



PSR 14-20
Campania



Fondo europeo agricolo
per lo sviluppo rurale:
l'Europa investe
nelle zone rurali



a cura del GRUPPO APPALTI ADG-FEASR REGIONE CAMPANIA

in collaborazione con  **Sviluppo Campania**

Servizi e forniture, revisione dei prezzi solo se prevista nei documenti di gara

La revisione dei prezzi negli appalti di servizi e forniture è consentita solo se prevista nei documenti di gara "in clausole chiare, precise e inequivocabili". Lo ricorda l'ANAC nell'Atto del presidente su una richiesta di parere da parte dell'Arma dei Carabinieri relativa alla possibilità di procedere a modifiche, anche relative ai prezzi, dei contratti di appalto in corso di esecuzione – nello specifico per la fornitura di risme di carta formato A4 - a causa dell'attuale situazione internazionale e della persistente emergenza sanitaria da Covid-19.

Cosa dicono le leggi?

Anche i più recenti interventi normativi in materia, osserva ANAC, confermano tale possibilità. Il riferimento è all'articolo 29 del decreto 4/2022 che con riguardo alle procedure di affidamento indette successivamente alla sua entrata in vigore, stabilisce "fino al 31 dicembre 2023, al fine di incentivare gli investimenti pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative

a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale derivante dalla diffusione del virus Covid" l'obbligo di inserire, nei documenti di gara iniziali, delle clausole di revisione dei prezzi.

Quanto ai contratti in corso invece il legislatore è intervenuto al fine di mitigare gli effetti dell'eccezionale aumento dei prezzi di alcuni materiali da costruzione con il decreto 73/2021 solo ed esclusivamente per gli

appalti di lavori e non per quelli di servizi e forniture: il provvedimento introduce un meccanismo di compensazione a favore delle imprese appaltatrici di opere pubbliche e prevede l'emanazione di un apposito decreto del Ministero delle Infrastrutture che rilevi le variazioni percentuali, in aumento o in diminuzione, superiori all'otto per cento dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi.



Nelle procedure MEPA l'aggiudicazione definitiva segue un procedimento semplificato nel quale l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione è sostituito dalla pubblicazione delle relative informazioni direttamente sul sistema

Nell'ambito delle procedure MEPA, l'aggiudicazione definitiva segue un procedimento del tutto semplificato nel quale, da un lato, l'obbligo di comunicare l'aggiudicazione ai sensi dell'art. 76, comma 5 del Codice è sostituito dalla pubblicazione delle relative informazioni direttamente sul sistema MEPA; dall'altro, la stessa aggiudicazione definitiva avviene più celermente in quanto l'amministrazione ha la possibilità di procedere alla verifica dei requisiti direttamente dal Sistema.

PSR *comunica*

**ISCRIVITI ALLA
NEWSLETTER ONLINE**

Nell'ambito delle attività di comunicazione e informazione sul PSR poste in essere dalla Regione Campania, rientrano questa newsletter e PSRComunica. Ad entrambe è possibile iscriversi compilando il form al link agricoltura.regione.campania.it/PSR_2014_2020/mailling.html.

La sentenza del Consiglio di Stato n. 7353/2022 in tema di soccorso procedimentale volto a chiarire l'offerta tecnica

Con la sentenza del 22.08.2022 n. 7353, il Consiglio di Stato si è pronunciato su una controversia inerente ad una procedura di gara per l'affidamento, mediante procedura aperta telematica e sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, dell'appalto relativo alla "consulenza ed assistenza nella gestione dei servizi informatici per la conduzione dei processi caratteristici di un'azienda che gestisce il servizio idrico integrato, comprensivi dell'accesso agli stessi e dei servizi di Application Service Providing e Hosting per l'infrastruttura applicativa dei sistemi".

In particolare è stato accolto l'appello della stazione appaltante avverso la sentenza emessa dal TAR adito in primo grado, nella quale si affermava che "al di fuori delle ipotesi di chiarimenti espressamente previsti in sede di procedura negoziata, dialogo competitivo o valutazione dell'anomalia delle offerte, non [fosse] consentito chiedere chiarimenti o integrazioni relativamente alle offerte, anche al solo fine di meglio comprenderne la portata", ritenendo che, nella vicenda controversa – a fronte del fatto che i rappresentanti dei singoli offerenti fossero stati sentiti, ai fini di un approfondimento tecnico, singolarmente, fosse stata compromessa, a dispetto della cautela di procedere alla registrazione dei colloqui, la segretezza e l'indipendenza di giudizio della Commissione.

Al riguardo il Consiglio di Stato ha osservato che se è, certamente, precluso alla stazione appaltante (e, per essa, alla commissione incaricata della valutazione delle offerte) di sollecitare chiarimenti, precisazioni, integrazioni in ordine ad incerte od ambigue formulazioni della proposta negoziale (ciò che si risolverebbe in forme anomale di dialogo idonee ad alterare il canone di rigorosa parità di condizione fra i concorrenti) – non è vietata la possibilità di sollecitare (con l'ovvio limite che si tratti di meri "chiarimenti" e/o

"illustrazioni" e non di modifiche, anche solo quantitativamente parziali o qualitativamente limitate) chiarimenti sui tratti dell'offerta tecnica, le quante volte sia ritenuto opportuno, per la segnata ipotesi di proposte connotate di particolare complessità. Non è, con ciò, preclusa – nella logica di una efficiente e non disparitaria cooperazione tra operatori economici e stazione appaltante – l'attività di soccorso "procedimentale" (diversa, come tale, dal "soccorso istruttorio", che – ai sensi dell'art. 83, comma 9 d. lgs. n. 50/2016, non potrebbe riguardare l'offerta, non solo sotto il profilo economico, ma anche sotto quello tecnico): in tal senso, da ultimo, Cons. Stato, sez. III, 2 febbraio 2021, n. 1225, nonché Id., sez. V, 27 gennaio 2020, n. 680, la quale ha anche rammentato che, nei pareri relativi allo schema del Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. 50/2016 e del "correttivo" di cui al d.lgs. n. 56/2017, resi dalla Commissione speciale (n. 855 del 21 marzo 2016; n. 782 del 22 marzo 2017), il Consiglio di Stato aveva espressamente sottolineato, in relazione all'art. 83, l'opportunità di conservare tale forma di soccorso, in virtù del quale potessero essere richiesti, in caso di dubbi riguardanti "gli elementi essenziali dell'offerta tecnica ed economica", chiarimenti al concorrente, fermo il divieto di integrazione dell'offerta, trattandosi, segnatamente, di precisazioni finalizzate a consentire l'interpretazione delle offerte e a ricercare l'effettiva volontà dell'impresa partecipante alla gara, superandone le eventuali ambiguità, e a condizione di giungere a esiti certi circa la portata dell'impegno negoziale con esse assunte (cfr. anche Cons. Stato, sez. V, 27 aprile 2015, n. 2082; Id., 22 ottobre 2014, n. 5196; Id., 27 marzo 2013, n. 1487).

È, ad avviso del Collegio, quello che è accaduto nella vicenda in esame, nella quale la Commissione si è limitata – anche in ragione di espressa previsione della *lex specialis*, che



aveva imposto, ad integrazione del progetto tecnico, l'allegazione, su supporto informatico, di apposita "demo funzionante" del software proposto per la gestione del servizio – a disporre la concreta "dimostrazione" di funzionalità, accompagnata da specifici chiarimenti in ordine ai relativi profili operativi, e senza possibilità di alterazione od integrazione. Si è, peraltro, trattato di una forma di approfondimento "generalizzata", non limitata solo ad alcuno degli operatori offerenti: il che testimonia della sua concreta finalizzazione ad una compiuta ed analitica valutazione, assoluta e comparativa, delle soluzioni progettuali, verificate, in una logica "dimostrativa", alla luce delle effettive modalità operative. Né si è con ciò concretizzato (anche solo) il "pericolo" di una commistione tra profili tecnici e profili economici delle proposte negoziali; sia perché, sotto il profilo della formale scansione procedimentale, l'acquisizione istruttorio ha preceduto l'apertura delle buste contenenti l'offerta tecnica, sia perché, in concreto, le operazioni sono state oggetto, a fini di trasparenza, di puntuale fonoregistrazione, dalla cui disamina non è emerso alcun riferimento, neanche indiretto, al ribasso proposto o, comunque, a profili in grado di orientare l'apprezzamento del dato economico.

Affidamento diretto “mediato”: iter procedimentale sostanzialmente diverso dall’indagine esplorativa pre-affidamento diretto “puro”

La giurisprudenza amministrativa ha ribadito più volte e a gran voce la formale differenza tra l’affidamento diretto e la procedura negoziata e tra queste e le procedure ordinarie, anche laddove il primo dovesse svilupparsi, in concreto, in una procedura selettiva e procedimentalizzata (TAR Veneto n. 542/2021). Si ritiene, tuttavia, che tale affermazione non possa prescindere dalla sostanziale procedura posta in essere dalla Stazione appaltante.

Afferma l’ANAC che in presenza di affidamento diretto non vi siano criteri di aggiudicazione in quanto risulta assente l’elemento della “competizione”, rinviando alla discrezionalità del Responsabile Unico del Procedimento le modalità di scelta del contraente. Significa che il RUP è libero di predefinire criteri di selezione al di fuori del rigido paradigma fissato dall’art. 95 del Codice dei Contratti? Oppure che, mancando un segmento concorrenziale vero e proprio, il RUP possa selezionare l’affidatario in modo discrezionale, dando conto in determinate delle motivazioni che sono alla base di tale scelta?

Entrambe le opzioni possano ritenersi valide, a seconda della fattispecie. Indipendentemente dalla preferenza terminologica (preventivo in luogo di offerta; affidamento previa consultazione in luogo di procedura negoziata), in presenza di un confronto strutturato e caratterizzato da regole predefinite – seppur non in senso tecnico – e non necessariamente aderenti alle clausole codicistiche di dettaglio, salvo auto vincolo – il RUP dovrà tenere sempre a mente che tale tipologia di procedura è, in sostanza, un confronto competitivo, con tutto ciò che ne consegue in termini di principi generali.

Diversamente, se per individuare il contraente si procede consultando il mercato in modo de-strutturato, ovvero senza predisposizione di alcun modulo competitivo-comparativo, l’affidamento diretto sarà sostanzialmente “puro” (art. 36 co 2 lettera a), del Dlg 50/2016)



e l’onere del RUP ricadrà sulla motivazione da rendere ai sensi dell’art. 3 della L. 241/1990, sempre nel rispetto dei principi comuni.

Si noti come nella prima tipologia di affidamento (mediato) la motivazione coincida con l’esito della comparazione / gara informale, donde si ricava che l’esercizio di discrezionalità tecnico-amministrativa del Responsabile del procedimento abbia avuto luogo in sede di determinazione delle regole di “gara/comparazione”, non potendo egli discostarsi né disapplicare quanto predeterminato nella lettera di invito, pena la violazione dei suddetti principi. Nel secondo caso, con la motivazione il RUP conferisce forma e sostanza alla discrezionalità esercitata che, in ogni caso, non potrà ridursi in una decisione arbitraria o dettata da considerazioni meramente soggettive.

La tesi esposta – frutto di indagini esegetiche di più interpreti – si ritiene sia stata suffragata, indirettamente, dalla Corte di Cassazione penale in un caso relativo al reato ex art. 353-bis del Cod. pen. La VI sez. della Corte, con sentenza n. 5536/2022 ha infatti analizzato il caso di un affidamento diretto, nel quale l’individuazione del fornitore affidatario è avvenuta con modalità non strutturate di

valutazione di più proposte (preventivi e non offerte in senso stretto).

Afferma la Cassazione che “vi sono casi in cui nonostante l’affidamento diretto, il procedimento prevede segmenti concorrenziali tra gli aspiranti che rendono omologabile la trattativa privata – perlomeno in relazione alla fase iniziale del procedimento – a una procedura di gara, considerata “ufficiosa”, “informale”, “esplorativa”, “di sondaggio”, di “consultazione”. Da questa interpretazione si ricava, al contrario, che in “difetto di una reale e libera competizione tra più concorrenti non si può parlare di gara, ricorrendo tale situazione nel caso in cui singoli potenziali contraenti, individualmente interpellati, presentino ciascuno le proprie offerte e l’amministrazione resti libera di scegliere il proprio contraente secondo criteri di convenienza e di opportunità propri della contrattazione tra privati”.

Pertanto, laddove la scelta del contraente non sia preceduta da una “comparazione”, anche di tipo informale, intesa quale procedura selettiva e concorrenziale e, dunque, sostanzialmente competitiva o -se vogliamo- para-competitiva, non è riscontrabile “alcuna spinta agonistica tra le parti”.

Nel sintetizzare un elemento applicabile alla fase prodromica all’affidamento diretto “puro”, ovvero quello di cui alla lettera a) dell’art. 36 co 2 del Codice, la Corte ha stabilito che il delitto previsto dall’art. 353-bis del codice penale:

- è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris, prevede, nell’ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una “gara”, sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale;
- mentre non è configurabile nelle ipotesi di contratti conclusi dalla pubblica amministrazione a mezzo di trattativa privata in cui il procedimento è svincolato da ogni schema concorsuale.

continua a pag.4 »

« continua da pag.3

Possiamo ricondurre la prima ipotesi al caso dell'affidamento diretto "temperato", quello previsto dall'art. 36 co 2, lettera b), del Codice, ma anche ad appalti di importo inferiore alla soglia nazionale se il RUP ha scelto di vincolarsi ad un confronto strutturato.

La seconda ipotesi collimerebbe, invece, con un affidamento diretto vero e proprio (dicasi puro) previsto dall'art. 36, co 2, lettera a), del Dlgs 50/2016: in tal caso la selezione del contraente, al fine di non rendere apodittica la motivazione, dovrà necessariamente rinviare ad una indagine preliminare che ben può realizzarsi tramite l'acquisizione, individuale e de-procedimentalizzata, di preventivi di spesa. L'acquisizione di preventivi avrebbe in tale circostanza lo stesso obiettivo della valutazione di listini o prezzi applicati da altre SA in contratti analoghi. Sempre che il RUP non decida, ovviamente, di "mettere a gara" tali preventivi, tramutando inevitabilmente l'indagine a titolo di benchmark in un confronto vero e proprio, anche se informale/ufficioso (e quindi diverso da una procedura negoziata ex art. 63 / ordinaria).

Differenze operative

Senza alcuna pretesa di verità dogmatica, proviamo a capire, sul piano strettamente pratico, quali siano le differenze tra le due

modalità di scelta in via diretta nel caso di appalti di beni e servizi.

Affidamento diretto "mediato" di importo inferiore alla soglia nazionale:

- Definizione progetto/capitolato tecnico con Foglio Patti e condizioni.
- Avvio RDO con richiesta di offerte (no limite invitati): procedura comparativa nel rispetto delle regole espressione dei principi ex art. 30 del Codice.
- Assenza di criteri ai sensi dell'art. 95, salvo auto vincolo.
- Determina unica /atto unico equivalente (consentito dall'art. 32 Dlgs 50/2016).
- Verifiche requisiti.
- Efficacia e stipula.

Affidamento diretto "mediato" di importo superiore alla soglia nazionale:

- Definizione progetto/capitolato tecnico con Foglio Patti e condizioni.
- Avvio RDO con richiesta di offerte (almeno 5 oo.ee): procedura comparativa nel rispetto delle regole espressione dei principi ex art. 30 del Codice.
- Previsione dei criteri ai sensi dell'art. 95 (Si ritiene che, in tal caso, l'art. 36 co 9 bis non consenta di discostarsi dai criteri classici di aggiudicazione).

- Determina unica /atto unico equivalente (consentito dall'art. 32 Dlgs 50/2016).
- Verifiche requisiti.
- Efficacia e stipula.

Affidamento diretto "puro"

- Indagine preliminare al fine di definire il piano dei fabbisogni tramite richiesta di preventivi: nessuna comparazione diretta. Il RUP pone quesiti al mercato che risponde con quotazioni; condizioni generalmente applicate; caratteristiche tecniche. (Nel caso il fabbisogno sia già definibile tramite capitolato, l'indagine si svolge estrapolando i "titoli" al fine di interrogare il mercato).
- Istruttoria a valle dell'indagine.
- Definizione del Capitolato tecnico/Foglio patti e condizioni: grazie all'acquisizione delle informazioni ricavate dall'indagine.
- Avvio di una Trattativa Diretta con l'operatore economico ritenuto più conveniente in termini economici e di aderenza al proprio fabbisogno.
- Verifiche requisiti.
- Determina unica (efficace) /atto unico equivalente e motivazione in merito alla scelta dell'affidatario.
- Stipula.

L'avvalimento dell'attestazione SOA è ammissibile, purché non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare



Il Consiglio di Stato ricorda come sia ammissibile l'avvalimento anche rispetto alla certificazione SOA, purché la messa a disposizione del requisito non si risolva nel prestito di un valore puramente cartolare e astratto.

Al riguardo deve, in primo luogo, rilevarsi che è ammissibile l'avvalimento anche quanto alla certificazione SOA, purché la messa a disposizione del requisito mancante non si risolva nel prestito di un valore puramente

cartolare e astratto, essendo invece necessario che dal contratto risulti chiaramente l'impegno dell'impresa ausiliaria a prestare le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità a seconda dei casi: mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti (così in termini Consiglio di Stato, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

Ecco quanto stabilito da Consiglio di Stato, Sez. V, 21/09/2022, n. 8123 su soluzioni migliorative e varianti

Secondo l'indirizzo ampiamente condiviso dalla giurisprudenza amministrativa: "in sede di gara d'appalto e allorquando il sistema di selezione delle offerte sia basato sul criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, le soluzioni migliorative si differenziano dalla varianti perché le prime possono liberamente esplicitarsi in tutti gli aspetti tecnici lasciati aperti a diverse soluzioni sulla base del progetto posto a base di gara ed oggetto di valutazione delle offerte dal punto di vista tecnico, rimanendo comunque preclusa la modificabilità delle caratteristiche progettuali già stabilite dall'Amministrazione, mentre le seconde si sostanziano in modifiche

del progetto dal punto di vista tipologico, strutturale e funzionale, per la cui ammissibilità è necessaria una previa manifestazione di volontà della stazione appaltante, mediante preventiva autorizzazione contenuta nel bando di gara e l'individuazione dei relativi requisiti minimi che segnano i limiti entro i quali l'opera proposta dal concorrente costituisce un aliud rispetto a quella prefigurata dalla Pubblica Amministrazione, pur tuttavia consentito (cfr. Cons. di Stato, Sez. V, 24 ottobre 2013, n. 5160; Cons. di Stato, Sez. V, 20 febbraio 2014, n. 819; Cons. di Stato, VI, 19 giugno 2017, n. 2969; Cons. di Stato, sez. V, 18 febbraio 2018,

n. 1097; Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2021, n. 4754).

La proposta migliorativa consiste in una soluzione tecnica che, senza incidere sulla struttura, sulla funzione e sulla tipologia del progetto a base di gara, investe singole lavorazioni o singoli aspetti tecnici dell'opera, lasciati aperti a diverse soluzioni, configurandosi come integrazioni, precisazioni e migliorie che rendono il progetto meglio corrispondente alle esigenze della stazione appaltante, senza tuttavia alterare i caratteri essenziali delle prestazioni richieste.






Fondo europeo agricolo
per lo sviluppo rurale:
l'Europa investe
nelle zone rurali




PSR14-20 Campania NEWSLETTER APPALTI

N.05 - SETTEMBRE 2022

a cura del **GRUPPO APPALTI**
ADG-FEASR REGIONE CAMPANIA

Salvatore **Capezuto**
Giuseppe **Castaldi**
Maurizio **Cinque**
Marcello **Murino**
Dora **Renzuto**

in collaborazione con 

VISITA IL SITO
psrcampaniacomunica.it



www.agricoltura.regione.campania.it

psrcomunica@regione.campania.it

psr@pec.regione.campania.it

canale YouTube PSR Campania