



SULL'ONDA DELLA SEMPLIFICAZIONE E DELLA TRASPARENZA

ORIENTAMENTI PER LA PIANIFICAZIONE

ANTICORRUZIONE E TRASPARENZA

**2022**

Approvato dal Consiglio dell'Autorità  
in data 2 febbraio 2022

**Tavola allegato 4 - ANAC Orientamenti per la pianificazione anticorruzione  
e trasparenza 2022**

**SEZIONE III**



## **SEZIONE III – SPUNTI PER TRATTARE UN’AREA A RISCHIO: i CONTRATTI PUBBLICI**

Con la presente sezione del documento si intende dare evidenza di quali possano essere fasi di processo estremamente sensibili, e per le quali vanno pertanto calibrate adeguate misure preventive, incentrando l’attenzione a titolo esemplificativo su una delle aree più significative: quella dei contratti pubblici.

Ovviamente, data la specificità del periodo, che vede allo stesso tempo una legislazione figlia dell’emergenza ed un approssimarsi di modifiche profonde al Codice degli Appalti, l’intendimento non è quello di passare al vaglio tutte le misure specifiche legate ad attività di dettaglio, bensì quello di dare - ancora una volta grazie alla valorizzazione dei dati dell’ANAC - indicazioni relative alle tipologie o fasi di processo che si sono dimostrate, sia dall’analisi dei precedenti giudiziari sia dall’esame delle irregolarità riscontrate dagli uffici di vigilanza, le più permeabili al rischio corruttivo.

L’occasione sarà utile per considerare istituti che trovano la loro matrice nella disciplina comunitaria e che dunque continueranno comunque ad informare l’agire amministrativo di settore, inquadrandoli non nell’astrazione che porta alla prevenzione diffusa ma in modo specifico per indurre interventi mirati ed idonei a disinnescare solo i veri fattori abilitanti. L’auspicio è che in un’epoca di deregolamentazione, una maggiore consapevolezza dei rischi concreti ed un disvelamento dei principali crocicchi in cui si annidano, possa essere utile a compensare con misure organizzative efficaci la riduzione della legislazione di prevenzione.

### **FOCUS 1 – AFFIDAMENTI DIRETTI “PER ASSENZA DI CONCORRENZA PER MOTIVI TECNICI” IN MANCANZA DEI PRESUPPOSTI**

La disciplina comunitaria per gli acquisti consente di derogare alla regola del confronto tra più offerte quando, per motivi tecnici correlati all’oggetto dell’appalto, non esiste una possibile concorrenza per l’esperimento del confronto.

Questo si realizza quando esiste nel mercato un unico operatore economico in grado di fornire la prestazione di cui la stazione appaltante ha bisogno.

Viceversa sono emersi casi in cui si sia ricorso a questo istituto ritenendo erroneamente che la concorrenza non vi fosse, o perché ci si è ancorati ad un oggetto dell’appalto estremamente specifico quando invece poteva esserlo meno pur rispondendo in modo adeguato alle esigenze dell’ente, oppure perché si è ritenuto che esistesse un solo soggetto in grado di rispondere ed invece così non era.

Ciò ad esempio si è verificato nel caso dell’affidamento diretto effettuato da un’Amministrazione comunale ad un noto architetto per la progettazione definitiva ed esecutiva di un intervento di restauro e rivalutazione di un edificio storico della città nella considerazione che il famoso professionista fosse l’unico in grado di realizzare un’opera avente quei connotati di “unicità” ed “elevato pregio artistico” richiesti dall’Amministrazione medesima, ritenendo di fatto infungibile la prestazione del professionista. L’Amministrazione ha



confuso i concetti di "esclusività/unicità" della prestazione ed infungibilità della stessa e, in virtù di tale errata interpretazione della norma, ha disposto un affidamento in violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e non discriminazione

Richiamando le [Linee guida n. 8](#), l'Autorità, con la [delibera n. 548 del 13 luglio 2021](#), ha ribadito che i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi, in quanto un bene o un servizio è da ritenersi infungibile quando è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno dell'Amministrazione. Pertanto, anche in presenza di diritti esclusivi, non è detto che il bisogno dell'Amministrazione non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altre soluzioni.

Ha altresì rilevato che "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".

Importanti indicazioni sono state fornite dall'Autorità, in sede di precontenzioso, nella [delibera n. 590 dell'8 luglio 2020](#), relativamente alla verifica di infungibilità o esclusività di una fornitura di apparecchiatura medica. In quel caso, un operatore aveva contestato la richiesta di alcune specifiche tecniche relative alla fornitura, in quanto gli precludevano la possibilità di partecipare alla gara ed offrivano un palese vantaggio competitivo in favore di unico operatore economico. L'Autorità, sulla base delle indicazioni delle Linee Guida n. 8, ha rilevato che la legge di gara assicurava un evidente vantaggio competitivo in favore di un determinato operatore e, ai fini della riedizione della procedura, ha invitato la stazione appaltante, innanzitutto, a stabilire se la fornitura oggetto di affidamento avesse carattere di infungibilità (poiché a causa di ragioni di tipo tecnico, o di privativa industriale, non esistono possibili sostituti della stessa, oppure a causa di decisioni passate da parte dell'Amministrazione che la vincolano nei comportamenti futuri oppure anche a seguito di decisioni strategiche da parte dell'operatore economico), o se fosse solo caratterizzata dalla presenza di diritti di esclusiva (che non implicano che il bisogno del contraente non possa essere soddisfatto in modo adeguato anche ricorrendo ad altri prodotti o processi, atteso che, peraltro, anche in presenza di un diritto esclusivo potrebbero esistere distributori indipendenti o operatori economici che accedono al bene, che possono offrire, in concorrenza tra loro, un determinato prodotto o servizio). È stata, altresì, invitata la stazione appaltante, anche eventualmente a seguito di ulteriore e più approfondita consultazione preliminare di mercato - e fatta salva la possibile valutazione motivata in ordine alla natura infungibile dell'approvvigionamento - a predisporre la documentazione di gara con l'individuazione di requisiti tecnici minimi che garantiscano il rispetto dei principi di parità di trattamento e non discriminazione e, quindi, la effettiva contendibilità dell'affidamento (sulla necessità di effettuare consultazioni preliminari complete, ai fini dell'accertamento dell'infungibilità di un determinato prodotto, cfr. anche [delibera n. 83 del 27 gennaio 2021](#), relativa ad un appalto di fornitura di un sistema per la chirurgia robotica e relativo materiale di consumo).

Per quanto riguarda gli appalti di servizi e forniture si è riscontrato il frequente ricorso all'affidamento diretto per assenza di concorrenza giustificata da motivi tecnici, anche per importi molto rilevanti (si vedano in



proposito, a titolo esemplificativo, le [delibere n. 660 del 18 luglio 2018](#), [n. 346 del 22 aprile 2020](#), [n. 447 del 27 maggio 2020](#) e [n. 268 del 30 marzo 2021](#)).

Si è trattato, nei casi più frequenti, di forniture di medicinali, apparecchiature medicali, hardware e software informatico, macchinari vari, anche non sanitari, di elevato valore tecnologico, servizi di manutenzione di apparecchiature elettromedicali ed informatiche, di implementazione o aggiornamento di applicativi software ecc. Per tali affidamenti è stata rilevata la carenza di idonea motivazione in ordine ai presunti motivi tecnici o tutela di diritti esclusivi posti alla base degli affidamenti diretti.

Frequentemente, inoltre, gli affidamenti sono stati effettuati senza una verifica di soluzioni alternative rispetto a quelle offerte dai fornitori affidatari, né attraverso consultazioni preliminari di mercato né attraverso indagini di mercato.

Pertanto può essere utile verificare la presenza di misure specifiche volte a garantire l'evidenza della effettiva assenza di concorrenza, attraverso la previa consultazione del mercato di riferimento, e ad accertare che tale assenza non sia frutto di limitazioni artificiali dei parametri dell'appalto, ovvero di errate interpretazioni della norma.

## **FOCUS 2 – AFFIDAMENTI DIRETTI “PER ESTREMA URGENZA” IN MANCANZA DEI PRESUPPOSTI**

Le disposizioni comunitarie consentono di derogare all'utilizzo delle procedure ordinarie, facendo ricorso ad una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, quando per ragioni di estrema urgenza non sarebbe possibile rispettare i termini previsti per l'espletamento delle stesse. Ciò è consentito solo se e quando l'estrema urgenza derivi da eventi imprevedibili e non sia in alcun modo imputabile alla stazione appaltante.

Non sono purtroppo infrequenti i casi in cui le ragioni di estrema urgenza addotte fossero in verità imputabili alla stazione appaltante così come casi in cui l'oggetto degli interventi in estrema urgenza sia stato esteso anche a ciò che poteva invece essere affidato con procedura ordinaria senza alcuna compromissione dell'azione amministrativa. È il caso ad esempio di alcuni lavori di somma urgenza disposti da un concessionario autostradale necessari per il ripristino della funzionalità statica di un viadotto della tratta in concessione. È stato verificato che tali lavori, certamente urgenti ed indifferibili per scongiurare il rischio di ulteriori danneggiamenti dell'opera e dunque per la salvaguardia della pubblica incolumità, tuttavia non scaturivano da eventi imprevedibili o calamità in atto o incipienti, bensì erano riconducibili a pregresse situazioni di incuria, e dunque generati, di fatto, da una inadeguata attività di monitoraggio e manutenzione delle infrastrutture; tali interventi non erano attribuibili quindi alle circostanze di somma urgenza (cfr. [delibera 978 del 21 ottobre 2020](#)).

Anche per quanto riguarda gli appalti di servizi e forniture è stato rilevato l'utilizzo della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in carenza del presupposto dell'estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili e non imputabili alla stazione appaltante (ad esempio, [delibera n. 821 del 26 settembre 2018](#)).

Per evitare questi fenomeni, può essere utile accertare l'adozione di misure specifiche atte a prevenire il verificarsi di situazioni di estrema urgenza non imputabili alla imprevedibilità, anche di monitoraggio e programmazione, e a dimostrare il contenimento e la adeguatezza dell'oggetto degli appalti.



## FOCUS 3 – ESECUZIONE DEL CONTRATTO IN DIFFORMITA' A QUANTO PROPOSTO IN SEDE DI GARA

Secondo le disposizioni comunitarie, gli appalti sono aggiudicati all'operatore economico che, oltre ad essere in possesso dei richiesti requisiti di partecipazione, ha presentato un'offerta conforme ai requisiti, alle condizioni di esecuzione e alle caratteristiche (soprattutto fisiche, funzionali e giuridiche) che la stazione appaltante ha indicato nel bando e nella documentazione di gara, in funzione degli obiettivi e degli interessi che la stessa intende perseguire. Ciò implica necessariamente, a carico della medesima stazione appaltante, un onere di verifica circa la corrispondenza tra quanto dichiarato dall'operatore economico in sede di offerta e quanto dallo stesso adempiuto in fase di esecuzione del contratto d'appalto. Difatti una esecuzione difforme dall'impegno assunto e valutato in sede di gara premiando l'offerta ricevuta come la migliore, rappresenta una surrettizia violazione della concorrenza e una alterazione postuma dei presupposti che hanno portato a ritenere quella offerta come la più vantaggiosa.

Le attività di vigilanza dell'Autorità hanno messo in evidenza molteplici casi di esecuzione del contratto in difformità a quanto proposto in sede di gara.

Tali situazioni sono state rinvenute ad esempio per l'appalto dei lavori di ripristino di una galleria idraulica ([delibera n. 331 del 10 aprile 2019](#)) ove è stato rilevato che l'impresa, che si era vista aggiudicare l'appalto grazie alle varianti migliorative presentate in sede di gara, all'atto della redazione del progetto esecutivo ha modificato le proprie originarie valutazioni in ordine alle stesse, disattendendo, di fatto, quanto da lei proposto.

Sono state di conseguenza alterate le originarie valutazioni effettuate dalla Commissione in sede di gara con evidente lesione della concorrenza e con aggravio per l'erario; infatti l'impresa che si era aggiudicata l'appalto con un ribasso economico modesto rispetto alle altre concorrenti, per aver proposto migliorie ritenute valide, è ritornata alla originaria soluzione progettuale, di fatto portando in esecuzione un progetto per il quale le altre imprese concorrenti avevano offerto un ribasso maggiore.

Analoghe problematiche sono state rinvenute nell'appalto dei lavori occorrenti per la realizzazione di una strada comunale ([delibera n. 1236 del 18 dicembre 2019](#)). E' stato riscontrato che in corso di esecuzione del contratto, aggiudicato con il criterio dell'OEPV, sono state apportate modifiche significative all'offerta presentata dall'aggiudicatario sia nella sua componente qualitativa che in quella quantitativa; tali modifiche effettuate in corso d'opera si sono concretizzate, di fatto, in una diversa soluzione progettuale, la quale, se proposta in sede di gara, avrebbe potuto determinare un diverso giudizio della commissione, con la conseguenza, anche in tal caso, di incidere sulla "par condicio" dei concorrenti e compromettere la validità della procedura stessa.

Analogamente, un'esecuzione difforme da quanto proposto in sede di offerta si verifica nei casi in cui l'operatore economico che ha dichiarato di avvalersi della capacità di un altro operatore non utilizzi poi concretamente i mezzi e risorse dell'impresa ausiliaria dichiarati con la presentazione dell'offerta.

Le indagini condotte in tema di avvalimento nel corso degli anni da parte dei competenti Uffici dell'Autorità hanno consentito di rilevare il protrarsi dell'utilizzo dell'avvalimento con finalità "elusive" delle disposizioni normative vigenti posto che non sono risultati, nella fase esecutiva dei lavori, effettivi apporti delle imprese ausiliarie, per lo più nelle vesti di Consorzi



stabili, in termini di personale e risorse, idonei a configurare la messa a disposizione della capacità esecutiva connessa al possesso della qualificazione e/o dei requisiti di partecipazione richiesti, con la prospettazione di rilievi nei riguardi dell'operato delle stazioni appaltanti coinvolte, in relazione alla mancata dimostrazione delle verifiche condotte sull'effettività dell'avvalimento, ovvero alla mancata assunzione di iniziative concrete per garantire il rispetto delle norme citate.

Tali circostanze risultano riscontrabili recentemente nell'ambito della fattispecie definita con la [delibera n. 360 del 27 aprile 2021](#), con la quale si è ritenuto di censurare l'operato della stazione appaltante, in relazione all'omessa adeguata verifica sul rispetto degli impegni contrattuali derivanti dall'avvalimento. Al contempo la medesima stazione appaltante è stata richiamata ad una più puntuale verifica del contenuto del contratto di avvalimento in riferimento alla congruità e all'idoneità delle risorse ivi indicate al fine di soddisfare la corretta esecuzione dell'appalto. Nell'ambito degli accertamenti afferenti all'effettivo possesso dei requisiti e delle risorse oggetto dell'avvalimento da parte dell'impresa ausiliaria, è in particolare emerso il richiamo a mezzi che non facevano più parte del parco macchine aziendale dell'ausiliaria alla data di stipula del contratto di avvalimento.

È da ritenersi, quindi, di fondamentale importanza l'attività di controllo della stazione appaltante nella fase di esecuzione del contratto per il buon fine dell'appalto stesso e per garantire nel tempo la qualità delle opere realizzate e dei servizi resi.

Profili di criticità nella fase dell'esecuzione possono emergere anche con riferimento alla stazione appaltante che effettua una parziale o nulla verifica delle prestazioni. Negli appalti di servizi tale evenienza viene spesso riscontrata nel settore dei servizi socio-sanitari di assistenza alla persona o, in generale, nei servizi sociali (accoglienza migranti, servizi in favore di disabili, minori, ecc.). In molti casi i controlli sulla regolare esecuzione vengono effettuati, dal RUP o dal Direttore dell'esecuzione, solo sulla base delle dichiarazioni fornite dagli appaltatori. In altri termini, non viene effettuata un'attività di controllo nel merito dell'esecuzione, ma un'attività meramente formale della documentazione prodotta dall'appaltatore.

La carenza di controlli è stata riscontrata ad esempio nell'esecuzione del servizio di portierato e vigilanza presso alcune residenze universitarie ([delibera n. 330 del 21 aprile 2021](#)) e del servizio di supporto alla gestione e alla manutenzione delle apparecchiature biomediche di proprietà di una Azienda Sanitaria Locale ([delibera n. 576 del 28 luglio 2021](#)).

Analoga situazione può verificarsi per gli appalti di lavori per i quali l'Autorità ha registrato in diversi casi carenze di controllo da parte della Direzione Lavori in merito alla corretta esecuzione e contabilizzazione dei lavori. E' il caso trattato ad esempio nella [delibera n. 436 del 26 maggio 2021](#) ove è stato riscontrato che una Stazione Appaltante in corso d'opera ha effettuato il pagamento di stati di avanzamento senza eseguire una precisa verifica delle lavorazioni realizzate dai subappaltatori, limitandosi ad acquisire acriticamente la documentazione resa dall'appaltatore ed omettendo di effettuare il raffronto tra le somme fatturate dai subappaltatori e le lavorazioni effettivamente svolte dagli stessi nei vari Stati di Avanzamento; ciò ha comportato un inadempimento sostanziale alla normativa sui subappalti e il successivo verificarsi di numerosi contenziosi, che hanno contribuito ad incrementare i ritardi nell'esecuzione delle opere.



Esemplificativa di carenze di controllo in corso d'opera è anche la [delibera n. 91 del 7 febbraio 2019](#) conseguente ad una attività ispettiva che ha riguardato numerosi appalti di lavori e servizi di un comune di medie dimensioni. Sono state riscontrate tra l'altro irregolarità contabili consistenti essenzialmente nel riconoscimento di lavorazioni che non erano state in realtà eseguite, e nella contabilizzazione di lavori previsti nel computo metrico estimativo redatto dai progettisti ma non pertinenti con lo stato dei luoghi ovvero in quantità superiore alle necessarie esigenze esecutive.

Ulteriore aspetto da evidenziare è la mancata applicazione delle misure volte a sanzionare l'inadempimento, ad esempio l'applicazione di penali (talvolta non previste neanche nel contratto) e nei casi di maggior gravità la risoluzione contrattuale. Tale evenienza è stata riscontrata in varie situazioni analizzate dall'Autorità; si ricorda a titolo esemplificativo il caso trattato nella [delibera 264 del 9 marzo 2021](#) in merito a lavori di costruzione di una variante stradale per la quale si è verificato un ritardo di 700 giorni nell'ultimazione dei lavori a fronte del quale la stazione appaltante ha ritenuto di non applicare la penale contrattualmente prevista sulla base di proprie valutazioni sui tempi di esecuzione dei lavori che sono risultate non adeguatamente supportate dagli atti gestionali dell'appalto.

L'Autorità ha riscontrato, di frequente, nelle proprie istruttorie inerenti la fase di esecuzione dei contratti anche il ricorso improprio a modifiche del contratto, che spesso sono risultate non riconducibili alle casistiche motivazionali previste dalla norma. È stato rilevato che si ricorre invece impropriamente all'istituto della variante per evitare di far emergere errori progettuali, specie nei casi in cui la progettazione sia stata redatta internamente dall'Amministrazione onde evitare le conseguenti sanzioni previste per i progettisti; ovvero per inserire nuove o diverse lavorazioni più convenienti per l'appaltatore, magari al fine di evitare contenziosi con lo stesso o per consentire il recupero del ribasso d'asta proposto in fase di gara.

Tali varianti non ammissibili, oltre a provocare un danno all'erario per l'improprio incremento di costi e di tempi dell'appalto, nel caso in cui le modifiche apportate siano di notevole entità (modifiche sostanziali), costituiscono altresì una modifica delle condizioni di gara e un possibile vulnus del principio di libera concorrenza tra gli operatori.

Alcune delle criticità suddette sono state rilevate ad esempio nella [delibera n. 669 del 10 luglio 2019](#) nella quale si tratta di lavori effettuati in ambito portuale per i quali sono state effettuate numerose varianti non rientranti nelle casistiche previste dalla norma, con nuovi lavori e opere aggiuntive che hanno contribuito al notevole incremento dell'appalto in termini di tempi e di costi.

Situazioni di criticità sono state rilevate anche nella fase di collaudo dell'opera realizzata o di verifica di conformità dei servizi svolti e delle forniture consegnate, ossia nella fase volta a verificare e certificare, a conclusione del contratto, che l'oggetto dello stesso in termini di prestazioni, obiettivi e caratteristiche tecniche, economiche e qualitative sia stato eseguito nel rispetto delle previsioni e delle pattuizioni contrattuali.

Le criticità rilevate attengono a una superficiale verifica della corretta esecuzione del contratto, tra cui lo svolgimento di misurazioni e controlli, anche a campione che, talvolta, per determinati servizi (pulizia, ristorazione ecc.) possono essere effettuati solo in corso d'opera. Oppure alla eccessiva protrazione delle tempistiche previste per il perfezionamento degli atti di collaudo derivanti da aspetti di carattere burocratico e in assenza di



impedimenti non imputabili alla medesima stazione appaltante. In altri casi si rileva l'affidamento delle attività di verifica ai medesimi soggetti incaricati del controllo in fase di realizzazione degli interventi, anche nei casi non consentiti dalle disposizioni vigenti, o in tutti i casi, pur se di particolare complessità, in cui è data facoltà alla stazione appaltante di sostituire il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione.

Appare evidente la necessità di misure specifiche che possano garantire un adeguato e effettivo controllo sulla corretta esecuzione del contratto, anche in ordine alla effettiva presenza e consistenza delle risorse oggetto di avvalimento, l'adozione degli strumenti che la normativa mette a disposizione della stazione appaltante per evitare i casi di esecuzione in difformità e un corretto adempimento da parte di tutti i soggetti incaricati delle verifiche sulla corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali ai compiti ad essi attribuiti dalla norma.

## **FOCUS 4 – LIMITAZIONE DELLA CONCORRENZA MEDIANTE RICHIESTA DI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE O DI ESECUZIONE NON GIUSTIFICATI**

Nel rispetto dei principi comunitari di parità di trattamento e di non discriminazione, le stazioni appaltanti devono definire requisiti di partecipazione e di esecuzione attinenti e proporzionati all'oggetto dell'appalto e alle effettive necessità della stazione appaltante, tenendo presente l'interesse pubblico ad avere il più ampio numero di potenziali partecipanti ed una prestazione congrua rispetto alle effettive esigenze. Difatti non è rispondente ai principi di economicità e proporzionalità soddisfare l'esigenza della amministrazione con appalti ridondanti per quantità o qualità rispetto al bisogno effettivo così come richiedere requisiti di idoneità o capacità o affidabilità o esecuzione all'affidatario che non sono effettivamente necessari ad assicurare l'adeguatezza della prestazione.

Essendo quello in oggetto un ambito in cui la discrezionalità della stazione appaltante è rilevante, sono emersi di frequente casi in cui la previsione di requisiti eccessivamente qualificanti e stringenti ha comportato una strumentale riduzione della rosa dei potenziali partecipanti alle procedure in beneficio di pochi quando non di uno solo. Ciò si verifica più frequentemente nell'ambito dei cosiddetti settori speciali ed è ancor più evidente quando riguarda procedure negoziate senza pubblicazione del bando.

Esempi di tali anomalie sono riportate in numerose delibere ANAC tra cui si ricorda la [delibera n. 1142 del 12 dicembre 2018](#), riferita ad una procedura aperta per l'affidamento dei lavori di costruzione di edifici indetta da un'Azienda territoriale per l'edilizia residenziale pubblica. Nella fattispecie è stato rilevato che la previsione nel disciplinare di gara di alcuni sub criteri del criterio generale "Risorse umane", afferenti ai livelli di anzianità professionale e formazione del personale, congiuntamente al parametro della vicinanza territoriale rispetto al sito del cantiere, anziché stimolare un sereno confronto concorrenziale con le altre imprese partecipanti in merito al concreto contenuto dell'offerta, oltre a restringere la rosa dei partecipanti, scoraggiando dalla partecipazione quei partecipanti che non potevano vantare le caratteristiche richiamate, potevano giungere a falsare l'obiettivo di garantire il miglior servizio alle condizioni maggiormente convenienti, in quanto potrebbe così aversi una predeterminazione degli esiti di gara in favore di alcune imprese, in palese violazione dei fondamentali principi che tutelano la par condicio e la concorrenza.



Diverse procedure, nelle quali le stazioni appaltanti hanno richiesto requisiti di partecipazione sproporzionati e non congrui rispetto all'oggetto e all'importo dell'affidamento, riguardano gli appalti di servizi. A titolo esemplificativo, si richiama la [delibera n. 724 del 9 settembre 2020](#) (relativa all'affidamento del servizio di raccolta, trasporto e allontanamento dei rifiuti solidi urbani e assimilati), nella quale l'Autorità - pur ribadendo il consolidato principio in base al quale le stazioni appaltanti (nell'esercizio della propria discrezionalità) possono individuare anche requisiti ulteriori e più severi rispetto a quelli normativamente previsti, a condizione che tale scelta sia compatibile con i principi di massima partecipazione, concorrenza e trasparenza e che si tratti di requisiti attinenti e proporzionati all'oggetto e al valore dell'appalto - ha dichiarato l'illegittimità della clausola del disciplinare di gara che richiedeva il possesso di un capitale sociale minimo come requisito di capacità economica e finanziaria. È stato, in particolare, osservato che tale richiesta era del tutto priva di motivazione e non trovava giustificazione nella tipologia dei servizi oggetto dell'appalto, che erano di tipo tradizionale, non richiedevano particolari investimenti e non presentavano rischio di impresa; per cui tale requisito (che si aggiungeva alla richiesta del possesso di un determinato fatturato globale e della produzione di due referenze bancarie, sempre per dimostrare la solidità finanziaria dei concorrenti) si traduceva in una misura di accesso alla gara estremamente restrittiva della concorrenza e non proporzionata all'interesse pubblico da soddisfare, soprattutto in un settore (gestione dei rifiuti) particolarmente delicato e caratterizzato da un "sovradimensionamento dei requisiti di partecipazione" che determinano una scarsa competizione tra operatori.

Altra anomalia, riscontrata in sede di precontenzioso, riguarda la definizione di requisiti particolari per l'esecuzione dell'appalto. La questione è stata affrontata nella [delibera n. 591 dell'8 luglio 2020](#), adottata a definizione di un procedimento in cui era stata contestata la clausola del disciplinare che prevedeva, come requisito di esecuzione, la "disponibilità obbligatoria, a pena d'esclusione, (...) di uno o più impianti autorizzati allo smaltimento finale di materiali contenenti e/o contaminati da amianto, ad accettare presso gli stessi tutti i materiali provenienti dalle lavorazioni oggetto del presente bando (...)". L'Autorità ha dichiarato illegittima tale clausola evidenziando che tale obbligo non solo trasforma, di fatto, quello che dovrebbe essere un requisito di esecuzione in un requisito di partecipazione, ma, considerando le peculiarità dei servizi di raccolta, conferimento e smaltimento dei rifiuti e, in particolare, l'estrema esiguità degli impianti di raccolta e smaltimento di rifiuti speciali, potrebbe anche determinare effetti distorsivi sulla concorrenza.

Si richiama, quindi, l'attenzione sulla necessità, già evidenziata nel [PNA 2015](#), di definire opportune misure specifiche per gli eventi rischiosi concernenti la definizione dei requisiti di accesso alla gara e di esecuzione contrattuale, tali da poter dare evidenza della effettiva adeguatezza dei requisiti prescelti.

## **FOCUS 5 – RICORSO A PROROGHE E RINNOVI NON CONSENTITI**

La disciplina comunitaria, traendo spunto dalle decisioni della Corte di giustizia che, a fronte di un generale divieto di apportare modifiche oggettive e soggettive al contratto già concluso ed in corso di esecuzione derivante dai principi generali in materia di appalti pubblici, ha ritenuto ammissibili alcune modifiche contrattuali, soprattutto in contratti di lunga durata, definisce alcune ipotesi tassative di modifica dei contratti. Tra queste ipotesi è



contemplata anche quella del rinnovo del contratto, ma solo a condizione che la stessa sia stata espressamente prevista nei documenti di gara e che l'importo del rinnovo sia stato considerato ai fini della determinazione dell'importo da porre a base di gara.

Nell'ambito dell'attività istituzionale dell'Autorità è emerso come le stazioni appaltanti facciano un ampio ricorso al rinnovo o alla proroga dei contratti anche in assenza dei presupposti sopra richiamati. Ciò avviene anche con riferimento a contratti originari sottoscritti anche senza una previa procedura ad evidenza pubblica.

Talvolta, si rinvencono fattispecie di rinnovo tacito, ovvero il rinnovo effettuato senza emanazione di un provvedimento espresso, inammissibile nel nostro ordinamento. Inoltre il rinnovo tacito dei contratti pubblici costituisce una fattispecie di gravi violazioni legittimante l'emanazione, da parte dell'Autorità, del parere motivato ai sensi dell'art. 211 comma 1-ter del [d.lgs. 50/2016](#).

L'utilizzo dello strumento della proroga e del rinnovo avviene per svariati motivi, tra cui in primis carenza di programmazione, nonché ritardi o errori nella predisposizione e pubblicazione degli atti di gara. Soprattutto per quanto attiene agli enti del Servizio Sanitario Nazionale, il ricorso a proroghe o rinnovi è dovuto all'attesa dell'aggiudicazione di gare da parte dei soggetti aggregatori e centrali di committenza (spesso ritardata dalla sussistenza di contenziosi).

A titolo esemplificativo una fattispecie di rinnovo tacito è stata riscontrata nell'affidamento del servizio di supporto assistenza e riabilitazione psichiatrica da parte di una ASL, che ha comportato l'emanazione, da parte dell'Autorità, del parere motivato di cui all'art. 211 comma 1-ter del d.lgs. 50/2016 ([delibera n. 867 del 25 settembre 2019](#)) a cui la stazione appaltante si è adeguata.

Ulteriori fattispecie di rinnovo o proroga al di fuori dei casi consentiti dalla norma sono state riscontrate, ad esempio, nella prosecuzione dell'affidamento del servizio di trasporto su strada dei pazienti diversamente abili da parte di una ASL ([delibera n. 770 del 7 ottobre 2020](#)) nella prosecuzione dell'affidamento dei servizi di cd. seconda accoglienza ai richiedenti asilo e rifugiati (delibere [n. 304 del 1° aprile 2020](#) e n. [446 del 27 maggio 2020](#)). Casi piuttosto frequenti sono poi stati riscontrati nell'affidamento di servizi e forniture da parte di Aziende Ospedaliere e Aziende Sanitarie (delibere [n. 152 del 19 febbraio 2020](#) e n. [591 del 28 luglio 2021](#)).

Appare, quindi, necessario che le stazioni appaltanti, traendo anche spunto dalle misure proposte nel [PNA 2015](#), adottino adeguate misure specifiche per prevenire il ricorso al rinnovo del contratto in assenza dei presupposti di cui alla disciplina comunitaria, svolgendo un adeguato rilievo dei fabbisogni e conseguente programmazione degli acquisti, un controllo periodico e un monitoraggio delle future scadenze contrattuali e una adeguata valutazione della possibilità di ricorrere ad accordi quadro, anche già in essere, per l'acquisizione di servizi e forniture standardizzabili, nonché una appropriata progettazione delle gare includendovi, anche in via precauzionale, l'opzione del rinnovo.



## FOCUS 6 – VALUTAZIONE ERRATA DELLA CONGRUITA' DELL'OFFERTA

Al fine di garantire la corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, occorre evitare che l'offerta di un prezzo particolarmente basso derivi da valutazioni o prassi errate dal punto di vista tecnico, economico o giuridico. In tale ottica, le disposizioni comunitarie consentono alle stazioni appaltanti di escludere le offerte che ritengono anormalmente basse, dopo un'attenta verifica delle stesse svolte tenendo conto delle spiegazioni sul prezzo o sui costi previsti che l'operatore economico è chiamato a fornire alla stazione appaltante con riferimento all'economia del processo di fabbricazione dei prodotti o dei servizi o del metodo di costruzione, alle soluzioni tecniche o alle condizioni eccezionalmente favorevoli di cui lo stesso dispone.

Tale verifica ha un significativo margine di discrezionalità e pertanto dovrebbe essere svolta in modo rigoroso al fine di evitare l'aggiudicazione ad un operatore economico che non sia in grado di eseguire le prestazioni contrattuali nel rispetto di quanto richiesto dalla stazione appaltante nei documenti di gara ma anche di non utilizzare la stessa come strumento per favorire un determinato operatore economico.

Sono stati, purtroppo, rilevati svariati casi in cui la verifica non è stata svolta con l'opportuno rigore.

Diversi pareri di precontenzioso hanno precisato gli aspetti riguardanti le valutazioni da compiere nell'ambito del sub-procedimento di verifica dell'anomalia. A titolo esemplificativo, con [delibera n. 81 del 27 gennaio 2021](#), con riferimento all'operazione del cd. taglio delle ali, è stato precisato che le offerte con eguale ribasso interessate dal taglio delle ali, sia che si trovino "a cavallo" sia che si trovino "all'interno" delle ali, devono essere accantonate e computate come se fossero un'unica offerta secondo il criterio del "blocco unitario"; con [delibera n. 189 del 3 marzo 2021](#), è stato precisato che, nel calcolare la media dei ribassi e la soglia di anomalia, la stazione appaltante può effettuare arrotondamenti o troncamenti dei decimali dopo la virgola solo se espressamente previsti dalla legge di gara e nella misura ivi indicata; sottolineando che l'eventuale preimpostazione con troncamento dei decimali della piattaforma informatica utilizzata per il calcolo della media e della soglia non può essere considerata alla stregua di una prescrizione della lex specialis di gara. Inoltre, con [delibera n. 155 del 24 febbraio 2021](#), è stato evidenziato che il principio di invarianza della soglia di anomalia non consente alla stazione appaltante, una volta adottato e comunicato il provvedimento di aggiudicazione, di modificare, in via di autotutela, la soglia di anomalia e la graduatoria, a seguito dell'eventuale riammissione di un operatore escluso in sede di apertura delle offerte economiche (fattispecie in cui tale esclusione non viene contestata dal diretto interessato, ma da un terzo operatore escluso automaticamente dalla gara, che ne potrebbe diventare aggiudicatario solo previa riammissione del concorrente escluso).

Sull'individuazione del momento in cui effettuare il calcolo della soglia di anomalia, invece, si richiama la [delibera n. 43 del 22 gennaio 2020](#), nelle quale è stato evidenziato che tale calcolo non può che intervenire dopo la riparametrazione dei punteggi, dal cui esito dipendono anche le eventuali esclusioni per mancato raggiungimento della soglia di sbarramento.

L'adozione di adeguate misure specifiche inerenti al procedimento di valutazione delle offerte anormalmente basse e di verifica della congruità dell'anomalia, come già suggerito nel PNA 2015, nonché di misure volte ad assicurare la



competenza dei soggetti chiamati ad eseguire le predette attività, è un utile strumento per prevenire rischi di sviamento dell'attività amministrativa e disfunzioni.

## **FOCUS 7 – VALUTAZIONE DELL'OFFERTA SULLA BASE DI CRITERI IMPROPRI**

L'aggiudicazione degli appalti deve essere effettuata applicando per la scelta criteri obiettivi che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento per effettuare un raffronto obiettivo delle offerte al fine di determinare, in condizioni di effettiva concorrenza, quale sia l'offerta economicamente più vantaggiosa. A tal fine, le stazioni appaltanti sono chiamate a indicare espressamente nei documenti di gara i criteri di aggiudicazione dell'appalto nonché la ponderazione relativa attribuita a ciascuno di tali criteri. I criteri di valutazione devono essere connessi, ragionevoli e proporzionati all'oggetto del contratto, tenendo conto della natura e delle caratteristiche dei lavori, beni e servizi oggetto di acquisizione.

Le indicazioni della disciplina comunitaria sono spesso disattese mediante la previsione di criteri impropri o non funzionali all'oggetto dell'appalto oppure mediante una non chiara definizione dei criteri e della ponderazione degli stessi, fino a giungere ad un'applicazione distorta dei criteri medesimi finalizzata a favorire l'aggiudicazione ad un determinato operatore.

È il caso ad esempio di una procedura indetta da una società pubblica operante nell'ambito dei settori speciali, per l'aggiudicazione mediante offerta economicamente più vantaggiosa, della progettazione esecutiva e costruttiva e realizzazione delle opere civili ed a verde per un sistema di accumulo calore. È emerso come nel bando i criteri di valutazione per l'assegnazione dei punteggi all'offerta tecnica fossero basati esclusivamente sulla riduzione dei tempi di esecuzione e sul possesso di alcune certificazioni di qualità, mentre nessun punteggio veniva attribuito alla qualità e alle migliorie tecniche del lavoro. L'Autorità ha rilevato che tale scelta rischiava di snaturare il sistema di valutazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, producendo un eccessivo appiattimento delle offerte e non consentendo una reale verifica sotto il profilo tecnico e una graduazione dell'intensità della qualità dell'elemento esaminato dalla commissione tecnica. Ciò a maggior ragione in casi nei quali numerosi erano i profili tecnici suscettibili di migliorie che i concorrenti potevano proporre in sede di offerta ([delibera n. 1190 dell'11 dicembre 2019](#)).

In sede di precontenzioso, in più occasioni, l'Autorità ha censurato l'illegittima previsione di criteri di valutazione dell'offerta tecnica volti a premiare il possesso di un determinato fatturato da parte dell'impresa. Nella [delibera n. 116 del 10 febbraio 2021](#) (relativa ad una concessione del servizio di refezione scolastica e di riscossione delle tariffe della scuola), l'Autorità ha censurato il criterio di valutazione che valorizzava il possesso del fatturato specifico da parte dei concorrenti, già richiesto come requisito di partecipazione. Sotto tale profilo, è stato osservato che, nonostante il superamento della tradizionale dicotomia tra requisiti di partecipazione e criteri di valutazione, la previsione di elementi di valutazione dell'offerta di tipo soggettivo è legittima solo nella misura in cui aspetti dell'attività dell'impresa possono attribuire un valore aggiunto all'offerta altrimenti non riscontrabile. Nel caso specifico, l'attribuzione di un punteggio minimo in base alle esperienze pregresse in materia di riscossione delle tariffe appariva



lesiva della concorrenza, perché rischiava di determinare un iniquo vantaggio a favore delle imprese di maggiori dimensioni e operanti da più tempo sul mercato. Lo stesso principio è stato applicato nella [delibera n. 261 del 17 marzo 2020](#) (relativa ad una procedura negoziata per l'affidamento di servizi di addetto alla verifica di titoli di viaggio e della sicurezza), nella quale è stato censurato il criterio premiale di valutazione dell'offerta connesso al fatturato non attenendo né all'organizzazione dell'operatore economico né alle qualifiche e all'esperienza del personale effettivamente utilizzato nell'appalto.

È pertanto opportuna la previsione di adeguate misure specifiche inerenti sia al processo di definizione dei criteri di valutazione nella fase di progettazione della gara, sia al processo di valutazione delle offerte nella fase di selezione delle offerte, nell'ottica di prevenire gli effetti distorsivi sopra richiamati. Con riferimento alla fase di selezione delle offerte, appare necessario prestare attenzione, ai fini della definizione di adeguate misure specifiche, anche al processo di nomina della commissione di gara.

## **FOCUS 8 – ERRATA ALLOCAZIONE DEI RISCHI NELLE CONCESSIONI**

Sulla base della disciplina comunitaria, l'elemento principale che contraddistingue la concessione dal contratto d'appalto è il trasferimento al soggetto privato di rischi tradizionalmente assunti dalle amministrazioni aggiudicatrici e rientranti di norma nell'ambito di competenza di queste ultime.

Anche di recente con la [delibera n. 545 del 13 luglio 2021](#) (conforme alla [delibera n. 219 del 16 marzo 2021](#)), l'Autorità ha ribadito come la concessione si caratterizza per il trasferimento in capo al concessionario di alcuni rischi, quali, a titolo esemplificativo, il rischio di costruzione, il rischio della domanda o il rischio operativo.

Ne consegue che la definizione dei rischi insiti nella concessione e la relativa allocazione tra soggetto pubblico e soggetto privato assume una primaria importanza ai fini della corretta qualificazione di una concessione.

Tuttavia, deve osservarsi come, in diversi casi, sia stata verificata una scarsa analisi preventiva dei rischi insiti nei diversi interventi, che si può concretizzare nella predisposizione di una matrice di rischi approssimativa, o con erronei rinvii a documenti di gara del tutto inconferenti, e nella presenza negli atti contrattuali di clausole che hanno l'effetto di limitare le conseguenze negative derivanti dal verificarsi di rischi, determinando di fatto il mancato trasferimento del rischio al soggetto privato.

Con la [delibera n. 219 del 16 marzo 2021](#), l'Autorità ha fornito un quadro generale delle risultanze emerse nel corso dell'attività di vigilanza svolta in materia di partenariato pubblico-privato nell'anno 2020.

Tra queste si richiama la [delibera n. 985 del 11 novembre 2020](#), avente ad oggetto l'affidamento mediante project financing della concessione per la realizzazione e gestione di un parcheggio sotterraneo a due piani. È stato rilevato come mediante un accordo transattivo si sia proceduto a rivedere radicalmente il progetto, con la sostituzione del parcheggio interrato con uno a raso e la correlata riduzione dell'investimento; ne è conseguita la revisione del PEF, l'aumento del canone dovuto al Comune concedente ma anche della durata della concessione e una rilevante riduzione dei costi per la concessionaria. La variante progettuale non è stata determinata da alcuna delle circostanze prevista dalla norma, bensì da una diversa valutazione dell'interesse pubblico



da parte del Comune concessionario, fattispecie che avrebbe più richiesto un recesso per motivi di pubblico interesse. Al riguardo, l'Autorità ha concluso innanzitutto che il procedimento per la valutazione dell'interesse pubblico per la proposta per la realizzazione e gestione del parcheggio presentata dal promotore non è stato svolto con il necessario approfondimento, tenuto conto della rivalutazione successiva, effettuata pur in assenza di motivi sopravvenuti. Inoltre, del tutto inadeguata si è rivelata la verifica su possibili margini di extra redditività per il partner privato, dovuti alla eccessiva durata dell'affidamento. Pertanto, l'Autorità ha sollecitato la stazione appaltante a rivalutare il nuovo assetto della concessione, al fine di escludere ogni ridimensionamento del rischio a carico del concessionario.

Con la [delibera n. 174 del 17 febbraio 2021](#), l'Autorità si è, poi, occupata di una concessione relativa all'ampliamento di un cimitero comunale nonché della sua gestione. Nel corso dell'esecuzione il concedente ha affidato in via diretta altri interventi non previsti nell'originario contratto, consistenti nello sgombero delle aree da adibire a cantiere. Sulla base di irrituali protocolli di intesa, poi confluiti in un atto aggiuntivo, concedente e concessionario si sono accordati per modificare l'originario assetto del rapporto concessorio, prevedendo lo svolgimento di attività non previste in origine (come la redazione dell'anagrafe e il catasto cimiteriale) da finanziare con somme che il Concessionario avrebbe dovuto corrispondere al Concedente, quale aggio per la gestione delle lampade votive. L'Autorità ha evidenziato come la possibilità di compensare l'aggio contrattualmente previsto a favore del concedente con il corrispettivo spettante per la predisposizione del catasto cimiteriale e dell'aggiornamento anagrafico è idoneo ad incidere sull'allocazione dei rischi, in quanto esonera il concessionario dal versamento dell'aggio previsto in contratto, pretesamente compensato dalla realizzazione di ulteriori attività concordate direttamente tra concedente e concessionario

Emerge, pertanto, l'esigenza di definire misure specifiche per la fase di preparazione della procedura di gara, e in particolare nel processo di predisposizione della documentazione di gara (matrice dei rischi, schema di contratto, ecc.), al fine di verificare che l'operazione possa essere correttamente qualificata come concessione. Parimenti, idonee misure devono essere definite per la fase di esecuzione del contratto di concessione attesa la necessità che l'allocazione dei rischi non venga alterata nel corso della durata del contratto, mediante successive modifiche alle originarie condizioni di affidamento.

## **FOCUS 9 – INADEGUATA GESTIONE DEL CONFLITTO DI INTERESSI NELL’AFFIDAMENTO DEI CONTRATTI**

In aderenza a quanto stabilito dalle direttive comunitarie, al fine di evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici, le stazioni appaltanti sono chiamate ad adottare misure adeguate per prevenire, individuare e porre rimedio in modo efficace a conflitti di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni.

Il conflitto di interessi si verifica quando l'incaricato di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi, che ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione, interviene nello svolgimento della stessa potendone influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato.



Nell'ambito dell'attività di vigilanza sui contratti pubblici, l'Autorità ha avuto modo di verificare come anche misure organizzative apparentemente rispondenti alle finalità della disciplina comunitaria possano rivelarsi inadeguate perché limitate a mere formalità insufficienti a tutelare la legittimità nell'adozione degli atti, con il correlato rischio di far incorrere l'operatore economico coinvolto in una causa di esclusione.

Un caso del genere è quello esaminato nella [delibera n. 712 del 27 ottobre 2021](#), ove la situazione di conflitto di interessi riguardava il responsabile dell'ufficio tecnico di un piccolo comune ed era correlata all'iscrizione nell'elenco dei professionisti, al quale l'ente attingeva per individuare gli affidatari di servizi di ingegneria di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, di parenti del funzionario. È emerso, infatti che, la soluzione individuata dalla stazione appaltante per far fronte al conflitto di interesse, consistita nel disporre, per la singola procedura di aggiudicazione, che fosse un funzionario diverso dal responsabile dell'ufficio tecnico ad adottare i relativi atti, lasciava intatta in capo al responsabile medesimo la prerogativa di consentire/pianificare - proprio attraverso l'assegnazione dell'incarico di RUP ad un sostituto - l'invito del proprio congiunto ad una procedura di aggiudicazione piuttosto che ad un'altra, per possibili ragioni convenienza personale.

Risulta pertanto opportuno concepire misure organizzative che, nel tenere conto delle situazioni oggettive e soggettive che possono comportare un potenziale conflitto di interesse, siano idonee ad eliderne in modo sostanziale il relativo concretizzarsi.