con criticità.

Grafico 1 - Determinazioni Dirigenziali Osservate



Per facilitare l'analisi statistica ed attribuire una giusta ponderazione alla natura/gravità della criticità riscontrata, i rilievi sono stati classificati in 3 macroaggregati:

- Vizi di legittimità (V): vizi che inficiano la validità dell'atto per mancata conformità alle prescrizioni statuite dalla normativa, per erronea valutazione dei fatti, per palese illogicità, per mancanza totale di motivazione, per contrasto con le regole di buona amministrazione ed imparzialità.
- Carenze motivazionali (M): trattasi di non completa e compiuta espressione dei presupposti di fatto e di diritto alla base del provvedimento o del mancato richiamo a provvedimenti presupposti e prodromici.
- Carenze redazionali (CR): sono ritenute tali le impostazioni dell'atto prive di logicità consequenziale, tale da rendere lo stesso difficilmente comprensibile dal punto di vista sia formale che sostanziale; rientra in tale categoria anche il mancato rispetto degli standard redazionali stabiliti dall'amministrazione

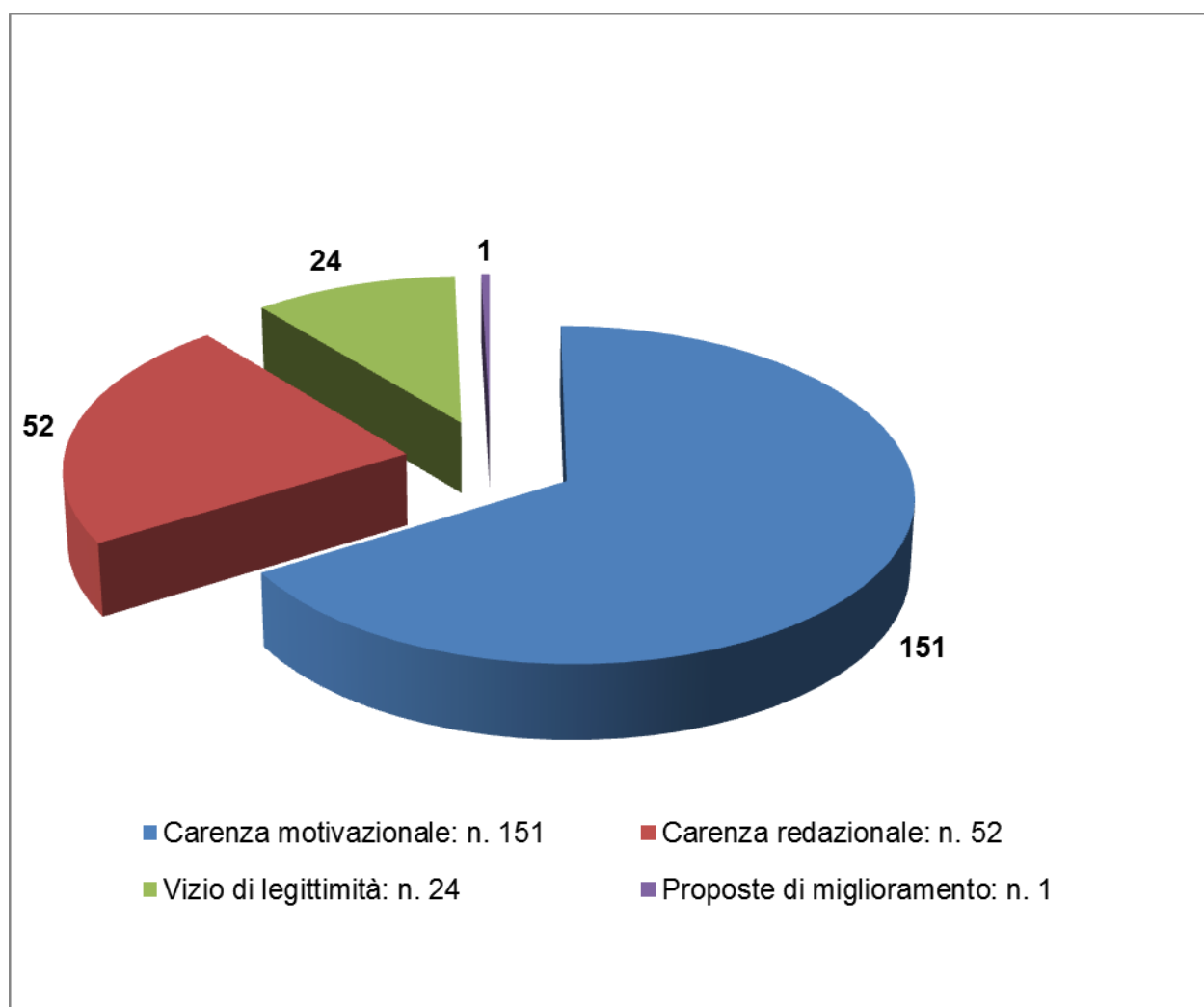
(puntualità ed esaustività nei riferimenti normativi, indicazione di dati specifici, complessiva intellegibilità).

Il sottostante grafico sintetizza la distribuzione, nei macroaggregati descritti, delle determinazioni per le quali sono stati effettuati rilievi di regolarità durante la fase di controllo.

Il dato statistico rappresenta la distribuzione dei rilievi in base ai macroaggregati, da cui si desume una predominanza dei rilievi derivanti da “carenza motivazionale”; lo stesso dato è esposto, suddiviso per struttura nell'allegato 3, tab.7.

Si specifica che tali riscontrate carenze motivazionali attengono principalmente a mancata indicazione dei presupposti giustificativi del ricorso alle proroghe di affidamenti, alla mancata giustificazione dei criteri che hanno portato a scegliere il beneficiario del provvedimento, e ad incertezze che non consentono di qualificare con esattezza la fattispecie giuridica dell'istituto oggetto della determinazione; criticità, che, comunque, non sono tali da assumere la rilevanza di vizio di legittimità (la totale carenza di motivazione o la sua manifesta illogicità, viceversa, sono state fatte rientrare in tale più grave irregolarità).

Grafico 2 - Rilievi di regolarità trasmessi alle Strutture



Unitamente alla segnalazione di criticità, la struttura preposta al controllo successivo, formalizza richieste di azioni conseguenti al rilievo formulato, che così possono sintetizzarsi:

- richiesta di valutare l'adozione di provvedimenti in autotutela (AT): considerato il principio di autotutela dell'attività dirigenziale, la richiesta di provvedimenti di tal fatta viene avanzata laddove lo stesso appaia viziato da una delle cause di illegittimità di cui all'art. 21 octies L.241/90 ss. mm.ii. (violazione di legge, incompetenza, eccesso di potere), nonché in tutti quei casi in cui, non avendo il provvedimento prodotto

i propri effetti, sia suscettibile di diversa valutazione nel merito da determinare una scelta discrezionale opposta a quella originaria, ovvero in tutte le ipotesi di totale mancanza di motivazione;

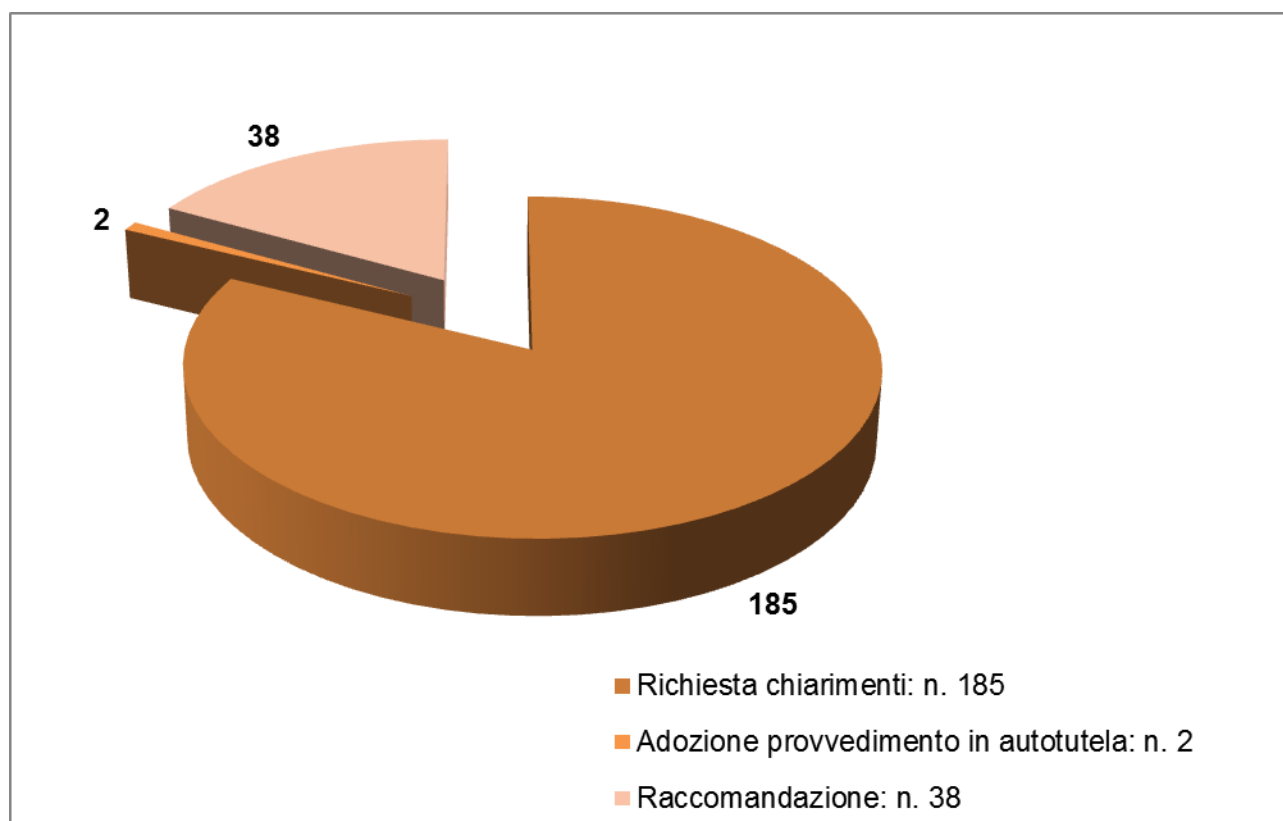
- richieste di chiarimenti (CH): richiesta di informazioni alla struttura che ha adottato l'atto, al fine di ottenere una maggiore e più chiara esplicitazione del *modus operandi* adottato nel caso concreto, al fine di garantire che l'azione, per la cura ed il perseguimento del pubblico interesse specifico, sia stata conforme ai principi di correttezza, imparzialità e buon andamento. Qualora i chiarimenti forniti non corrispondano a convincenti giustificazioni, in relazione all'entità del rilievo non risolto e alla ponderazione degli interessi coinvolti, si potrà chiedere la valutazione di provvedimento in autotutela;
- raccomandazioni (RACC): si tratta di indicazioni operative e puntualizzazioni che vengono dettate agli uffici affinché ne tengano conto nella redazione di futuri provvedimenti analoghi;
- circolari (CIRC): comunicazione interna del Segretario Generale, indirizzata a specifici uffici o a tutte le strutture di Roma Capitale, al fine di divulgare modalità procedurali dettagliate ed uniformi da seguire nell'emanazione dell'atto.

Dal seguente grafico 3 e anche in allegato 3 tab. 8, si evince che, nella maggior parte dei casi le strutture sono state invitate a fornire dei chiarimenti in ordine a quei provvedimenti per i quali sono state riscontrate delle irregolarità.

Soltanto con riferimento a due determinazioni dirigenziali, oggetto di esame nell'ambito dell'attività di controllo successivo di regolarità amministrativa, si è proceduto ad invitare la struttura competente ad adottare provvedimenti in autotutela.

In alcuni casi, l'Ufficio preposto al controllo si è limitato ad inoltrare raccomandazioni alle strutture interessate al fine di fornire dei suggerimenti utili nella redazione di futuri provvedimenti che presentino le medesime caratteristiche. Qualora si siano riscontrate delle irregolarità reiterate e trasversali a più Strutture di Roma Capitale si è proceduto con la redazione ed inoltro di apposita circolare esplicativa.

Grafico 3 - Richieste di azioni conseguenti al rilievo di regolarità formulato



In esito ai rilievi effettuati, nonché ai “suggerimenti” proposti come sopra descritti, è interessante esporre quali azioni siano state consequenzialmente adottate dalle strutture destinatarie delle osservazioni.

Anche in questo caso, si è ricorso ad una catalogazione delle possibili azioni al fine di rendere un dato statistico aggregato:

- annullamento d'ufficio (A): annullamento della determinazione dirigenziale da parte dell'ufficio per vizio di legittimità;
- revoca (REV): il provvedimento, ad efficacia durevole, può essere revocato da parte dell'organo emittente, o da altro organo sovraordinato, per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento nella situazione di fatto o, ancora, in presenza di una nuova e diversa valutazione dell'interesse pubblico originario;
- irregolarità sanata (IS): condividendo le risultanze dell'istruttoria condotta dalla struttura di controllo, e, pertanto, ritenendo di uniformarsi alle indicazioni formulate, la struttura emanante attraverso ulteriore atto formale sana le irregolarità contestate, laddove le stesse siano rimovibili senza inficiare il provvedimento originario;
- chiarimenti (CH): l'ufficio fornisce una replica, corredata di elementi utili a rispondere ai chiarimenti richiesti, illustrando ed integrando le motivazioni che hanno condotto all'adozione dell'atto.

Nella allegato 3 tab. 9 si riportano, per struttura, le azioni intraprese dalle stesse. Nella maggior parte dei casi, le varie strutture, a seguito della ricezione di note formulate dall'Ufficio preposto al controllo, hanno corrisposto con chiarimenti, adducendo le motivazioni poste a fondamento delle scelte alla base dell'adozione del provvedimento. In cinque casi le strutture hanno sanato le irregolarità ad esse eccepite, mentre in quattro casi si è provveduto all'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio e le irregolarità sanate possono indifferentemente conseguire sia dalla richiesta di valutare l'adozione di provvedimenti in autotutela che dalla richiesta di chiarimenti, i quali ultimi abbiano indotto l'ufficio emittente ad un ripensamento sul proprio operato ed alla correzione dello stesso.

In riferimento ad un provvedimento di indizione di procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, ex art. 63, co. 2, lett. c) del D.Lgs. n. 50/2016, è stato rilevato il difetto dell'accertamento e della

rappresentazione dei presupposti legittimanti la procedura in argomento con richiesta di chiarimenti ed eventuale intervento correttivo in autotutela. Considerato lo stato della procedura (al momento della comunicazione dei rilievi era stata adottata la determina a contrarre senza invio delle lettere di invito) è stato possibile per il Dirigente Responsabile adottare un provvedimento di rettifica e integrazione dell'atto sottoposto a controllo, idoneo a superare le carenze riscontrate.

Non esistono poi conseguenze immediate sul singolo atto nel caso di raccomandazione, ma l'ufficio di controllo monitora nel prosieguo l'adesione alla raccomandazione formulata; in tale ipotesi come anche nei casi in cui da una richiesta di chiarimento sia derivata una rivisitazione dell'attività svolta si ritiene si espliciti a pieno la *mission* del controllo successivo consistente nell'induzione collaborativa alla riflessione sul proprio operato, onde riportarlo nell'alveo della cd. regola "delle 4E" (efficienza, efficacia, economicità, eguaglianza).

Va sottolineato che, talvolta, le risposte pervenute alle osservazioni formulate in sede di controllo non sono esaustive né chiarificatrici dell'iter logico sotteso all'atto, dando luogo ad ulteriore fitta corrispondenza per giungere ad una visione completa della fattispecie, non sempre raggiungibile; per tale motivo, le risposte sono state catalogate in sufficiente, parzialmente sufficiente e non sufficienti (cfr. allegato 3 tab. 10).

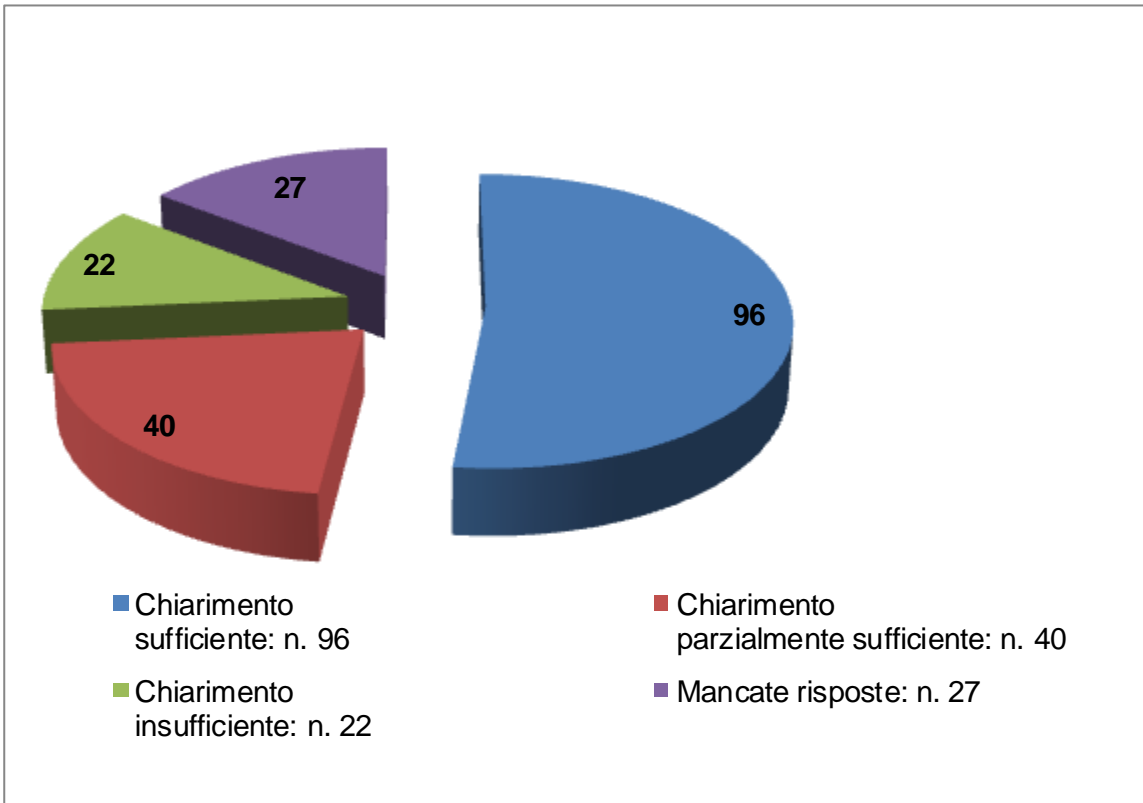
Inoltre, le risposte non sempre sono tempestive, determinando la necessità di una sollecitazione, a volte reiterata, da parte dell'ufficio competente; in sintesi a fronte di n. 185 richieste di chiarimenti sono stati effettuati n. 46 solleciti (25%); nella tabella in allegato 3 - tab. 11 - si riporta, suddiviso per struttura, l'elenco dei solleciti effettuati, peraltro non sempre andati a buon fine.

Discorso a parte va svolto per le mancate risposte; si ritiene tale comportamento qualificante ai fini della valutazione della performance, in primo luogo in quanto contrario ai doveri d'ufficio, in considerazione dell'obbligo giuridico, in capo al Segretario Generale, di effettuare il controllo successivo e conseguentemente nell'obbligo di dar seguito alle richieste del "controllore".

Ma, ancor più grave, la mancata risposta rappresenta l'inconsapevolezza della funzione collaborativa di tale tipo di controllo, in cui la condivisione è primo elemento per il miglioramento dell'azione amministrativa cui tutti gli attori sono chiamati a concorrere.

Nel sottostante grafico 4 si evidenziano le risposte ritenute sufficienti, parzialmente sufficienti, quelle ritenute non sufficienti e le non pervenute; in allegato 3 tab. 10 si riporta il medesimo dato suddiviso per struttura.

Grafico 4 - Analisi dei chiarimenti forniti dalle Strutture e mancate risposte



2.3. Le maggiori criticità

Nel corso dell'anno 2016 l'attività di controllo, proseguendo nel solco tracciato negli anni precedenti, ha consolidato l'analisi e lo studio di atti eterogenei promananti da strutture differenti, selezionati tramite campionamento.

La visione privilegiata sull'intera attività amministrativa ha consentito di trarre importanti spunti di analisi e riflessioni su criticità, limiti, potenzialità e spazi di miglioramento; anche in riferimento all'anno 2016, quindi, è utile indicare gli elementi di riflessione emergenti dall'attività di controllo, in un'ottica propositiva.

L'attività riferita all'anno trascorso ha evidenziato il perdurare di criticità preesistenti, diremmo "croniche" per Roma Capitale, che tuttavia presentano degli indubbi elementi sintomatici di miglioramento.

E' il caso delle proroghe degli affidamenti, fenomeno ricorrente in ampi spazi dell'attività amministrativa, dai servizi alla persona, all'emergenza abitativa (CAAT), alle locazioni passive, ove si concretizza nel fenomeno delle "indennità di occupazione". Le proroghe, che per consolidata e costante giurisprudenza sovente concretizzano affidamenti diretti e quindi concreta lesione ai fondamentali principi di concorsualità, concorrenzialità e trasparenza, sono manifestazioni, spesso, di mancanza di adeguata programmazione nella gestione degli appalti. Si deve riscontrare come il 2016 abbia evidenziato, specie nell'ambito dei servizi sociali, e, in misura minore, relativamente alla ricerca di immobili da locare, un evidente cambio di rotta, con la pubblicazione di numerosi bandi di gara, che hanno comportato un rinnovamento negli affidatari dei servizi con l'auspicato impatto sulla concorrenza, anche se, ancora troppo di frequente, si riscontrano prolungamenti che alterano il mercato.

Talora, il fenomeno delle proroghe è stato fortemente influenzato dai mutamenti politici e dall'alternarsi non sempre coerente delle linee programmatiche e strategiche; è il caso dei CAAT (Centri Assistenza Alloggiativa Temporanea) e dell'emergenza abitativa (gestiti dal Dipartimento Politiche Abitative), settore che ha risentito di numerosi cambi di strategia, quali le preannunciate dismissioni dei Centri, che hanno avuto riscontro sulle procedure per l'individuazione degli affidatari della gestione degli stessi, da troppi anni in regime di proroga.

Nel caso di specie, nonostante i fondati motivi consistenti nella proroga (non sempre adeguatamente programmata né certa) dei servizi, si è comunque sottolineata la necessità di rispettare i fondamentali canoni di separazione delle competenze, affinché il difetto di indirizzo e programmazione nella gestione dell'emergenza non si concretizzi in carenze nell'ambito gestionale di individuazione degli affidatari.

L'anno 2016 ha poi segnato un punto di svolta nell'attività amministrativa di ogni amministrazione pubblica, con l'avvento, nel mese di aprile, quale fondamentale innovazione normativa lungamente attesa, del Decreto Legislativo 50, di riforma del codice appalti. Il testo è stato sottoposto a revisioni quasi immediate, ed è poi stato integrato dalle Linee Guida A.N.A.C. (al 31 dicembre 2016 ne sono state pubblicate 5), a proposito delle quali è attiva la discussione fra i giuristi sia sul contenuto (anch'esso sottoposto a modifiche) che sul valore all'interno delle fonti del diritto.

In questo quadro complesso, i numerosi atti sottoposti a controllo afferenti il settore degli appalti pubblici hanno risentito, talora, della transizione normativa e della spiccata frequenza degli aggiornamenti e delle integrazioni; si sono rilevate carenze, sovente, di tipo redazionale, quali le mancanze relativamente alla verifica dei motivi di esclusione e delle dichiarazioni anti-pantouflage.

Più specificamente, l'attività di controllo è intervenuta, con una certa frequenza, relativamente alla previsione di incentivi di progettazione a favore del personale dipendente; la materia, dapprima ricondotta a rigidi ambiti di applicazione dalla sezione autonomie della Corte dei Conti, è stata poi riformata dall'art. 113 del nuovo Codice Appalti, e disciplinata entro regole rigide di configurazione, che non sempre sono state osservate, per quanto emergente in sede di controllo, con la dovuta attenzione.

In sede di controllo, si è intervenuti ulteriormente in un campo delicato, trattato da lettere di osservazioni fin dal 2013, ovvero il settore dei canili comunali, ancora interessato da proroghe reiterate e da procedimenti di gara non sempre condotti con la dovuta chiarezza. In tal proposito si deve rilevare come, sul finire dell'anno, l'auspicato affidamento a soggetti individuati a seguito di evidenza pubblica si sia verificato.

Laddove si è incentrata l'attività di controllo con frequenza e approfondimento analitico e articolato, è stato nel campo delle contribuzioni a strutture esterne, sia in house, che appartenenti al vasto e impreciso genus degli "organismi di partecipazione".

Questo settore, probabilmente, è stato quello che ha riservato le maggiori criticità, e una certa impermeabilità alle osservazioni rilevate.

Per quanto riguarda, preliminarmente, le società in house, le osservazioni si sono incentrate in via principale sulle erogazioni a favore di Zetema Progetto Cultura, in prevalenza sui contributi per servizi strumentali elargiti al di fuori del contratto di servizi. Si è rilevato in proposito, in conformità con l'anno precedente, come l'ammontare delle erogazioni complessive sembri tale da superare l'importo previsto dal contratto, circostanza che farebbe emergere la necessità, alternativamente, di ricondurre i servizi richiesti nel sinallagma contrattuale, oppure, viceversa, di adeguare l'importo del contratto di servizio alle esigenze, di fatto incongruenti con il regime contrattuale, dell'Amministrazione.

Le erogazioni disposte in aggiunta all'importo contrattuale, pur previste in via residuale dal Contratto di servizio, se di ammontare così rilevante possono denunciare un difetto di programmazione nel definire i rapporti contrattuali, nonché celare affidamenti diretti in luogo degli ordinari rapporti negoziali.

Sempre nell'ambito dei rapporti con le società in house, si è inoltre osservato come, a proposito di A.M.A., a fronte di evidenti inadempienze contrattuali della stessa società, si incontrino difficoltà ad irrogare le sanzioni, pur previste dal contratto di servizio.

Nella vasta congerie di rapporti negoziali che Roma Capitale intrattiene per lo svolgimento di servizi per la cittadinanza, molte criticità sollevano i contributi e le agevolazioni a favore di strutture eterogenee, quali associazioni/fondazioni/organismi di partecipazione.

E' utile premettere che la tipologia delle "fondazione di partecipazione" o "organismi di partecipazione", come ricostruito efficacemente dal parere della sezione regionale di controllo del Lazio n. 151/2013 (interventivo proprio a proposito di una Fondazione di Roma Capitale, ovvero la Fondazione "Museo della Shoah"), coniugano "*l'elemento personale, tipico delle associazioni, e l'elemento patrimoniale, caratteristico delle fondazioni*", costituendo una figura atipica, affiancata ad associazioni e fondazioni, come tale consentita anche dall'art. 1 D.P.R. 361/2000². Tali fondazioni presentano caratteristiche tipiche dell'associazione (presenza di fondatori, aderenti e sostenitori sia pubblici che privati che partecipano al CDA e al Consiglio di Amministrazione), ma vengono controllate da "*un Organo di sorveglianza composto esclusivamente dai rappresentanti degli enti pubblici partecipanti*"; il patrimonio, nelle fondazioni di specie, è a struttura aperta e formato da un fondo patrimoniale e uno di gestione.

La figura che emerge è uno strumento dinamico, che realizza una forma di partnership pubblico-privato, caratterizzata da una finalizzazione di interesse generale, personalità giuridica e, anche (in via alternativa) finanziamento maggioritario pubblico, gestione soggetta al controllo pubblico, organo di amministrazione o di vigilanza costituito da membri, dei quali più della metà designati da soggetti pubblici.

In presenza di elementi siffatti, la fondazione di partecipazione rileva quale ente strumentale, a carico del quale sono posti anche il rispetto dei limiti di spesa in ordine al reclutamento di personale e al conferimento di incarichi disposti dall'art. 76 D.L. 112/2008 (convertito nella legge 133/2008)³; per tali enti esiste quindi la piena

² "Regolamento recante norme per la semplificazione dei procedimenti di riconoscimento di persone giuridiche private e di approvazione delle modifiche dell'atto costitutivo e dello statuto"

³ Art. 76 Spese di personale per gli enti locali e delle camere di commercio 1. All'articolo 1, comma 557, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 e successive modificazioni è aggiunto alla fine il seguente periodo: "ai fini dell'applicazione della presente norma, costituiscono spese di personale anche quelle sostenute per i rapporti di collaborazione continuata e continuativa, per la somministrazione di lavoro, per il personale di cui all'articolo 110 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché per tutti i soggetti a vario titolo utilizzati, senza estinzione del rapporto di pubblico impiego, in strutture e organismi variamente denominati partecipati o comunque facenti capo all'ente". 2. L'articolo 3, comma 121, della legge 24 dicembre 2007, n. 244 è abrogato. 3. L'articolo 82, comma 11, del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali, di cui al decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267 e successive modificazioni è sostituito dal seguente: "La corresponsione dei gettoni di presenza è comunque subordinata alla effettiva partecipazione del consigliere a consigli e commissioni; il regolamento ne stabilisce termini e modalità. 4. In caso di mancato rispetto del patto di stabilità interno nell'esercizio precedente è fatto divieto agli enti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo, con qualsivoglia tipologia contrattuale, ivi compresi i rapporti di collaborazione continuata e continuativa e di somministrazione, anche con riferimento ai processi di stabilizzazione in atto. E' fatto altresì divieto agli enti di stipulare contratti di servizio con soggetti privati che si configurino come elusivi della presente disposizione. 5. Ai fini del concorso delle autonomie regionali e locali al rispetto degli obiettivi di finanza pubblica, gli enti sottoposti al patto di stabilità interno assicurano la riduzione dell'incidenza percentuale delle spese di personale rispetto al complesso delle spese correnti, con particolare riferimento alle dinamiche di crescita della spesa per la contrattazione integrativa, tenuto anche conto delle corrispondenti disposizioni dettate per le amministrazioni statali. 6. Con decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri, da emanarsi entro novanta giorni dall'entrata in vigore del presente decreto, previo accordo tra Governo, regioni e autonomie locali da concludersi in sede di conferenza unificata, sono definiti parametri e criteri di virtuosità, con correlati obiettivi differenziati di risparmio, tenuto conto delle dimensioni demografiche degli enti, delle percentuali di incidenza delle spese di personale attualmente esistenti rispetto alla spesa corrente e dell'andamento di tale tipologia di spesa nel quinquennio precedente. In tale sede sono altresì definiti: a) criteri e modalità per estendere la norma anche agli enti non sottoposti al patto di stabilità interno; b) criteri e parametri - con

applicabilità della disciplina vincolistica dettata per il settore pubblico, “*ivi comprese le procedure pubbliche di selezione per le assunzioni, sia a tempo determinato che indeterminato*”; tali limiti peraltro, si applicano proprio perché tali figure “partecipate” si atteggiano quali moduli organizzativi dell’ente, a prescindere anche dalla misura della partecipazione dell’ente stesso alla fondazione.

Più di recente, inoltre, la Corte dei Conti sez. Autonomie, da ultimo nella Relazione 27/2016 sugli organismi partecipati degli enti locali, ha evidenziato come, a fronte dell’intento del legislatore di ampliare il novero di organismi da inserire nell’ambito dei principi di consolidamento e controllo, gli enti tendano a frammentare sempre di più le singole figure. Nell’auspicare “*la previsione di uno statuto unitario degli organismi partecipati con applicazione di regole comuni per la disciplina dei loro rapporti con gli enti territoriali proprietari*”, la Corte, a proposito delle fondazioni strumentali, ribadisce la necessità di “applicare tutte le limitazioni e restrizioni previste in generale per le società, enti ed aziende partecipate dai medesimi enti locali”.

Roma Capitale, in questo variegato e complesso quadro, partecipa in vario modo a diverse tipologie di enti, in assenza di disposizioni normative che definiscano compiutamente fattispecie e conseguenti adempimenti; la situazione ricalca in maniera emblematica proprio quanto rilevato dalla magistratura contabile, ovvero una proliferazione di organismi dalla configurazione incerta.

Le modalità di partecipazione e contribuzione di Roma Capitale nei confronti delle fondazioni assumono vesti diverse e promanano da diverse strutture, e sussistono variegata forme e competenze sulle modalità di erogazione contributi: in alcuni casi il contributo è determinato annualmente dalla Giunta Capitolina (es. Fondazione Museo della Shoah), in altri è disposto dal Gabinetto del Sindaco, dal Dipartimento Partecipazioni o dal Dipartimento Cultura, sulla base esclusiva dello stanziamento in bilancio da parte dell’Assemblea Capitolina (senza apparenti interventi annuali da parte dell’organo politico esecutivo).

La U.O. controlli ha più volte rilevato come corra l’obbligo di perseguire, con il necessario rigore e anche in un quadro di evidente mancanza di chiarezza, le indicazioni della Corte dei Conti, sezione Autonomie, assumendo quale principio inderogabile, in sede di contribuzione a carico di Roma Capitale, la generale dicotomia tra organismi di diritto pubblico (soggetti a varie misure di contenimento della spesa pubblica) e organismi di diritto privato (soggetti alle regole generali indicate dall’art. 12 legge 241/1990).

Tale differenza si è rilevato come, sovente, non sia tenuta in debito conto, alimentando le perplessità sulle gestione della contribuzioni a favore di numerose strutture in assenza di rispetto di adeguata istruttoria procedimentale rispettosa dei termini di legge e delle indicazioni della magistratura contabile.

riferimento agli articoli 90 e 110 del decreto legislativo n. 267 del 2000 e considerando in via prioritaria il rapporto tra la popolazione dell’ente ed il numero dei dipendenti in servizio - volti alla riduzione dell’affidamento di incarichi a soggetti esterni all’ente, con particolare riferimento agli incarichi dirigenziali e alla fissazione di tetti retributivi non superabili in relazione ai singoli incarichi e di tetti di spesa complessivi per gli enti; c) criteri e parametri - considerando quale base di riferimento il rapporto tra numero dei dirigenti e dipendenti in servizio negli enti - volti alla riduzione dell’incidenza percentuale delle posizioni dirigenziali in organico. 7. Fino all’emanazione del decreto di cui al comma 2 e’ fatto divieto agli enti nei quali l’incidenza delle spese di personale è pari o superiore al 50% delle spese correnti di procedere ad assunzioni di personale a qualsiasi titolo e con qualsivoglia tipologia contrattuale. 8. Il personale delle aziende speciali create dalle camere di commercio non può transitare, in caso di cessazione dell’attività delle aziende medesime, alle camere di commercio di riferimento, se non previa procedura selettiva di natura concorsuale e, in ogni caso, a valere sui contingenti di assunzioni effettuabili in base alla vigente normativa. Sono disapplicate le eventuali disposizioni statutarie o regolamentari in contrasto con il presente articolo.

Le procedure negoziate

Il Regolamento del sistema integrato dei controlli interni, nel disciplinare all'art. 8 il controllo successivo di regolarità amministrativa, ha inserito nell'attività di controllo, oltre all'ordinario campionamento, la disanima di interi fenomeni gestionali, la cui individuazione è rimessa annualmente alla determinazione del Segretario Generale, nell'ambito del Piano Operativo di controllo.

Si tratta di una novità, il cui intento risiede nel consentire all'amministrazione di monitorare con particolare attenzione i settori di attività che, per numero di irregolarità e per criticità riscontrate, possano considerarsi "sensibili".

Pertanto, con determinazione dirigenziale n. 6 del 7 giugno 2016, il Segretario Generale ha individuato quale specifico ambito gestionale da sottoporre a controllo nell'anno 2016 l'area dei procedimenti relativi all'acquisizione di lavori servizi e forniture tramite procedura negoziata.

Tale scelta è stata dettata, oltre che dall'esperienza acquisita con i controlli successivi degli anni precedenti, dalle risultanze dell'attività ispettiva dell'ANAC, da ultimo esplicitata nella delibera n. 207 del 2 marzo 2016.

In tale Relazione viene evidenziato un ricorso generalizzato a procedure prive di evidenza pubblica *"con uso improprio delle procedure negoziate, caratterizzate da difetto di motivazione, non trasparente scelta dell'affidatario, carente controllo e verifica della prestazione resa"*⁴.

Nel presente capitolo si analizza l'attività negoziale dell'Amministrazione Capitolina svoltasi attraverso la procedura negoziata, premettendo una disanima della relativa normativa, affinché, oltre all'esposizione di dati statistici e di criticità, il presente scritto possa fungere da promemoria e guida nell'applicazione dell'istituto, consentendo all'attività di controllo di esplicitare il suo contenuto collaborativo.

Come è noto, il 2016 si caratterizza per essere l'anno del riassetto normativo della contrattualistica pubblica, con l'introduzione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016 n. 50⁵ che abroga il previgente Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163⁶ e gran parte delle norme di attuazione recate dal Regolamento di Esecuzione (D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207).

Oggetto del presente contributo è costituito dall'analisi della normativa che consente l'utilizzo delle procedure negoziate nei settori ordinari, con un perimetro di esame limitato ai requisiti legittimanti le fattispecie maggiormente ricorrenti previste dall'abrogato e vigente Codice.

⁴ Cfr. Delibera ANAC n. 207 del 2 marzo 2016, pag. 2

⁵ Recante *"Attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonché per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture"*.

⁶ Recante *"Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE - Decreto Legislativo 12 aprile 2006 n. 163"*.

2.4. La disciplina normativa secondo il D.Lgs. n. 163/2016

2.4.1. Procedura negoziata ai sensi dell'art. 57, Codice co. 2, lett. a) b) e c), co. 5, lett. a) e b)

Il sistema di scelta del contraente a mezzo di procedura negoziata senza pubblicazione del bando ai sensi dell'art. 57, co. 2, del *Codice*, 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 con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva⁷.

Di tali presupposti deve essere data adeguata motivazione nella deliberazione o determina a contrarre (art. 57, co. 1, del *Codice*)⁸.

L'art. 57, co. 2, lett. a)⁹ del *Codice*, prevede lo svolgimento della procedura in argomento nel caso di "gara deserta" o "offerte inappropriate". La prima ipotesi si riferisce ai casi di procedure ristrette o aperte ove non si registrano richieste di invito alla procedura oppure si registra l'assenza di offerte. Sono da considerarsi, invece, inappropriate, tutte le offerte che, pur essendo formalmente valide, hanno avuto una valutazione – sotto il profilo economico o tecnico – negativa¹⁰.

L'art. 57, co. 2, lett. b) del *Codice*, consente il ricorso alla procedura negoziata senza bando qualora "*per ragioni di natura tecnica o artistica ovvero attinenti alla tutela di diritti esclusivi, il contratto possa essere affidato unicamente ad un operatore economico determinato*".

Tale norma, di strettissima interpretazione¹¹, nella sua prima parte, prevede di negoziare con un unico prestatore, evitando l'imposizione alla Stazione Appaltante di particolari oneri procedurali, nei casi in cui sia certa la loro inutilità sotto il profilo dell'apertura alla concorrenza del mercato, a causa dell'assenza di concorrenti che possano corrispondere alle caratteristiche tecniche o artistiche per lo svolgimento della prestazione¹².

Con particolare riferimento alla scelta di tale procedura, effettuata per "*ragioni di natura tecnica*", che, come anticipato, richiede la necessità di negoziare con un determinato esecutore poiché l'unico in grado di

⁷ cfr., da ultimo, Consiglio di Stato, Sez. V, 03.02.2016 n. 413, cfr., *ex multis*, Consiglio di Stato, Sez. III, 10.07.2015 n. 3488; Consiglio di Stato, Sez. V, 30.04.2014 n. 2555; Consiglio di Stato, Sez., V, 20.07.2014 n. 3997; Consiglio di Stato, Sez. IV, 02.04.2012 n. 1957; Consiglio di Stato, Sez. V, 03.01.2012 n. 465; Consiglio di Stato, Sez. V, 02.11.2011 n. 5837.

⁸ cfr., Tar Veneto, Sez. I, 14.05.2014 n. 633, in argomento sottolinea che "*l'art. 57, co. 2, lett. b) (...)* richiede un particolare rigore nella individuazione ed apprezzamento dei presupposti che possono legittimare il ricorso, di cui, peraltro, deve essere data adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre in modo da scongiurare ogni possibilità che l'Amministrazione utilizzi situazioni genericamente affermate come un *commodus discessus* dall'obbligo di esperire una pubblica procedura di selezione. In tali ambiti, l'obbligo motivazionale non deve atteggiarsi a mera estrinsecazione di un apparato confezionato al solo scopo di giustificare le scelte discrezionalmente operate dall'Amministrazione, ma deve oggettivamente offrire l'indicazione dei pertinenti presupposti legittimanti; e, con essi, della presenza di un nesso di necessaria implicazione causale, tale da imporre il ricorso all'affidamento diretto".

⁹ Art. 57, co.2, lett. a) consente la procedura negoziata "*qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura. Nella procedura negoziata non possono essere modificate in modo sostanziale le condizioni iniziali del contratto. Alla Commissione, su sua richiesta, va trasmessa una relazione sulle ragioni della mancata aggiudicazione a seguito di procedura aperta o ristretta e sulla opportunità della procedura negoziata*".

¹⁰ cfr., AA.VV., *Appalti Pubblici*, in *Guide Giuridiche IPSOA*, Milano, 2015, p. 681.

¹¹ cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 13.06.2016 n. 2529, ribadisce che "*le disposizioni in tema di affidamento in regime di procedura negoziata, senza previa pubblicazione di un bando di gara, in quanto derogatorie di generali principi devono essere interpretate in modo restrittivo*".

L'Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione) Deliberazione n. 109 del 14.12.2011, in merito alla possibilità, ai sensi dell'art. 57, co. 2, lett. b) del *Codice* di derogare alle procedure ordinarie, sottolinea che le ragioni richiamate per la deroga "*devono, comunque, reggersi sull'assoluta e inderogabile necessità di rivolgersi ad un operatore economico, sia esso imprenditore, prestatore di servizi o fornitore, e non su ragioni di mera opportunità e/o convenienza ai fini dell'affidamento; ciò che rileva non sono, infatti, le ragioni di convenienza operativa, di opportunità amministrativa o di vantaggio economico, ma deve darsi atto, da parte della stazione appaltante, che si versi in situazione obiettivamente identificabile e riconducibile ad esigenze tecniche, in relazione alle quali sussiste non l'opportunità o la convenienza, ma l'assoluta esigenza di un esecutore determinato*".

¹² cfr., AA.VV., *Appalti Pubblici*, *cit.*, p. 652.

eseguire la prestazione oggetto del contratto, si rappresenta che tale necessità deve essere accertata in via preventiva, attraverso una puntuale indagine conoscitiva (da effettuarsi anche in ambito comunitario)¹³, che presuppone il contattare un certo numero di operatori di mercato al fine di acquisire elementi in ordine ai loro prodotti e, conseguentemente, di poter rappresentare una oggettiva impossibilità di affidamento ad operatori economici diversi¹⁴.

Parte della giurisprudenza, soprattutto in particolari fattispecie¹⁵, sottolinea come il concetto di “unicità” dell’operatore economico determinato (*id est* del prodotto o del servizio) debba essere declinato in concreto¹⁶ poiché, se si accogliesse una nozione astratta di “unicità”, non sarebbe applicabile la disposizione di cui all’art. 57, co.2, lett. b), essendo il rispettivo esempio ben difficilmente rinvenibile in *rerum natura*¹⁷. Pertanto, in dette ipotesi, l’infungibilità del prodotto/servizio può essere valutato sotto il profilo della rispondenza alle esigenze concrete della Stazione Appaltante¹⁸.

Le “ragioni attinenti alla tutela di diritti esclusivi”, anch’esse legittimanti l’utilizzo della procedura in argomento, si identificano nell’esistenza di privative industriali¹⁹ per cui solo il titolare del diritto di esclusiva può sfruttare economicamente un certo prodotto o servizio.

Il comma 2, lett. c), dell’art. 57 del Codice, consente di espletare la procedura negoziata senza bando “nella misura strettamente necessaria, quando l’estrema urgenza, risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, non è compatibile con i termini imposti dalle procedure aperte, ristrette o negoziate previa pubblicazione di un bando di gara. Le circostanze invocate a giustificazione della estrema urgenza non devono essere imputabili alle stazioni appaltanti”.

La disposizione è rigorosa nell’ammettere il ricorso a tale modulo procedimentale²⁰ ed impone che la scelta sia conseguenza di eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti²¹ e non dipendenti, invece, dalle stesse (ritardi nell’attivazione dei procedimenti, carenza di adeguata organizzazione/programmazione)²².

¹³ cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 19.04.2011 n. 2404.

¹⁴ cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 08.01.2013 n. 26.

¹⁵ In particolare negli appalti concernenti l’applicazione e la commercializzazione di prodotti informatici o di particolari apparecchiature medicali ove, spesso, il cambiamento del fornitore si rileva operazione non agevole sotto vari profili.

¹⁶ cfr., Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.01.2011, n. 642, sull’unicità del prodotto chiarisce che è considerabile “(...)unico, il prodotto che, in quel momento, sia pronto all’uso, senza necessità di adeguamenti, modifiche ed ulteriori incrementi ed adattamenti: risulta ragionevole che a tale valutazione d’unicità essa sia pervenuta tenendo conto del fattore temporale, quanto alla disponibilità del medesimo, alla circostanza della avvenuta pregressa sperimentazione del medesimo, ed al dato relativo alla possibilità di poterne divenire proprietaria acquisendo il codice sorgente”.

¹⁷ cfr., Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.01.2011, n. 642, cit., “(...) sarebbe ben difficile in *rerum natura* rinvenire esempi di fornitore unico in astratto o il che è identico, di prodotto o servizio offerto da un solo fornitore. E men che mai avuto riguardo ad un prodotto frutto di creazione intellettuale ed in continua evoluzione quale incontestabilmente è quello in esame”.

¹⁸ cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 11.07.2015 n. 3488 che, nel confermare la sentenza del Giudice di prime cure che aveva riconosciuto la legittimità del ricorso alla procedura di cui all’art. 57, co. 2, lett. b) del Codice per l’affidamento, al fornitore originario, della completa digitalizzazione di tutte le unità operative di una ASL garantendo l’uniformità della tecnologia e dell’interscambio dei dati oltre alla manutenzione del servizio, afferma che “(...)non può farsi carico all’ASL (...) di non aver verificato rigorosamente ed oggettivamente il presupposto di fatto della sussistenza di ragioni tecniche, essendosi essa premurata di precisare in concreto non l’impossibilità – che la norma in parola non si spinge a richiedere – di integrazione di prodotti diversi, bensì l’infungibilità del prodotto che intendeva acquisire sotto il profilo della rispondenza alle proprie esigenze appunto concrete, laddove adeguamenti, modifiche, adattamenti e incrementi sarebbero stati non solo di non immediata applicazione, ma quanto meno di incerta efficacia poiché molto complesso e tali che non garantirebbero gli stessi risultati e con rischi di compromissione della sicurezza dei dati”.

¹⁹ L’Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione) già sottolineava che “la giurisprudenza ha, inoltre, chiarito che l’esistenza di una privativa industriale, di per sé non esclude il fatto che altri servizi e/o progetti possano rispondere ugualmente alle esigenze dell’amministrazione (...)”; cfr., Deliberazione n. 22 del 6.06.2014.

²⁰ cfr., Consiglio di Stato, Sez. V, 18.04.2012 n. 2222, sottolinea che la disposizione in argomento richiede “congiuntamente che l’estrema urgenza sia imprevedibile, non imputabile alla stazione appaltante e che la deroga alla pubblicità ed alla massima concorsualità sia attuata nella misura strettamente necessaria”.

²¹ cfr., Tar Lazio, Sez. II, 13.11.2014 n. 11410, specifica “Il requisito dell’estrema urgenza, quale presupposto legittimante la procedura in esame, viene dalla norma ricondotto ad eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, ulteriormente precisandosi che le ragioni poste a giustificazione della estrema urgenza – di cui la stazione appaltante deve dare conto mediante adeguata motivazione nella delibera o determina a contrarre, per come previsto dal comma 1 della norma in esame – non devono essere imputabili all’Amministrazione”.

²² cfr., Consiglio di Giustizia Amm. Sicilia, Sez. Giurisdizionale, 21.01.2015, n. 41, evidenzia il requisito dell’estrema urgenza quale “risultante da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti, e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, anche per ritardo di attivazione dei procedimenti (...)”; già, ex multis, Consiglio di Stato, Sez. V, 28.07.2014 n. 3997; Consiglio di Stato, Sez. V, 10. 11.2010 n. 8006.

Anche la possibilità di esperire una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, in ordine a lavori e servizi “complementari” (art. 57, co. 5, lett. a)²³ o per la ripetizione di “servizi analoghi” (art. 57, co. 5, lett. b)²⁴ è legata alla ricorrenza di stringenti presupposti fissati dal legislatore i quali devono ricorrere tutti cumulativamente, trattandosi, anche in tal caso, di ipotesi derogatoria ed eccezionale rispetto alla regola principale dell’evidenza pubblica²⁵.

Tra le condizioni legittimanti assume particolare rilievo la “complementarietà” dei lavori o dei servizi e la caratterizzazione dei servizi come “nuovi e analoghi” a quelli già affidati all’operatore economico. In mancanza di una precisa individuazione legislativa dei concetti sopra richiamati, soccorrono a supportare gli operatori a vario titolo chiamati a tradurre le norme giuridiche in atti gestionali, le acquisizioni²⁶, non solo di natura giurisprudenziale²⁷.

²³ L’art. 57, co. 5, del Codice, dispone: “*Nei contratti relativi a lavori e negli appalti pubblici relativi a servizi, la procedura del presente articolo è, inoltre, consentita: a) per lavori o servizi complementari, non compresi nel progetto iniziale né nel contratto iniziale, che, a seguito di una circostanza imprevista, sono divenuti necessari all’esecuzione dell’opera o del servizio oggetto del progetto o del contratto iniziale, purché aggiudicati all’operatore economico che presta tale servizio o esegue tale opera, nel rispetto delle seguenti condizioni: a.1) tali lavori o servizi complementari non possono essere separati, sotto il profilo tecnico o economico, dal contratto iniziale, senza recare gravi inconvenienti alla stazione appaltante, ovvero pur essendo separabili dall’esecuzione del contratto iniziale, sono strettamente necessari al suo perfezionamento; a.2) il valore complessivo stimato dei contratti aggiudicati per lavori o servizi complementari non supera, il cinquanta per cento dell’importo del contratto iniziale*”.

²⁴ L’art. 57, co. 5, lett. b) ammette la procedura negoziata “*per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi già affidati all’operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale dalla medesima stazione appaltante, a condizione che tali servizi siano conformi a un progetto di base e che tale progetto sia stato oggetto di un primo contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, in queste ipotesi la possibilità del ricorso alla procedura negoziata senza bando è consentita solo nei tre anni successivi alla stipulazione del contratto iniziale e deve essere indicata nel bando del contratto originario; l’importo complessivo stimato dei servizi successivi è computato per la determinazione del valore globale del contratto, ai fini delle soglie di cui all’articolo 28*”.

²⁵ Nei termini cfr., Tar Calabria – Reggio Calabria – Sez. I, 29.12.2015 n. 1287, dopo aver ribadito la necessaria presenza di tutti i presupposti voluti dalla norma, ulteriormente specifica “*affinché una stazione appaltante possa legittimamente affidare (...)lavori e servizi complementari o la ripetizione di servizi analoghi (...) è necessaria la sussistenza dei seguenti presupposti: a) l’estraneità dei lavori o servizi complementari o analoghi rispetto al contratto originario; b) l’imprevedibilità della circostanza che ne rende necessaria la relativa esecuzione; c) il rigido nesso di complementarietà tra prestazioni necessarie e quelle originarie*”.

²⁶ cfr., Consiglio di Stato, Sez. III, 25.11.2014 n. 5827, ove si affronta la distinzione tra “servizi complementari” e servizi “estensivi”. Sulla “ripetizione di servizi analoghi”, cfr., Consiglio di Stato, Sez. IV, 27.01.2014 n. 355 che nel sottolineare l’interpretazione restrittiva dell’art. 57, co. 5, lett. b) del Codice chiarisce che la norma “*(...) presuppone l’esistenza di un progetto di massima, oggetto di un precedente contratto aggiudicato secondo una procedura aperta o ristretta, al solo scopo di delineare e rendere trasparenti le caratteristiche dei servizi che possano definirsi analoghi a quelli già affidati all’operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale (...) tale disposizione ha il solo scopo di evitare che il ricorso alla ripetizione di servizi analoghi possa risolversi in uno strumento per aggirare il pacifico divieto di rinnovo, configurandola alla stregua di una nuova aggiudicazione in forma negoziata di servizi conformi ad un progetto base oggetto di precedente appalto*”.

²⁷ Sui lavori o servizi complementari, cfr., ANAC, parere sulla normativa del 25.11.2015 n. 82, evidenzia: “*(...)come chiarito dall’Autorità – deliberazione n. 26 del 23 febbraio 2011 – ai fini del ricorso alla procedura de qua, possono ritenersi complementari quelle opere che da un punto di vista tecnico – esecutivo rappresentano una integrazione dell’opera principale, si da giustificare l’affidamento e la relativa responsabilità costruttiva ad un unico esecutore (...) l’affidamento al medesimo operatore economico dei lavori complementari, come ideale prosecuzione, a completamento, dei lavori eseguiti in attuazione del progetto iniziale – quasi un’estensione del contratto iniziale seppur formalizzata con distinto atto negoziale – sembra presupporre che il contratto principale sia stato validamente costituito e sia stato produttivo di effetti(...)*”.

Sulla ripetizione dei servizi analoghi, cfr., ANAC, Delibera del 03.02.2016 n. 117, chiarisce che “*la possibilità di rinnovare il contratto di appalto secondo le modalità dell’art. 57, co. 5, lett. b) del d.lgs. n. 163/2006, espressamente prevista nel contratto medesimo, comporta che devono sussistere tutte le condizioni di legittimità disciplinate dalla suddetta disposizione normativa. Deve trattarsi, quindi, di ripetizione di servizi analoghi con il medesimo contraente quale esecuzione di un unico disegno progettuale, oggetto di procedura aperta o ristretta, con previsione sin dal primo affidamento, nel relativo bando di gara oltre che nel contratto stipulato con l’aggiudicatario della procedura, di tale possibilità di ripetizione. Ciò impone, peraltro, all’ente committente, ai fini della determinazione del valore globale dell’appalto, di prendere in considerazione l’importo complessivo stimato anche dei servizi successivi da ripetere eventualmente. L’appaltatore, pertanto, è da subito al corrente che alla scadenza della prima esecuzione del servizio il committente potrà chiedergli l’esecuzione a trattativa diretta di un servizio analogo, evidentemente con costi determinati anni prima, quando venne redatto il progetto posto alla base della ripetizione del servizio. L’accettazione da parte dell’appaltatore delle condizioni stabilite nel primo contratto aggiudicato con gara implica anche l’acquiescenza al progetto ed al prezzo predeterminato, da applicare nel nuovo servizio costituente ripetizione di servizio analogo*”.

3.1.2 Procedura negoziata ai sensi dell'art. 122, co. 7, Codice

L'articolo 122, comma 7²⁸, del Codice consente il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nel caso di affidamento di lavori pubblici di importo complessivo inferiore a un milione di euro.

A differenza delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara delineate dall'art. 57 del Codice, tale modalità di scelta del contraente non richiede il verificarsi di particolari condizioni per la sua applicabilità, poiché risulta legittimata dal legislatore sulla base dell'importo dei lavori, fermo rimanendo l'obbligo della stazione appaltante di motivarne il ricorso fornendo adeguate spiegazioni delle ragioni che hanno indotto a tale preferenza²⁹.

La scelta degli operatori da invitare alla competizione non è rimessa alla discrezionalità dell'amministrazione, ma anch'essa è disciplinata dal legislatore affinché avvenga nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione (art. 57, co. 6)³⁰.

Per la selezione degli operatori da invitare nelle procedure negoziate in argomento, Roma Capitale si avvale del c.d. "SIPRONEG" (Sistema Informativo Procedure Negoziato) ossia un elenco contenente gli operatori economici da interpellare per l'affidamento degli appalti di lavori di valore inferiore alla soglia comunitaria. Tale elenco è gestito mediante sistema informatico ed è approvato a seguito di bando pubblico³¹.

²⁸ La norma sancisce che: *"i lavori di importo complessivo inferiore a un milione di euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6: l'invito è rivolto, per lavori di importo pari o superiore a 50.000 euro, ad almeno dieci soggetti e, per lavori di importo inferiore a 500.000 euro, ad almeno cinque soggetti se sussistono aspiranti idonei in tali numeri"*.

²⁹ cfr., Autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici di Lavori, Servizi e Forniture (ora Autorità Nazionale Anticorruzione), Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, recante *"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'articolo 122, comma 7 bis del decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163"*, p. 11. L'Autorità chiarisce che *"la procedura negoziata prevista dall'art. 122, comma 7 bis è legittimata dal legislatore sulla base dell'importo. Tuttavia le norme di cui all'articolo 122 del Codice soggiacciono comunque all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo: la stazione appaltante nella delibera a contrarre fornisce una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo (...) esprime a riguardo una possibilità, non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata"*.

A seguito dell'abrogazione del comma 7 bis dell'art. 122, e riformulazione di quest'ultimo, avvenuta con D.L. 13.05.2011 n. 70 (rubricato "Semestre Europeo – Prime disposizioni urgenti per l'economia") convertito con modifiche dalla Legge 12.07.2011 n. 106, la medesima Autorità ha adottato la Determinazione n. 8 del 14 dicembre 2011, concernente *"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 in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106"*, con la quale in parte rinvia a quanto già chiarito nella citata Determinazione n. 2/2011.

³⁰ Sulla scelta degli operatori da invitare alla procedura negoziata, l'art. 122, co. 7, del Codice rinvia alla procedura prevista dall'articolo 57, co. 6 che dispone: *"ove possibile, la stazione appaltante individua gli operatori economici da consultare sulla base delle informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economico – finanziaria e tecnico-organizzativa desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e seleziona almeno tre operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. Gli operatori economici selezionati vengono contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione, con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta"*.

³¹ Il SIPRONEG è costituito presso il Dipartimento Sviluppo Infrastrutture e Manutenzione Urbana. Si segnala che al fine di garantire il rispetto dei principi sanciti dal Codice, unitamente alla necessità di accelerare e semplificare le procedure negoziate in argomento anche mediante l'utilizzo di standard operativi comuni a tutte le strutture capitoline, è stata emanata la circolare RC 26448 del 23.09.2016 con la quale è stato diramato l'invito ad utilizzare in via esclusiva il SIPRONEG per l'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara (artt. 122, co. 7 e 57, co. 6) nonché per gli affidamenti in cottimo fiduciari, lavori in economia (art. 125) e per lavori di somma urgenza (art. 176, co. 1, del D.P.R. 5 ottobre 2010 n. 207).

Sul SIPRONEG, cfr., Tar Lazio, Sez. II., 02.05.2016 n. 4941, che, nel respingere il ricorso presentato da un organismo economico escluso da una procedura di gara, afferma *"(...) come si evince dalla determina a contrarre (...) al fine di dare attuazione agli artt. 122, co. 7 e 57, co. 6, del codice dei contratti pubblici, Roma Capitale si è dotata di un sistema di svolgimento delle procedure negoziate che ha vincoli molto stringenti, anche più stringenti di quelli imposti dalle norme sulle procedure ristrette semplificate: in particolare detto sistema, denominato SIPRONEG, assicura il rispetto dei principi generali di pubblicità, concorrenza e rotazione prevedendo che: l'elenco degli operatori sia aggiornato in continuo ed articolato per categorie e classifiche; vengano invitati a ciascuna procedura negoziata numero 30 operatori, individuati"*

3.1.3 Il cottimo fiduciario (art. 125, co. 8; art. 125, co. 11)

Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata (artt. 3, co. 40 e 125, co.4, *Codice*) che consente, insieme all'amministrazione diretta, di effettuare le acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori.

E' possibile ricorrere al cottimo fiduciario negli ambiti predefiniti dalla norma³² ed entro determinati limiti di importo definiti con Regolamento della Commissione Europea.

In particolare, per quanto concerne i lavori, la procedura è ammessa per importi non superiori a 200.000,00 Euro differenziandosi, quanto alla modalità di affidamento a terzi, in due scaglioni. Ai sensi dell'art. 125, co. 8, *Codice*, per i lavori di importo pari o superiore a 40.000 Euro e fino a 200.000 Euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

Per i lavori di importo inferiore a 40.000 Euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

Anche l'acquisizione di forniture e servizi in economia è soggetta a limiti di importo, come determinati dal menzionato Regolamento, in misura inferiore alle soglie comunitarie e inferiori ad Euro 134.000 ovvero inferiori Euro 207.000³³ (art. 125, co. 9, *Codice*).

dal sistema in modo causale ed in modo da assicurare la rotazione di tutti gli iscritti all'elenco; siano sanzionati gli operatori che pur invitati non presentino offerta senza giustificato motivo (...)".

³² Per i lavori, dall'art. 125, co. 6. Per i servizi e le forniture, dall'art. 125, co. 10.

³³ La soglia di Euro 134.000 si riferisce agli appalti aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'Allegato IV del Codice, mentre l'importo di Euro 207.000 si riferisce agli appalti aggiudicati da stazioni appaltanti diverse da quelle indicate nell'Allegato IV oppure aggiudicati da una qualsivoglia stazione appaltante e aventi per oggetto servizi delle categorie indicate nell'art. 28, co. 2, *Codice*.

2.5. Il D.Lgs. n. 50/2016, regime transitorio e disposizioni integrative e correttive

Il nuovo *Codice* è stato pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016 – Supplemento Ordinario n.10 – ed è entrato in vigore, in virtù dell'art. 220 del *Codice*, il giorno stesso della sua pubblicazione in G.U.

Il regime transitorio è fissato, in prevalenza, nell'art. 216, co. 1, del *Codice* recante la regola generale per cui le nuove disposizioni si applicano alle *“procedure e ai contratti per i quali i bandi o avvisi con cui si indice la procedura di scelta del contraente siano pubblicati successivamente alla data della sua entrata in vigore, nonché, in caso di contratti senza pubblicazione di bandi o avvisi, alle procedure e ai contratti in relazione ai quali, alla data di entrata in vigore del presente codice, non siano ancora stati invitati gli inviti a presentare le offerte”*.

Per quanto attiene alle procedure negoziate, i comunicati dell'ANAC hanno consentito di definire la portata precettiva della disposizione sopra richiamata³⁴.

Il 5 maggio 2017 è stato pubblicato in Gazzetta Ufficiale il Decreto Legislativo 19 aprile 2017 n. 56 recante *“Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50”*, che ha apportato modifiche, per quanto qui interessa, agli affidamenti di importo inferiore a quarantamila euro (art. 36, co. 2, lett. a del D.Lgs. n. 50/2016) e ha elevato il numero di operatori da invitare alla procedura negoziata per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro (art. 36, co. 2, lett. b del D.Lgs. n. 50/2016) e di importo pari a superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro (art. 36, co. 2, lett. c del D.Lgs. n. 50/2016).

3.2.1 Procedura negoziata ai sensi dell'art. 63, Codice co. 2, lett. a), b) e c); co. 5

Le procedure di scelta del contraente sono delineate dall'art. 59³⁵ del *Codice*, che conferma la natura derogatoria³⁶ ed eccezionale³⁷ della procedura negoziata, subordinandone il ricorso alla sussistenza dei presupposti previsti dall'art. 63 da rappresentare, con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura³⁸.

I casi tassativi per i quali è utilizzabile la procedura negoziata sono gli stessi, nella sostanza, di quelli previsti dall'art. 57 del previgente *Codice* tuttavia, il nuovo art. 63, delinea l'ipotesi dell'offerta e della domanda di

³⁴ Comunicato congiunto del Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti e del Presidente dell'Autorità Anticorruzione del 22.04.2016, recante *“Indicazioni sul regime transitorio nel nuovo codice degli appalti e delle concessioni”*, ove si specifica che *“(…)restano disciplinate dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163 le procedure di scelta del contraente in relazione alle quali, alla medesima data del 18 aprile 2016, siano stati invitati gli inviti a presentare offerta. La nuova disciplina (...) si applica alle procedure ed ai contratti per i quali i bandi e gli avvisi con cui si indice la procedura di scelta (...) siano pubblicati a decorrere dal 19 aprile 2016, data di entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici”*.

Successivamente, il Comunicato del Presidente dell'A.N.A.C. dell'11.05.2016, ha ulteriormente chiarito, tra l'altro, che *“(…) continuano ad applicarsi le disposizioni previgenti anche nei seguenti casi:3) procedure negoziate per i contratti di cui all'allegato IIB e per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea per le quali la stazione appaltante abbia pubblicato, in vigenza del d.lgs. 163/06, un avviso esplorativo – indagine di mercato- finalizzato a reperire operatori interessati ad essere invitati a presentare offerta, purché sia certa la data di pubblicazione (...), la procedura negoziata sia avviata entro un termine congruo dalla data di ricevimento delle manifestazioni di interesse e non siano intervenuti atti che abbiano sospeso, annullato o revocato la procedura di gara; 4) affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice”*.

³⁵ Art. 59, co. 1, *Codice*. *“Nell'aggiudicazione di appalti pubblici, le stazioni appaltanti utilizzano le procedure aperte o ristrette, previa pubblicazione di un bando o avviso di indizione di gara. Esse possono altresì utilizzare il partenariato per l'innovazione quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 65, la procedura competitiva con negoziazione e il dialogo competitivo quando sussistono i presupposti previsti dal comma 2 e la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando sussistono i presupposti previsti dall'articolo 63 (...)”*.

³⁶ cfr., R. De Nictolis, *“Le procedure di scelta del contraente”*, 03.11.2016, www.giustizia-amministrativa.it

³⁷ cfr., H.Caroli Casavola, *“Le procedure di aggiudicazione”* in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 4/2016, p. 451

³⁸ Art. 63, co. 1, *Codice*: *“nei casi e nelle circostanze indicate 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”*.

partecipazione “non appropriata” nel caso previsto dal co. 2, lett. a), e fissa requisiti più stringenti³⁹ rispetto a quelli delineati dall’abrogata normativa per la fattispecie dell’ “esecutore infungibile”.

L’art. 63, co. 2, lett. a)⁴⁰ del Codice consente lo svolgimento della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nell’ipotesi della procedura deserta o ad esito infruttuoso⁴¹, utilizzabile, ferme le stesse condizioni iniziali dell’appalto e previa trasmissione di una relazione, qualora richiesto dalla Commissione europea, allor quando non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata⁴², né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata⁴³.

L’art. 63, co. 2, lett. b) del Codice individua i casi⁴⁴ di affidamento per ragioni di natura tecnica o artistica che, unitamente all’ipotesi dell’esistenza di diritti esclusivi - inclusi i diritti di proprietà intellettuale – consentono l’affidamento diretto.

Le eccezioni previste dall’art. 63, co. 2, del Codice al punto 2 (“assenza di concorrenza per motivi tecnici”) e 3 (esistenza di diritti esclusivi) “*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*”.

Pertanto, nella delibera o determina a contrarre, la stazione appaltante dovrà dare puntuale riscontro degli esiti dell’indagine di mercato⁴⁵ a seguito della quale sia attestata l’assenza di concorrenza o la praticabilità di soluzioni alternative all’affidamento diretto.

Sulle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, l’ANAC⁴⁶, oltre a chiarire che i concetti di “infungibilità” ed “esclusività” non sono sinonimi, fornisce indicazioni sulle condizioni che debbono verificarsi affinché si possa fare legittimamente ricorso alle

³⁹ cfr., Consiglio di Stato, Commissione Speciale, parere n. 2284 del 03.11.2016, reso sulla proposta di Linee Guida dell’Anac relative alle procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, ove, in argomento evidenzia: “*se è vero, come afferma l’ANAC, che il nuovo art. 63 d.lgs. n. 50/2016 presenta una sostanziale continuità con il previgente art. 57, d.lgs. n. 163/2006, è anche vero che proprio in relazione all’affidamento diretto in caso di esecutore infungibile, il nuovo art. 63, rispetto al previgente art. 57, fissa requisiti più stringenti*”.

⁴⁰ E’ ammessa la procedura in argomento “*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*”.

⁴¹ cfr., A. Massari, *Guida al nuovo Codice dei Contratti pubblici*, Santarcangelo di Romagna, 2016, p. 152.

⁴² L’art. 63, co. 2, lett.a) dispone che “*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*”.

⁴³ L’art. 63, co. 2, lett.a) dispone che “*la domanda di partecipazione non è ritenuta appropriata se l’operatore economico interessato deve o può essere escluso ai sensi dell’articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell’articolo 83*”.

⁴⁴ L’art. 63, co. 2, lett. b) ammette l’utilizzo della procedura negoziata “*quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unitamente 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*”.

⁴⁵ Nel parere n. 2284 del 03.11.2016, cit., la Commissione Speciale del Consiglio di Stato puntualizza la differenza tra “consultazioni preliminari di mercato” e vera e propria “indagine di mercato” precisando che le prime “*sono uno strumento solo facoltativo (...) mentre l’indagine di mercato è doverosa nei casi di procedure negoziate senza bando, come si evince dallo stesso art. 63, co.5 e all’art. 36, co. 2, lett. b) per le procedure negoziate sotto soglia*”.

⁴⁶ Proposte di Linee Guida per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, adottate in via preliminare dal Consiglio dell’ANAC nell’adunanza del 31.08.2016. Sulla distinzione tra i concetti di infungibilità ed esclusività si sottolinea che quest’ultima “*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 (...) 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*”, p. 3.

Sulle condizioni per l’affidamento ex art. 63, co. 2, lett. b), Codice, v. ANAC, Delibera del 22.03.2017 n. 294 ove ritiene: “*spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente, da un punto di vista tecnico ed economico, la mancanza di soluzioni alternative ragionevoli che possa giustificare l’utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, e di darne conto nella determina o delibera a contrarre*”.

deroghe previste per i casi di infungibilità di beni e servizi nonché indirizzi finalizzati ad evitare il fenomeno del c.d. *loch-in*⁴⁷. In considerazione delle osservazioni effettuate dal Consiglio di Stato sul testo delle linee guida per il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione di un bando di gara nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili (parere del 03.11.2016 n. 2284), l'ANAC ha ritenuto opportuno effettuare una nuova consultazione⁴⁸.

L'art. 63, co. 2, lett. c)⁴⁹ del *Codice*, come la previgente disciplina, ammette la procedura in argomento per la c.d. "urgenza di provvedere" derivante da circostanze/eventi imprevedibili per la stazione appaltante (quindi ad essa non imputabili) che non consentono il rispetto dei termini previsti per lo svolgimento delle procedure ordinarie. Anche l'attuale *Codice* limita temporalmente l'utilizzo della procedura ammettendola solo "nella misura strettamente necessaria" a fronteggiare l'urgenza.

Nell'art. 63 del *Codice* non compare la previgente ipotesi dell'affidamento di lavori e servizi complementari, tuttavia, secondo il nuovo sistema normativo, la possibilità per la stazione appaltante di assegnare ad un determinato operatore economico lavori, servizi e forniture che siano complementari rispetto a quelli oggetto di un rapporto contrattuale preesistente è ipotesi contemplata nell'art. 106, co. 1, lett. b) che prevede la fattispecie dei lavori, servizi e forniture "supplementari"⁵⁰.

La ripetizione di lavori e servizi "analoghi" è contemplata dall'art. 63, co. 5, del *Codice* che prevede diverse condizioni legittimanti l'affidamento all'operatore economico aggiudicatario del contratto iniziale, in particolare:

- 1) la conformità dei nuovi lavori o servizi al progetto posto a base di gara che sia oggetto di un appalto aggiudicato con una delle procedure previste dall'art. 59, co.1;
- 2) l'entità di eventuali lavori o servizi complementari e le condizioni della loro aggiudicazione devono essere previste nel progetto originario;
- 3) la possibilità di avvalersi dei lavori o servizi analoghi deve essere indicata sin dall'avvio del confronto competitivo nella prima operazione e l'importo totale previsto per la prosecuzione dei lavori o servizi deve essere computato per la determinazione del valore globale dell'appalto ai fini dell'aggiudicazione delle soglie di cui all'art. 35, co. 1;
- 4) La possibilità di avvalersi della procedura è limitata al triennio successivo alla stipulazione del contratto iniziale.

La disciplina procedimentale per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata (salvo i casi, fra quelli ivi trattati, dell'unicità dell'operatore economico o della ripetizione dei lavori e servizi analoghi) è dettata dall'art. 63, co. 6, del *Codice*⁵¹.

⁴⁷ Fenomeno che si verifica, in particolare, nei servizi e forniture informatiche allor quando le amministrazioni sono vincolate ai loro sistemi perché solo il fornitore ha una conoscenza approfondita del funzionamento del sistema ed è dunque l'unico a poter fornire nuovi componenti o le nuove licenze necessarie. Per una definizione, v., Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni. Bruxelles, 25.06.2013, COM (2013) 455 final : " *Il loch-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*".

⁴⁸ http://www.anticorruzione.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnline/_consultazioni?id=77d8da

⁴⁹ L'art. 63, co. 2, lett.c.) legittima il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara "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".

⁵⁰ L'art. 106, rubricato " Modifica di contratti durante il periodo di efficacia", al comma 1 lett. b) prevede la possibilità di affidamento al contraente originario "per lavori, servizi o forniture, supplementari da parte del contraente originale che si sono resi necessari e non erano inclusi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente produce entrambi i seguenti effetti, fatto salvo quanto previsto dal comma 7 per gli appalti nei settori ordinari: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici quali il rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale; 2) comporti per l'amministrazione aggiudicatrice o l'ente aggiudicatore notevoli disagi o una consistente duplicazione dei costi. Per i settori ordinari, il contratto può essere modificato per prestazioni supplementari se l'eventuale aumento di prezzo non eccede il 50 per cento del valore del contratto iniziale. In caso di più modifiche successive, tale limitazione si applica al valore di ciascuna modifica. Tali modifiche successive non sono intese per aggirare il codice (v. art. 106, co. 7).

⁵¹ L'art. 63, co. 6, del *Codice* prevede che " *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 cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*".

3.2.2 Procedure negoziate ai sensi dell'art. 36, Codice co. 2, lett. a), b) e c)

L'art. 36 del *Codice*, delinea procedure semplificate per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria,⁵² fatta salva la facoltà della stazione appaltante di utilizzare le procedure ordinarie e fermi gli obblighi di ricorso agli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle disposizioni in materia di contenimento della spesa⁵³. Alle procedure di affidamento dei contratti sotto soglia si applicano i principi enunciati dall'art. 30, co. 1⁵⁴, del *Codice* nonché il principio di rotazione in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 Euro può avvenire tramite affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici⁵⁵ (art. 36, co.2, lett. a) o per i lavori anche tramite amministrazione diretta⁵⁶.

Ai sensi dell'art. 36, co. 2, lett. b) del *Codice*, i lavori di importo pari o superiore a 40.000 Euro e inferiore a 150.000 Euro e i servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000 Euro e inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria possono essere affidati tramite procedura negoziata, previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci⁵⁷ operatori economici per lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

Per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 Euro e inferiori a 1.000.000 di Euro è ammessa la procedura negoziata con consultazione di almeno quindici⁵⁸ 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 (art. 36, co. 2, lett. c).

Prima delle modifiche apportate dal D.Lgs. n. 50/2017, l'art. 36, co. 2, lett. c) conteneva un richiamo alla procedura negoziata di cui all'art. 63,⁵⁹ che aveva posto un problema esegetico sulla portata del predetto rinvio (nel senso se fosse da intendere come rinvio alle sole regole procedurali ovvero anche come rinvio ai presupposti sostanziali dell'art. 63). La questione è stata evidenziata anche dal Consiglio di Stato - parere n. 1903 del 13.09.2016⁶⁰ - che ha espresso un auspicabile chiarimento da parte dell'ANAC (v. *infra*).

⁵² L'art. 35, rubricato "Soglie di rilevanza comunitaria e metodi di calcolo del valore stimato degli appalti", prevede che le disposizioni del Codice si applicano ai contratti pubblici il cui importo, calcolato al netto dell'imposta sul valore aggiunto, è pari o superiore, per quanto ivi interessa a: 1) Euro 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni; 2) Euro 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi; 3) Euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati nell'allegato IX. Le soglie sopra evidenziate sono quelle previste per i contratti pubblici nei settori ordinari.

⁵³ Legge 27 dicembre 2006 n. 296, art. 1, co. 450. Si ricorda che l'art. 37 del *Codice* delinea una disciplina di raccordo tra gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione anche telematici ed il nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti previsto dall'art. 38. Per un approfondimento, v. S. Cresta, "Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici" in *Urbanistica e Appalti* n. 8-9/2016, p. 981 e ss.

⁵⁴ In particolare il principio di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità.

⁵⁵ L'inciso "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici" è stato inserito dal D.Lgs. n. 56/2017 che ha contestualmente eliminato la previgente previsione normativa riferita all'obbligo di "adeguata motivazione".

⁵⁶ L'art. 3, co. 1, lett. gggg) definisce l'amministrazione diretta "le acquisizioni effettuate dalle stazioni appaltanti con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento".

⁵⁷ Il D. Lgs. n. 56/2017 ha elevato da cinque a dieci il numero degli operatori da consultare in caso di lavori.

⁵⁸ Il D.Lgs. n. 56/2017 ha elevato da dieci a quindici il numero degli operatori da consultare.

⁵⁹ La versione originaria dell'art. 36, co. 2, lett. c) del *Codice* stabiliva che i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro potessero essere affidati mediante procedura negoziata di cui all'articolo 63.

⁶⁰ Parere reso dalla Commissione Speciale del Consiglio di Stato sul documento contenente le proposte Linee guida relative agli appalti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitarie. Sul punto, il Consiglio di Stato ha sottolineato che "nella previgente disciplina recata dall'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a un milione di euro era chiaro il richiamo alle sole regole procedurali della procedura negoziata senza bando, richiamandosi la procedura di cui all'art. 57, comma 6, e non l'intero art. 57, corrispondente all'attuale art. 63(...) andrebbero, perciò, forniti con le linee guida chiarimenti esegetici, nelle more di un auspicabile decreto correttivo del codice, che sopprima, ove non emergano diverse ragioni ostative, il richiamo all'art. 63 nell'art. 36, comma 2, lett.c)".

Sulle procedure di affidamento in argomento sono state emanate le Linee Guida n. 4⁶¹, approvate dall'ANAC con delibera n. 1097 del 26/10/2016 che, unitamente alla relazione AIR, contribuiscono a definire le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle varie attività relative all'affidamento dei contratti sotto soglia.

Nelle citate Linee Guida, alle quali si rinvia, l'ANAC opera un bilanciamento tra esigenze di semplificazione proprie delle procedure semplificate e il rispetto dei principi generali che regolano gli affidamenti pubblici. L'Autorità fornisce indicazioni di carattere procedurale (obbligo di motivazione, la necessità di predisposizione della determina a contrarre, stipulazione del contratto) e, contemporaneamente, richiama le stazioni appaltanti al rispetto degli obblighi di legge in materia di trasparenza, pubblicità e motivazione degli atti con previsione di una diversificazione della disciplina in ragione dell'oggetto e del valore degli affidamenti.

Quanto ai rapporti tra gli artt. 36 e 63 del *Codice*, l'Autorità⁶² ha chiarito che il richiamo contenuto, nella versione antecedente all'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56/2017, nell'articolo 36, co. 2, lett. c) all'art. 63 è riferito alle sole regole procedurali. La procedura di cui all'art. 63 può essere utilizzata soltanto al ricorrere dei presupposti sostanziali previsti dal legislatore. Se questi presupposti si verificano con riferimento ad un affidamento di valore inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del *Codice* la stazione appaltante può utilizzare la procedura negoziata di cui all'art. 63. Viceversa, in assenza dei suddetti presupposti, se il valore dell'affidamento è inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del *Codice*, la stazione appaltante utilizza la procedura negoziata in conformità all'art. 36 secondo le regole procedurali di cui all'art. 63, co. 6, del *Codice*.⁶³

3.2.3 Appalti di servizi (allegato II B, D.Lgs. n. 163/2006; allegato IX, D.Lgs. n. 50/2016)

Si premette che l'acquisto o l'affidamento dei servizi "sociali" (in particolar modo quelli diretti alla persona) che avviene anche con il coinvolgimento degli organismi operanti nel c.d. "terzo settore", si inserisce in un quadro normativo complesso, non limitato alle previsioni recate dal Codice dei Contratti, ovvero soggetto a normative di settore che consentono deroghe all'applicazione del Codice.

Il presente paragrafo si limita all'analisi della normativa per l'affidamento dei servizi sociali come prevista dal Codice dei Contratti.

L'affidamento dei servizi elencati nell'Allegato II B⁶⁴ del D.Lgs. n. 163/2006 pur essendo in parte escluso dall'applicazione del Codice dei contratti⁶⁵ avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità (art. 27, co. 1, D.Lgs. n. 163/2006) e con applicazione di quanto previsto dall' art. 2, co. 2, 3 e 4 del D.Lgs. n. 163/2006⁶⁶.

Il rispetto dei principi sopra richiamati comporta, in via generale, l'esperimento di un confronto concorrenziale tra almeno cinque operatori, se compatibile con l'oggetto del contratto (art. 27, co. 1, D.Lgs. n. 163/2006).

Come più volte indicato dall'ANAC, sebbene i servizi rientranti nell'allegato II B siano soggetti, a stretto rigore, solo alle norme richiamate dall'art. 20 del D.Lgs. n. 163/2006, oltre a quelle espressamente indicate negli atti di gara (in virtù del c.d. principio di autovincolo), quando il valore dell'appalto è superiore alle soglie

⁶¹ Recante "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".

⁶² cfr., Relazione AIR – Linee Guida n. 4, pag.7 e 8.

⁶³ cfr., Linee Guida n. 4, pag. 12, p. 5.1

⁶⁴ L'elenco include, tra gli altri, i servizi alberghieri e di ristorazione (cat. 17), i servizi legali (cat. 21), i servizi sanitari e sociali (cat. 25), i servizi ricreativi, culturali e sportivi (cat. 26).

⁶⁵ L'art. 20, primo comma, del D.Lgs. n. 163/2006 dispone: "l'aggiudicazione degli appalti aventi ad oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dagli art. 68 (specifiche tecniche), dall'art. 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'art. 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati).

⁶⁶ L'Art. 2, co.2 stabilisce che "il principio di economicità può essere subordinato, entro i limiti in cui sia espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri previsti dal bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute e dell'ambiente e alla promozione dello sviluppo sostenibile"; il successivo comma terzo dispone che "per quanto non espressamente previsto nel presente codice, le procedure di affidamento e le altre attività amministrative in materia di contratti pubblici si espletano nel rispetto delle disposizioni sul procedimento amministrativo di cui alla legge 7 agosto 1990 n. 241 e successive modificazioni e integrazioni"; il comma quarto stabilisce che "per quanto non espressamente previsto nel presente codice, l'attività contrattuale dei soggetti di cui all'articolo 1 si svolge nel rispetto, altresì, delle disposizioni stabilite dal codice civile".

di rilevanza comunitaria è necessaria anche una pubblicazione a livello comunitario⁶⁷, in ossequio al principio di trasparenza (cui è correlato il principio di pubblicità) richiamato dall'art. 27 del Codice dei Contratti⁶⁸.

Gli artt. 140,142,143 e 144 del D.Lgs. n. 50/2016 recano le norme specificatamente applicabili agli appalti di servizi sociali elencati nell'Allegato IX⁶⁹ del Codice dei Contratti. La collocazione di tali norme all'interno del Titolo VI (Regimi particolari di appalto) ne delinea la disciplina applicabile, assoggettando detti appalti al c.d. "regime alleggerito", diversificato a seconda che si ricada nei settori ordinari (artt. 142 e 143) o in quelli speciali (art. 140), ma comunque ispirato ai principi fondamentali di trasparenza e di parità di trattamento degli operatori economici⁷⁰.

Al di sopra della soglia di rilevanza comunitaria⁷¹ l'affidamento dei predetti servizi avviene secondo le previsioni recate dall'art. 140 (settori speciali) e dall'art. 142 (settori ordinari) mediante procedure precedute, rispettivamente, da avvisi di gara o bandi di gara. Il D.Lgs. n. 56/2017 fornisce indicazioni, prima omesse, sul sistema di scelta del contraente, stabilendo, almeno per quanto concerne taluni servizi ordinari individuati nell'allegato IX⁷² le procedure di aggiudicazione. Per gli stessi servizi, sotto soglia comunitaria, è ammessa la possibilità di procedere ai sensi dell'art. 36, del D.Lgs. n. 50/2016. (v. art. 142, co. 5- octies, D.Lgs. n. 50/2016).

L'art. 143 del D.Lgs. n. 50/2016 delinea un regime riservato prevedendo che le stazioni appaltanti possono riservare a determinate organizzazioni⁷³ il diritto di partecipare alle procedure per l'affidamento, per un periodo non superiore a tre anni, di servizi tassativamente indicati nella medesima norma.

2.6. Gli atti esaminati

Nell'anno 2016 risultano essere state attivate⁷⁴ n. 675 procedure negoziali, sono state estrapolate per il controllo a campione n. 398 D.D. afferenti alle stesse, quindi ne è stato verificato 58%; la metodologia di controllo adottata è la medesima usata per il controllo successivo generale.

Innanzitutto, si vuol dar contezza della diminuzione percentuale dell'utilizzo di tale modalità di affidamento; infatti, prendendo a base l'analisi compiuta dall'ANAC le cui risultanze finali sono riassunte nella deliberazione n. 207 del 2 marzo 2016⁷⁵, si evince che Roma Capitale ha utilizzato annualmente, in media,

⁶⁷ *contra*, Tar Marche, Sez. I, 04.01.2013 n. 1 che ritiene legittima la procedura di gara per l'affidamento di servizi e forniture per la gestione dei servizi di integrazione scolastica ed educativa domiciliare a soggetti disabili, per un importo stimato di € 1.200.000,00 il cui bando è stato pubblicato sul solo sito della stazione appaltante, omettendo ogni ulteriore forma di pubblicità.

⁶⁸ cfr., da ultimo, ANAC - Delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 recante "*Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali*", p. 17.

⁶⁹ L'elenco include, tra gli altri, i servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.

⁷⁰ Per un approfondimento, v., L. Mazzeo, "*Gli appalti (e le concessioni) nei servizi sociali: un regime – non troppo alleggerito frutto di una complicata semplificazione*", in *Urbanistica e Appalti*, n. 8-9/2016, pag. 1001 e ss.

⁷¹ Euro 750.000 per i settori ordinari ed Euro 1.000.000 per i settori speciali (art. 35, co. 1, lett. d) e co. 2, lett. c).

⁷² L'art. 142, co. 5 *bis*, prevede che per i servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi i servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative. L'art. 142, co. 5 *sexties*, stabilisce che si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65.

⁷³ L'organizzazione deve avere tutte le seguenti caratteristiche: 1) avere come obiettivo statutario il perseguimento di una missione di servizio pubblico legata alla prestazione dei servizi indicati dalla norma; 2) i profitti dell'organizzazione sono reinvestiti al fine di conseguire l'obiettivo dell'organizzazione. Se i profitti sono distribuiti o redistribuiti, ciò dovrebbe basarsi su considerazioni partecipative; 3) le strutture di gestione o proprietà dell'organizzazione che esegue l'appalto sono basate su principi di azionariato dei dipendenti o partecipativi, ovvero richiedono la partecipazione attiva di dipendenti, utenti o soggetti interessati. Tra le condizioni rileva anche la circostanza che l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni (v. art. 143, co. 2, D.Lgs. n. 50/2016).

⁷⁴ Il dato totale è stato ricavato dalle pubblicazioni su amministrazione trasparente, bandi di gara e contratti, atti delle amministrazioni aggiudicatrici e degli enti aggiudicatori distintamente per ogni procedura, atti relativi alle procedure per l'affidamento di appalti pubblici, link: http://www.comune.roma.it/pcr/it/amm_trasp_att_aff_proc.page

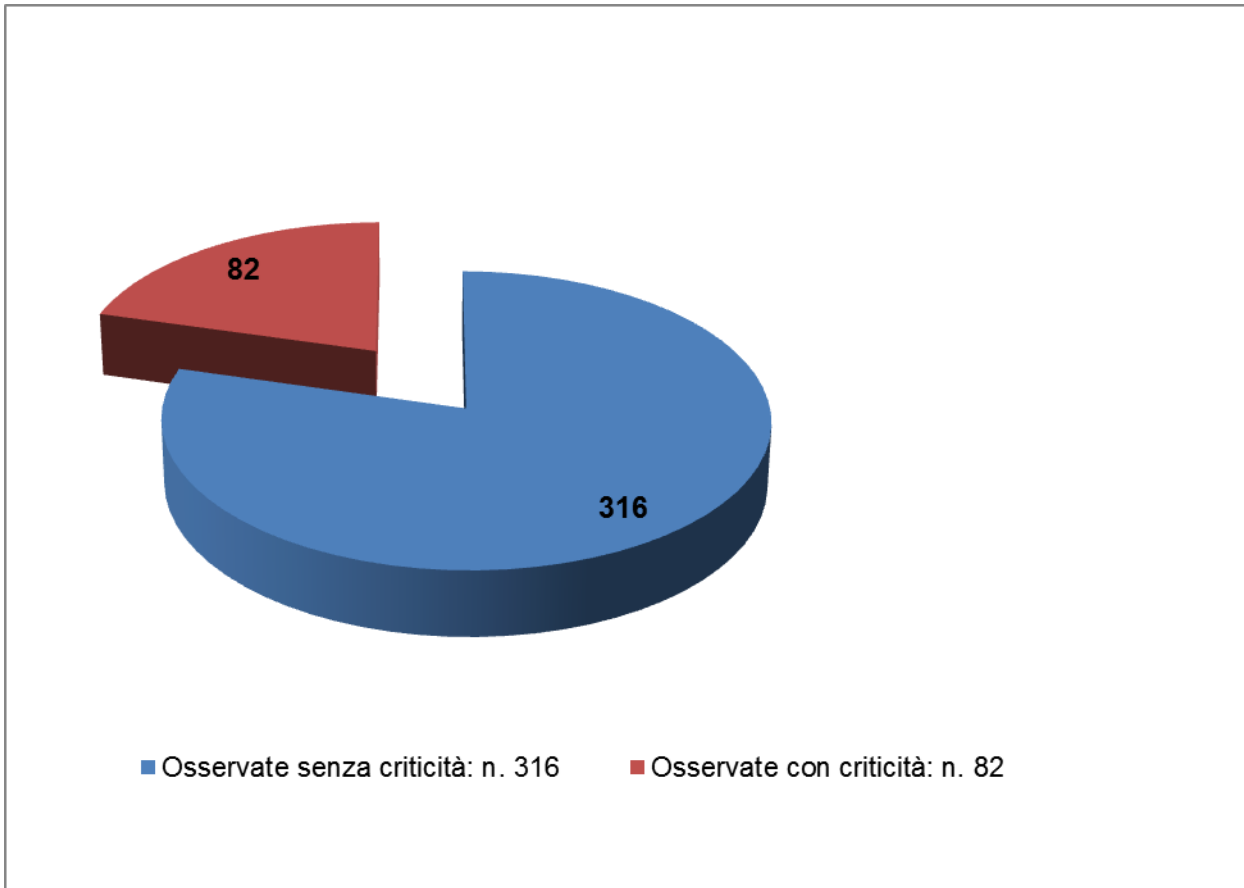
⁷⁵ cfr. ANAC Deliberazione n.207 del 2 marzo 2016, pag.2: "*la prima fase di indagine si è focalizzata su un campione significativo di n. 1.850 procedure negoziate (pari al 10% del totale) espletate nel periodo 2012-2014, e di queste sono state selezionate per la seconda fase di indagine n. 36 affidamenti sottoposti ad ulteriori approfondimenti*".

la procedura negoziata per n. 6.100 affidamenti; nell'anno 2016 le gare bandite a procedura negoziata sono state solo 675.

Si vuol specificare che il soprastante parametro di riferimento (n. 6.100) ha natura principalmente statistica e necessiterebbe di una analisi approfondita della base dati assunta dall'ANAC per la propria attività ispettiva, che in questa sede non si è potuta svolgere per mancanza di idonei strumenti informatici di riscontro.

In seguito all'analisi del campione sono state riscontrate criticità per n. 82 determinazioni (cfr allegato 3 tab.12), pari al 12,20%, il sottostante grafico visualizza il rapporto tra atti regolari e atti con criticità.

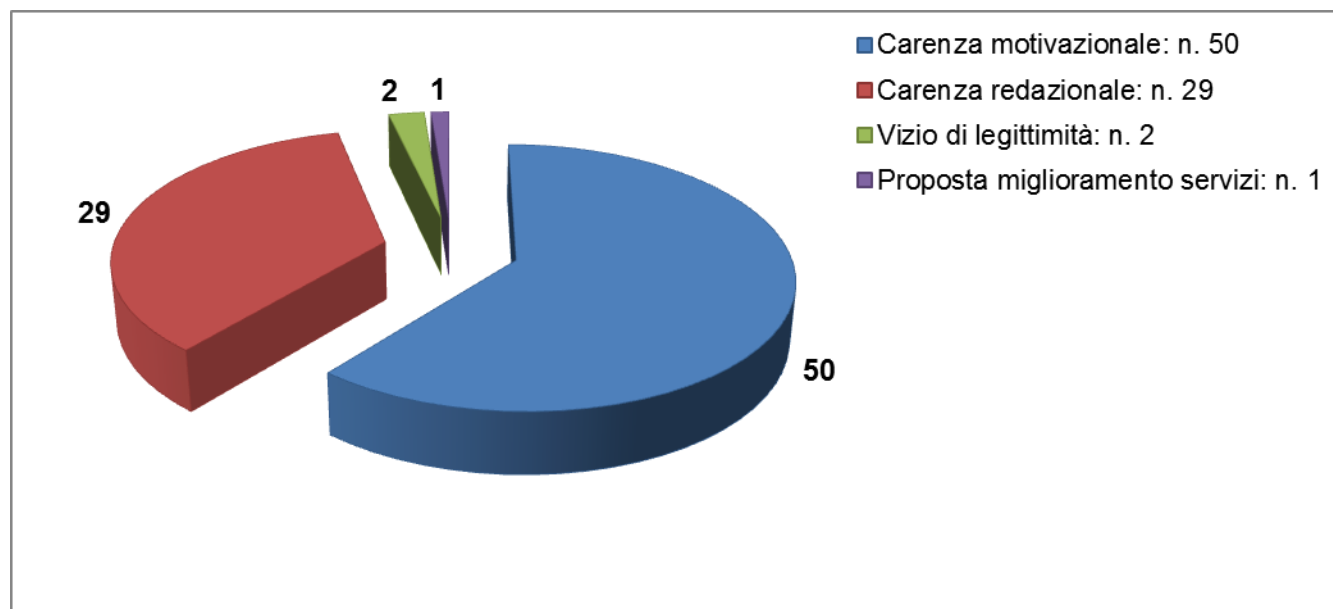
Grafico 5 - D.D. Osservate concernenti le procedure negoziate



Le criticità riscontrate sono riassumibili nei tre macro aggregati, adottati per il controllo successivo generale, ovvero Vizi di legittimità (V), Carenze motivazionali (M), Carenze redazionali (CR); la relativa suddivisione è rappresentata nel sottostante grafico

Dal grafico si evince una preponderanza di rilievi legati a carenza motivazionale.

Grafico 6 Rilievi trasmessi per Struttura concernenti le procedure negoziate



2.6.1. Le principali criticità

Si prosegue con l'elencazione dei principali rilievi effettuati, tralasciando di indicare quelli relativi alla vigenza del D.Lgs. 163/2006, ormai superato e ritenendo, viceversa, utile la disanima delle criticità relative all'applicazione del nuovo Codice dei contratti, quale promemoria per la futura attività.

✓ Fasi delle procedure di affidamento.

Gli atti endoprocedimentali e la determina a contrarre art. 32 e 33 D.Lgs. 50/2016

Al fine di soddisfare esigenze di tipo formale e, soprattutto, esigenze di tipo contenutistico – sostanziali risulta indispensabile che il preambolo di un atto amministrativo contenga la rappresentazione degli elementi di fatto e di diritto pertinenti e rilevanti.

Tra gli elementi della prima tipologia si annoverano gli atti c.d. “endoprocedimentali”, che caratterizzano la fase istruttoria e precedono il provvedimento conclusivo, nel caso di specie, quello di aggiudicazione di una gara d'appalto.

La scansione procedimentale delle procedure di affidamento, delineata dagli artt. 32, co. 2,⁷⁶ e 33⁷⁷ del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 (d'ora in poi “Codice”), prevede che la stazione appaltante provvede alla aggiudicazione previa verifica della proposta di aggiudicazione.

⁷⁶ Art. 32, comma 2, D.Lgs. 50/2016: “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”.

⁷⁷ L' art. 32, co. 5, dispone: “la stazione appaltante, previa verifica della proposta di aggiudicazione ai sensi dell'art. 33, co.1, provvede all'aggiudicazione”. L'art. 33, co. 1, dispone: “la proposta di aggiudicazione è soggetta ad approvazione dell'organo competente secondo l'ordinamento della stazione appaltante e nel rispetto dei termini dallo stesso previsti, decorrenti dal ricevimento della proposta di aggiudicazione da parte dell'organo competente. In mancanza, il termine è pari a trenta 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”.

In un caso esaminato si rilevava la mancata indicazione della proposta di aggiudicazione che si configura come atto endoprocedimentale della procedura di affidamento, che previa verifica da parte del Dirigente responsabile, deve essere rappresentata in tutti i provvedimenti di aggiudicazione di gara.

Sono state evidenziate perplessità in ordine alla qualificazione giuridica di alcuni atti come “determine a contrarre” in quanto, da un lato, si formalizzava la volontà della stazione appaltante di addivenire alla scelta del contraente mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, ai sensi dell’art. 63, co. 2, lett. c) del D.Lgs. 18 aprile 2016 n. 50 con l’utilizzo del sistema SIPRONEG per la scelta degli operatori da invitare e con la pubblicazione dell’atto nell’apposita sezione del sito istituzionale e, dall’altro, si rappresentava che l’indizione della gara sarebbe avvenuta con successivo provvedimento dirigenziale.

In merito sono stati evidenziati gli elementi essenziali che una determina a contrarre deve avere a norma dell’art. 32, co. 2 del D.Lgs. 50/2016 (similmente a quanto il previgente codice disponeva nell’art. 11, co. 2) secondo cui risulta necessario indicare “*gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte*” nonché, per gli enti locali, gli elementi previsti dall’art. 192⁷⁸ del D.Lgs. 18 agosto 2000 n. 267.

✓ **Uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara - art. 63 D.Lgs. 50/2016**

Si è osservato come la scelta per l’individuazione del contraente cui affidare, mediante accordo quadro, i lavori della procedura contemplata dall’art. 63 D.Lgs. 50/2016⁷⁹ avesse natura eccezionale, così come già

⁷⁸ Art. 192 D.Lgs. 267/2000: “La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l’oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell’ordinamento giuridico italiano”.

⁷⁹ Art. 63 D.Lgs. 50/2016: “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. 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’esperienza 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’articolo 80 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall’amministrazione aggiudicatrice ai sensi dell’articolo 83; 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; 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. 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 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 tre anni; 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. 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. 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

disposto dall'art. 57 dell'abrogato D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163, con la conseguenza che, la stessa, potesse essere utilizzata soltanto al ricorrere dei presupposti di tipo sostanziale previsti dal legislatore accertati con il massimo rigore dandone conto "con adeguata motivazione, nel primo atto della procedura" (art. 63, co. 1, D.Lgs. 50/2016).

Nell'ambito dei contratti pubblici relativi a lavori, forniture e servizi tali presupposti sono specificati al comma 2 della norma sopra menzionata, che consente questa tipologia di procedura nel caso di precedente gara deserta o ad esito infruttuoso (art. 63, co. 2, lett. a), nell'ipotesi di infungibilità e unicità dell'operatore economico (art. 63, co. 2, lett. b) ovvero per l'urgenza di provvedere (art. 63, co. 2, lett. c).

Nella specie, il provvedimento difettava dell'accertamento e della relativa rappresentazione dei presupposti legittimanti la procedura in argomento, essendo allo scopo insufficiente il mero riferimento all'articolo 63 del D.Lgs.50/2016, senza la puntuale individuazione dei casi e delle circostanze, fra quelle prima richiamate, che determinarono tale scelta in luogo del ricorso alle procedure ordinarie.

✓ **Uso della procedura negoziata senza previa indizione di gara nei settori speciali - art. 125 D.Lgs. 50/2016**

Ciò che si è rilevato in merito al ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è stata, generalmente, una carenza motivazionale relativamente alla giustificazione dell'uso di detta modalità di scelta del contraente.

In particolare in alcuni provvedimenti la procedura negoziata veniva indetta ai sensi dell'art. 125 comma 1 lett. d) del D.Lgs. 50/2016⁸⁰. In merito si sottolineava come detto articolo, in quanto rubricato nel Titolo VI –

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'articolo 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. 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 cinque 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'articolo 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.

⁸⁰ Art. 125 Dlgs 50/2016: 1. Gli enti aggiudicatori possono ricorrere a una procedura negoziata senza previa indizione di gara nei seguenti casi: a) quando, in risposta a una procedura con previa indizione di gara, non sia pervenuta alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate. 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'ente aggiudicatore 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 o non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'ente aggiudicatore a norma degli articoli 80, 135, 136; b) quando un appalto è destinato solo a scopi di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo e non per rendere redditizie o recuperare spese di ricerca e di sviluppo, purché l'aggiudicazione dell'appalto non pregiudichi l'indizione di gare per appalti successivi che perseguano, segnatamente, questi scopi; c) quando i lavori, servizi e forniture 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 di una rappresentazione artistica unica; 2) la concorrenza è assente per motivi tecnici. L'eccezione di cui al presente punto si applica solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto; 3) tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale. L'eccezione di cui al presente punto si applica solo quando non esistono sostituti o alternative ragionevoli e l'assenza di concorrenza non è il risultato di una limitazione artificiale dei parametri dell'appalto. d) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili e imprevedibili dall'ente aggiudicatore, ivi compresi comunque i casi di bonifica e messa in sicurezza di siti contaminati ai sensi della Parte quarta, Titolo V, del decreto legislativo 3 aprile 2006, n. 152 e di pericolo concreto e attuale di danni irreparabili a beni culturali, i termini stabiliti per le procedure aperte, per le procedure ristrette o per le procedure negoziate precedute da indizione di gara non possono essere rispettati. Le circostanze invocate per giustificare l'estrema urgenza non devono essere in alcun caso imputabili all'ente aggiudicatore; e) nel caso di appalti di forniture per 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 obbligasse l'ente aggiudicatore ad acquistare forniture con caratteristiche tecniche differenti, il cui impiego o la cui manutenzione

Regimi particolari di appalto – Capo I – Appalti nei settori speciali, disciplinasse la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara relativamente agli appalti nei settori speciali (gas, acqua, servizi di traposto, postali, prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone ed altri combustibili solidi, porti ed aeroporti) e non nei settori ordinari quali erano quelli esaminati.

comporterebbero incompatibilità o difficoltà tecniche sproporzionate; f) per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi assegnati all'imprenditore al quale gli stessi enti aggiudicatori hanno assegnato un appalto precedente, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi a un progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 123. ((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 ricorrere a tale procedura è indicata già al momento dell'indizione della gara per il primo progetto e gli enti aggiudicatori, quando applicano l'articolo 35 tengono conto del costo complessivo stimato per i lavori o i servizi successivi; g) per forniture quotate e acquistate sul mercato delle materie prime; h) per gli acquisti d'opportunità, quando è possibile, in presenza di un'occasione particolarmente vantaggiosa ma di breve durata, acquistare forniture il cui prezzo è sensibilmente inferiore ai prezzi normalmente praticati sul mercato: 1) per l'acquisto di forniture o servizi a condizioni particolarmente vantaggiose presso un fornitore che cessa definitivamente l'attività commerciale o presso il liquidatore in caso di procedura di insolvenza, di un accordo con i creditori o di procedure analoghe; 2) quando l'appalto di servizi consegue a un concorso di progettazione organizzato secondo le disposizioni del presente codice ed è destinato, in base alle norme previste nel concorso di progettazione, a essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori di tale concorso; in tal caso, tutti i vincitori del concorso di progettazione sono invitati a partecipare alle negoziazioni.

✓ **Suddivisione in lotti - art. 51 D.Lgs. 50/2016**

Si è spesso sottolineato come alcuni provvedimenti operassero una suddivisione territoriale, attraverso il ricorso a diverse procedure negoziate di cui all'art 63, co. 2, lett. c) del D.Lgs. 50/2016, di importo al di sotto di un milione di euro, per l'affidamento di interventi della medesima natura, ricadenti nella stessa categoria OG3, classifica I e per lo stesso periodo.

Tale *modus operandi* si presentava quale possibile artificioso frazionamento di un unico appalto.

A tal riguardo, si è evidenziato come, sebbene il nuovo codice, con la disposizione contenuta nell'art. 51⁸¹, abbia mantenuto e in parte rafforzato il principio della "suddivisione in lotti", posto in essere "al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese" alle gare pubbliche, già previsto dall'art. 2, comma 1-bis, del D.Lgs. 163 del 2006, rimanga vigente il divieto di artificioso frazionamento dei contratti, la cui *ratio* è di voler evitare elusioni della disciplina comunitaria da parte delle stazioni appaltanti e conseguentemente la produzione di un "danno erariale alla concorrenza".

✓ **Criteri di selezione e soccorso istruttorio - art. 83 co. 9 D.Lgs. 50/2016**

Il nuovo codice riscrive l'istituto del soccorso istruttorio, art. 83 comma 9 D.Lgs. 50/2016⁸², che prevede la possibilità di sanare le eventuali carenze di carattere formale della domanda obbligando il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara e comunque non superiore a 5.000 euro.

In merito si segnalava come, in alcuni dei provvedimenti esaminati, mancasse la definizione degli importi di detta sanzione.

⁸¹ Art. 51 D.Lgs. 50/2016: "1. 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 di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg), 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 di cui agli articoli 99 e 139. 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. 2. Le stazioni appaltanti indicano, altresì, nel bando di gara o nella lettera di invito, se le offerte possono essere presentate per un solo lotto, per alcuni lotti o per tutti. ((3. Le stazioni appaltanti possono)), anche ove esista la facoltà di presentare offerte per alcuni o per tutti i lotti, limitare il numero di lotti che possono essere aggiudicati a un solo offerente, a condizione che il numero massimo di lotti per offerente sia indicato nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, a presentare offerte o a negoziare. Nei medesimi documenti di gara indicano, altresì, le regole o i criteri oggettivi e non discriminatori che intendono applicare per determinare quali lotti saranno aggiudicati, qualora l'applicazione dei criteri di aggiudicazione comporti l'aggiudicazione ad un solo offerente di un numero di lotti superiore al numero massimo. 4. Le stazioni appaltanti possono aggiudicare appalti che associano alcuni o tutti i lotti al medesimo offerente, qualora abbiano specificato, nel bando di gara o nell'invito a confermare interesse, che si riservano tale possibilità e indichino i lotti o gruppi di lotti che possono essere associati, nonché le modalità mediante cui effettuare la valutazione comparativa tra le offerte sui singoli lotti e le offerte sulle associazioni di lotti.

⁸² Art. 89 D.Lgs. 50/2016: "Le carenze di qualsiasi elemento formale della domanda possono essere sanate attraverso la procedura di soccorso istruttorio di cui al presente comma. In particolare, la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e del documento di gara unico europeo di cui all'articolo 85, con esclusione di quelle afferenti all'offerta tecnica ed economica, obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara, in misura non inferiore all'uno per mille e non superiore all'uno per cento del valore della gara e comunque non superiore a 5.000 euro. In tal caso, la stazione appaltante assegna al concorrente un termine, non superiore a dieci giorni, perché siano rese, integrate o regolarizzate le dichiarazioni necessarie, indicandone il contenuto e i soggetti che le devono rendere, da presentare contestualmente al documento comprovante l'avvenuto pagamento della sanzione, a pena di esclusione. La sanzione è dovuta esclusivamente in caso di regolarizzazione. Nei casi di irregolarità formali, ovvero di mancanza o incompletezza di dichiarazioni non essenziali, la stazione appaltante ne richiede comunque la regolarizzazione con la procedura di cui al periodo precedente, ma non applica alcuna sanzione. In caso di inutile decorso del termine di regolarizzazione, il concorrente è escluso dalla gara. Costituiscono irregolarità essenziali non sanabili le carenze della documentazione che non consentono l'individuazione del contenuto o del soggetto responsabile della stessa.

✓ **Criteri di aggiudicazione dell'appalto e offerte anormalmente basse - art. 95 e art. 97 D.Lgs. 50/2016**

In merito al criterio di aggiudicazione dell'appalto, si è sottolineato come la nuova disciplina contenuta nel D.Lgs.50/2016 all'art.95⁸³ contenga una serie di principi fondamentali; innanzi tutto quello di uniformità, in

⁸³ Art. 95 D.Lgs. 50/2016: "1. I criteri di aggiudicazione non conferiscono alla stazione appaltante un potere di scelta illimitata dell'offerta. Essi garantiscono la possibilità di una concorrenza effettiva e sono accompagnati da specifiche che consentono l'efficace verifica delle informazioni fornite dagli offerenti al fine di valutare il grado di soddisfacimento dei criteri di aggiudicazione delle offerte. Le stazioni appaltanti verificano l'accuratezza delle informazioni e delle prove fornite dagli offerenti. 2. Fatte salve le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative relative al prezzo di determinate forniture o alla remunerazione di servizi specifici, le stazioni appaltanti, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono all'aggiudicazione degli appalti e all'affidamento dei concorsi di progettazione e dei concorsi di idee, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo o sulla base dell'elemento prezzo o del costo, seguendo un criterio di comparazione costo/efficacia quale il costo del ciclo di vita, conformemente all'articolo 96. 3. Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, ((come definiti all'articolo 50, comma 1;)) b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo superiore a 40.000 euro; 4. Può essere utilizzato il criterio del minor prezzo: a) per i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro, tenuto conto che la rispondenza ai requisiti di qualità è garantita dall'obbligo che la procedura di gara avvenga sulla base del progetto esecutivo; b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato; c) per i servizi e le forniture di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. 5. Le stazioni appaltanti che dispongono l'aggiudicazione ai sensi del comma 4 ne danno adeguata motivazione e indicano nel bando di gara il criterio applicato per selezionare la migliore offerta. 6. I documenti di gara stabiliscono i criteri di aggiudicazione dell'offerta, pertinenti alla natura, all'oggetto e alle caratteristiche del contratto. In particolare, l'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, è valutata sulla base di criteri oggettivi, quali gli aspetti qualitativi, ambientali o sociali, connessi all'oggetto dell'appalto. Nell'ambito di tali criteri possono rientrare: a) la qualità, che comprende pregio tecnico, caratteristiche estetiche e funzionali, accessibilità per le persone con disabilità, progettazione adeguata per tutti gli utenti, certificazioni e attestazioni in materia di sicurezza e salute dei lavoratori, quali OSHAS 18001, caratteristiche sociali, ambientali, contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali dell'opera o del prodotto, caratteristiche innovative, commercializzazione e relative condizioni; b) il possesso di un marchio di qualità ecologica dell'Unione europea (Ecolabel UE) in relazione ai beni o servizi oggetto del contratto, in misura pari o superiore al 30 per cento del valore delle forniture o prestazioni oggetto del contratto stesso; c) il costo di utilizzazione e manutenzione avuto anche riguardo ai consumi di energia e delle risorse naturali, alle emissioni inquinanti e ai costi complessivi, inclusi quelli esterni e di mitigazione degli impatti dei cambiamenti climatici, riferiti all'intero ciclo di vita dell'opera, bene o servizio, con l'obiettivo strategico di un uso più efficiente delle risorse e di un'economia circolare che promuova ambiente e occupazione d) la compensazione delle emissioni di gas ad effetto serra associate alle attività dell'azienda calcolate secondo i metodi stabiliti in base alla raccomandazione n. 2013/179/UE della Commissione del 9 aprile 2013, relativa all'uso di metodologie comuni per misurare e comunicare le prestazioni ambientali nel corso del ciclo di vita dei prodotti e delle organizzazioni e) l'organizzazione, le qualifiche e l'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto, qualora la qualità del personale incaricato possa avere un'influenza significativa sul livello dell'esecuzione dell'appalto; f) il servizio successivo alla vendita e assistenza tecnica; g) le condizioni di consegna quali la data di consegna, il processo di consegna e il termine di consegna o di esecuzione. 7. L'elemento relativo al costo, anche nei casi di cui alle disposizioni richiamate al comma 2, può assumere la forma di un prezzo o costo fisso sulla base del quale gli operatori economici competeranno solo in base a criteri qualitativi. 8. I documenti di gara ovvero, in caso di dialogo competitivo, il bando o il documento descrittivo elencano i criteri di valutazione e la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di essi, prevedendo una forcella in cui lo scarto tra il minimo e il massimo deve essere adeguato. Per ciascun criterio di valutazione prescelto possono essere previsti, ove necessario, sub-criteri e sub-pesi o sub-punteggi. 9. Le stazioni appaltanti, quando ritengono la ponderazione ((di cui al comma 8)) non possibile per ragioni oggettive, indicano nel bando di gara e nel capitolato d'onere o, in caso di dialogo competitivo, nel bando o nel documento descrittivo, l'ordine decrescente di importanza dei criteri. Per attuare la ponderazione o comunque attribuire il punteggio a ciascun elemento dell'offerta, le amministrazioni aggiudicatrici utilizzano metodologie tali da consentire di individuare con un unico parametro numerico finale l'offerta più vantaggiosa. 10. Nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro. 11. I criteri di aggiudicazione sono considerati connessi all'oggetto dell'appalto ove riguardino lavori, forniture o servizi da fornire nell'ambito di tale appalto sotto qualsiasi aspetto e in qualsiasi fase del loro ciclo di vita, compresi fattori coinvolti nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi o in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale. 12. Le stazioni appaltanti possono decidere di non procedere all'aggiudicazione se nessuna offerta risulti conveniente o idonea in relazione all'oggetto del contratto. Tale facoltà è indicata espressamente nel bando di gara o nella lettera di invito. 13. Compatibilmente con il diritto dell'Unione europea e con i principi di parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità le amministrazioni aggiudicatrici indicano nel bando di gara, nell'avviso o nell'invito, i criteri premiali che intendono applicare alla valutazione dell'offerta in relazione al maggior rating di legalità dell'offerente, nonché per agevolare la partecipazione alle procedure di affidamento per le microimprese, piccole e medie imprese, per

quanto - salvo deroghe - i criteri sono identici per tutti i tipi di appalto (lavori, servizi e forniture); secondo poi il principio di esclusività, in base al quale l'aggiudicazione può avvenire solo sulla base dei due criteri espressamente indicati dalla legge, l'offerta economicamente più vantaggiosa e del minor prezzo. Tuttavia il principio di equivalenza tra i due criteri viene superato ed il criterio del minor prezzo rimane una ipotesi marginale mentre la regola è rappresentata dal criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

La stazione appaltante è obbligata, quindi, a ricorrere all'offerta economicamente più vantaggiosa, potendo esercitare la facoltà di ricorrere al criterio del minor prezzo nei soli casi previsti dal co. 4 dell'art 95 del Codice, dandone adeguata motivazione, come richiede espressamente il successivo co. 5.

A tal riguardo, in molti casi sottoposti al controllo, si sottolineava come non fosse sufficiente il mero rinvio al dispositivo normativo.

Inoltre, relativamente all'esercizio della facoltà di avvalersi dell'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse, prevista in via esclusiva per i contratti sotto soglia ai sensi dell'art. 97, co. 8 del Codice appalti, si è raccomandato - conformemente alle indicazioni contenute nel comunicato dell'Anac del 5 ottobre 2016 - di indicare nella documentazione di gara di non procedere all'esclusione automatica, ancorché previsto nel bando, nel caso di un numero di offerte ammesse, e quindi ritenute valide, inferiore a dieci.

Con riferimento al calcolo della c.d. "soglia di anomalia", ed in assenza di alcuni meccanismi correttivi previsti dal previgente Codice, si è evidenziato quanto chiarito in merito dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel comunicato del 5 ottobre 2016. In particolare il Presidente dell'ANAC in detto comunicato ha precisato che, allorquando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, è opportuno indicare nella documentazione di gara che si procederà alla determinazione della soglia di anomalia mediante il ricorso ai metodi di cui all'art. 97, co. 2, del Codice solamente in presenza di almeno cinque offerte ammesse ed è altresì opportuno prevedere che i calcoli per determinare tale soglia siano svolti fino ad una determinata cifra decimale da arrotondarsi all'unità superiore se la successiva cifra è pari o superiore a cinque.

i giovani professionisti e per le imprese di nuova costituzione. Indicano altresì il maggior punteggio relativo all'offerta concernente beni, lavori o servizi che presentano un minore impatto sulla salute e sull'ambiente. 14. Per quanto concerne i criteri di aggiudicazione, nei casi di adozione del miglior rapporto qualità prezzo, si applicano altresì le seguenti disposizioni: a) le stazioni appaltanti possono autorizzare o esigere la presentazione di varianti da parte degli offerenti. Esse indicano nel bando di gara ovvero, se un avviso di preinformazione è utilizzato come mezzo di indizione di una gara, nell'invito a confermare interesse se autorizzano o richiedono le varianti; in mancanza di questa indicazione, le varianti non sono autorizzate e sono collegate all'oggetto dell'appalto; b) le stazioni appaltanti che autorizzano o richiedono le varianti menzionano nei documenti di gara i requisiti minimi che le varianti devono rispettare, nonché le modalità specifiche per la loro presentazione, in particolare se le varianti possono essere presentate solo ove sia stata presentata anche un'offerta, che è diversa da una variante. Esse garantiscono anche che i criteri di aggiudicazione scelti possano essere applicati alle varianti che rispettano tali requisiti minimi e alle offerte conformi che non sono varianti c) solo le varianti che rispondono ai requisiti minimi prescritti dalle amministrazioni aggiudicatrici sono prese in considerazione; d) nelle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture o di servizi, le amministrazioni aggiudicatrici che abbiano autorizzato o richiesto varianti non possono escludere una variante per il solo fatto che, se accolta, configurerebbe, rispettivamente, o un appalto di servizi anziché un appalto pubblico di forniture o un appalto di forniture anziché un appalto pubblico di servizi. 15. Ogni variazione che intervenga, anche in conseguenza di una pronuncia giurisdizionale, successivamente alla fase di ammissione, regolarizzazione o esclusione delle offerte non rileva ai fini del calcolo di medie nella procedura, ne' per l'individuazione della soglia di anomalia delle offerte.

3. Conclusioni

Prima di riassumere, in maniera conclusiva, le risultanze dell'attività svolta nell'anno 2016, si ritiene di dover puntare l'accento su un profilo del controllo successivo molto spesso trascurato, si tratta delle modalità di redazione dei provvedimenti; tale aspetto, viceversa, non è da trascurare, esso rappresenta per l'Ente Locale un valore aggiunto: la qualità degli atti.

Infatti, il controllo dell'aspetto redazionale delle determinazioni dirigenziali consente una verifica sistematica della loro stessa legittimità, in modo da evitare che tali provvedimenti possano essere oggetto di impugnazione, generando contenzioso e potenziali obblighi risarcitori, fenomeni in cui, spesso, incorre Roma Capitale, risultando, altrettanto spesso, soccombente per vizi di forma.

Ecco che obiettivo di contenere fenomeni patologici dei provvedimenti tali da creare situazioni conflittuali con i destinatari degli atti si coniuga con l'obiettivo del miglioramento qualitativo della produzione amministrativa; in questo processo virtuoso il controllo successivo si pone quale punto di riferimento per un omogeneo sistema di redazione e produzioni degli atti.

Ciò posto, alla luce di quanto emerso dai controlli effettuati, può ritenersi di aver riscontrato, relativamente alle corrispondenti risultanze della precedente annualità, significativi e apprezzabili miglioramenti dell'attività complessivamente svolta dagli Uffici dell'Ente, sicché, il giudizio può essere generalmente positivo, sebbene permangano serie criticità in diversi settori (Cfr. cap. 2.3).

Nel rinviare a quanto ampiamente rappresentato nella sezione dedicata all'analisi statistica dei dati (cap. 2.1) e a mero titolo esemplificativo, giova in questa sede porre in evidenza il significativo decremento, rispetto all'anno 2015, del numero della corrispondenza intercorsa con gli Uffici preposti all'adozione degli atti esaminati, con particolare riferimento alle note di richieste di chiarimenti (180 vs. 494 dell'anno 2015) o di mere raccomandazioni (39 vs. 55 dell'anno precedente).

Questa comparazione numerico/statistica dei dati è tanto più significativa se si considera altresì l'aumento del numero complessivo di atti esaminati nel 2016 (n. 2.235) rispetto al corrispondente numero esaminato dell'anno precedente (n. 2.036), anche alla luce del minor impatto in termini percentuali delle note inviate agli uffici interessati (8% di note di richieste di chiarimenti - 2% di raccomandazioni inviate nel 2016 su un totale di n. 2.235 atti esaminati; 24% note di richieste di chiarimenti - 3% di raccomandazioni inviate nel 2015 su un totale di n. 2.036 atti esaminati).

Il rilievo più frequente, continua ad essere, come già si è avuto modo di rilevare nell'anno 2015, una non esaustiva e chiara redazione della parte motiva degli atti, non già per carenze di istruttoria, ma per redazione frettolosa e poco curata della stessa, come si riscontra, successivamente, in sede di chiarimento richiesto alle strutture.

Ricollegandosi all'incipit di questo paragrafo, le carenze motivazionali riscontrate rendono i provvedimenti poco comprensibili e di interpretazione contraddittoria, la gran parte del carteggio intercorso con le strutture si sarebbe potuta evitare con una redazione congrua e lineare delle motivazioni, con minori aggravati adempimentali da parte sia del controllore che del controllato. Il rilievo in questione è indice di poca chiarezza espositiva ed istruttoria, ed è portatore di dubbi circa l'equanime ponderazione di tutti gli interessi coinvolti nel procedimento.

E', altresì, da rilevare che l'anno 2016 è stato caratterizzato dall'avvento del nuovo Codice dei contratti (D.Lgs.50/2016), dagli interventi correttivi allo stesso e dalle progressive e tardive linee guida emesse dall'ANAC; ciò ha comportato, necessariamente, incertezza interpretativa delle nuove norme con riflessi sulla produzione degli atti afferenti l'attività contrattuale dell'Amministrazione.

Nel complesso, si ritiene, conclusivamente, che l'attività di controllo abbia svolto un utile servizio con la rilevazione di criticità, mettendo a disposizione dei Dirigenti un feed back diretto della stessa che possa fungere da spunto ed indicazione per la futura attività provvedimentale.

Si deve, con amarezza, segnalare, come già accaduto nel 2015, come non si abbia ancora piena consapevolezza, nella struttura dirigenziale, della funzione collaborativa del controllo, svolto in posizione di

terzietà dal Segretario Generale: spesso, infatti l'attività è vissuta, anziché come occasione di crescita, quale funzione ispettivo - repressiva e/o come ulteriore aggravio dei già gravosi compiti adempimentali, impedendo, così, alla funzione di raggiungere la propria utilità precipua, consistente nella tensione verso un affettivo miglioramento e comprensibilità della qualità complessiva dell'azione amministrativa.

Conclusivamente, sia pur prendendo atto, con soddisfazione, dei progressi ottenuti, resi evidenti dalle risultanze statistiche, è intenzione dello scrivente implementare l'azione proattiva della funzione in questa Relazione rappresentata attraverso misure di accompagnamento maggiormente di supporto quali direttive con cui si mettano in luce aspetti e problematiche di interesse comune, affinché efficacia ed efficienza dell'attività amministrativa si compenetrino, ancor più, con la correttezza formale e sostanziale degli atti posti a base del suo agire.

Allegato 1

Piano operativo di controllo anno 2016

(D.D. n. 6 del 07/06/2016)