

Determinazione n. 5 del 6 novembre 2013

“Linee guida su programmazione, progettazione ed esecuzione del contratto nei servizi e nelle forniture”

Sommario

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità	2
2. Programmazione	3
2.1 Contenuto della programmazione.....	5
2.2 Iter procedurale	6
3. Progettazione	7
3.1 Contenuto della progettazione.....	7
3.2 Soggetti incaricati	8
3.3 Garanzie e verifiche.....	8
4. Esecuzione del contratto	9
4.1 Responsabile del procedimento e Direttore dell'esecuzione	9
4.2 Compiti del Direttore dell'esecuzione.....	11
4.3 La corretta esecuzione della prestazione e le penali.....	13
4.4 Immodificabilità del contratto. Le varianti.....	15
5. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione	16

1. Le ragioni dell'intervento dell'Autorità

Nell'ambito della propria attività istituzionale l'Autorità ha potuto constatare l'esistenza di diffuse criticità in relazione alle fasi di programmazione, di progettazione e di esecuzione dei contratti di servizi e forniture, come definiti dall'art. 3, commi 9 e 10 del D. Lgs. n. 12 aprile 2006, n. 163 (nel seguito Codice).

Tali fasi sono regolamentate dal D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207 (nel seguito Regolamento), secondo una disciplina in larga parte modellata su quella dei contratti di lavori, e collocata nella parte IV e V del Regolamento, riferita 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:
 - programmazione ed organi del procedimento;
 - esecuzione del contratto e contabilità;
 - verifica di conformità;
- 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:
 - servizi e forniture nei settori speciali di rilevanza comunitaria;
 - servizi e forniture nei settori speciali sotto soglia comunitaria;
 - organi del procedimento e programmazione nei settori speciali.

Dall'analisi della disciplina di riferimento, emerge in primo luogo che la stessa - sia a livello comunitario sia a livello nazionale - regola con maggior dettaglio la fase di scelta del contraente, rispetto alle fasi della programmazione e progettazione, da un lato, e dell'esecuzione del contratto, dall'altro.

Tale circostanza sembra ascrivibile al fatto che il buon esito della prestazione deriva principalmente da un'adeguata gestione della procedura di gara, volta all'identificazione della migliore offerta e del soggetto più idoneo a svolgere il servizio o la fornitura; inoltre 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.

Invero, la fase post-aggiudicazione appare di preminente rilievo ai fini della corretta esecuzione della prestazione, come emerge 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).

Le disfunzioni riscontrate derivano principalmente dai seguenti aspetti:

- l'oggetto e l'entità della prestazione spesso non sono chiaramente ed adeguatamente specificati;
- il progetto, il capitolato ed i termini contrattuali sono approssimativi e non dettagliano sufficientemente ciò che deve essere realizzato in fase esecutiva;
- le penali da applicare in caso di inadempimento della prestazione sono talvolta assenti o di modesta entità;
- 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 incompletezza 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.

La preminente rilevanza di una corretta programmazione, gestione ed esecuzione dei contratti di servizi e forniture è testimoniata dai dati in possesso dell’Osservatorio¹ (nonché dall’adozione di interventi legislativi in tema di *spending review*) i quali evidenziano – in particolare – che gli aspetti legati a tali fasi della procedura di acquisto 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 implementare adeguati standard qualitativi nonché per la tendenziale riduzione del numero di stazioni appaltanti dovuta al rafforzamento della centralizzazione degli acquisti². 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.

Appare dunque evidente che una corretta programmazione, gestione ed esecuzione dei contratti di servizi e forniture è funzionale per una efficiente ed efficace esecuzione dell’appalto.

Motivazione per la quale l’Autorità ha svolto sul tema una consultazione pubblica. Il documento di consultazione unitamente alle osservazioni pervenute sono consultabili sul sito istituzionale (<http://www.avcp.it/portal/public/classic/AttivitaAutorita/ConsultazioniOnLine>).

All’esito della consultazione e tenuto conto delle considerazioni svolte in tale sede dagli operatori del settore, è possibile osservare quanto segue.

2. Programmazione

La disciplina in tema di programmazione nei settori dei servizi e delle forniture è contenuta nell’art. 271 del Regolamento il quale dispone (*inter alia*) che :

- ciascuna amministrazione aggiudicatrice può approvare ogni anno un programma annuale per l’acquisizione di beni e servizi relativo all’esercizio successivo (comma 1); si applicano, in quanto

¹Nel settore dei contratti pubblici il 2012 è stato contrassegnato da una modesta flessione generale (-4,8% del valore complessivo degli appalti), fortemente diversificata sia per tipologia sia per classi di valore dei contratti. I contratti pubblici di lavori registrano nel 2012 un decremento in valore di circa il 25% rispetto al 2011; nello stesso periodo, i contratti di forniture mostrano un calo contenuto del 2,4% mentre cresce il valore dei contratti di servizi ma ciò soprattutto per l’affidamento di una concessione di gestione rifiuti dell’ATO Toscana Centro di 5,5 mld di euro (che impatta come gara sul 2012 ma gli effetti della relativa spesa saranno necessariamente pluriennali). Dal Documento di Economia e Finanza del 2013, inoltre, si evince come nel conto economico delle amministrazioni pubbliche il 2013 e il 2014 dovrebbero essere anni caratterizzati da una ulteriore riduzione di consumi intermedi. L’ammontare di investimenti fissi lordi si riduce, rispetto al 2012, in tutto il periodo 2013-2017. Effettivamente i dati dell’Osservatorio fotografano, per il 2012, questa riduzione nel volume degli appalti [fonte: Relazione Annuale AVCP 2012].

² 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, convertito nella legge 7 agosto 2012, n. 135 ed art. 1, commi 449 e 450 della l. 27 dicembre 2006, n. 296, come modificati dal primo decreto *spending review* e dalla legge di stabilità per l’anno 2013.

compatibili, le disposizioni di cui all'articolo 128, commi 2, ultimo periodo, 9, 10 e 11, del Codice e all'articolo 13, commi 3, secondo e terzo periodo, e 4 del Regolamento;

- qualora l'amministrazione aggiudicatrice abbia predisposto il programma, rimane salva la possibilità di avviare procedimenti per l'acquisizione di beni e servizi non previsti in caso di urgenza risultante da eventi imprevisti o imprevedibili in sede di programmazione (comma 4).
- 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 (comma 5).

Deriva da tali disposizioni che per i servizi e le forniture non è 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). Inoltre, a differenza di quanto previsto per i lavori, per i quali la programmazione costituisce un preciso obbligo contemplato dal Codice, l'adozione del programma annuale, per i settori in esame, è stata introdotta dal legislatore in termini di *facoltà*.

Occorre tuttavia sottolineare che, atteso il rinvio espresso contenuto nell'art. 271, comma 1, del Regolamento all'art. 128, comma 10, del Codice, si ritiene 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»; inoltre, ai sensi del comma 9, ultimo periodo, dell'art. 128 «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 resesi disponibili a seguito di ribassi d'asta o di economie....». 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.

Tali disposizioni contemplano, dunque, un vincolo per l'amministrazione a valle della fase programmatica, condizionando la possibilità di effettuare ulteriori acquisti – rispetto a quelli inclusi nell'atto di programmazione - al verificarsi di eventi imprevedibili ed imprevisti, ma anche all'urgenza di provvedere.

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, dall'altro, può costituire un deterrente verso la virtuosa pianificazione del fabbisogno pubblico che dipende esclusivamente da un autovincolo della stazione appaltante. L'illustrata 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.

Si osserva in merito che, benché facoltativa, nei termini indicati, 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. In questo senso, la fase della programmazione e quella della progettazione 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.

L'importanza della fase di programmazione appare con maggior evidenza ove si consideri che dalle attività di vigilanza dell'Autorità è emerso che negli appalti di servizi e forniture, la carenza di programmazione da parte delle stazioni appaltanti genera criticità, quali la frammentazione degli affidamenti, il frequente ricorso a proroghe contrattuali illegittime, 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 spesa³.

Le criticità illustrate inducono a ritenere la fase della programmazione negli acquisti di beni e servizi come fondamentale ai fini di una compiuta valutazione delle strategie di approvvigionamento da parte delle stazioni appaltanti.

Sarebbe auspicabile, quindi, l'introduzione dell'**obbligo di programmazione anche negli appalti di servizi e forniture**, preferibilmente con previsione **triennale**, in quanto volta a garantire una visione di insieme dell'intero ciclo di realizzazione dell'appalto. Tale previsione sembrerebbe, peraltro, necessaria in relazione a taluni settori - come quello informatico, caratterizzato da una veloce obsolescenza dei materiali e delle tecnologie richieste - nei quali una adeguata programmazione consentirebbe all'amministrazione di procedere ad approvvigionamenti efficienti e mirati.

Ad ogni modo, anche sulla base delle considerazioni che precedono, appare evidente che al fine di evitare le illustrate criticità, che si verificano in fase esecutiva e sono derivanti da una carente programmazione, le amministrazioni aggiudicatrici dovrebbero, in ogni caso, provvedere all'adozione del programma annuale per l'acquisizione di beni e servizi, dando seguito a quanto disposto dal citato articolo 271, comma 1 del Regolamento.

Da un punto di **vista soggettivo** l'art. 271 del Regolamento limita la facoltà di adozione della programmazione soltanto alle *amministrazioni aggiudicatrici*, con esclusione quindi degli 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).

Da un punto di **vista oggettivo**, invece, vanno esclusi dall'ambito di operatività dell'art. 271 i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, i quali accedono alla programmazione dei relativi lavori.

2.1 Contenuto della programmazione

Sulla base di quanto sopra, sembra utile individuare il **contenuto essenziale della programmazione**, richiamando a tal fine l'art. 271, del Regolamento, a tenore del quale (comma 2) il programma è predisposto nel rispetto dei principi generali di economicità e di efficacia dell'azione amministrativa, in conformità alle 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). Tale programma deve individuare l'oggetto, l'importo presunto e la relativa forma di finanziamento; inoltre con riferimento a ciascun'iniziativa in cui si articola il programma annuale, l'amministrazione deve provvedere, nel corso dell'esercizio, alla verifica della fattibilità tecnica,

³ 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.

economica e amministrativa, eventualmente aggiornando il programma sulla base dei nuovi elementi acquisiti. Ne discende che il programma deve comprendere perlomeno:

- 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;
- una qualificazione dell’oggetto del contratto, dell’importo presunto e della relativa forma di finanziamento;
- 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).

2.2 Iter procedurale

Quanto **all’iter procedurale**, lo schema di programma e i suoi aggiornamenti annuali sono resi pubblici, prima della loro approvazione, mediante affissione nella sede dell’amministrazione interessata per almeno sessanta giorni consecutivi ed eventualmente mediante pubblicazione sul profilo di committente della stazione appaltante (è quanto deriva dal rinvio dell’art. 271, comma 1, del Regolamento all’art. 128, comma 2, ultimo periodo del Codice). Il programma annuale in tal modo definito deve essere approvato unitamente al bilancio preventivo, di cui costituisce parte integrante, e deve contenere l’indicazione dei mezzi finanziari stanziati sullo stato di previsione o sul bilancio dell’ente, 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). 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 (art. 271, comma 5 Reg.).

Con riferimento alle modalità di **aggiornamento del programma**, 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]» (art. 13, commi 3, secondo e terzo periodo e 4, del Regolamento (cfr. art. 271, comma 1 citato).

Si osserva infine che le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute ad adottare il programma triennale e gli elenchi annuali dei lavori sulla base degli schemi tipo 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 estremo sul sito informatico presso l’Osservatorio (art. 128, co. 11, richiamato dall’art. 271, comma 1, reg.).

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 Contenuto della progettazione

Con riferimento al **contenuto della progettazione** 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 indispensabile per ovviare al fenomeno di porre in gara non specifici servizi ma categorie di servizi (come spesso avviene in alcuni settori, si pensi ad es. a quello informatico), 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”.

Tale circostanza, peraltro, può rivelarsi limitativa della concorrenza, disincentivando la partecipazione alle gare d'appalto per le piccole e medie imprese che non sono in grado di garantire l'ampia gamma dei servizi compresi nelle categorie oggetto di gara.

La predisposizione di una progettazione di dettaglio, nel senso indicato, appare dunque strettamente connessa anche al corretto svolgimento della concorrenza nelle gare d'appalto per l'affidamento di servizi e forniture.

Nel dettaglio, i **contenuti del progetto** sono definiti dall'art. 279 del Regolamento ed elencati come segue:

- 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 alla 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 inserire gli strumenti necessari a garantire il controllo del livello qualitativo della

prestazione resa (KPI, SLA)⁴. 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 Soggetti incaricati

Riguardo ai **soggetti incaricati della progettazione**, si osserva che al fine di contenere i relativi costi, la progettazione di servizi e forniture è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante 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 di forniture può essere affidata a soggetti esterni mediante un appalto di progettazione o un concorso di progettazione. In tale ultimo caso:

- la stazione appaltante può prevedere che la progettazione sia suddivisa in due o più livelli di approfondimento, individuandone requisiti e caratteristiche;
- il concorso di progettazione si articola 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.
- si applica, in quanto compatibile, l'articolo 260, comma 1, che disciplina l'ammontare del premio da assegnare al vincitore del concorso di progettazione.

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 (che possono richiedere specifiche competenze professionali, come ad es. negli appalti informatici), 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. Tale ultimo divieto è posto a tutela della concorrenza, altrimenti alterata da situazioni di evidente asimmetria informativa: chi ha progettato è in possesso di un vantaggio competitivo che gli deriva dalla conoscenza di dettaglio di elementi (connessi all'esecuzione) sconosciuti, di fatto, agli altri concorrenti.

3.3 Garanzie e verifiche

Infine, in ordine **alle garanzie ed alla verifica della progettazione**, deve richiamarsi l'art. 280 del Regolamento, il quale 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 al riguardo 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

⁴ Key Performance Indicator (KPI); Service Level Agreement (SLA).

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).

Si sottolinea 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 in esame**, il citato articolo 280 del Regolamento statuisce che la polizza in esame copre i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di competenza del progettista per tutta la durata della prestazione e sino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità di cui all'articolo 322. L'oggetto della polizza è dunque molto più ampio e generico di quello previsto 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»*.

La disposizione in esame prevede inoltre che la stazione appaltante può stabilire di sottoporre a verifica il progetto, rinviando, nei limiti di compatibilità, alla disciplina al riguardo dettata dagli articoli 45 (finalità della verifica) e 52 (criteri generali della verifica) del Regolamento (art. 280, co. 2, in attuazione dell'art. 112, comma 6, del Codice). 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.

4. Esecuzione del contratto

4.1 Responsabile del procedimento e Direttore dell'esecuzione

La parte IV del Regolamento dedica alla fase di esecuzione del contratto un'articolata disciplina, introducendo importanti elementi di novità per i contratti pubblici di servizi e di forniture nei settori ordinari. In particolare, gli artt. 297-311 disciplinano la fase esecutiva e la contabilità di tali contratti, mentre gli artt. 312-325 sono dedicati alla verifica della regolare esecuzione degli stessi⁵.

⁵Il 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).

Dall'esame della disciplina di riferimento emerge che 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.

Dispone, infatti, l'art. 119, comma 1, del Codice 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*», demandando al Regolamento stesso 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*» (comma 3).

La figura del responsabile unico del procedimento (RUP) nelle procedure in esame è, invece, 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, commi 1 e 2, ribadiscono, 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 è 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 1). 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 nei seguenti casi:

- nel caso di interventi di importo superiore a € 500.000;
- nel caso di interventi di particolare rilevanza e complessità, intendendo per tali 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 (art. 300, comma 2, lett. a e b).

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 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, sembra opportuno 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 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.

Pertanto, a mero titolo esemplificativo, possono ritenersi complessi, sulla base della numerosità e della 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, i servizi e le forniture nel settore energetico ed idrico, la manutenzione di impianti e macchinari ad alto contenuto tecnologico, la fornitura e la manutenzione di impianti per il funzionamento degli uffici.

Tra i criteri di rilevanza e complessità dei servizi e delle forniture è possibile includere altresì l'elevata componente tecnologica del servizio/fornitura, le complesse modalità di esecuzione del contratto, la trasversalità del servizio all'interno dell'amministrazione interessata.

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).

Infine, sul punto, sembra opportuno sottolineare che il ruolo di direttore dell'esecuzione/RUP dovrebbe essere svolto dal personale in possesso di specifica competenza professionale e titolo adeguato in relazione all'oggetto del contratto (ciò con particolare riferimento agli acquisti in ambito sanitario e nel settore informatico).

In relazione a quanto sopra, si sottolinea inoltre che l'affidamento all'esterno dell'incarico di direttore dell'esecuzione/RUP appare ammissibile esclusivamente quando la stazione appaltante risulti sprovvista di adeguate professionalità in grado di svolgere tale compito (Consiglio di Stato in sede di parere consultivo sullo schema di Regolamento; parere n. 313/2010).

4.2 Compiti del Direttore dell'esecuzione

Con riferimento ai **compiti del direttore dell'esecuzione**, si osserva che lo stesso è deputato al coordinamento, alla direzione, al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto e ad assicurarne la regolare esecuzione, verificando che le attività e le prestazioni siano espletate in conformità dei documenti contrattuali (art. 301, commi 1 e 2). In particolare 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 (art. 301, comma 3).

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, si ritiene debba 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.

Con particolare riferimento **alle attività di controllo demandate al direttore dell'esecuzione**, 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 capitoli prestazionali ad esso eventualmente allegati – siano pienamente rispettate sia con riferimento alle scadenze temporali che alle modalità di consegna, alla qualità e quantità dei prodotti e/o dei servizi, per le attività principali come per le prestazioni accessorie.

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) alcune tipologie di adempimenti contrattuali appaiono piuttosto trasversali ai diversi settori. In tal senso, è possibile individuare alcuni **aspetti comuni alle diverse tipologie di servizi/forniture sui quali dovrebbero concentrarsi le attività di controllo e monitoraggio del D.E., tenendo anche conto di alcune esperienze** riguardanti le prassi poste in essere sia a livello nazionale che internazionale per l'attività di monitoraggio delle prestazioni⁶.

In particolare, le attività di controllo da parte del D.E. possono essere indirizzate a valutare, ad esempio, i seguenti profili:

- la qualità del servizio/fornitura (aderenza/conformità a tutti gli standard qualitativi/SLA richiesti nel contratto e/o nel capitolato);
- 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);
- il rispetto dei tempi di consegna;
- il rispetto dei luoghi di consegna;
- l'adeguatezza della reportistica sulle prestazioni e le attività svolte;
- la soddisfazione del cliente/utente finale (per quei beni/servizi non strumentali – es. servizi alla persona e all'infanzia);

⁶ A livello nazionale ci si riferisce agli strumenti di verifica delle prestazioni adottati dai soggetti operanti nei settori speciali o dalle centrali di committenza, a livello internazionale al modello degli Stati Uniti d'America.

- il rispetto della normativa sulla sicurezza e sulla tracciabilità dei flussi finanziari;
- 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 *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. 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, la disciplina della contabilità nei contratti relativi a servi e forniture è rimessa all'art. 307 del Regolamento, il quale 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»*⁷.

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 quadro 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.

4.3 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 rende applicabili ai contratti relativi a servizi e

⁷La 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".

forniture gli artt. da 135 a 140 del Codice (casi di risoluzione del contratto e connessi provvedimenti), 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 è dedicato alle **penali**, la cui disciplina è funzionale alla predisposizione di adeguati incentivi al corretto svolgimento delle prestazioni contrattuali. Tale disposizione rinvia all'art. 145 del Codice, commi 3 e 9, per quanto attiene all'entità delle penali e al premio di accelerazione per l'esecutore, stabilendo, in particolare, 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»* (comma 1). 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.

Anche riguardo all'aspetto delle penali la figura del D.E. assume un ruolo chiave poiché è lo stesso 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 (ai sensi dell'art. 298, comma 2, reg.).

Con tali norme, il Regolamento rafforza l'importanza di un'adeguata tutela contrattuale che molto spesso non viene garantita dalla struttura dei documenti contrattuali predisposti dalle singole amministrazioni. Nei contratti, infatti, è spesso presente un rischio di *moral hazard*, pertanto 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, rispetto al quale è necessario adottare tutte le misure atte a ridurlo drasticamente. La fissazione delle penali deve essere quanto più possibile chiara e precisa nei presupposti per l'irrogazione e negli importi; devono essere previsti adeguati meccanismi di contestazione dell'addebito, i tempi previsti per le controdeduzioni devono sempre essere osservati.

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.

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 deve prevedere penali per ciascuno dei termini contrattualmente previsti.

Sono, pertanto, **ipotizzabili penali strettamente correlate ai livelli di servizio** (SLA) stabiliti nel capitolato prestazionale (ma riferite anche a ai livelli di servizi 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.

Occorre evidenziare al riguardo l'esigenza di una chiara e dettagliata disciplina delle penali nei documenti contrattuali che deve essere dettata avendo sempre riguardo al rispetto del sinallagma contrattuale, di modo che la relativa applicazione non possa sbilanciarlo a danno dell'esecutore.

La prassi registra tuttavia 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 (ivi compreso apposito schema di contratto) vengano 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.

4.4 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. Tale principio è ribadito dall'art. 310 del Regolamento ai sensi del quale *«nessuna variazione o modifica al contratto può essere introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante nel rispetto delle condizioni e dei limiti previsti nell'articolo 311»*, inoltre lo stesso art. 311, comma 1, prevede espressamente che la stazione appaltante **non possa richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi previsti dalla stessa disposizione.**

La deroga al principio di immodificabilità del contratto è dunque di stretta interpretazione ed agisce in presenza di specifici presupposti, come indicati dall'art. 311 del Regolamento. Corollario a tale principio è che modifiche non previamente autorizzate non danno titolo a pagamenti o rimborsi di sorta e, ove il direttore dell'esecuzione lo giudichi opportuno, comportano il ripristino, a carico dell'esecutore, della situazione originaria preesistente, secondo le disposizioni del direttore dell'esecuzione del contratto (comma 2 art. 311 cit.).

Il citato art. 311 del Regolamento contempla, quindi, per il ricorso alle varianti, le stesse ipotesi 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, pertanto, possono essere introdotte solo nei seguenti casi:

- per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- per cause imprevedute e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite;
- per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto.

Dette varianti seguono un diverso regime a seconda che siano contenute o meno nel limite di un quinto dell'importo contrattuale.

Sono inoltre 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) (art. 311, co.3 reg.).

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.

5. Modifiche soggettive del raggruppamento in corso di esecuzione

In relazione alle modificazioni soggettive del raggruppamento temporaneo di imprese aggiudicatario della gara, intervenute in corso di esecuzione, non rientranti nelle ipotesi contemplate nell'art. 116 del Codice, è necessario stabilire se le stesse costituiscano violazione dell'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»* (per quanto concerne invece la fase di gara, si rinvia alle considerazioni espresse nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012).

Al riguardo la giurisprudenza non è univoca: secondo un primo orientamento, più restrittivo, l'immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche vale 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 (Cons. St., ad. plen., 4 maggio 2012, n. 8; C.d.S. sez. VI, 16 febbraio 2010 n. 842; Cons. St., ad. plen., 15 aprile 2010, n. 2155; deliberazione AVCP n. 68 del 6 luglio 2011).

In ordine **alle modifiche del raggruppamento che si collocano in una fase temporale successiva a quella della stipula del contratto**, l'Autorità ha affermato (in particolare del. 68/2011, ancorché con riferimento ad un consorzio ordinario per il quale, come noto, si rinvia alla disciplina dei RTI) che il divieto sancito dall'art. 37, comma 9 del Codice si applica quando si tratti di una modificazione soggettiva per la quale in sede di aggiudicazione risultino *nuovi* soggetti componenti il raggruppamento, rispetto a quelli indicati in sede di partecipazione, ammettendo quindi il mutamento riduttivo, a condizione che lo stesso avvenga per esigenze organizzative proprie del raggruppamento e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'ATI, consorzio, che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva. L'Autorità ha altresì evidenziato che l'inosservanza di tale divieto comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o la nullità del contratto nonché l'esclusione dei concorrenti riuniti in raggruppamento o consorzio ordinario di concorrenti, concomitanti o successivi alle procedure di affidamento relative al medesimo appalto (art. 37, comma 10, del Codice), in coerenza con il principio di tendenziale continua corrispondenza tra impresa partecipante, aggiudicataria e poi contraente.

Conclusivamente, dunque, l'Autorità condivide l'orientamento giurisprudenziale più estensivo ritenendo ammissibile il solo mutamento soggettivo in senso riduttivo del raggruppamento, con assunzione del servizio in capo al/ai rimanenti componenti dello stesso, previa verifica che tale operazione non sia stata effettuata per eludere la disciplina di gara (nel senso sopra indicato) e che l'esecutore sia singolarmente in possesso dei requisiti indicati nella *lex specialis* per l'esecuzione della prestazione.

Per completezza sembra utile aggiungere che l'Autorità chiamata ad esprimersi sulla legittimità della modifica soggettiva delle ditte esecutrici rispetto alle ditte partecipanti alla gara nel caso di consorzi

stabili e di consorzi di cooperative di produzione e lavoro (ai primi assimilabili), ha affermato che in relazione a tali soggetti giuridici (salvo quanto disposto all'art. 37, commi 18 e 19 del Codice), deve ritenersi consentita la modifica soggettiva anche in senso additivo, trattandosi di vicenda interna al consorzio (dotato di autonoma struttura soggettiva) che non incide sul rapporto con la stazione appaltante. Tali modifiche tuttavia devono ritenersi ammesse soltanto per motivi sopravvenuti e non devono configurare uno strumento per eludere il necessario controllo preventivo di moralità delle imprese in fase di gara, ai sensi dell'art. 38 del Codice o per ovviare agli esiti negativi di un controllo intervenuto in fase di gara (pareri sulla normativa AG7/2013 e AG 49/2013).

Sulla base di quanto sopra considerato

IL CONSIGLIO

Adotta la presente determinazione.

Il Relatore
Sergio Gallo

Il Presidente
Sergio Santoro

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data: 12 novembre 2013

Il Segretario: Maria Esposito