



*Documento di consultazione*

*“Servizi e forniture: programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto”*

## Sommario

<b>1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità .....</b>	<b>2</b>
<b>2. Programmazione.....</b>	<b>6</b>
<b>2.1. Acquisti di beni e servizi non preventivati.....</b>	<b>8</b>
<b>2.2. Ambito soggettivo ed obiettivo di applicazione.....</b>	<b>9</b>
<b>2.3. Il contenuto essenziale della programmazione.....</b>	<b>9</b>
<b>2.4. Aspetti procedurali.....</b>	<b>10</b>
<b>3. Progettazione.....</b>	<b>12</b>
<b>3.1. Il contenuto della progettazione.....</b>	<b>12</b>
<b>3.2. I soggetti incaricati della progettazione.....</b>	<b>14</b>
<b>3.3. Garanzie e verifica della progettazione.....</b>	<b>14</b>
<b>4. Esecuzione.....</b>	<b>16</b>
<b>4.1. Responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione.....</b>	<b>17</b>
<b>4.2. Compiti del direttore dell'esecuzione.....</b>	<b>20</b>
<b>4.3. Attività di controllo del direttore dell'esecuzione.....</b>	<b>22</b>
<b>4.4. La corretta esecuzione della prestazione e le penali.....</b>	<b>27</b>
<b>5. Immodificabilità del contratto. Le varianti.....</b>	<b>29</b>
<b>6. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione.....</b>	<b>31</b>

## 1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito, Regolamento), di esecuzione ed attuazione del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (Codice), detta una disciplina specifica per le fasi di programmazione, progettazione ed esecuzione dei contratti di servizi e forniture, così come definiti dall'art. 3, commi 9 e 10 del Codice, in larga parte modellata su quella dei contratti di lavori.

Più in dettaglio, le disposizioni relative al settore oggetto della presente consultazione, collocate nella parte IV e V del Regolamento, sono riferite a:

- a) contratti pubblici relativi a **forniture e altri servizi nei settori ordinari** (da art. 271 ad art. 338); in particolare, i titoli di interesse sono dedicati a:
  1. programmazione ed organi del procedimento;
  2. esecuzione del contratto e contabilità;
  3. verifica di conformità;
- b) contratti pubblici relativi a **lavori, servizi e forniture nei settori speciali** (da art. 339 ad art. 350), la cui disciplina è articolata in tre titoli, rispettivamente dedicati a:
  1. servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria;
  2. servizi e forniture nei settori speciali sotto soglia comunitaria;
  3. organi del procedimento e programmazione nei settori speciali.

Dai dati in possesso dell'Osservatorio presso l'Autorità, emerge con chiarezza l'estrema rilevanza di una corretta programmazione, gestione ed esecuzione dei contratti di servizi e forniture, testimoniata anche dai recenti interventi legislativi in tema di *spending review*<sup>1</sup>. Da un punto di vista economico, nei primi nove mesi del 2012, le stazioni appaltanti hanno attivato una domanda di contratti pubblici complessiva corrispondente ad un importo pari a 62,6 miliardi di euro, riferito per il 73,3% ai settori ordinari e per il restante 26,7% ai settori speciali. La distribuzione per tipologia di contratto ha evidenziato una domanda di lavori pari a 19,4 miliardi di euro (31% dell'ammontare complessivo), di servizi pari a 26,2 miliardi di euro (42% dell'ammontare

---

<sup>1</sup> Cfr., sul punto, anche il Rapporto Giarda, recante "*Elementi per una revisione della spesa pubblica*", dell'8 maggio 2012.

complessivo) e di forniture pari a 16,9 miliardi di euro (27% dell'ammontare complessivo). Il numero di procedure di affidamento perfezionate nei primi nove mesi del 2012 è stato pari a 39.405. Di queste, 31.482 (79,9% del totale) hanno interessato i settori ordinari e 7.923 (20,1%) i settori speciali. L'analisi disaggregata per tipologia di contratto ha evidenziato che, per i lavori pubblici, sono state attivate 14.041 procedure, per i servizi 13.411 procedure e per le forniture 11.953 procedure. Nonostante si registri una generale diminuzione rispetto al medesimo periodo del 2011, sia in termini di numerosità delle procedure di affidamento perfezionate sia in termini di importo complessivo, i dati richiamati suggeriscono che gli aspetti legati alla programmazione ed all'esecuzione dei contratti di servizi e forniture non potranno che assumere crescente rilievo nel futuro prossimo. Ciò a motivo della richiesta sempre più diffusa, da parte di amministrazioni e cittadini, di implementazione di adeguati standard qualitativi nonché per la tendenziale riduzione del numero di stazioni appaltanti dovuta al rafforzamento della centralizzazione degli acquisti (cfr. art. 13 della l. 13 agosto 2010, n.136 e d.P.C.M. attuativo del 2 luglio 2011, nonché art. 33 del Codice; art. 1, comma 1 del d.l. 6 luglio 2012, n. 95 ed art. 1, commi 449 e 450 della l. 27 dicembre 2012, n. 296, come recentemente modificati<sup>2</sup> dal primo decreto *spending review* e

---

<sup>2</sup> Per quanto riguarda gli acquisti sopra soglia, a seguito delle modifiche apportate prima dal comma 1 dell'art. 7, d.l. 7 maggio 2012, n. 52, come sostituito dalla legge di conversione 6 luglio 2012, n. 94, e poi dal comma 150 dell'art. 1, l. 24 dicembre 2012, n. 228, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 561, della medesima l. n. 228/2012, il comma 449 dell'art. 1, della l. 27 dicembre 2012, n. 296, risulta avere il seguente tenore: *“Nel rispetto del sistema delle convenzioni di cui agli articoli 26 della legge 23 dicembre 1999, n. 488, e successive modificazioni, e 58 della legge 23 dicembre 2000, n. 388, tutte le amministrazioni statali centrali e periferiche, ivi compresi gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le istituzioni universitarie, sono tenute ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni-quadro. Le restanti amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, e successive modificazioni, possono ricorrere alle convenzioni di cui al presente comma e al comma 456 del presente articolo, ovvero ne utilizzano i parametri di prezzo-qualità come limiti massimi per la stipulazione dei contratti. Gli enti del Servizio sanitario nazionale sono in ogni caso tenuti ad approvvigionarsi utilizzando le convenzioni stipulate dalle centrali regionali di riferimento ovvero, qualora non siano operative convenzioni regionali, le convenzioni-quadro stipulate da Consip S.p.A.”.*

Per quanto riguarda, invece, gli acquisti sotto soglia comunitaria, il comma 450 – modificato prima dal comma 2 dell'art. 7, d.l. n. 52/2012, come sostituito dalla legge di conversione n. 94/2012, e poi dai nn. 1) e 2) della lettera a) e dalla lettera b) del comma 149 dell'art. 1, l. n. 228/2012, a decorrere dal 1° gennaio 2013, ai sensi di quanto disposto dall'art. 1, comma 561, della medesima l. n. 228/2012 – risulta del seguente tenore: *“Dal 1° luglio 2007, le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, per gli acquisti di beni e servizi al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del Regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207. Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a*

dalla legge di stabilità per l'anno 2013); le centrali di committenza, anche nella declinazione di stazione unica appaltante, infatti, riducendo il numero delle procedure di affidamento espletate dalle singole amministrazioni, potrebbero favorire una riallocazione delle risorse interne della stazione appaltante dalla fase di aggiudicazione a quelle di programmazione, di progettazione nonché di controllo dell'esecuzione delle prestazioni, avendo particolare riguardo alla spesa che dalla stessa origina, soprattutto se riferita ai contratti a consumo, in cui l'importo contrattualizzato ha solo la funzione di massimale di spesa.

In merito, occorre evidenziare che la disciplina comunitaria e quella nazionale hanno tradizionalmente regolato con più dettaglio la fase di scelta del contraente, sul presupposto che il buon esito della prestazione derivi, principalmente, da un'adeguata gestione della procedura di gara, volta all'identificazione della migliore offerta e del soggetto più idoneo a svolgere il servizio/fornitura.

La minore attenzione dedicata alle fasi a monte ed a valle della stipulazione del contratto è originata anche dal fatto che gli sforzi delle amministrazioni sembrano concentrarsi laddove è più alto il rischio di contenzioso, cioè nella fase dell'affidamento. A ciò deve aggiungersi la scarsità di adeguati incentivi alla “buona amministrazione”, in larga parte ascrivibile all'assenza di un coinvolgimento diretto dei *buyer* pubblici (cioè coloro che sono incaricati di provvedere all'approvvigionamento dei beni e dei servizi) nella successiva fase esecutiva di gestione e controllo del contratto.

L'importanza di una maggiore considerazione della fase post-aggiudicazione risulta evidente anche dalle attività di indagine svolte dall'Autorità, le quali evidenziano alcune problematiche emerse soprattutto nel settore dei servizi – ed in particolare dei servizi socio-sanitari, del *facility management*, dei trasporti – ma anche delle forniture di beni, quali apparecchiature e strumentazioni medicali, dispositivi sanitari, buoni pasto (con riferimento a questi ultimi, alcune indicazioni operative che afferiscono alla fase esecutiva sono state già fornite nella determinazione dell'Autorità n. 5 del 20 ottobre 2011, cui si rinvia).

---

*disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. Per gli istituti e le scuole di ogni ordine e grado, le istituzioni educative e le università statali, tenendo conto delle rispettive specificità, sono definite, con decreto del Ministro dell'istruzione, dell'università e della ricerca, linee guida indirizzate alla razionalizzazione e al coordinamento degli acquisti di beni e servizi omogenei per natura merceologica tra più istituzioni, avvalendosi delle procedure di cui al presente comma. A decorrere dal 2014 i risultati conseguiti dalle singole istituzioni sono presi in considerazione ai fini della distribuzione delle risorse per il funzionamento”*

Le disfunzioni riscontrate derivano principalmente dai seguenti aspetti:

- i) l'oggetto e l'entità della prestazione spesso non sono chiaramente ed adeguatamente specificati;
- ii) il progetto, il capitolato e le specificazioni dei termini contrattuali di frequente sono approssimativi e non dettagliano sufficientemente ciò che deve essere realizzato in fase esecutiva;
- iii) le penali da applicare in caso di inadempimento della prestazione sono talvolta assenti o di modesta entità;
- iv) le attività di controllo – da parte delle stazioni appaltanti – sul corretto espletamento della prestazione sono talvolta carenti.

La debolezza dei contratti – in termini di mancanza di chiarezza ovvero di completezza nell'articolato – unita alla scarsa attenzione prestata alle criticità che possono emergere nella fase esecutiva, concorrono ad aumentare i rischi di inefficienza e/o inefficacia dell'appalto nonché a compromettere la qualità delle prestazioni, che rappresenta uno dei principi fondamentali della normativa sui contratti pubblici (art. 2, comma 1, del Codice). In tal senso, appare evidente la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva, in precedenza evidenziate, e le carenze riconducibili ad una incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, prima ancora, all'assenza di un'adeguata fase di programmazione e progettazione.

L'Autorità ha dunque predisposto il presente documento, al fine di svolgere una consultazione tra gli operatori del settore e le amministrazioni interessate e valutare l'opportunità di elaborare linee guida operative inerenti le fasi di **programmazione, progettazione** ed **esecuzione** del contratto nel settore degli appalti di servizi e forniture. Alla fine di alcuni paragrafi sono evidenziate le questioni applicative più importanti, sulle quali si chiede, in particolare, di formulare osservazioni od integrazioni.

L'Autorità ha riscontrato numerose criticità nella fase di esecuzione dei contratti di appalto di servizi e forniture spesso addebitabili a carenze nelle antecedenti fasi di programmazione e di progettazione. Si chiede di voler formulare commenti al riguardo, rispondendo, in particolare, ai

seguenti quesiti:

- 1) si concorda con l'opportunità di emanare le seguenti linee guida? Si prega di motivare le ragioni, soprattutto in caso di risposta negativa;
- 2) si ritiene che le aree problematiche individuate nel presente documento di consultazione siano esaustive dei problemi sperimentati nella propria attività o si ritiene che la eventuale determinazione dovrebbe coprire ulteriori aspetti?
- 3) In caso di risposta affermativa al quesito *sub 2*), quali ulteriori aspetti andrebbero trattati?
- 4) Si ravvisa l'esigenza di estendere l'approfondimento delle tematiche esposte nel presente documento anche alla Concessione di Servizi (pur essendo la stessa soggetta solo a poche disposizioni del Codice e relative solo alla procedura di scelta del contraente), al Contratto di disponibilità ovvero ad altre forme di Partenariato pubblico privato (PPP)?
- 5) In particolare su quali temi si auspica un approfondimento anche per questi ultimi istituti?

## 2. Programmazione

Come emerso dalle attività di vigilanza, negli appalti di servizi e forniture, si registra una cronica carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti che genera ulteriori criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime<sup>3</sup>, l'avvio di procedure negoziate senza bando motivate dalla mera urgenza di provvedere, l'imprecisa definizione dell'oggetto del contratto con riguardo alle specifiche tecniche e/o alle quantità, la perdita di controllo della spesa.

La norma di riferimento è, in proposito, l'art. 271, comma 1, del Regolamento, secondo cui *«ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi relativo all'esercizio successivo»*. Per i servizi e le forniture non è, dunque, previsto un doppio grado di programmazione (annuale e triennale), come avviene per i lavori, ma un unico atto che copre un arco temporale piuttosto limitato (un anno).

---

<sup>3</sup> Diverse istruttorie, soprattutto nel settore delle forniture sanitarie e dei servizi socio-sanitari, hanno messo in luce l'utilizzo reiterato della proroga di contratti scaduti per periodi di tempo anche molto elevati ed in assenza dei presupposti legislativi, così come elaborati dalla giurisprudenza, i quali limitano la prosecuzione del contratto al tempo strettamente necessario all'individuazione del nuovo contraente.

Benché facoltativa (cfr. *infra*, paragrafo 2.1), la programmazione non è solo un momento di chiarezza fondamentale per la determinazione del quadro delle esigenze, la valutazione delle strategie di approvvigionamento, l'ottimizzazione delle risorse ed il controllo delle fasi gestionali, ma costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa; essa, oggi, presenta una peculiare e rafforzata valenza alla luce dell'evoluzione della *governance* economica europea<sup>4</sup> e delle recenti riforme intervenute nell'ordinamento nazionale<sup>5</sup>. In proposito, assume precipua importanza la riforma costituzionale disposta con la l. costituzionale 20 aprile 2012, n. 1 che ha, *inter alia*, elevato a rango di principio costituzionale la regola del pareggio di bilancio, correlandolo ad un vincolo di sostenibilità del debito di tutte le pubbliche amministrazioni, nel rispetto delle regole dettate in materia economico-finanziaria e derivanti dall'ordinamento europeo (cfr. art. 81, Cost.).

In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione (sulla quale si rinvia al successivo paragrafo 3) appaiono funzionali a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto, migliorando le *chance* di un'efficiente gestione dello stesso, a partire dall'individuazione dei fabbisogni fino alla verifica del corretto svolgimento della prestazione; tale verifica può ritenersi effettiva, infatti, solo ove la stazione appaltante sia in grado di confrontare le prestazioni eseguite con i livelli quantitativi e qualitativi promessi in sede di gara e definiti nel contratto, secondo il corrispettivo e la tempistica pattuiti.

Vale in merito rammentare anche quanto stabilito nella direttiva della Presidenza del Consiglio dei Ministri del 3 maggio 2012 (pubblicata nella G.U. n. 170 del 31 luglio 2012) sul contenimento della spesa, secondo cui l'attività di revisione della spesa di ogni amministrazione dovrà concentrarsi, tra l'altro, sulla riduzione in termini monetari della spesa per acquisto di beni e servizi «*anche mediante l'individuazione di responsabili unici della programmazione della spesa*».

---

<sup>4</sup> La regola del pareggio strutturale di bilancio, formulata in origine quale impegno non giuridicamente vincolante nell'ambito del Patto euro plus, è stata, da ultimo, esplicitamente affermata nel Trattato sulla stabilità, il coordinamento e la *governance* nell'unione economica e monetaria, cd. *Fiscal Compact*, adottato dal Consiglio europeo il 30 gennaio 2012 e firmato in occasione del Consiglio europeo dell'1-2 marzo 2012.

<sup>5</sup> Il riordino complessivo della materia è stato attuato dalla nuova legge di contabilità e finanza pubblica – l. 31 dicembre 2009, n. 196 (come modificata dalla legge 7 aprile 2011, n.39), che ha definito un quadro regolatore unitario delle fasi di costruzione delle decisioni di bilancio, volto, tra l'altro, a superamento del criterio della spesa storica..

La visione unitaria dell'intero ciclo dell'appalto si impone soprattutto con riferimento ai servizi di gestione dei patrimoni pubblici, riguardo ai quali la progettazione spesso risente di un approccio tradizionalmente focalizzato sulla realizzazione degli interventi e non sull'intero ciclo di vita degli stessi; assumono, invece, importanza fondamentale i piani di manutenzione, obbligatoriamente previsti a corredo di progetti esecutivi di lavori, ex art. 38 del Regolamento, che, al contrario, spesso sono di scarsa qualità ed a valenza meramente formale.

In relazione a tali interventi, si rileva anche una scarsa e frammentaria visione del processo di gestione dei servizi: i documenti di gara non sempre hanno una visione complessiva dello stesso.

## **2.1. Acquisti di beni e servizi non preventivati**

A differenza di quanto previsto per i lavori – per i quali la programmazione costituisce un preciso obbligo espressamente contemplato dal Codice – l'adozione del programma annuale, per i servizi e le forniture, è stata introdotta dal legislatore in termini di facoltà. Tuttavia, ai sensi del comma 4 dell'art. 271 del Regolamento, qualora l'amministrazione abbia predisposto il programma, l'acquisizione di beni e servizi non preventivati può avvenire soltanto *«in caso di urgenza risultante da eventi imprevisi o imprevedibili in sede di programmazione»*.

Inoltre, atteso il rinvio espresso contenuto nell'art. 271, comma 1, del Regolamento all'art. 128, comma 10, del Codice, dovrebbe ritenersi che, una volta adottata la programmazione annuale, i servizi e le forniture in essa non ricompresi *«o non ricadenti nelle ipotesi di cui al comma 5, secondo periodo, non possono ricevere alcuna forma di finanziamento da parte di pubbliche amministrazioni»*. Si applica, altresì, per espressa previsione, quanto stabilito dal comma 9, ultimo periodo, dell'art. 128 secondo cui *«un lavoro [e, quindi, un servizio o una fornitura] non inserito nell'elenco annuale può essere realizzato solo sulla base di un autonomo piano finanziario che non utilizzi risorse già previste tra i mezzi finanziari dell'amministrazione al momento della formazione dell'elenco, fatta eccezione per le risorse rese disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economie. Agli enti locali si applicano le disposizioni previste dal decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267»*.

Il citato comma 5 dell'art. 128, in analogia con quanto disposto dall'art. 271, comma 4, del Regolamento fa salvi gli interventi imposti da eventi imprevedibili o calamitosi, nonché le

modifiche dipendenti da sopravvenute disposizioni di legge o regolamentari ovvero da altri atti amministrativi adottati a livello statale o regionale.

Una simile soluzione di compromesso tra vincolatività e facoltatività del programma annuale, se, da un lato, sembra conferire maggiore flessibilità e duttilità alle scelte riguardanti l'approvvigionamento di beni e servizi, può costituire un deterrente verso la virtuosa pianificazione del fabbisogno pubblico che dipende esclusivamente da un autovincolo della stazione appaltante. D'altro canto, il citato comma 4, dell'art. 271, comprime gli spazi di manovra della stazione appaltante a valle della fase programmatica, condizionando la possibilità di effettuare ulteriori acquisti non soltanto al verificarsi di eventi imprevedibili ed imprevisti, ma anche alla urgenza di provvedere. Tale rigidità in fase di attuazione del programma è, tuttavia, temperata dall'orizzonte annuale di validità dello stesso, che dovrebbe limitare *ab origine* la necessità di acquisti non preventivati.

## **2.2. Ambito soggettivo ed oggettivo di applicazione**

Da un punto di vista soggettivo, si rileva che l'art. 271 citato sembrerebbe *prima facie* limitare la facoltà di adozione della programmazione soltanto alle amministrazioni aggiudicatrici. Sarebbero, dunque, esclusi gli enti aggiudicatori operanti nei settori speciali che non rivestono anche la qualifica di amministrazioni aggiudicatrici. Ciò in quanto l'art. 271 in commento non è richiamato dall'art. 339, comma 1, del Regolamento in tema di disciplina regolamentare applicabile ai settori speciali (diversamente, l'art. 339 richiama il titolo II della parte IV del Regolamento). Resta da chiarire se la disposizione possa trovare applicazione anche nei confronti degli altri soggetti aggiudicatori di cui all'art. 32: le criticità derivano non tanto dall'adozione della programmazione in sé, quanto dalla vincolatività che essa assume, se varata, e dai conseguenti effetti nei confronti di soggetti terzi.

Dal punto di vista oggettivo, andrebbero esclusi dall'ambito di operatività dell'art. 271 i servizi attinenti l'architettura e l'ingegneria, i quali accedono alla programmazione dei relativi lavori.

## **2.3. Il contenuto essenziale della programmazione**

In base al comma 2 dell'art. 271, il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in conformità delle disposizioni del Codice e sulla base del fabbisogno, di beni e servizi, definito dall'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dell'ordinamento della stessa e della normativa di settore (ove vigente). Il successivo comma 3 prevede che il programma individui l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento; inoltre, prescrive che, con riferimento a ciascuna iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione provveda, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica, economica ed amministrativa, eventualmente aggiornando il programma sulla base dei nuovi elementi acquisiti.

Ne discende che il programma dovrebbe comprendere perlomeno:

- a) un'analisi delle effettive esigenze da soddisfare con le commesse pubbliche attraverso una valutazione quantitativa e qualitativa che tenga conto sia di altre esperienze maturate nel territorio nazionale sia della propria esperienza pregressa;
- b) una qualificazione dell'oggetto del contratto, dell'importo presunto e della relativa forma di finanziamento;
- c) una valutazione delle alternative contrattuali e procedurali possibili al fine di individuare la soluzione più efficiente ed efficace per il soddisfacimento dei bisogni; in tale valutazione rientra anche la scelta tra l'esperimento di un'autonoma procedura di gara o il ricorso a strumenti di centralizzazione (salvo i casi in cui quest'ultimo è imposto per legge).

#### **2.4. Aspetti procedurali**

In virtù del rinvio dell'art. 271, comma 1 del Regolamento, all'art. 128, comma 2, ultimo periodo *«lo schema di programma e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede delle amministrazioni aggiudicatrici per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante»*. Dovrebbe ritenersi che il programma annuale predisposto dalle amministrazioni aggiudicatrici vada approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante e che lo stesso debba contenere l'indicazione dei mezzi finanziari

stanziati sullo stato di previsione o sul proprio bilancio, ovvero disponibili in base a contributi o risorse dello Stato, delle regioni a statuto ordinario o di altri enti pubblici, già stanziati nei rispettivi stati di previsione o bilanci, nonché acquisibili ai sensi dell'articolo 3 del d.l. 31 ottobre 1990, n. 310, convertito, con modificazioni, dalla l. 22 dicembre 1990, n. 403, e successive modificazioni (cfr. art. 128, comma 9, del Codice a cui rinvia l'art. 271, comma 1 del Regolamento). In proposito, si rammenta che il comma 5 dell'art. 271 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici, che non sono tenute a predisporre un bilancio preventivo possono approvare il programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi con modalità compatibili con la regolamentazione dell'attività di programmazione vigente presso le stesse.

Quanto alle modalità di aggiornamento del programma, trova applicazione l'art. 13, commi 3, secondo e terzo periodo, e 4, del Regolamento (cfr. art. 271, comma 1 citato). Pertanto, la proposta di aggiornamento è fatta anche in ordine alle esigenze prospettate dai responsabili del procedimento dei singoli interventi; le amministrazioni dello Stato procedono all'aggiornamento definitivo del programma entro novanta giorni dall'approvazione della legge di bilancio da parte del Parlamento. Sulla base dell'aggiornamento è redatto, entro la stessa data, l'elenco dei servizi e delle forniture *«da avviare nell'anno successivo, con l'indicazione del codice unico di progetto, previamente richiesto dai soggetti competenti per ciascun lavoro [servizio o fornitura]»*. In proposito, è dibattuta la possibilità di procedere ad un aggiornamento del programma annuale in seguito al positivo espletamento di una procedura di dialogo competitivo che conduca all'individuazione di un potenziale nuovo intervento, ammessa per i lavori dall'art. 113 del Regolamento.

Infine, l'art. 128, comma 11, parimenti richiamato dall'art. 271, comma 1, stabilisce che *«le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare il programma triennale e gli elenchi annuali dei lavori sulla base degli schemi tipo, che sono definiti con decreto del Ministro delle infrastrutture; i programmi triennali e gli elenchi annuali dei lavori sono pubblicati sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, n. 20 e per estremi sul sito informatico presso l'Osservatorio»*.

L'Autorità ritiene che la carenza di programmazione possa generare successive gravi disfunzioni del ciclo di approvvigionamento negli appalti di servizi e forniture e che le relative regole

vadano lette alla luce del mutato quadro legislativo costituzionale ed europeo.

- 1) In quali casi, oltre a quelli di urgenza determinata da eventi imprevisi o imprevedibili e di legislazione sopravvenuta, la programmazione preventiva può rivelarsi inadeguata?
- 2) Sareste d'accordo a rendere la programmazione nei servizi e nelle forniture obbligatoria?
- 3) Sareste d'accordo a prevedere l'obbligo di programmazione, anche nei servizi, su base triennale?
- 4) Quali argomenti ritenete siano a favore di una eventuale obbligatorietà? Quali quelli contrari?
- 5) Quali sono le criticità più frequentemente riscontrate nella prassi con riguardo agli aspetti procedurali di adozione e di aggiornamento della programmazione?
- 6) Come valutate l'eventuale possibilità di estendere l'obbligo di programmazione anche alla concessione di servizi di cui all'art. 30 del Codice e alla finanza di progetto nei servizi, di cui all'art. 278 del Regolamento?

### **3. Progettazione**

La progettazione di servizi e forniture è disciplinata dagli artt. 279 e 280 del Regolamento, in attuazione alla delega contenuta negli artt. 5, comma 5, lett. d) e 94 del Codice; quest'ultimo, in particolare, prevede che il Regolamento stabilisca *«i livelli e i requisiti dei progetti nella materia degli appalti di servizi e forniture, nonché i requisiti di partecipazione e qualificazione dei progettisti, in armonia con le disposizioni del presente codice»*.

Ai sensi dell'art. 279 del Regolamento, la progettazione di servizi e forniture è articolata, di regola, in un unico livello, e si propone di identificare, nel maggior dettaglio possibile, l'oggetto della prestazione del servizio o della fornitura.

#### **3.1. Il contenuto della progettazione**

In linea generale, si osserva che, da un punto di vista funzionale, la predisposizione di un progetto preciso e di dettaglio, atto a descrivere in modo puntuale le prestazioni necessarie a soddisfare specifici fabbisogni della stazione appaltante, appare come uno strumento necessario per ovviare al fenomeno, riscontrabile soprattutto nel settore informatico, di porre in gara non specifici

servizi, ma categorie di servizi (sviluppo *software*, manutenzione, consulenza specialistica, *data entry* ecc), il cui contenuto è oggetto di specificazione successiva all'atto della richiesta di esecuzione: quest'ultima interviene, in sostanza, a valle di un contratto spesso strutturato come "contratto quadro" o "aperto".

Nel dettaglio, secondo il citato art. 279, il progetto contiene:

- a) la relazione tecnica-illustrativa con riferimento al contesto in cui è inserita la fornitura o il servizio;
- b) le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti la sicurezza di cui all'art. 26, comma 3, del d.lgs. 9 aprile 2008, n. 81;
- c) il calcolo della spesa per l'acquisizione del bene o del servizio con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso di cui alla lettera b);
- d) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione del bene o del servizio;
- e) il capitolato speciale descrittivo e prestazionale;
- f) lo schema di contratto.

Il bando di gara o di concorso può integrare o ridurre i contenuti del progetto sopra elencati.

In particolare, la stazione appaltante può elaborare, a titolo esemplificativo:

- una stima analitica delle prestazioni (anche facendo ricorso a dati parametrici);
- un cronoprogramma in grado di facilitare il controllo delle prestazioni in fase esecutiva;
- la progettazione dei livelli di servizio con indicatori numerici/quantitativi;
- le modalità di esercizio del controllo.

Una stima analitica del costo del servizio e dei tempi di svolgimento è utile sia per la determinazione degli oneri per la sicurezza sia come parametro di confronto per una corretta verifica di congruità.

Il progetto di servizio/fornitura, ai fini dell'indizione della gara, deve, dunque, contenere uno schema di contratto nel quale andrebbero inseriti gli strumenti necessari a garantire il controllo del livello qualitativo della prestazione resa (KPI, SLA). In merito, utili spunti possono essere tratti dallo stesso art. 43 del Regolamento, che disciplina lo schema di contratto e di capitolato speciale d'appalto per i contratti di lavori.

### **3.2. I soggetti incaricati della progettazione**

Al fine di contenere i relativi costi, la progettazione di servizi e forniture è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante propri dipendenti in servizio. L'esternalizzazione è consentita soltanto per i contratti di cui all'art. 300, comma 2, lettera b) del Regolamento, aventi cioè ad oggetto prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità. Soltanto in tali ipotesi, la progettazione di servizi o forniture può essere affidata a soggetti esterni mediante un appalto di progettazione o un concorso di progettazione.

In tale ultimo caso, per acquisti caratterizzati da un elevato grado di complessità, la gara è finalizzata ad individuare il progettista successivamente incaricato di redigere la progettazione; ai sensi dell'art. 279, comma 3, è possibile suddividere la progettazione in due o più livelli di approfondimento, articolando il concorso di progettazione in due gradi secondo le modalità previste dall'articolo 109 del Codice, intendendosi per progettazione preliminare il primo livello di progettazione individuato dal bando di concorso e per progettazione definitiva o esecutiva il restante o i restanti livelli di progettazione individuati dal predetto bando di concorso. In virtù di quanto disposto dall'art. 99, comma 2, del Codice, le modalità di svolgimento del concorso sono quelle dettate dagli articoli 99-110 del Codice.

Al fine di determinare i requisiti di partecipazione dei concorrenti, salva la facoltà di individuarne ulteriori in ragione della natura dei servizi e delle forniture prestate, si applicano gli articoli 38, 39, 41, 42 del Codice: non vale, dunque, la limitazione ai soggetti individuati dall'art. 101, comma 2, del Codice con riguardo ai concorsi di progettazione per i lavori. Il comma 4 del citato art. 279 opera, inoltre, un rinvio espresso agli articoli 45 e 46 del Codice. Inoltre, in quanto compatibile, trova applicazione anche l'art. 90, comma 8, del Codice, recante il divieto esecuzione per chi ha curato la fase di progettazione. L'ultimo comma dell'art. 279 prevede, infine, l'applicazione, nei limiti di compatibilità, dell'art. 260, comma 1, del Regolamento, che disciplina l'ammontare del premio da assegnare al vincitore del concorso di progettazione.

### **3.3. Garanzie e verifica della progettazione**

L'art. 280 del Regolamento disciplina le garanzie che l'aggiudicatario del servizio di progettazione ed il vincitore del concorso di progettazione sono tenuti a presentare, in caso di contratti di importo pari o superiore ad un milione di euro.

Si prevede, in primo luogo, che i progettisti risultati vincitori devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza per tutta la durata della prestazione e sino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità di cui all'art. 322 del Regolamento. È, inoltre, stabilito che la garanzia sia prestata per un massimale non inferiore al venti per cento dell'importo dei servizi e delle forniture per cui si è effettuata la progettazione, con il limite di 500.000 euro e che la mancata presentazione da parte dei progettisti della polizza di garanzia esonera le amministrazioni pubbliche dal pagamento della parcella professionale (art. 280, comma 2). Deve sottolinearsi che la disposizione non estende l'obbligo di copertura assicurativa ai dipendenti dell'amministrazione, a differenza di quanto opportunamente avviene per i lavori *ex art. 270* del Regolamento. Con riguardo all'oggetto della copertura assicurativa, la dizione contenuta nell'articolo in esame è più generica ed ampia di quella prevista dall'art. 269 per i lavori, ai sensi del quale la polizza copre la responsabilità civile professionale *«per i rischi derivanti anche da errori od omissioni nella redazione del progetto esecutivo o definitivo che abbiano determinato a carico della stazione appaltante nuove spese di progettazione e/o maggiori costi»*.

Il comma 2 dell'art. 280 attua quanto previsto dall'art. 112, comma 6, del Codice, prevedendo che la stazione appaltante possa stabilire di sottoporre a verifica il progetto e rinviando, nei limiti di compatibilità, alla disciplina al riguardo dettata dagli articoli 45 (finalità della verifica) e 52 (criteri generali della verifica) del Regolamento. Benché il comma 3 disponga che la verifica possa essere effettuata dagli uffici delle singole stazioni appaltanti, individuati secondo gli ordinamenti delle stesse, la possibilità di esternalizzare la relativa attività emerge dal successivo comma 6, laddove lo stesso prevede che, dalla data di accettazione dell'incarico, il soggetto incaricato dell'attività di verifica deve essere munito delle garanzie *«aventi le caratteristiche indicate nel bando da ciascuna stazione appaltante»*.

Gli esiti delle verifiche sono riportati nell'atto di validazione del progetto redatto secondo le modalità di cui all'art. 55, che viene dunque sottoscritto dal responsabile del procedimento.

La progettazione per i servizi e le forniture, così come avviene per i lavori, rappresenta una fase fondamentale dell'intero processo di acquisto. Una corretta progettazione rappresenta un elemento essenziale per una corretta esecuzione del servizio o della fornitura. Nella progettazione si dovrebbe assumere come riferimento l'intero ciclo dell'appalto e risulta fondamentale elaborare una stima analitica dei servizi con ricorso a dati parametrici.

Si chiede, pertanto, di fornire considerazioni al riguardo, rispondendo anche alle seguenti domande:

- 1) si concorda con l'esigenza prospettata dall'Autorità di dedicare maggiori risorse alla fase di progettazione della gara, quale elemento fondamentale per una corretta esecuzione del servizio o della fornitura?
- 2) Quali sono gli effetti distorsivi di maggior importanza causati dalla predisposizione di atti di gara che identificano categorie anziché specifici servizi?
- 3) Quali ulteriori elementi la progettazione dovrebbe riguardare?
- 4) La finanza di progetto nei servizi, allo stato, è affidata tramite gara informale avente a base di gara la proposta del privato, recante un mero studio di fattibilità, ritenete che anche nei servizi l'offerta del promotore debba contenere un progetto?
- 5) Che livello di dettaglio ritenete che dovrebbe avere la progettazione, laddove fosse, eventualmente, introdotta? Quali aspetti dovrebbe in ogni caso riguardare?
- 6) Come valutereste l'eventuale introduzione della progettazione anche per l'affidamento della concessione di servizi?

#### **4. Esecuzione**

Uno degli aspetti più rilevanti ed innovativi, anche in relazione alle nuove attività e figure previste dalla normativa oggetto della presente consultazione, attiene alla fase di esecuzione delle prestazioni contrattuali.

All'esecuzione del contratto nel settore dei servizi e forniture vengono dedicati gli artt. 297-311 (esecuzione del contratto) e gli artt. 312-325 (verifica di conformità) del Regolamento. Il primo

gruppo di norme comprende i riferimenti alle disposizioni del Codice, dall'art. 135 all'art. 140, applicabili ai servizi e alle forniture (art. 297); a penali, premio di accelerazione, garanzie, danni e riconoscimenti a favore dei creditori (art. 298); alla gestione ed al direttore dell'esecuzione del contratto (artt. 299-300), ivi compresi i compiti di quest'ultimo (art. 301); all'esecuzione del contratto ed alla contabilità (artt. 302-307), ivi comprese le disposizioni relative alla sospensione dell'esecuzione del contratto (art. 308), al certificato di ultimazione delle prestazioni (art. 309), al divieto di modifiche introdotte dall'esecutore (art. 310) ed alle varianti (art. 311).

Il secondo gruppo di articoli si riferisce, invece, a tutti gli adempimenti da porre in essere per assicurare la corretta esecuzione del contratto. Esso comprende le norme che dettagliano l'oggetto delle attività di verifica di conformità (art. 312); i termini entro cui deve essere effettuata (art. 313) e la loro eventuale estensione (art. 316); il conferimento del relativo incarico (art. 314) nonché la consegna dei documenti sottesi al suo espletamento (art. 315); le modalità di espletamento della verifica di conformità in corso di esecuzione (art. 317) e di quella definitiva (art. 318) nonché il relativo processo verbale (art. 319), oltre agli oneri per l'espletamento della verifica, che sono posti a carico dell'esecutore (art. 320); le verifiche e le valutazioni del soggetto che procede alla verifica di conformità (art. 321), quindi il certificato di verifica di conformità (art. 322) e le sue eventuali contestazioni (art. 323) nonché gli adempimenti successivi alla sua emissione, in termini di pagamento del saldo e di svincolo della cauzione definitiva (art. 324); da ultimo, è disciplinata l'emissione dell'attestazione di regolare esecuzione, in luogo del certificato di verifica di conformità, per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 28, comma 1, lettere a) e b), del Codice (art. 325).

#### **4.1. Responsabile del procedimento e direttore dell'esecuzione**

Nell'ambito della fase esecutiva dell'appalto, assume rilievo preponderante la nuova figura del direttore dell'esecuzione del contratto (d.e.) e le attività che lo stesso deve porre in essere per la verifica di conformità. L'art. 119, comma 1, del Codice dispone, in via generale, che l'esecuzione dei contratti aventi ad oggetto servizi e forniture, è diretta *«dal responsabile del procedimento o da altro soggetto, nei casi e con le modalità stabilite dal regolamento»*. Il successivo comma 3 demanda al Regolamento l'individuazione di servizi e forniture di particolare importanza *«per*

*qualità e importo delle prestazioni, per i quali il direttore dell'esecuzione del contratto deve essere un soggetto diverso dal responsabile del procedimento».*

La figura del RUP nelle procedure in esame è, dunque, disciplinata dall'art. 272 del Regolamento che deve essere coordinato con quanto stabilito dall'art. 300 sul d.e. In linea generale, l'art. 272, comma 2, ribadisce, ai sensi degli articoli 5, comma 5, lettera c), e 10 del Codice, che le fasi in cui si articola ogni singola acquisizione sono eseguite sotto la cura e la vigilanza del RUP, il quale provvede a creare le condizioni affinché l'acquisizione possa essere condotta in modo unitario in relazione a tempi e costi preventivati nonché alla sicurezza e salute dei lavoratori, oltre che agli ulteriori profili rilevanti eventualmente individuati in sede di verifica della fattibilità del singolo intervento. Il RUP viene nominato nell'ambito dei dipendenti di ruolo dell'amministrazione (fatto salvo quanto previsto dall'art. 10, comma 5, del Codice) contestualmente alla decisione di procedere all'acquisizione ovvero, eventualmente, nella fase di predisposizione dell'atto di programmazione *ex art. 271* (art. 272, comma 2). Lo stesso art. 272, comma 5, prevede, poi, che il RUP svolga, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di d.e. del contratto, a meno di diversa indicazione della stazione appaltante.

Dunque, la figura del d.e. coincide con quella del RUP, salvo diversa indicazione della stazione appaltante (cfr. art. 272, comma 5, Regolamento); in proposito, il citato art. 300 puntualizza che il d.e. è comunque un soggetto diverso dal responsabile del procedimento nel caso di interventi superiori a €500.000 oppure di interventi di particolare rilevanza e complessità. Sono ritenute tali (cfr. art. 300, comma 2, lett. a e b) le prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità.

La risultante disciplina non è scevra da criticità interpretative.

Preliminarmente, appare opportuno che le due figure di RUP e di d.e. siano tenute distinte ogniqualvolta – indipendentemente dall'essere il contratto di importo superiore o inferiore ai 500.000 euro – l'incarico di RUP sia affidato a funzionario o dirigente che gestisce la procedura di gara, ma lo stesso non sia dotato, altresì, delle competenze e conoscenze specifiche proprie del settore cui la prestazione da eseguire è riconducibile. Ciò che accade, di frequente, nel caso di netta separazione tra le strutture preposte alla gestione della procedura d'acquisto (limitatamente

alla parte puramente amministrativa) e le strutture che sono beneficiarie del medesimo acquisto e che abbiano, eventualmente, anche curato la redazione delle specifiche tecniche (trasfuse in apposito capitolato).

Al di là della soglia d'importo fissata in 500.000 euro, il Regolamento identifica nei criteri di rilevanza e complessità i parametri per l'eventuale separazione dei ruoli in questione.

In tale ottica, la valutazione della particolare rilevanza e complessità assume una pregnanza speciale in considerazione non solo dell'eterogeneità soggettiva delle stazioni appaltanti (diverse tipologie come le amministrazioni dello Stato, gli enti pubblici territoriali, gli altri enti pubblici non economici, gli organismi di diritto pubblico, ecc.), ma soprattutto delle differenze sul piano oggettivo, in termini di diversificazione delle categorie merceologiche che caratterizzano il settore dei servizi e delle forniture.

In questo senso, dovrebbe essere considerata l'opportunità di dettagliare i parametri cui ancorare la concreta valutazione della particolare complessità ovvero della necessità di una pluralità di competenze, nonché dell'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o ovvero di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità, in situazioni tanto diversificate. Tale valutazione assume ampio rilievo anche in considerazione del fatto che, in detta evenienza, l'art. 314 del Regolamento prevede che la verifica della conformità non venga più effettuata dal d.e., ma da un soggetto o da una commissione appositamente incaricati, in possesso di competenza tecnica adeguata all'oggetto del contratto.

A mero titolo esemplificativo, potrebbero ritenersi complessi alla luce della numerosità e difficoltà tecnica delle attività richieste, alcuni servizi come quelli inerenti la pulizia/sanificazione in particolari ambienti quali quelli connessi con la sanità, la gestione/manutenzione degli immobili, degli impianti/infrastrutture idriche, le prestazioni inerenti la realizzazione e gestione dei servizi ICT.

Di particolare rilevanza, anche per l'impatto sociale, sono, altresì, i servizi socio-sanitari di assistenza alla persona, di pronto-soccorso, di gestione delle strutture per l'infanzia e per la terza età che richiedono, ad esempio, l'intervento di soggetti, come gli assistenti sociali, incaricati della valutazione dei percorsi di sostegno delle persone coinvolte, i servizi assicurativi, per i quali si rende opportuna l'adozione di sistemi innovativi di affidamento in considerazione della complessità della materia (v. determinazione dell'Autorità n. 2/2013).

In relazione alle disposizioni citate, appare utile richiamare quanto osservato dal Consiglio di Stato in sede di parere consultivo sullo schema di Regolamento (parere n. 313/2010), secondo cui, premesso che il principio è quello della sostanziale identificazione tra d.e. e RUP e tenuto conto della parziale derogabilità di tale principio in taluni casi espressamente contemplati *«è di tutta evidenza in primo luogo che astrattamente la possibilità di affidamento all'esterno dell'incarico di direttore dell'esecuzione del contratto è ipotizzabile solo nei casi in cui è ammessa deroga al predetto principio. In ogni caso l'affidamento all'esterno dell'incarico appare ammissibile esclusivamente quando la stazione appaltante risulti sprovvista di adeguate professionalità in grado di svolgere tale compito»*.

#### **4.2. Compiti del direttore dell'esecuzione**

Il d.e. è deputato al coordinamento, alla direzione, al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto e ad assicurare la regolare esecuzione dello stesso, verificando che le attività e le prestazioni siano espletate in conformità dei documenti contrattuali (art. 301, comma 1). In particolare, il Regolamento (art. 301, comma 3) stabilisce che *«il d.e. svolge tutte le attività allo stesso espressamente demandate dal codice o dal Regolamento stesso nonché tutte le attività che si rendano opportune per assicurare il perseguimento dei compiti a questo assegnati»*.

Il d.e. è, inoltre, anche il soggetto che, in via generale, è incaricato della verifica di conformità (art. 314) e del rilascio del relativo certificato, *«quando risulti che l'esecutore abbia completamente e regolarmente eseguito le prestazioni contrattuali»* (art. 322, comma 1); a particolari condizioni, tale rilascio deve avvenire anche in corso di esecuzione (art. 313, comma 2). In quest'ultimo caso, il contratto potrebbe anche ancorare il rilascio al pagamento di ciascuna fattura ovvero delle singole fasi cui è legata la corresponsione di una parte del prezzo. Occorre rilevare che, per le prestazioni contrattuali di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria, è prevista la sola attestazione di regolare esecuzione (art. 325 del Regolamento). Anche quest'ultima, pur ricorrendo il presupposto dell'importo del servizio o della fornitura sotto soglia comunitaria, deve essere rilasciata in corso di esecuzione, negli stessi casi in cui è obbligatoria la verifica di conformità in corso di esecuzione (arg. ex art. 313, comma 2 e 325 del Regolamento), per le prestazioni di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Al riguardo, talune criticità potrebbero porsi nel caso in cui il RUP/d.e. – che, come rilevato svolge il ruolo di verificatore – abbia altresì curato la progettazione interna dei servizi e delle forniture.

L'articolo 300 del Regolamento indica dei parametri in base ai quali il d.e. è un soggetto diverso dal RUP, ma non specifica cosa debba intendersi per particolare complessità né specifica i presupposti per richiedere una pluralità di competenze ovvero l'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi nonché di elevate prestazioni. È stato proposto un elenco esemplificativo di servizi e forniture che devono essere ritenuti complessi. Si chiede di far pervenire le proprie osservazioni in merito, anche rispondendo ai seguenti quesiti:

- 1) Quali dovrebbero essere i criteri per individuare la complessità degli affidamenti? In quali casi è indeclinabile l'utilizzo di una pluralità di competenze, di componenti o di processi produttivi innovativi, elevate prestazioni?
- 2) Quali servizi e forniture ritenete debbano essere connotati come particolarmente complessi, tanto che è opportuno distinguere le figure del d.e. da quelle del RUP?
- 3) Per quali servizi e forniture ricorrono naturalmente i presupposti per l'utilizzo di una pluralità di competenze, di componenti o di processi produttivi innovativi, di elevate prestazioni?
- 4) Ritenete che, in assenza di qualsiasi previsione, in seno alla vigente normativa, riguardante l'esecuzione della concessione di servizi e della finanza di progetto e di altre forme di PPP nei servizi, dovrebbero essere fornite precise indicazioni per quanto concerne la fase esecutiva? Quali problematiche, in particolare, esse dovrebbero riguardare?
- 5) Ritenete che la distinzione di ruoli prevista tra d.e. e RUP, in presenza dei presupposti contemplati dal Regolamento, possa ritenersi principio generale da rispettare anche per i sistemi di affidamento di cui al quesito n. 4).

### **4.3. Attività di controllo del direttore dell'esecuzione**

Nel disciplinare la figura del direttore dell'esecuzione e le attività di controllo allo stesso demandate, il Regolamento lascia aperti alcuni punti di rilevante importanza che possono essere causa di criticità o difficoltà interpretative.

A tale proposito, da un lato viene precisato che il direttore dell'esecuzione si occupa del coordinamento, della direzione e del controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto, assicurando la regolare esecuzione da parte dell'esecutore e verificandone la conformità ai documenti contrattuali; è stabilito, inoltre, che egli ponga in essere tutte le attività previste dal Codice e dal Regolamento nonché quelle che si rendano opportune per assicurare il perseguimento dei compiti al medesimo assegnati (art. 301 del Regolamento). Dall'altro, le norme tacciono in ordine al contenuto di tali attività ovvero alle modalità ed agli strumenti con cui il coordinamento, la direzione ed i controlli debbano essere espletati.

In merito, giova evidenziare come tutte le richiamate attività debbano essere strettamente correlate a quanto espressamente disciplinato nei documenti contrattuali. In particolare, l'attività di controllo deve essere tesa a verificare che le previsioni del contratto – piuttosto che dei capitolati prestazionali ad esso eventualmente allegati – con riferimento alle scadenze temporali, alle modalità di consegna, alla qualità e quantità dei prodotti e/o dei servizi, sia per quanto riguarda le attività principali sia per quanto concerne le prestazioni accessorie, siano pienamente rispettate.

Anche se la natura delle prestazioni varia a seconda del servizio/fornitura – ad esempio, mentre la manutenzione degli immobili richiede lo svolgimento di numerosi e articolati interventi, la fornitura di PC o di altre apparecchiature IT richiede la sola consegna dei prodotti ordinati nei luoghi indicati nel capitolato<sup>6</sup> – alcune tipologie di adempimenti contrattuali appaiono piuttosto trasversali ai diversi settori.

In tal senso, è comunque possibile individuare alcuni aspetti comuni alle diverse tipologie di servizi/forniture sui quali dovrebbero concentrarsi le attività di controllo e monitoraggio del d.e.

---

<sup>6</sup> Le caratteristiche qualitative di tali beni sono pressoché tutte verificabili tramite test a basso costo: potenza, consumi di energia, velocità del processore, etc. In molti casi, per queste apparecchiature è previsto un peso della qualità ridotto (15% - 20% per i PC) e talvolta tali forniture sono aggiudicate al prezzo più basso (come nel caso dei *server*).

A tal fine possono essere prese in considerazione alcune esperienze riguardanti le prassi poste in essere – sia a livello nazionale che internazionale – per l’attività di monitoraggio delle prestazioni.

A livello nazionale, si possono individuare interessanti contributi negli appalti realizzati dagli enti aggiudicatori dei settori speciali, che utilizzano strumenti di verifica delle prestazioni sia per finalità di gestione del contratto sia per altri scopi (come l’aggiornamento dei sistemi di qualificazione dei fornitori di cui all’art. 232 del Codice), ovvero le esperienze delle centrali di committenza.

Tali strumenti hanno l’obiettivo di rilevare diversi elementi cruciali per la riuscita dell’appalto, come la qualità delle prestazioni, il tasso di difettosità dei materiali/prodotti forniti, il rispetto delle normative sul lavoro e sulla sicurezza, la soddisfazione degli utenti finali.

Tra le *best practice* a livello internazionale figura il modello degli Stati Uniti d’America, la cui finalità principale è quella del raggiungimento di adeguati standard qualitativi in relazione ai costi dell’appalto, ovvero del c.d. *value for money*. A tal fine, ad esempio, il sistema che disciplina gli acquisti federali, la *Federal Acquisition Regulation* (FAR, 2005)<sup>7</sup>, dedica una particolare attenzione alla gestione del contratto, promuovendo la raccolta, la condivisione e l’utilizzo sistematico delle informazioni sulla *performance* contrattuale degli appaltatori. Da molti anni, il governo americano ha anche diffuso specifiche linee guida volte a fornire indicazioni puntuali su quali informazioni dovrebbero essere raccolte e come le stazioni appaltanti dovrebbero utilizzarle<sup>8</sup>.

Le linee guida stabiliscono, ad esempio, la necessità di rilevare, nel corso del rapporto contrattuale, il grado di adempimento rispetto ai requisiti fissati nel contratto (quali tempi e conformità del prodotto/servizio) e agli elementi extra-contrattuali (come i livelli di soddisfazione dell’utenza finale); di misurare la collaborazione del fornitore con l’amministrazione per il buon andamento della fornitura; di predisporre un’accurata e tempestiva reportistica sulle attività svolte o su altri aspetti di carattere amministrativo - contabile (ad es. fatturazione).

---

<sup>7</sup> *Federal Acquisition Regulation* (2005), *General Services Administration, Department of Defense, National Aeronautics and Space Administration*.

<sup>8</sup> Si vedano, in particolare, le linee guida dell’*Office of Federal Procurement Policy* (2003), *Collecting and using past performance information (ppi) deskbook*.

Tenendo conto delle esperienze fin qui menzionate, le attività di controllo da parte del d.e. potrebbero essere indirizzate a valutare, ad esempio, i seguenti profili:

- a) la qualità del servizio/fornitura (aderenza/conformità a tutti gli standard qualitativi/SLA richiesti nel contratto e/o nel capitolato);
- b) l'adeguatezza delle prestazioni o il raggiungimento degli obiettivi (con riferimento ad es. ai contratti di efficientamento/risparmio energetico per edifici e illuminazione pubblica, ai contratti di gestione delle proprietà immobiliari);
- c) il rispetto dei tempi di consegna;
- d) il rispetto dei luoghi di consegna;
- e) l'adeguatezza della reportistica sulle prestazioni ed attività svolte;
- f) la soddisfazione del cliente/utente finale (per quei beni/servizi non strumentali – es. servizi alla persona e all'infanzia);
- g) il rispetto della normativa sulla sicurezza e sulla tracciabilità dei flussi finanziari;
- h) il rispetto della normativa sul lavoro e dei contratti collettivi.

Oltre ad auspicare una maggiore attenzione nella redazione dei contratti e dei capitolati, dai quali dipende poi la possibilità concreta di verifica del rispetto delle prestazioni richieste, occorre altresì fornire indicazioni sulle modalità con cui effettuare le verifiche stesse.

In proposito, appare utile il richiamo a quanto disposto dall'art. 313 il quale, al terzo comma, introduce la facoltà per le stazioni appaltanti di procedere «*a verifica di conformità in corso di esecuzione al fine di accertare la piena e corretta esecuzione delle prestazioni contrattuali, con la cadenza adeguata per un accertamento progressivo della regolare esecuzione delle prestazioni*». È, in tal modo, prevista la possibilità di effettuare i controlli nel corso dell'intera durata del rapporto – dunque, *ex ante*, *in itinere* ed *ex post* – da realizzarsi con criteri di misurabilità della qualità come quelli evidenziati in precedenza e non limitati, quindi, al generico richiamo alle regole dell'arte.

Le attività di verifica *ex ante* possono rivelarsi particolarmente utili per una puntuale definizione dei metodi e dei momenti di verifica sulle prestazioni erogate, che devono essere effettuati durante l'intera durata contrattuale. Si pensi, ad esempio, alla progettazione per gli interventi di manutenzione ed efficientamento energetico degli immobili che, soprattutto se aggiudicati da

centrali di committenza regionali, richiedono sopralluoghi e verifiche, da parte della stazione appaltante, sul campo, funzionali alla stipula del contratto.

Nel corso dell'esecuzione del contratto, le verifiche volte ad accertare il regolare svolgimento delle prestazioni sono propedeutiche alla liquidazione dei corrispettivi per l'aggiudicatario.

Al riguardo, l'art. 307 del Regolamento, rubricato "*contabilità e pagamenti*", prevede che i pagamenti siano effettuati previo accertamento da parte del d.e. della *«prestazione effettuata, in termini di quantità e qualità, rispetto alle prescrizioni previste nei documenti contrattuali»*. La norma deve essere coordinata con le previsioni di cui al d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 231 recante "*Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*", come da ultimo modificato dal d.lgs. 9 novembre 2012, n. 192 recante "*Modifiche al decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231, per l'integrale recepimento della direttiva 2011/7/UE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, a norma dell'articolo 10, comma 1, della legge 11 novembre 2011, n. 180*".

Si rammenta, inoltre, che l'art. 115 del Codice specifica che "*tutti i contratti ad esecuzione periodica o continuativa relativi a servizi o forniture devono recare una clausola di revisione periodica del prezzo. La revisione viene operata sulla base di una istruttoria condotta dai dirigenti responsabili dell'acquisizione di beni e servizi sulla base dei dati di cui all'art. 7, comma 4, lettera c) e comma 5*".

Nel caso di acquisto effettuato ricorrendo alle centrali di committenza sarebbe opportuno pervenire ad un'omogeneizzazione di comportamenti da parte delle amministrazioni contraenti, attraverso il rispetto di puntuali indicazioni, magari stabilite dal contratto o dalla convenzione stipulati tra centrale di committenza ed esecutore (art. 307, comma 3).

È, inoltre, utile evidenziare, ad ulteriore conferma dell'importanza attribuibile alle attività di verifica sin qui descritte, come il mancato utilizzo in sede esecutiva degli strumenti di controllo del livello qualitativo delle prestazioni fornite dall'operatore economico rende difficoltoso, se non impossibile, valersi della possibilità di escludere da gare successive gli imprenditori che abbiano svolto precedenti contratti con negligenza e malafede. L'utilizzo concreto della facoltà di esclusione dalle gare successive, di quelle imprese che non hanno rispettato, in fase esecutiva, i livelli di qualità richiesti in sede di gara e/o offerti dalle stesse (*ex art. 38, lettera f) del Codice*),

rappresenta una leva estremamente importante per scoraggiare la presentazione di offerte eccessivamente aggressive sul prezzo e/o con livelli qualitativi concretamente insostenibili.

Un corretto controllo dell'esecuzione del contratto rappresenta un aspetto fondamentale per perseguire gli obiettivi di cui all'art. 2 del Codice. Nel documento, anche sulla base delle migliori pratiche, sono stati segnalati possibili indicatori per valutare la qualità della prestazione. Inoltre, sono state evidenziate talune criticità nella fase di esecuzione del contratto su cui si richiedono commenti, anche rispondendo alle seguenti domande:

- 1) Ritenete l'elenco su cui si dovrebbe incentrare l'attività di controllo esaustivo o ritenete che debbano essere considerati ulteriori elementi e/o qualcuno non dovrebbe essere tenuto in considerazione? Si prega di motivare adeguatamente.
- 2) In quali casi ritenete essenziale un controllo dell'esecuzione *in itinere*?
- 3) Come valutereste l'eventuale previsione di controlli *in itinere* anche per l'esecuzione della concessione di servizi e della finanza di progetto e di altre forme di PPP nei servizi? Ne auspicate la previsione?
- 4) Quali ritenete che debbano essere le verifiche da effettuare *ex ante* nell'esecuzione dei servizi e delle forniture per consentire, senza alterare le condizioni di concorrenza e di *par condicio* dei concorrenti, il corretto adempimento delle prestazioni contrattuali?
- 5) Come si possono tenere in considerazione le modifiche intervenute tra il momento di redazione dei documenti di gara e quello di sottoscrizione del contratto che richiedono ripensamenti sulle caratteristiche del servizio o della fornitura, senza alterare le condizioni di concorrenza e di *par condicio* dei concorrenti rispetto alla fase di predisposizione delle offerte?
- 6) Quali accorgimenti dovrebbero avere i bandi redatti dalle centrali di committenza per permettere di calibrare le offerte (aggregate) sulle esigenze delle singole amministrazioni che acquisiscono i servizi o le forniture, permettendo al contempo all'operatore economico di svolgere il servizio in modo più uniforme possibile?

#### **4.4. La corretta esecuzione della prestazione e le penali**

Un altro aspetto strettamente correlato alla corretta esecuzione del contratto è disciplinato dal Regolamento agli artt. 297 e 298.

Il primo articolo, come sopra accennato, rende applicabili ai contratti relativi a servizi e forniture, gli artt. da 135 a 140 del Codice, intendendosi il riferimento, ivi contenuto, al direttore dei lavori, ai lavori e alle opere, sostituito, rispettivamente, con il riferimento al direttore dell'esecuzione, ai servizi o alle forniture.

Il secondo articolo tratta le penali, la cui disciplina è funzionale alla predisposizione di adeguati incentivi al corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali. Nei contratti è spesso presente un rischio di *moral hazard*, le penali servono a ridurre detto rischio attraverso due vie: la riduzione delle somme erogate come corrispettivo delle prestazioni eseguite; la difficoltà a partecipare a gare successive bandite dalla stessa stazione appaltante (v. art. 38, comma 1 lett. f) del Codice). È vero pure, tuttavia, che l'applicazione delle penali reca con sé un alto rischio di contenzioso, rischio rispetto al quale è necessario adottare tutte le misure atte a ridurlo drasticamente (fissazione chiara e precisa dei presupposti per l'irrogazione e degli importi, adeguati meccanismi di contestazione dell'addebito, rispetto dei tempi previsti per le controdeduzioni, ecc.)

Anche in ordine all'aspetto delle penali la figura del d.e. assume un ruolo chiave poiché, ai sensi dell'art. 298 comma 2, è lo stesso d.e. ad avere l'obbligo di verificare e di segnalare al responsabile del procedimento (nel caso le due figure non coincidano come evidenziato in precedenza), eventuali ritardi o disfunzioni rispetto alle prescrizioni contrattuali.

L'art. 298, comma 1, stabilisce che «*i contratti precisano le penali da applicare nel caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in relazione alla tipologia, all'entità ed alla complessità della prestazione, nonché al suo livello qualitativo. Si applica l'articolo 145, commi 3 e 9*».

Il comma 3 dell'art. 145 del Regolamento fissa il valore della penale nella misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, comunque complessivamente non superiore al 10%, l'entità delle conseguenze legate all'eventuale ritardo. Il comma 9 dell'art. 145 prevede, inoltre, la possibilità, anche per servizi e forniture, di riconoscere all'esecutore un premio per ogni giorno di anticipo, determinato sulla base degli stessi criteri stabiliti nel capitolato speciale o nel contratto per il calcolo della penale.

Con tali norme, il Regolamento rafforza l'importanza di un'adeguata tutela contrattuale che molto spesso, come in più parti in precedenza evidenziato, non viene garantita dalla struttura dei documenti contrattuali predisposti dalle singole amministrazioni.

Il Regolamento, tuttavia, lascia aperta una questione, ovvero se e in che termini le penali possano essere previste per fattispecie diverse dal ritardato adempimento come, ad esempio, la fornitura di beni o servizi che non presentano gli *standard* di qualità previsti, la consegna in luoghi diversi ed altre possibili non conformità rispetto alle prescrizioni contrattuali.

Un'interpretazione troppo restrittiva lascerebbe, ad esempio, fuori tutti i servizi a carattere continuativo (es. le pulizie, servizi di manutenzione, ivi compresa la manutenzione evolutiva e correttiva dei *software*, servizi di gestione delle proprietà immobiliari).

Al fine di garantire il pieno rispetto delle obbligazioni previste nel contratto, anche alla luce di quanto sopra esposto, in ordine agli aspetti da sottoporre a verifica in corso di esecuzione, la stazione appaltante dovrà prevedere penali per ciascuno dei termini contrattualmente previsti.

Sono, pertanto, ipotizzabili penali strettamente correlate ai livelli di servizio (SLA) stabiliti nel capitolato prestazionale (nonché a quelli migliorativi ovvero aggiuntivi derivanti dall'offerta dell'aggiudicatario). Tale possibilità è da ritenersi implicita nella discrezionalità (ma è da ritenersi, altresì, apprezzabile sotto il profilo dell'opportunità dell'azione amministrativa) che la stazione appaltante esprime dettagliando, attraverso gli atti di gara (in particolare nel capitolato prestazionale come in quello amministrativo nonché in un eventuale schema di contratto pubblicato unitamente agli atti di gara), tutto ciò che attiene anche alla fase esecutiva dell'appalto.

La prassi registra una scarsa applicazione delle penali e, spesso, laddove previste, un inadeguato livello di dettaglio che in molti casi si riflette negativamente sulla loro applicazione e conseguente escussione, generando contenzioso.

Sembra, pertanto, opportuno, in analogia con quanto indicato per i controlli, che in sede di progettazione e di redazione dei documenti di gara vengano altresì disciplinate le modalità di svolgimento dei servizi e di consegna delle forniture, quanto a tempi, modalità e qualità e vengano dettagliati gli strumenti di verifica e controllo correlati alla irrogazione di penali per sanzionare eventuali inadempimenti.

Il Regolamento sembrerebbe ammettere penali soltanto per il caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali; non parrebbe però da escludere una lettura più estensiva della norma. Inoltre, anche per evitare contenziosi, sembra opportuno prevedere esattamente le modalità con cui debbano applicarsi le penali previste. Si chiede di fornire la propria opinione al riguardo, anche rispondendo alle seguenti domande:

- 1) Condividete la posizione secondo cui i documenti contrattuali, pubblicati insieme agli altri atti di gara, possono contemplare anche fattispecie diverse dal ritardo nell'adempimento ai fini dell'applicazione delle penali? Si richiede di motivare.
- 2) Concordate nel ritenete che anche nel capitolato tecnico e nello schema di contratto (ovvero nel capitolato amministrativo), pubblicati unitamente al bando ed al disciplinare di gara, debbano essere chiaramente indicati i casi oggetto di penale e le modalità per il relativo esercizio?
- 3) Ritenete che gli adempimenti di cui sopra siano esigibili anche per quanto riguarda i contratti relativi alla concessione di servizi, alla finanza di progetto e ad altre forme di PPP nei servizi?
- 4) Quali indicazioni devono riportare i documenti di gara relativamente all'applicazione delle penali, per potersi avere un livello di dettaglio tale che ne garantisca l'applicazione, l'escussione certa ed in assenza di contenzioso?
- 5) Considerate che sono attivabili strumenti alternativi alle penali per garantire livelli minimi di qualità della prestazione? Se sì, quali? Quali relativamente ai sistemi di affidamento di cui al quesito n. 3)?

## **5. Immodificabilità del contratto. Le varianti.**

Il principio di immodificabilità dell'oggetto del contratto, nel caso di appalti pubblici, sovrintende all'esecuzione di ogni prestazione e, nel sistema generale delle obbligazioni, costituisce il fulcro della teoria dell'adempimento.

Rispetto a tale principio, la disciplina delle varianti introduce una deroga di stretta interpretazione destinate a determinare delle modificazioni al contratto, in presenza di specifici presupposti indicati dall'art. 311 del Regolamento.

A questo riguardo, anche nell'appalto di servizi e forniture, infatti, tra i motivi delle varianti sono annoverati le medesime cause previste dall'art. 132 del Codice per gli appalti di lavori, ad eccezione della sorpresa geologica e dell'errore progettuale; ciò nel rispetto dell'art. 114, comma 2 del Codice, che ha stabilito come la disciplina del Regolamento in tema di varianti negli appalti di servizi e forniture dovesse rispettare il predetto art.132, nei limiti della compatibilità.

Le varianti negli appalti di servizi e forniture possono essere introdotte, pertanto, solo nei casi legali di sopravvenienze normative, di cause impreviste e imprevedibili, ovvero quando ricorre la possibilità di migliorare significativamente la qualità delle prestazioni per l'utilizzo di materiali e tecnologie non esistenti al momento della gara e, infine, per la presenza di eventi connessi alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi inerenti all'appalto. Dette varianti seguono un diverso regime a seconda che siano contenute o meno nel limite di un quinto dell'importo contrattuale.

Ai sensi del comma 3 dell'art. 311 del Regolamento, inoltre, sono ammesse, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto (purché non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto e siano contenute entro il 5% dell'importo contrattuale).

È in questo quadro che si colloca, tra l'altro, il divieto delle proroghe e dei rinnovi taciti o espressi per gli appalti di servizi e forniture, poiché in tali casi l'uso di detti strumenti modifica la prestazione e il suo valore economico, fatta salva la disciplina di cui all'art. 57, comma 5 lett. a) e lett. b), del Codice, per i servizi analoghi e complementari .

La previsione di cause tassative di varianti in corso d'esecuzione, anche per gli appalti di servizi e forniture, risponde al generale principio di immutabilità del contratto. Si chiede di fornire la propria opinione al riguardo, riportando anche le esperienze maturate nell'applicazione delle disposizioni richiamate nel presente paragrafo. Si chiede, inoltre di rispondere alle seguenti domande:

- 1) Ritenete che i casi tassativi di varianti in corso di esecuzione, così come previste dall'art.

311 del Regolamento (sostanzialmente mutate dai lavori), siano funzionali agli appalti di servizi e forniture? Si prega di motivare adeguatamente.

- 2) Ritenete che la casistica in cui sono ammesse varianti nei servizi e nelle forniture debba essere individuata in base ad altri parametri? Se sì, quali?
- 3) Ritenete che siano pertinenti anche per i servizi e le forniture i limiti percentuali di cui ai commi 2 e 3 dell'art. 311 del Regolamento, rispettivamente fissati al 20% e al 5%?
- 4) Quali aspetti della disciplina delle varianti nei servizi e nelle forniture ritenete che dovrebbero avere una modifica? Quali dovrebbero essere introdotti *ex novo*, in quanto, al momento, carenti?

## **6. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione**

È dibattuta la questione delle modificazioni soggettive in corso di esecuzione con riguardo ai componenti del raggruppamento temporaneo aggiudicatario della procedura di gara (per quanto concerne la fase di gara, cfr. determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 “*BANDO- TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici*”, paragrafo 7.1.2).

In proposito, il Codice, all'art. 116, detta una disciplina specifica solo con riguardo a talune specifiche vicende soggettive dell'esecutore (cessioni di azienda, atti di trasformazione, fusione e scissione). È, dunque, necessario stabilire se le modifiche del raggruppamento, che si collocano in una fase temporale successiva a quella della stipula del contratto, costituiscano violazione del art. 37 comma 9 del Codice a norma del quale “*salvo quanto disposto ai commi 18 e 19 è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta*”.

Nella giurisprudenza amministrativa, sono presenti due distinti orientamenti: una prima posizione, più restrittiva, ritiene che l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche valga indistintamente per qualsiasi tipo di modifica, in quanto preordinata a garantire l'amministrazione appaltante in ordine alla verifica dei requisiti di idoneità morale, tecnico organizzativa ed economica, nonché alla legittimazione delle imprese che hanno partecipato alla gara (cfr., da ultimo, C.d.S., IV sez., 14 dicembre 2012 n. 6446); secondo un distinto

orientamento, più estensivo, le uniche modifiche soggettive elusive del divieto *ex art. 37, comma 9*, sono quelle inerenti l'aggiunta o la sostituzione delle imprese partecipanti, rispetto a quelle indicate in gara e non anche quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento o consorzio: in tal caso, infatti, l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, avrebbe già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non potrebbero verificarsi (C.d.S. sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 842; C.d.S. 13 maggio 2009 n. 2964; C.d.S., sez. V, 10 settembre 2010 n. 6546; C.d.S., sez. IV, 6 luglio 2010 n. 4332; deliberazione AVCP n. 68 del 6 luglio 2011).

Si prega di esprimere motivate osservazioni con riguardo ai risvolti applicativi del principio di immodificabilità soggettiva del contraente, con particolare riferimento all'opportunità o meno di introdurre temperamenti in corso di esecuzione.