

RISPOSTE A QUESITI DEL WEBINAR 23/10/2017

*I Comuni e le opportunità del Fondo europeo di Sviluppo Rurale (PSR). Il rispetto delle norme in materia di appalti in relazione al processo di attuazione delle operazioni di cui sono beneficiari i Comuni nell'ambito dei Programmi regionali di Sviluppo Rurale (PSR). **Quadro generale.***

Relatore: Avv. Carlo Pisciotta

1. **Pietro Piraino e Pietro Vivone con altri partecipanti: posso affidare un servizio propedeutico alla partecipazione ad un finanziamento subordinandone il pagamento all'ottenimento del finanziamento? se è possibile come si procede?**

Se la domanda è riferita all'affidamento di incarico di progettazione di lavori pubblici e/o di attività tecnico-amministrative ad essa connesse, si tenga presente che l'art.24, comma 8 bis, del D.Lgs. 50/2016, come introdotto dal D.Lgs 56/2017 (cd "correttivo"), pone un espresso divieto a carico delle stazioni appaltanti di subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata.

Tale disposizione peraltro ripropone lo stesso divieto già recato dall'articolo 17 comma 12 bis della legge n.109/1994, introdotto dall'art. 6, comma 4, della legge n. 415/98, poi pedissequamente ripreso dall'art.92, comma 1, del D.Lgs.163/2006.

Nel codice dei contratti di cui al D.Lgs 50/2016 entrato in vigore ad aprile 2016 (prima del "correttivo"), il divieto in questione non è era stato inizialmente reiterato, tuttavia l'ANAC, nel contesto della Relazione AIR (cfr paragrafo 5.2.1) alle Linee Guida n. 1 recante "Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria", approvate con Delibera n. 973 del 14 settembre 2016, si era così espressa: <<Con riferimento alla mancata reiterazione, nel nuovo Codice, della previsione per cui le amministrazioni aggiudicatrici non possono subordinare la corresponsione dei compensi relativi allo svolgimento della progettazione e delle attività tecnico-amministrative ad essa connesse all'ottenimento del finanziamento dell'opera progettata, si osserva quanto segue. Pur mancando una previsione ad hoc nel nuovo quadro normativo, si rileva come il finanziamento dell'affidamento dei servizi risponda ai superiori principi costituzionali del buon andamento di cui all'art. 97 Cost. unitamente alle previsioni dell'art. 81 Cost. che impone che i provvedimenti comportanti una spesa siano adottati soltanto in presenza di idonea copertura finanziaria (cfr. Comunicato del Presidente A.N.AC. del 6 ottobre 2015)>>.

2. **Paolo Rosi: I Consorzi di Bonifica, enti pubblici-economici, come vengono normati alla luce del dettato normativo di cui al DLgs 50/2016 e s.m.i**

I Consorzi di bonifica sono disciplinati dal r.d. 13 febbraio 1933 n. 215, dall'art. 862 codice civile, dalla l. 25 luglio 1952 n. 991 (sui consorzi di bonifica montani). La personalità giuridica di diritto pubblico del Consorzio di bonifica è pacifica in dottrina e in giurisprudenza che, in particolare, qualifica normalmente detti consorzi quali enti pubblici economici (cfr. Deliberazione n. 25/2013 della Corte dei conti della Sicilia -

Sezione regionale di controllo; Cass. Sez. Lav. 17 luglio 2012, n. 12242; Cons. Stato, Sez. VI 20 maggio 2011, n. 3020).

In quanto enti pubblici economici, e quindi qualificabili come “imprese pubbliche” ai sensi della direttive comunitarie in materia di appalti e del D.Lgs. 50/2016 [art.3, comma 1, lettera e) 1.1 e lettera t)], i consorzi di bonifica sarebbero soggetti alla disciplina del codice, e quindi all’evidenza pubblica, in caso di svolgimento di “una delle attività di cui agli articoli da 115 a 121”, vale a dire quelle connesse alla gestione di reti in materia di gas, elettricità, acqua, servizi di trasporto, estrazione di gas, carbone o petrolio.

Tuttavia, con riferimento al diritto dei contratti pubblici, come peraltro sottolineato dall’ANAC con Parere sulla Normativa del 18/04/2012 - rif. AG 1/12, deve rilevarsi che i Consorzi di bonifica erano elencati nell’allegato III del d. lgs. n. 163/2006, recante elenco degli organismi e delle categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari, così come in atto sono elencati, sempre tra le categorie di organismi di diritto pubblico nei settori ordinari, nell’Allegato IV al D. Lgs. 50/2016.

In virtù di tale espressa previsione i consorzi di bonifica, fino a prova contraria, devono considerarsi “organismi di diritto pubblico” e, pertanto, “amministrazioni aggiudicatrici” ai sensi e per gli effetti del vigente codice dei contratti pubblici (obbligo di conformarsi alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici nei settori ordinari).

3. Renato Pavia: per gli interventi a regia diretta e per i piccoli comuni aderenti al GAL, i GAL possono essere Stazione appaltante?
4. Mauro Sergiusti: possiamo unificare la stazione appaltante per le procedure per l'appalto di servizi e forniture entro i limiti di cui all'art 37, comma 1 tra 2 enti che richiedono gli stessi servizi, ma soggetti autonomi, per i quali nel procedimento dovranno essere distinte le offerte?

Conformemente alle direttive comunitarie in materia di appalti, ai sensi dell’art.3, comma 1, lettera d), del D.Lgs. 50/2016, è da annoverarsi tra gli «organismi di diritto pubblico», *qualsiasi organismo, anche in forma societaria*:

- 1) *istituito per soddisfare specificatamente esigenze di interesse generale, aventi carattere non industriale o commerciale;*
- 2) *dotato di personalità giuridica;*
- 3) *la cui attività sia finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico oppure la cui gestione sia soggetta al controllo di questi ultimi oppure il cui organo d'amministrazione, di direzione o di vigilanza sia costituito da membri dei quali più della metà è designata dallo Stato, dagli enti pubblici territoriali o da altri organismi di diritto pubblico.*

In forza di tale previsione, il GAL, ancorché avente natura giuridica di diritto privato - stante le finalità perseguite, i finanziamenti pubblici di cui beneficia ed il ruolo rivestito dal partenariato pubblico nel capitale sociale e/o nell’assetto degli organi decisionali e/o di controllo – di norma viene considerato un organismo di diritto pubblico. Ciò comporta che il GAL, in quanto “organismo di diritto pubblico”, rientra a pieno titolo tra le “amministrazioni aggiudicatrici” ai sensi e per gli effetti del vigente codice dei contratti pubblici (obbligo di conformarsi alle disposizioni del Codice dei contratti pubblici nei settori ordinari).

Ciò premesso, la Direttiva 2014/24/UE (appalti) all'art.38, oltre a prevedere la possibilità per gli stati membri di centralizzare le committenze, introduce l'opportunità per due o più amministrazioni aggiudicatrici di eseguire congiuntamente alcuni appalti specifici.

Nel caso in cui la procedura è condotta in maniera congiunta da tutte le amministrazioni interessate o nel caso in cui un'amministrazione aggiudicatrice gestisce la procedura per suo conto e per conto delle altre amministrazioni, le amministrazioni sono congiuntamente responsabili degli obblighi derivanti dalla Direttiva.

Nel caso in cui solo parti della procedura di appalto siano attuate congiuntamente, la responsabilità congiunta si applica solo a tali parti (ad es. conclusione di un accordo quadro, aggiudicazione del contratto, etc.).

L'art.38 della Direttiva sopra richiamata trova puntuale riscontro nell'art. 37, commi 10 e 11, del D.lgs 50/2016 che disciplina gli appalti e le concessioni congiunti e occasionali:

10. Due o più stazioni appaltanti che decidono di eseguire congiuntamente appalti e concessioni specifici e che sono in possesso, anche cumulativamente, delle necessarie qualificazioni in rapporto al valore dell'appalto o della concessione, sono responsabili in solido dell'adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice. Le stazioni appaltanti provvedono altresì ad individuare un unico responsabile del procedimento in comune tra le stesse, per ciascuna procedura, nell'atto con il quale hanno convenuto la forma di aggregazione in centrale di committenza di cui al comma 4 o il ricorso alla centrale di committenza. Si applicano le disposizioni di cui all'articolo 31.

11. Se la procedura di aggiudicazione non è effettuata congiuntamente in tutti i suoi elementi a nome e per conto delle stazioni appaltanti interessate, esse sono congiuntamente responsabili solo per le parti effettuate congiuntamente. Ciascuna stazione appaltante è responsabile dell'adempimento degli obblighi derivanti dal presente codice unicamente per quanto riguarda le parti da essa svolte a proprio nome e per proprio conto.

In caso di appalto congiunto sarà necessario formalizzare le forme di collaborazione tra gli enti attraverso un atto, che può essere una convenzione, con cui si autorizza l'ente capofila a operare anche in nome e per conto degli altri enti.

5. Giuseppe Consiglio: le soglie di 40.000 e 150.000 euro, valgono anche per i fondi FEASR? Ad esempio il programma IPA Adriatico aveva delle regole molto più stringenti consentendo l'affidamento diretto solo per importi non superiori ai 500 euro
6. Elena Giovannini: per affidamenti di progettazione sotto soglia, come occorre procedere? Vigge l'affidamento diretto o occorre la richiesta di almeno 3 preventivi? Grazie

Senza entrare nel merito di apposite linee guida e indicazioni fornite dalle Autorità di gestione dei Programmi, le procedure finalizzate all'acquisizione di beni e servizi o all'esecuzione di lavori realizzate da enti pubblici a valere sul FEASR sono disciplinate dal D.Lgs n. 50/2016 (Codice degli appalti). E pertanto, in relazione alle procedure finalizzate all'affidamento di contratti sottosoglia devono considerarsi ammesse

tutte le procedure previste, nella fattispecie, dall'art.36 del codice stesso (art.31, comma 8 e art.157, comma 2, per ciò che riguarda in particolare gli incarichi di progettazione e connessi), ivi inclusi gli affidamenti diretti per contratti di importo inferiore a 40.000 euro.

In tale prospettiva, appare plausibile, non tanto la fissazione di regole più restrittive rispetto a quelle di legge, quanto invece una serie di prescrizioni in ordine, ad esempio, a standard minimi di trasparenza e pubblicità delle indagini di mercato propedeutiche all'affidamento diretto e/o alla individuazione degli operatori economici da consultare, e più in generale sull'osservanza dei principi di cui all'art.30 del codice e/o del criterio di rotazione.

7. Anna Bevilacqua: Il GAL può ricorrere alla procedura di affidamento ex art. 36 comma 2 lettera b) per affidamenti di servizi di importo pari o superiore a € 40.000,00 e sino alla soglia comunitaria? E in caso affermativo, qualora pervengano meno di 5 manifestazioni di interesse, si può procedere alla successiva fase di invito alla presentazione dell'offerta e quindi procedere all'aggiudicazione qualora pervengano appunto meno di 5 manifestazioni di interesse?

Per la prima parte del quesito si fa rinvio alla precedente risposta.

Quanto al numero minimo di operatori economici da consultare nel caso di manifestazioni di interesse inferiori al minimo indicato per legge, occorre in primo luogo rilevare come la stessa disposizione di cui all'art.36 del D.Lgs. 50/2016 (*.....mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici.....*) [analogamente, il comma 6 dell'art.63 (*le stazioni appaltanti selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei*)], disposizione che costituisce paradigma della procedura negoziata], nel prevedere l'inciso "*ove esistenti*" [analogamente, "*se sussistono in tale numero soggetti idonei*"] appare farsi carico delle condizioni ambientali in cui può concretamente operare la Stazione appaltante, condizioni che, ove non siano caratterizzate da particolare dinamismo, possono dare luogo a procedure negoziate nelle quali siano consultati meno di cinque operatori economici, ad es. non offrendone il mercato di riferimento in numero superiore, tenuto conto dell'interesse economico effettivamente manifestato alla gestione di uno specifico servizio quale quello di cui alla gara in esame (cfr. T.A.R. Puglia, Bari, I, 6 agosto 2014, n. 1022; T.A.R. Brescia, Sezione II - Sentenza 13.5.2011 n. 694).

Pertanto, può ritenersi che il numero minimo di operatori da consultare/invitare possa anche essere inferiore a quello minimo richiesto, laddove l'indagine di mercato condotta dalla stazione appaltante (anche mediante avviso di manifestazione di interesse, adeguatamente pubblicizzato in rapporto alla platea di operatori economici potenzialmente interessati) abbia rivelato l'esistenza di un numero di operatori interessati inferiore al minimo prefigurato dalla norma.

8. Rita Mazzolani: Sarebbe interessante comprendere come queste procedure possono essere attivate anche dai GAL che, invece, hanno indicazioni e importi soglia ben diversi.

VEDI risposta a quesiti 5 e 6.

9. Claudia Rizzi: Vi sono novità in merito al controllo dei requisiti previsti, nelle procedure di affidamento diretto per appalti sotto i 40.000,00 euro?

In merito al controllo dei requisiti nelle procedure sottosoglia, rispetto al testo “iniziale” del D.Lgs. 50/2016, con il “correttivo” di cui al D. Lgs. 56/2017 è stata espunta la parte della disposizione (art.36, comma 5) che prevedeva la consultazione della Banca dati nazionale degli operatori economici, prevedendo inoltre che la verifica dei requisiti, per gli affidamenti effettuati mediante procedure negoziate, avviene «esclusivamente» sull'aggiudicatario. La stazione appaltante «può» comunque estendere le verifiche agli altri partecipanti. Per gli affidamenti diretti effettuati nei mercati elettronici, ai sensi del nuovo co. 6 bis dell'art.36, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art.80 è effettuata, nella fase di ammissione e permanenza, su un campione significativo di concorrenti. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario, già contemplata nel D. Lgs. 50/2016.

Il comma 7 dell'art.36, come modificato dal “correttivo” ha inoltre disposto che nelle Linee guida di ANAC: «sono anche indicate specifiche modalità ... di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata».

Il fatto che il legislatore abbia scelto di rinviare ad ANAC la disciplina delle verifiche da condurre sull'aggiudicatario in caso di affidamento diretto lascia intendere che lo stesso ritenga opportuna una regolamentazione difforme rispetto a quella, già semplificata, prevista per le procedure negoziate.

A seguito delle profonde modifiche apportate dal d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ad alcune disposizioni relative agli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, l'Autorità Nazionale Anticorruzione, ha ritenuto necessario procedere a un aggiornamento delle Linee guida n. 4 di attuazione del Codice dei contratti pubblici. A tal fine ha posto in consultazione, un testo rivisto delle medesime linee guida, sottoposto a consultazione on line dall'8 settembre 2017 – invio contributi entro il 25 settembre 2017.

Riguardo le modalità per semplificare ulteriormente le verifiche da effettuare per gli affidamenti diretti, nel documento “in consultazione” l'ANAC ha ipotizzato alcune alternative, invitando gli *stakeholders* a fornire le proprie valutazioni. In atto, la consultazione è chiusa ma l'aggiornamento delle linee guida non è stato ancora formalizzato. Nel merito delle diverse opzioni considerate si rinvia al testo di aggiornamento delle linee guida sottoposto a consultazione (http://www.anticorruzione.it/portal/rest/jcr/repository/collaboration/Digital%20Assets/anadocs/Comunicazione/ConsultazioniOnline/20170908/Linee%20guida%204_post%20correttivo%20pulito.pdf)

10. Gian Luigi Cossu: i regolamenti degli Enti, in conformità all'art. 125 del 163/2006 (codice dei contratti previgente) può essere ancora utilizzato - senza ulteriori passaggi - per gli affidamenti sottosoglia del nuovo codice appalti ? nel caso di risposta negativa, bisogna riapprovarli in CC citando i nuovi articoli del 50/2016 o vanno rielaborati ex novo?

Con l'entrata in vigore del D.Lgs. 50/2016 e la conseguente abrogazione del D.Lgs 163/2006, l'istituto delle procedure in economia, disciplinato nel vecchio Codice all'articolo 125, scompare, così come la necessità

di individuare preventivamente, con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle specifiche esigenze, l'oggetto e i limiti di spesa delle singole voci inserite nell'elenco.

D'altra parte, le Linee guida ANAC sugli affidamenti sottosoglia indicano l'opportunità che le amministrazioni si dotino, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengono disciplinate: a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo; b) le modalità di costituzione dell'elenco dei fornitori, eventualmente distinti per categoria e fascia di importo; c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo dall'elenco dei fornitori propri o da quelli presenti nel Mercato Elettronico delle P.A. o altri strumenti simili gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

In tal senso, sarà cura della stazione appaltante valutare l'opportunità di approvare un regolamento ex novo ovvero modificare il precedente regolamento per le procedure "in economia", per adeguarlo al nuovo quadro normativo, a partire dalla denominazione stessa del regolamento che potrebbe essere così rinominato: "Regolamento per gli acquisti sotto soglia comunitaria di lavori, servizi e forniture"

11. Pietro Piraino: in relazione ai vari bandi di finanziamento per efficientamento energetico degli immobili comunali sono tenuto ad acquistare il servizio di diagnosi energetica sul MEPA o posso ricorrere a richiesta di offerta "cartacea"?

Gli strumenti di acquisto a disposizione delle pubbliche amministrazioni, fra cui anche il Mercato elettronico della Pubblica Amministrazione (Mepa) sono oggetto di obbligo/facoltà di utilizzo da parte delle PA, con diversi profili dipendenti dalla tipologia di amministrazione (centrale, regionale, territoriale, ente del servizio sanitario nazionale, scuola/università, organismo di diritto pubblico), di acquisto (sopra soglia comunitaria o sotto soglia comunitaria) e dalla categoria merceologica.

Al fine di riassumere il quadro normativo relativo all'obbligo/facoltà di utilizzo degli strumenti d'acquisto, Consip con il Ministero dell'Economia e delle Finanze ha elaborato apposita Tabella in modo da orientare e facilitare le pubbliche amministrazioni nell'acquisto di beni e servizi.

Le amministrazioni, attraverso la tabella, avranno rapido accesso alla normativa applicabile in base alla propria categoria di appartenenza (amministrazione centrale, regionale, territoriale, ente del servizio sanitario nazionale, scuola/università, organismo di diritto pubblico), alla tipologia di acquisto (sopra la soglia comunitaria o sotto la soglia comunitaria) e alla categoria merceologica a cui appartengono i beni o servizi oggetto di acquisto.

La tabella aggiornata al 3 ottobre 2013 è consultabile ai link: www.dag.mef.gov.it, https://www.acquistinretepa.it/opencms/export/sites/acquistinrete/documenti/CHI_PUO_ABILITARSI/Tabella_obbligo-facolta-3_Ottobre_2013.pdf

Qui di seguito si riportano i principali riferimenti normativi attinenti relativi all'obbligo di ricorrere al MEPA:

- DPR 101/2002: ha introdotto il Mercato Elettronico della P.A. quale nuovo strumento d'acquisto, utilizzabile da tutte le P.A., per approvvigionamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria.
- L. 27-12-2006 n. 296 (Legge Finanziaria 2007): tutte le Amministrazioni statali centrali e periferiche sono tenute a far ricorso al Mercato Elettronico della P.A.

- D.L. 52/2012: l'art. 7 co. 2 estende l'obbligo di adesione al Mercato Elettronico della PA a tutte le Amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165
- Legge 208 del 28 dicembre 2015 (Legge Stabilità 2016)
 - articolo 1 co. 502 e 503: gli acquisti sotto i 1.000 euro, a partire dal 1° gennaio 2016, non ricadono più nell'obbligo di approvvigionamento telematico;
 - articolo 1 co. 504: gli strumenti di acquisto e di negoziazione messi a disposizione da Consip possono avere ad oggetto anche i lavori di manutenzione.

Ad oggi, in base al vigente quadro normativo sopra richiamato, i Comuni (in quanto indicati tra le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165) sono tenuti a ricorrere al MEPA per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 1.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sempre che la tipologia di bene/servizio sia presente (acquisibile) sul MEPA.

A differenza dei Comuni, i GAL, se ed in quanto organismi di diritto pubblico, non sono obbligati a ricorrere al MEPA ma, in quanto amministrazioni aggiudicatrice, ne hanno facoltà.

Se pur non strettamente attinente allo specifico quesito, si ritiene opportuno segnalare che la Legge 208 del 28 dicembre 2015 (Legge Stabilità 2016), all'art.1-comma 498, ha esteso l'obbligo di utilizzo dei parametri prezzo-qualità delle convenzioni Consip alle società controllate dallo Stato e dagli enti locali (escluse quelle che emettono strumenti finanziari quotati nei mercati regolamentati) che siano organismi di diritto pubblico così come definiti dal Codice appalti.

12. Franco Machi: Essendo il GAL un soggetto giuridico scarl può essere in house?

La sussistenza delle condizioni e dei presupposti per l'applicazione del regime speciale degli affidamenti in house di cui all'art.192 del D.Lgs. 50/2016 dovrà essere valutata in rapporto a quanto stabilito dall'art.5 del medesimo Decreto ed alla luce delle Linee guida ANAC n.7.

Il concetto di "in house providing" è stato originariamente elaborato dalla giurisprudenza comunitaria. Solo da ultimo, le direttive hanno fornito, per la prima volta, la disciplina positiva dell'in house providing, definendone i presupposti ed individuando anche parametri oggettivi cui ancorare, nel concreto, la verifica di ricorrenza di un modello di gestione in house, stabilendo che l'appalto pubblico aggiudicato da un'amministrazione aggiudicatrice a una persona giuridica di diritto pubblico o di diritto privato può essere sottratto alle regole dell'evidenza pubblica ove siano soddisfatte tutte le seguenti condizioni:

- a) l'amministrazione aggiudicatrice esercita sulla persona giuridica di che trattasi un controllo analogo a quello da essa esercitato sui propri servizi;
- b) oltre l'80 % delle attività di tale persona giuridica sono effettuate nello svolgimento dei compiti ad essa affidati dalle amministrazioni aggiudicatrici controllanti o da altre persone giuridiche controllate dalle amministrazioni aggiudicatrici di cui trattasi;
- c) nella persona giuridica controllata non vi è alcuna partecipazione diretta di capitali privati, ad eccezione di forme di partecipazione di capitali privati che non comportano controllo o potere di veto prescritte dalle

disposizioni legislative nazionali, in conformità dei trattati, e che non esercitano un'influenza determinante sulla persona giuridica controllata.

Le direttive precisano altresì quando possa ritenersi che un'amministrazione aggiudicatrice eserciti su una persona giuridica un controllo analogo a quello esercitato sui propri servizi, richiedendo che la stessa sia titolare di un'influenza determinante sia sugli obiettivi strategici, sia sulle decisioni significative della persona giuridica controllata [art. 12 della direttiva appalti (2014/24/UE), all'art. 28 della direttiva settori speciali (2014/25/UE) e all'art. 17 della direttiva concessioni (2014/23/UE) e art. 5 del d.lgs. 50/2016].

Gli statuti delle persone giuridiche devono prevedere che oltre l'ottanta per cento del loro fatturato sia effettuato nello svolgimento dei compiti a esse affidati dall'ente pubblico o dagli enti pubblici controllanti ed in ogni caso, i requisiti del controllo analogo possono essere acquisiti anche mediante la conclusione di appositi patti parasociali; tali patti possono avere durata superiore a cinque anni.

La struttura della persona giuridica, in sostanza, deve essere nel suo complesso idonea a garantire che la gestione del soggetto "in house" sia nella piena ed esclusiva disponibilità del socio pubblico; solo in tal modo si può giustificare il superamento delle regole dell'evidenza pubblica, posto che la stessa disciplina dell'in house è configurata espressamente dalle direttive in chiave derogatoria. Diviene quindi essenziale analizzare, concretamente, gli statuti e gli eventuali patti parasociali che permettano di riscontrare la presenza del requisito del controllo analogo.

13. Tania Fanti: Verifica dei requisiti degli operatori economici per affidamenti diretti (< 40.000 €): può bastare l'acquisizione da parte della stazione appaltante dell'autocertificazione sottoscritta dall'operatore economico di non ricadere nelle cause di esclusione dell'art. 80 accompagnata dal DURC?

VEDI risposta a quesito 9

14. E' possibile approfondire la questione del rinnovo (prima accennata), con particolare riferimento a quei servizi per cui può non essere agevole cambiare fornitore annualmente (es. assistenza informatica, assistenza contabile/paghe, etc.).

Fermo restando quanto già sinteticamente esposto nel corso del *webinar* - riguardo il divieto di rinnovo tacito (divieto implicito nel sistema, perché sarebbe una trattativa privata fuori dai casi consentiti, o comunque una modifica contrattuale diversa dalle ipotesi tassative di cui all'art. 106) nonché il divieto di rinnovo espresso, fuori dai casi tassativi in cui sono consentiti affidamenti successivi all'originario affidatario (ripetizione di lavori o servizi analoghi) - riferimenti specifici a possibili cause dell'infungibilità delle forniture e dei servizi e su come superare il rischio di cd *lock-in* sono rinvenibili nelle Linee guida n. 8 - Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili, emanate dall'ANAC con la Determinazione n. 950 del 13/09/2017, di recentissima pubblicazione.

Con il termine di *lock-in* viene indicato nella letteratura economica e antitrust il fenomeno riconducibile all'infungibilità che nasce a seguito di decisioni passate del contraente e/o di un comportamento strategico da parte dell'operatore economico.

Si tratta di un fenomeno spesso associato al settore della Information and Communications Technology (ICT), ma che può presentarsi anche in altri settori. La Commissione Europea ha recentemente fornito la seguente definizione di *lock-in* per gli appalti nel settore informatico: «Il lock-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».

Nei casi di infungibilità dei prodotti e/o dei servizi richiesti il Codice prevede la possibilità di derogare alla regola dell'evidenza pubblica (art. 63), ma, in tal caso, in attuazione dei principi di proporzionalità ed adeguatezza, occorre che il sacrificio del processo concorrenziale sia giustificato e compensato dai guadagni di efficienza o, più in generale, dai benefici che ne derivano in termini di qualità ed economicità dei servizi o dei beni forniti. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre o altro atto equivalente, nel pieno rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, ovvero dei principi di concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza e proporzionalità

Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene. Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene» (Cfr. per tutte la Sentenza della C. Giust. UE 8 aprile 2008, causa C-337/05 e la giurisprudenza della Corte ivi citata).

Sulla base delle indicazioni della Corte, confermate dalla giurisprudenza costante nazionale (cfr ad es. Sentenza del Cons. St., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 26), spetta alla stazione appaltante verificare rigorosamente l'esistenza dei presupposti che giustificano l'infungibilità del prodotto o servizio che si intende acquistare. In altri termini, la stazione appaltante non può accontentarsi al riguardo delle dichiarazioni presentate dal fornitore, ma deve verificare l'impossibilità a ricorrere a fornitori o soluzioni alternative attraverso consultazioni di mercato, rivolte anche ad analizzare i mercati comunitari e/o, se del caso, extraeuropei. Neppure un presunto più alto livello qualitativo del servizio ovvero la sua rispondenza a parametri di maggior efficienza può considerarsi sufficiente a giustificare l'infungibilità. Si tratta, infatti, di elementi che, da soli, non possono condurre al ricorso alla procedura negoziata senza bando precludendo, in tal modo, ad altri potenziali concorrenti di presentare offerte qualitativamente equipollenti se non superiori al presunto unico fornitore in grado di soddisfare certi standard. Ne consegue, pertanto, che qualora questi ultimi siano imposti da specifiche disposizioni comunitarie o nazionali o da accordi internazionali e vi siano sul mercato più operatori economici capaci di fornire un prodotto o un servizio conforme ai predetti standard, le stazioni appaltanti non possono utilizzare la procedura di cui all'art. 63 d.lgs. 50/2016, mancandone il presupposto (unicità dell'operatore economico), ma debbono far ricorso ad una delle procedure di cui all'art. 59 d.lgs. 50/2016, osservando quanto disposto dall'art. 68, comma 6, lgs.

50/2016 in merito alle specifiche tecniche da richiedere. Di contro, quando il rispetto di particolari vincoli imposti dal legislatore nazionale o comunitario o da accordi internazionale, determina l'impossibilità di rivolgersi a più fornitori, allora le stazioni appaltanti possono utilizzare la procedura negoziata senza preventiva pubblicazione del bando, fermo restando l'obbligo di indicare le ragioni che giustificano tale scelta.