



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**

ESPERI@
ALTA FORMAZIONE SPECIALISTICA
e-LEARNING

Rilevanza degli appalti nella gestione dei Fondi SIE e le maggiori criticità riscontrate

Formez PA

Questo materiale didattico rientra nell'ambito dei Percorsi e-Learning di alta formazione specialistica del Progetto Esperi@ - Rafforzamento della capacità istituzionale ed amministrativa delle Regioni e degli Enti Locali del Mezzogiorno mediante il reclutamento di nuove figure professionali - Linea 7 Alta Formazione.

Finanziamento: Programmazione 2007-2013

Questo materiale è distribuito con Licenza [Creative Commons Attribuzione - Condividi allo stesso modo 4.0 Internazionale](https://creativecommons.org/licenses/by-sa/4.0/).



Autore: Sabina Armati

Creatore: Formez PA

Diritti: Dipartimento della Funzione Pubblica

Data: Agosto 2017

Rilevanza degli appalti nella gestione dei Fondi SIE e le maggiori criticità riscontrate

Introduzione

Nell'ambito della gestione dei Fondi strutturali e di investimento europei (Fondi SIE), il rispetto delle norme e dei principi in materia di appalti è fondamentale in quanto le violazioni, in questo ambito, comportano la possibilità di non vedere riconosciute le relative spese.

La Commissione UE è particolarmente attenta a questo tipo di infrazioni, tanto da aver emanato degli specifici orientamenti relativi alle modalità e ai criteri in base ai quali la stessa Commissione applica rettifiche finanziarie alle spese dichiarate a valere sui Fondi SIE, mediante la Decisione C(2013) 9527 final - COCOF 13/9527 del 19.12.2013, recante "Orientamenti per la determinazione delle rettifiche finanziarie che la Commissione deve applicare alle spese finanziate dall'Unione nell'ambito della gestione concorrente in caso di mancato rispetto delle norme in materia di appalti pubblici" (Orientamenti rettifiche).

Inoltre, la Commissione — per fornire un supporto operativo ai funzionari impegnati nella gestione quotidiana dei Fondi SIE — ha adottato, nel 2015 — dunque, già in vigore del nuovo quadro normativo in materia di appalti, ossia le nuove Direttive del 2014 (Nuove Direttive) — un documento recante "Orientamenti per i funzionari responsabili degli appalti sugli errori più comuni da evitare nei progetti finanziati dai Fondi strutturali e d'investimento europei" (**Orientamenti appalti**). Gli Orientamenti appalti costituiscono una guida, passo per passo, per chi gestisce, operativamente, le procedure di gara.

Gli errori più comuni nelle diverse fasi della procedura

Ambito di analisi

Occorre, in primo luogo, segnalare che, sebbene il controllo da parte della Commissione investa la regolarità delle procedure di appalto alla luce sia delle norme UE, sia di quelle nazionali applicabili, l'attenzione della Commissione si sofferma, evidentemente, con

maggior intensità su quelle irregolarità che risultano potenzialmente lesive dei principi basilari in materia di appalti – ossia parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità e mutuo riconoscimento (**Principi**) –, in quanto le stesse sono suscettibili di ostacolare la partecipazione alle gare da parte di operatori economici (**OE**) stabiliti in Stati membri (**SM**) diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice (**AA**), vanificando gli obiettivi di realizzazione del mercato interno UE alla base delle norme in materia di appalti.

Gli errori ricorrenti

Pubblicità del bando - violazione principio di trasparenza e di parità di trattamento

La fattispecie di errore in assoluto più ricorrente e più penalizzata è quella relativa al ricorso a procedure negoziate senza la previa pubblicazione di un bando di gara. Si deve ricordare che la mancanza di pubblicità costituisce una lesione gravissima del principio di trasparenza – che è un corollario della parità di trattamento, in quanto consente a tutti gli OE di partecipare con piena conoscenza di tutti gli elementi in una gara e di renderla, dunque, effettivamente aperta e "contendibile" – ed è considerata alla stregua di una discriminazione indiretta, in quanto favorisce un OE, a scapito di tutti gli altri.

In particolare, è stato fatto un uso estensivo delle eccezioni previste dalle Direttive UE per giustificare il ricorso a questo tipo di procedure, con particolare riferimento ai motivi di urgenza. A tale proposito, occorre evidenziare che le ipotesi per ricorrere alla procedura negoziata senza bando sono tassative e devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, la giurisprudenza della Corte di giustizia UE (Corte UE) ha sempre sottolineato come la ricorrenza di una di tali ipotesi debba essere dimostrata da chi intenda avvalersene, pertanto dal singolo SM interessato. Per quanto riguarda, in particolare, la sussistenza di motivi di eccezionale urgenza, la stessa deve essere giustificata con riferimento a fatti non prevedibili da un'AA diligente. Pertanto, l'urgenza determinata da comportamenti negligenti o da programmazione incompleta da parte della AA non può essere considerata un valido motivo di ricorso alla procedura senza bando (sent. Magistrato del Po, causa C-385/02). Nella stessa categoria di violazioni, con diversi gradi di gravità, rientrano i casi in cui le specifiche tecniche di un appalto, ossia le caratteristiche richieste per le forniture, i servizi, o i lavori da

acquistare, siano fissate in maniera discriminatoria, o non sufficientemente chiara, ad esempio, con riferimento a marchi o a modalità produttive specifiche dello SM in questione, oppure troppo vaghe per essere facilmente comprese da un OE partecipante, anche se adeguatamente informato e diligente. Lo stesso vale per i criteri di aggiudicazione (sent. Commissione /Paesi Bassi, causa C-368/10).

Mancata distinzione tra criteri di selezione dei partecipanti alla gara e di aggiudicazione/criteri discriminatori

Un'altra infrazione ricorrente riguarda la mancata distinzione tra le fasi di selezione dei partecipanti alla gara - ossia di qualificazione - e la fase di valutazione delle offerte, mediante i criteri di aggiudicazione. Le norme delle Direttive UE in materia di qualificazione sono, infatti, riferite alle qualità degli OE partecipanti – ossia la loro affidabilità generale, la loro capacità economica e quella tecnica –, mentre i criteri per la valutazione delle offerte e, dunque, l'aggiudicazione dell'appalto – basati sul rapporto qualità/prezzo o solo sul prezzo – possono essere definiti con maggiore libertà dalle AA, purché siano:

1. collegati all'oggetto dell'appalto e adeguati per valutare il livello di prestazione che ogni offerta presenta rispetto all'oggetto dell'appalto, quale definito nelle specifiche tecniche, nonché in grado di misurarne il rapporto qualità/prezzo;
2. oggettivi, per garantire che il confronto e la valutazione delle offerte siano condotti in modo oggettivo, e, dunque, in condizioni di effettiva concorrenza, senza attribuire incondizionata libertà di scelta all'AA;
3. formulati per consentire a tutti gli offerenti, ragionevolmente informati e normalmente diligenti, di conoscerne la portata esatta e, dunque, di interpretarli nello stesso modo;
4. riguardanti non solo una caratteristica intrinseca di un prodotto, vale a dire un elemento che si incorpori materialmente in quest'ultimo, ma anche relativi a qualsiasi momento del ciclo di vita, compresi fattori coinvolti:
 - nel processo specifico di produzione, fornitura o scambio di questi lavori, forniture o servizi, oppure
 - in un processo specifico per una fase successiva del loro ciclo di vita, anche se questi fattori non sono parte del loro contenuto sostanziale.

Pertanto, le due fasi della qualificazione – riguardante gli OE – e della selezione delle offerte

– riguardante solo il contenuto di queste ultime – sono distinte, logicamente, anche se possono aver luogo simultaneamente. I criteri di valutazione delle offerte, quindi, non possono essere collegati alla valutazione dell'idoneità degli offerenti ad eseguire il contratto (esempio: esperienze precedenti, elenco di referenze). Tuttavia, la qualità dell'esecuzione di un appalto può dipendere in modo determinante dal valore professionale delle persone incaricate di eseguirlo, valore costituito dalla loro esperienza professionale e dalla loro formazione. Soprattutto ciò si verifica qualora la prestazione oggetto dell'appalto sia di carattere intellettuale e riguardi, ad esempio, servizi di formazione e consulenza: in tal caso, questa qualità può essere una caratteristica intrinseca dell'offerta, collegata all'oggetto dell'appalto e, dunque, costituire un criterio di valutazione delle offerte nel bando di gara (sent. Ambisig, causa C-601/13). Questa possibilità è, ora, esplicitata nelle Nuove Direttive e nell'art. 95 del D.Lgs. 50/2016 (Codice).

Un'altra infrazione ricorrente riguarda l'uso di sottocriteri di valutazione delle offerte non indicati nei documenti di gara. Questo – come ogni modifica delle condizioni fissate inizialmente nei documenti di gara – costituisce una violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento, e una potenziale discriminazione, in quanto non consente agli OE di calibrare la propria offerta in maniera adeguata per poter aspirare ad aggiudicarsi il contratto e conferisce all'AA una discrezionalità eccessiva, tale da poter dare luogo a possibili abusi.

Pertanto, la Corte UE ha specificato che l'indicazione successiva di sottocriteri non è conforme al principio di trasparenza (sent. Lianakis, causa C-532/06), anche se la commissione di aggiudicazione può stabilire le modalità e gli orientamenti interni per l'attribuzione dei punteggi già stabiliti nei documenti di gara (sent. TNS DiMarso, causa C-6/15).

Nell'ambito delle modifiche delle "regole del gioco" rientrano anche i casi in cui le AA accettino offerte irregolari, ossia carenti di elementi richiesti a pena di esclusione (sent. Cartiera dell'Adda, causa C-42/13), o con varianti in sede di offerta – ossia, soluzioni diverse da quelle prospettate nei documenti di gara – laddove i documenti di gara iniziali non le abbiano espressamente previste, ad esempio, consentendo la presentazione di offerte migliorative su determinati aspetti (sent. Traunfellner, causa C-421/01). Tutte queste fattispecie costituiscono violazioni dei principi di trasparenza e parità di trattamento, perché riservano un trattamento diverso e più favorevole a taluni concorrenti, rispetto agli altri

concorrenti, anche potenziali.

Modifiche contrattuali e lavori/servizi complementari

Un'altra infrazione particolarmente diffusa è la modifica delle condizioni contrattuali rispetto a quanto risultante dalla gara, segnatamente mediante l'affidamento diretto, all'appaltatore, di lavori o servizi complementari. Il principio di parità di trattamento richiede, infatti, che il contratto aggiudicato in esito a una procedura di gara sulla base di determinate condizioni non sia modificato in modo tale da vanificare l'iniziale messa in concorrenza su quelle condizioni. La Corte UE ha dato sostanza a tale impostazione nella sentenza *Presstext*, causa C-454/06, in cui ha affermato che:

1. una modifica sostanziale dell'oggetto del contratto equivale all'affidamento di un nuovo contratto, con conseguente obbligo di esperire una nuova gara, a meno che non siano applicabili le eccezioni (tassativamente elencate nelle Direttive UE) relative alla procedura negoziata senza bando di gara;
2. sono considerate come "sostanziali" (con obbligo per la AA di bandire una nuova gara) quando si tratta di:
 - a. modifiche che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito l'ammissione di offerenti diversi rispetto a quelli originariamente ammessi (es. nel bando di gara erano richiesti requisiti di partecipazione poi ampliati in sede di applicazione);
 - b. modifiche che, se fossero state previste nella procedura di aggiudicazione originaria, avrebbero consentito di accettare un'offerta diversa da quella inizialmente accettata (es. specifiche tecniche che poi sono ridotte in sede di esecuzione del contratto);
 - c. modifiche che estendono l'appalto, in modo considerevole, a servizi/lavori inizialmente non previsti;
 - d. modifiche che alterano l'equilibrio economico contrattuale a condizione che siano: (i) a favore dell'aggiudicatario (con esclusione di tutte le modifiche a favore della AA) e (ii) tali da alterare l'equilibrio economico del contratto.

Dalla suddetta giurisprudenza emerge che in diritto UE non esiste il concetto di "variante",

ma solo di modifica "sostanziale", o "non sostanziale", prevista, o meno, nei documenti di gara e non rilevano, in tal senso, le disposizioni di diritto nazionale.

Tuttavia il Codice, recependo l'elaborazione giurisprudenziale della Corte UE e le Nuove Direttive, ha, nell'art. 106, disciplinato dettagliatamente – proprio per evitare infrazioni in questo ambito – le modalità con cui i contratti possono subire modifiche, segnatamente:

1. art. 106, comma 1, lett. a): se le modifiche, a prescindere dal valore monetario, sono state previste nei documenti di gara, mediante clausole chiare, precise e inequivocabili (possono riguardare anche la revisione dei prezzi), purché fissino natura e portata delle modifiche, prevedendo le condizioni alle quali possono essere impiegate e non alterino la natura generale del contratto;
2. lavori, servizi o forniture supplementari, resisi necessari e non compresi nell'appalto iniziale, ove un cambiamento del contraente:
 - a. risulti impraticabile per motivi economici o tecnici, e
 - b. comporti per la AA disguidi o consistente duplicazione costi,
 - c. purché l'aumento di prezzo non superi il 50% del valore del contratto iniziale (non vale per i settori speciali e, in caso di più modifiche, la limitazione si applica al valore di ciascuna modifica), e
 - d. sia pubblicato un avviso ad hoc;
3. necessità di modifica determinata da circostanze imprevedute e imprevedibili per la AA diligente (ad esempio: sopravvenienza di nuove disposizioni legislative o regolamentari o provvedimenti di autorità o enti preposti alla tutela di interessi rilevanti);
4. nuovo contraente che sostituisce il contraente originario (a causa di clausola di revisione inequivocabile, o per vicende soggettive dell'esecutore, quali le modifiche societarie) o casi in cui l'AA si assuma gli obblighi del contraente principale nei confronti dei suoi subappaltatori;
5. modifiche non sostanziali (ma la presunzione di non sostanzialità vale al di sotto delle Soglie di rilevanza UE e importo inferiore al 10% – servizi e forniture – o 15% – lavori – del contratto);
6. varianti derivanti da errori, od omissioni, del progetto esecutivo, tali da pregiudicare la realizzazione dell'opera, o la sua utilizzabilità, entro i limiti di valore di cui sub 5.

Negli altri casi, occorre ricorrere a una nuova procedura di aggiudicazione.