

Procedure in economia e art. 11 del Codice dei contratti pubblici

Castelgomberto – 7 dicembre 2012

Roberto Travaglini – Confindustria Vicenza



CONFINDUSTRIA VICENZA
Associazione Industriali della Provincia di Vicenza



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

1. Le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate:

- a) mediante amministrazione diretta;
- b) mediante procedura di cottimo fiduciario.

2. **Per ogni acquisizione in economia le stazioni appaltanti operano attraverso un responsabile del procedimento** ai sensi dell'articolo 10.

3. Nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento.

4. **Il cottimo fiduciario è una procedura negoziata** in cui le acquisizioni avvengono mediante affidamento a terzi.

5. I lavori in economia sono ammessi per importi non superiori a 200.000. I lavori assunti in amministrazione diretta non possono comportare una spesa complessiva superiore a 50.000 euro.

(segue)



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

6. I lavori eseguibili in economia sono individuati da ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche competenze e nell'ambito delle seguenti categorie generali:

- a) manutenzione o riparazione di opere od impianti quando l'esigenza è rapportata ad eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste agli articoli 55, 121, 122;
- b) manutenzione di opere o di impianti;
- c) interventi non programmabili in materia di sicurezza;
- d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara;
- e) lavori necessari per la compilazione di progetti;
- f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente, quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori.

(segue)



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

7. I fondi necessari per la realizzazione di lavori in economia possono essere anticipati dalla stazione appaltante con **mandati intestati al responsabile del procedimento, con obbligo di rendiconto finale**. Il **programma annuale dei lavori** è corredato dell'elenco dei lavori da eseguire in economia per i quali è possibile formulare una previsione, ancorché sommaria.

8. **Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.**

(segue)



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

9. Le **forniture e i servizi in economia** sono ammessi per importi inferiori a 130.000 per le amministrazioni aggiudicatrici di cui all'art. 28, comma 1, lett. a), e per importi inferiori a 200.000 euro per le stazioni appaltanti di cui all'art. 28, comma 1, lett. b). Tali soglie sono adeguate in relazione alle modifiche delle soglie previste dall'art. 28, con lo stesso meccanismo di adeguamento previsto dall'art. 248.

10. L'**acquisizione in economia di beni e servizi** è ammessa in relazione all'oggetto e ai limiti di importo delle singole voci di spesa, preventivamente individuate con provvedimento di ciascuna stazione appaltante, con riguardo alle proprie specifiche esigenze. Il ricorso all'acquisizione in economia è altresì consentito nelle seguenti ipotesi:
a) risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto;

(segue)



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

b) necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, ivi non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo;

c) prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente, nella misura strettamente necessaria;

d) urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale.

11. Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.

(segue)



Art. 125 D. Lgs. 163/2006

12. L'affidatario di lavori, servizi, forniture in economia **deve essere in possesso dei requisiti** di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta **per prestazioni di pari importo affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente**. Agli elenchi di operatori economici tenuti dalle stazioni appaltanti possono essere iscritti i soggetti che ne facciano richiesta, che siano in possesso dei requisiti di cui al periodo precedente. **Gli elenchi sono soggetti ad aggiornamento con cadenza almeno annuale.**

13. Nessuna prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia.

14. **I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento.**



Nozione di acquisizione in economia

Dall'art. 125 si ricavano 3 distinte nozioni di “economia”:

1. economia come **procedimento di scelta del contraente** (ovviamente nella sola ipotesi del cottimo fiduciario → *“Il cottimo fiduciario costituisce procedura negoziata”* – art. 3, comma 40);
2. economia come **metodo diverso dall'appalto per eseguire lavori pubblici** (riguarda tanto il cottimo fiduciario, quanto l'amministrazione diretta) → art. 53, comma 1: *“Fatti salvi i contratti di sponsorizzazione e i lavori in economia, i lavori pubblici possono essere eseguiti mediante contratti di appalto o di concessione, come definiti dall'art. 3”*);
3. economia come **procedimento di spesa nel caso di lavori pubblici** → *“I fondi necessari per la realizzazione dei lavori in economia possono essere anticipati dalla stazione appaltante con mandati intestati al responsabile del procedimento, con obbligo del rendiconto finale”*.



Economia come procedimento di scelta del contraente

Secondo l'art. 125, comma 14, *“I procedimenti di acquisizione di prestazioni in economia sono disciplinati, nel rispetto del presente articolo, nonché dei principi in tema di procedure di affidamento e di esecuzione del contratto desumibili dal presente codice, dal regolamento.”*

I commi 8 e 11 stabiliscono che gli affidamenti di lavori, servizi o forniture d'importo ≥ 40.000 €. e < 200.000 €. (soglia unitaria per Enti locali) avvengono *“nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici”*.

Esemplificazioni

- Predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte → **principi di imparzialità e trasparenza** (TAR Toscana 31.10.2012, n. 1763; TAR Molise, 10.05.2012, n. 205; Cons. Stato, V, 1.03.2012, n. 1195)
- Pubblicità delle operazioni di gara, relativamente all'apertura dei plichi e alla verifica della documentazione contenuta → **principi di trasparenza, pubblicità, imparzialità, tutela della concorrenza** (TAR Abruzzo, Pescara, I, 29.11.2012, n. 512; Cons. Stato, Ad. Plen., 31.07.2012, n. 31; TAR Toscana, I, 12.06.2012, n. 1146)



Economia come procedimento di scelta del contraente

- Obbligo di comunicazione a tutti i concorrenti dell'aggiudicazione definitiva (art. 79, comma 5, lett. a) → **principio di trasparenza** (TAR Lazio, Roma, III ter, 11.04.2011, n. 3169; TAR Toscana, I, 10.11.2010, n. 6570)
- Obbligo di rispetto del c.d. *stand still* (art. 11, comma 10: "*Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79*") → **principio di trasparenza** (TAR Molise, 10.05.2012, n. 205; TAR Lazio, Roma, III ter, 11.04.2011, n. 3169; TAR Toscana, I, 10.11.2010, n. 6570)
- Nomina della commissione di gara (se il criterio di aggiudicazione è l'offerta economicamente più vantaggiosa) dopo la scadenza fissata per la presentazione delle offerte (art. 84, comma 10) → **principio di imparzialità e buon andamento** (TAR Lazio, Roma, II bis, 10.07.2012, n. 6244)
- Predeterminazione dei criteri di rotazione nel caso di formazione di elenchi della stazione appaltante → **principio di rotazione, non discriminazione e parità di trattamento** (TAR Campania, Napoli, I, 28.06.2012, n. 3089)



Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento)

1. Le procedure di affidamento dei contratti pubblici hanno luogo nel rispetto degli atti di programmazione delle amministrazioni aggiudicatrici, se previsti dal presente codice o dalle norme vigenti. → (art. 125, comma “*Il **programma annuale dei lavori** è corredato dell'elenco dei lavori da eseguire in economia per i quali è possibile formulare una previsione, ancorché sommaria*”)
2. Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, **le amministrazioni aggiudicatrici decretano o determinano di contrarre**, in conformità ai propri ordinamenti, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.
3. La **selezione dei partecipanti** avviene mediante uno dei sistemi previsti dal presente codice per l'individuazione dei soggetti offerenti.
4. Le procedure di affidamento **selezionano la migliore offerta**, mediante uno dei criteri previsti dal presente codice. Al termine della procedura è dichiarata l'**aggiudicazione provvisoria** a favore del miglior offerente.
5. La stazione appaltante, previa verifica dell'aggiudicazione provvisoria ai sensi dell'art. 12, comma 1, provvede all'**aggiudicazione definitiva**. (segue)



Art.121 D. Lgs. 104/2010 – Codice processo amministrativo (Inefficacia del contratto nei casi di gravi violazioni)

1. Il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto nei seguenti casi, precisando in funzione delle deduzioni delle parti e della valutazione della gravità della condotta della stazione appaltante e della situazione di fatto, se la declaratoria di inefficacia e' limitata alle prestazioni ancora da eseguire alla data della pubblicazione del dispositivo o opera in via retroattiva:

- b) se l'**aggiudicazione definitiva** e' avvenuta con procedura negoziata senza bando o con **affidamento in economia** fuori dai casi consentiti e questo abbia determinato l'omissione della pubblicità del bando o avviso ...;
- c) se il contratto e' stato stipulato senza rispettare il termine dilatorio (**c.d. stand still**) stabilito dall'art. 11, comma 10, del D. Lgs.163/2006, qualora tale violazione abbia privato il ricorrente della possibilità di avvalersi di mezzi di ricorso prima della stipulazione del contratto e sempre che tale violazione, aggiungendosi a vizi propri dell'aggiudicazione definitiva, abbia influito sulle possibilità del ricorrente di ottenere l'affidamento;



Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento)

6. Ciascun concorrente non può presentare più di un'**offerta**. L'offerta è vincolante per il periodo indicato ... nell'invito e, in caso di mancata indicazione, per 180 gg. dalla scadenza del termine per la sua presentazione. La stazione appaltante può chiedere agli offerenti il differimento di detto termine.

7. L'**aggiudicazione definitiva** non equivale ad accettazione dell'offerta. L'offerta dell'aggiudicatario è irrevocabile fino al termine stabilito nel comma 9.

8. L'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la **verifica del possesso dei prescritti requisiti**.

9. Divenuta efficace l'aggiudicazione definitiva, e fatto salvo l'esercizio dei poteri di autotutela nei casi consentiti dalle norme vigenti, la **stipulazione del contratto** di appalto o di concessione ha luogo entro il termine di 60 gg., salvo diverso termine previsto ... nell'invito ad offrire, ovvero l'ipotesi di differimento espressamente concordata con l'aggiudicatario. Se la stipulazione del contratto non avviene nel termine fissato, ovvero il controllo di cui all'art. 12, comma 3, non avviene nel termine ivi previsto, l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto

(segue)



Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento)

Nel caso di lavori, se è intervenuta la **consegna dei lavori in via di urgenza** e nel caso di **servizi e forniture**, se si è dato avvio all'esecuzione del contratto in via d'urgenza ... L'esecuzione di urgenza di cui al presente comma **non è consentita durante il termine dilatorio di cui al comma 10** e durante il periodo di sospensione obbligatoria del termine per la stipulazione del contratto previsto dal comma 10-ter, **salvo che nelle procedure in cui la normativa vigente non prevede la pubblicazione del bando di gara.**

10. Il contratto non può comunque essere stipulato prima di 35 gg. dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 79.

10-bis. **Il termine dilatorio di cui al comma 10 non si applica nei seguenti casi:**

- a) se, a seguito di ... inoltro degli inviti nel rispetto del presente codice, è stata presentata o è stata ammessa una sola offerta e non sono state tempestivamente proposte impugnazioni ... della lettera di invito o queste impugnazioni risultano già respinte con decisione definitiva;
- b) nel caso ... acquisto effettuato attraverso il mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328 del DPR 207/2010.



Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento)

10-ter. Se è proposto **ricorso avverso l'aggiudicazione definitiva con contestuale domanda cautelare**, il contratto non può essere stipulato, dal momento della notificazione dell'istanza cautelare alla stazione appaltante e per i successivi venti giorni, a condizione che entro tale termine intervenga almeno il provvedimento cautelare di primo grado o la pubblicazione del dispositivo della sentenza di primo grado in caso di decisione del merito all'udienza cautelare ovvero fino alla pronuncia di detti provvedimenti se successiva. **L'effetto sospensivo sulla stipula del contratto cessa** quando, in sede di esame della domanda cautelare, il giudice si dichiara incompetente ai sensi dell'art. 14, comma 3, del codice del processo amministrativo, o fissa con ordinanza la data di discussione del merito senza concedere misure cautelari o rinvia al giudizio di merito l'esame della domanda cautelare, con il consenso delle parti, da intendersi quale implicita rinuncia all'immediato esame della domanda cautelare.

11. Il contratto è sottoposto alla condizione sospensiva dell'esito positivo dell'**eventuale approvazione** e degli **altri controlli** previsti dalle norme proprie delle stazioni appaltanti o degli enti aggiudicatori.



Art. 11 (Fasi delle procedure di affidamento)

12. L'**esecuzione del contratto** può avere **inizio** solo dopo che lo stesso è divenuto efficace, salvo che, in casi di urgenza, la stazione appaltante o l'ente aggiudicatore ne chieda l'esecuzione anticipata, nei modi e alle condizioni previste dal regolam.

13. **Il contratto è stipulato, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico**, ovvero, in modalità elettronica ..., in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante dell'amministrazione aggiudicatrice o **mediante scrittura privata**.

Art. 334 DPR 207/2010 (Svolgimento della procedura di cottimo fiduciario)

2. Il contratto affidato mediante cottimo fiduciario è stipulato attraverso **scrittura privata**, che può anche consistere in apposito **scambio di lettere** con cui la stazione appaltante dispone l'ordinazione dei beni o dei servizi, che riporta i medesimi contenuti previsti dalla lettera di invito.

Art. 335 DPR 207/2010 (Mercato elettronico e uso degli strumenti elettronici)

1. ... la procedura di acquisti in economia può essere condotta, in tutto o in parte, dalla stazione appaltante avvalendosi di **sistemi informatici di negoziazione** e di scelta del contraente, nonché con l'utilizzo di documenti informatici, nel rispetto dei principi di parità di trattamento e di non discriminazione.

▪ 2. Al fine di effettuare gli acquisti in economia attraverso strumenti telematici, la stazione appaltante può utilizzare il **mercato elettronico** di cui all'art. 328.



Economia come metodo diverso dall'appalto per eseguire lavori pubblici

Nonostante l'art. 53, comma 1, legittimi tutt'ora la configurazione dell'esecuzione in economia quale tipologia contrattuale ontologicamente diversa dall'appalto, sembra ormai superata la tesi tradizionale per cui l'economia era caratterizzata:

- dall'assenza di una vera autonomia dell'esecutore, sul quale non graverebbero i rischi imprenditoriali tipicamente legati al contratto d'appalto (“... *organizzazione dei mezzi necessari e ... gestione a proprio rischio* ...” → art. 1655 c.c.)
- dall'instaurarsi di un rapporto funzionale tra l'esecutore e il responsabile del procedimento, che assume la diretta sorveglianza, e gestione dei lavori.

Si può ormai ritenere che il “**cottimo fiduciario**” costituisca una **sottospecie del contratto d'appalto**, nel quale il rischio d'impresa viene confermato in capo al “cottimista”, come desumibile dagli artt. 173 e 334 del DPR 207/2010.



Economia come metodo diverso dall'appalto per eseguire LL.PP.

Art. 173 DPR 207/2010

1. L'atto di cottimo deve indicare:

- a) l'elenco dei lavori e delle somministrazioni;
- b) i prezzi unitari per i lavori e per le somministrazioni a misura e l'importo di quelle a corpo;
- c) le condizioni di esecuzione;
- d) il termine di ultimazione dei lavori;
- e) le modalità di pagamento;
- f) le penalità in caso di ritardo e il diritto della stazione appaltante di risolvere in danno il contratto, mediante semplice denuncia, per inadempimento del cottimista;
- g) le **garanzie a carico dell'esecutore**.

Art. 334 DPR 207/2010

Per l'affidamento in economia ... la lettera d'invito riporta:

- a) l'oggetto della prestazione, le relative caratteristiche tecniche e il suo importo massimo previsto, con esclusione dell'IVA;
- b) le **garanzie richieste all'affidatario del contratto**;
- i) la misura delle penali, determinata in conformità delle disposizioni del codice e del presente regolamento.



Economia come procedimento di spesa nei LL.PP.

*In base all'artt. 125, comma 7, del D. Lgs. 163/2006 “I fondi necessari per la realizzazione di lavori in economia **possono** essere anticipati dalla stazione appaltante con mandati intestati al responsabile del procedimento, con obbligo di rendiconto finale.”*

In questo caso il RUP ha il potere di spendere denaro pubblico senza una specifica autorizzazione, ponendo in essere una rendicontazione “a seguire”.

Il rapporto contrattuale con l'esecutore/cottimista resta in capo alla stazione appaltante; il RUP mantiene il rapporto organico con quest'ultima ed assume il ruolo di “agente contabile” (art. 74 RD 2444/1923; artt. 178 e 610 RD 827/1924).