

**FLUSSO PROCEDIMENTALE DELLA
PROCEDURA DI GARA SINO ALLA
CONSEGNA DEI LAVORI DOPO LE MODIFICHE
DEL D.L. 76/2020 CONV. IN L. 120/2020**

Premessa

**Norme che disciplinano l'iter di una
“procedura di affidamento” o “ad evidenza
pubblica”**

Norme principali:

- artt. 32 e 33, D.Lgs. 50/2016

Norme di contorno che disciplinano l'iter di una “procedura di affidamento” o “ad evidenza pubblica”:

- Art. 76, D.Lgs. 50/2016
- artt. 77 e 78, 80, 83
- art. 36, D.Lgs. 50/2016 (procedura semplificata a regime non utilizzabile sino al 31.12.2021)
- artt. 1 e 2 (ma anche 3, 4, 8, ecc.), D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (procedure semplificate o sopra soglia “in deroga” sino al 31.12.2021)
- art. 21, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (resp. erariale)
- art. 1, da comma 1 a comma 18, D.L. 32/2019 conv. in L. 55/2019

Norma di chiusura del sistema:

- art. 30, ult. c., D.Lgs. 50/2016

(che si richiama, per la fase di gara, alla

L. 241/1990 e, per la fase di esecuzione, al codice civile)

Ulteriori norme correlate

- art. 1, commi da 1 a 18, D.L. 32/2019 coinv. in L. 55/2019
- artt. 55 e 56 e artt. da 120 a 125, D.Lgs. 104/2010 (come modificati soprattutto da D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020)
- D.Lgs. 159/2011 (antimafia)

Rilevanza della giurisprudenza, soprattutto del Consiglio di Stato in Adunanza Plenaria

Rilevanza delle Linee Guida ANAC e delle determinazioni, pareri e deliberazioni ANAC al fine di evitare la responsabilità erariale per colpa grave (NB: dopo l'art. 1, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 potrebbe valere anche per le Imprese)

FLUSSO DEL LAVORO PUBBLICO

- 1. ITER DELLA PROCEDURA DI GARA CHE CULMINA NELL'AGGIUDICAZIONE**
- 2. ITER DALL'AGGIUDICAZIONE ALLA CONSEGNA LAVORI**
- 3. EVENTUALE ITER GIUDIZIALE INNANZI AL T.A.R. ED AL CONSIGLIO DI STATO OPPURE ITER AMMINISTRATIVO INNANZI ALL'A.N.A.C.**
- 4. ITER DALLA CONSEGNA LAVORI AL COLLAUDO**
- 5. EVENTUALE ITER GIUDIZIALE INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO (TRIBUNALE O TRIBUNALE DELLE IMPRESE) IN CORSO DI LAVORI**
- 6. ITER DAL COLLAUDO ALL'EVENTUALE PROPOSIZIONE DEL GIUDIZIO IN SEDE CIVILE (GIUDICE ORDINARIO) DOPO LA FINE DEI LAVORI**

1. ITER DELLA PROCEDURA DI GARA CHE CULMINA NELL'AGGIUDICAZIONE

- Premessa:

Con l'art. 21, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 viene meno la responsabilità per colpa grave (e si attenua quella per il dolo) del Funzionario se non rallenta la procedura (fino al 31.12.2021).

Vedi, sulla responsabilità erariale, la L. 20/1994 ed il D.Lgs. 174/2016

- Determina a contrarre (NB: eccetto affidamento diretto sino ad € 150.000,00 per lavori ed € 75.000,00 per forniture e servizi e serv. ing. arch.): è un atto che si pone prima dell'avvio della procedura di affidamento e lo si deduce dall'art. 32, co. 2°, D.Lgs. 50/2016
- Atto avente efficacia esterna di avvio della procedura di affidamento che varia secondo le specifiche procedure adottate e la specifica normativa (a: bando o avviso per procedure ordinarie; b: lettera di invito se procedure semplificate; c: eventuale avviso o invito se affidamento diretto)

- Selezione
 - applicando le procedure ordinarie (artt. 59 e ss., D.Lgs. 50/2016)
 - applicando le procedure semplificate (art. 36, D.Lgs. 50/2016; attualmente «invito» ad applicare l’artt. 1 e 2 per procedure semplificate “in deroga”;
D.L. 32/2019 conv. in L. 55/2019 per le procedure con i Commissari Straordinari; eventuali leggi speciali sui Commissari Straordinari. NB: ora esistono varie procedure “in deroga” anche per il “sopra soglia”.
- Art. 1, comma 2, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: evidenza dell’avvio della procedura sul sito istituzionale
- Art. 2, ultimo comma, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: pubblicazione degli atti adottati su Amministrazione Trasparente

- eventuale stipula di assicurazione per danni da parte della s.a. per procedure «in deroga» dell'art. 1, Decreto Semplificazioni (art. 4, co. 1, lett. b), D.L. 76/2020 conv. in L. 120/20)
- criteri di aggiudicazione obbligati (art. 95 e 96, D.Lgs. 50/2016) se si tratta di “offerte” in una procedura negoziata semplificata o «in deroga» (oppure procedura ordinaria);
- NON ci sono criteri specifici di aggiudicazione per valutare “preventivi” nel caso di indagini di mercato nell'affidamento diretto o affidamento diretto puro;

Se criterio del prezzo più basso

- È operativo un «Seggio di Gara» o «Autorità di gara» o impropriamente anche «Commissione di gara» (NB. V. RD 2440/1923 e 827/1924 e v. anche la parte abrogata del DPR 207/2010) se trattasi di “offerte” ed adozione del criterio del prezzo più basso (NB: Non sempre è nominato se oppure se trattasi di “preventivi” ed affidamento diretto sino ad € 150.000,00 o € 75.000,00)
- Presentazione dell’offerta e, se procedura “in deroga”, l’art. 1 co. 4, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020, si può prescindere dalle garanzie provvisorie ex art. 93, D.Lgs. 50/2016 e, se richieste, hanno importo dimezzato (NB: restano però vigenti le altre prerogative dell’art. 93).

- se NON c'è l'inversione procedimentale (NB: solo per procedure aperte) si effettua subito la valutazione dei requisiti generali ex art. 80, D.Lgs. 50/2016 e delle autodichiarazioni:
 - con facoltà della s.a. di apprezzare eventuali dichiarazioni ex **art. 80, comma 5, lett. c)**, D.Lgs. 50/2016 (NB: C. Stato 29.10.2020, n. 6615 ha confermato che vanno dichiarate TUTTE le vicende pregresse civili, amministrative o penali anche se non accertate con una sentenza passata in giudicato ed anche se illeciti amministrativi; limite di 3 anni: TAR Toscana, 19.10.2020, n. 1227)

- eventuale proposta di esclusione formulata dal Seggio o Autorità o Commissione al RUP o al Dirigente (mai alla Giunta o dall'organo deliberante) che poi la dispone;
- s.a. comunica l'esclusione ex art. 76, D.Lgs. 50/2016;
- obbligo di adozione dell'"anomalia automatica" se procedimenti "in deroga" ex artt. 1 e 2, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 e se numero di offerte ammesse uguale o maggiore di cinque;
- eventuale "cristallizzazione" dell'anomalia (art. 95, ult. c., D.Lgs. 50/2016) che si definisce, per pacifica giurisprudenza, con l'adozione del provvedimento di aggiudicazione (ex definitiva)

- **Inversione procedimentale (solo procedure aperte)**

Si applica ai settori ordinari fino al 31.12.21 (l'art. 1, comma 3, D.L. 32/2019 conv. in L. 55/2019) ed in caso di procedure "in deroga".

La verifica della busta amministrativa si fa nei confronti del 1° graduato

Se criterio del OEPV - qualità/prezzo

- Generalmente si nomina un «Seggio di gara» (o «Autorità» o «Commissione») per la verifica delle offerte amministrative (come nel caso di adozione del criterio del prezzo più basso) ed eventuale proposta di esclusione formulata al RUP o Dirigente che poi la dispone, sempre se NON c'è l'inversione procedimentale (sennò si farà la verifica solo del 1° graduato). NB: solo per le procedure ordinarie aperte è prevista l'inversione procedimentale!

- Si nomina, dopo il pervenimento delle offerte, una **Commissione giudicatrice** per la valutazione delle offerte tecniche ed economiche:
 - può farvi parte anche il RUP o anche altri funzionari interni o soggetti esterni se non hanno avuto funzioni specifiche nella predisposizione degli atti di gara (però problema per il RUP se ha sottoscritto gli atti di gara);
 - l'esperienza professionale specifica rispetto all'oggetto della gara deve essere coperta dalla maggioranza dei componenti (N.B.: vedi art. 29, D.Lgs. 50/2016 per la pubblicazione dei curriculum sul sito della s.a.);

- occorre esperienza desunta non solo da titoli di studio ma anche da incarichi ed attività espletate e da aree tematiche omogenee (così dice la maggioranza della giurisprudenza; però NB TAR Veneto n. 431/2018 è molto più severo);
- singoli componenti non devono avere conflitto di interesse anche potenziale (ad esempio, dopo aver conosciuto i nomi dei partecipanti alla gara);
- singoli componenti non devono avere incompatibilità;

- dubbi se occorre predeterminare in apposito provvedimento interno (di solito un regolamento) i criteri di competenza e trasparenza ex art. 216, comma 12, D.lgs. 50/2016 (SI TAR Veneto n. 431/2018; NO C. Stato 4865/2019);
- è legittima la soglia di sbarramento (TAR Veneto, 17.9.2020, n. 878);
- il regolamento di gara deve espressamente prevedere l'oscuramento del numero di pagine di offerta tecnica superiori al previsto, sennò è possibile presentare un numero di pagine superiore o anche allegati.

- formulazione di una graduatoria;
- eventuale sub-procedimento di anomalia “automatico” (4/5) oppure in via volontaria ex art. 97, D.Lgs. 50/2016 e redazione dei relativi verbali (NB: brogliaccio dal punto di vista penale);
- se c'è l'inversione procedimentale (art. 1, comma 3, D.L. 32/2019 conv. in L. 55/2019) se procedure aperte o se, in caso di procedure “in deroga” sopra soglia: la verifica della busta amministrativa si fa solo nei confronti del 1° graduato .

Proposta di aggiudicazione

- Proposta di aggiudicazione da parte del Seggio di gara (se prezzo più basso) o della Commissione giudicatrice se OEPV (NB: il Seggio o la Commissione NON perdono i loro poteri sino all'adozione del provvedimento di aggiudicazione: v. soprattutto Consiglio Stato n. 1766/2012 e n. 2848/2012 che precisa che la s.a. ha sempre «poteri trasversali di controllo» sulla Commissione giudicatrice, che è mero organo tecnico);

Proposta di aggiudicazione

- Eventuale verifica della proposta di aggiudicazione (art. 33, 1° c., D.Lgs. 50/2016): NB: C. Stato 27.4.2020, n. 2655: dopo i 30 gg. la proposta di aggiudicazione non si trasforma “automaticamente” in aggiudicazione tacita, ma occorre SEMPRE adottare un espresso provvedimento di aggiudicazione;
- Eventuale revoca/annullamento della proposta di aggiudicazione senza che sia necessario avviare un procedimento ex L. 241/1990: la sola proposta di aggiudicazione non determina ancora alcun affidamento dell’Impresa.

2. ITER DALL'AGGIUDICAZIONE ALLA CONSEGNA DEI LAVORI

Aggiudicazione ed eventuale consegna dei lavori in via di urgenza

- adozione del formale provvedimento di aggiudicazione (NB: deve avvenire PRIMA della verifica di efficacia: C. Stato Ad. Plen. n. 31/2012) da parte del Dirigente (NO Giunta o organo politico, C.d.A. o altro): si consuma il potere di verifica ulteriore da parte del Seggio o Commissione giudicatrice; N.B. per importi di valore < ad € 75,000,00 è preferibile parlare di «affidamento»;
- verifica del rispetto dei termini degli artt. 1, 1°co. e 2, 1°co., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 se procedure “in deroga” (N.B.: il termine decorre dal primo atto con efficacia “esterna” e non dalla determina di affidamento e finisce con l’adozione del provvedimento di aggiudicazione);
- Art. 1, 2°co., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: avviso dei risultati sui siti Internet istituzionali, compreso l’elenco dei soggetti invitati (N.B. NO se affidamenti diretti sino ad € 75.000,00 (vedi parere MIT 30.9.2020 n. 746 che ritiene si debba elevare l’importo di € 40,000,00 di cui alla Legge)

- Art. 8, 2°co., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: per le procedure disciplinate dal D.Lgs. 50/2016 dove il termine delle offerte sia scaduto entro il 22.2.2020 la S.A. deve adottare il provvedimento di aggiudicazione entro il 31.12.2020
- riflessi dell'eventuale mancato rispetto dei termini (se D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020):
 - a) eventuale responsabilità del RUP;
 - b) opera di diritto l'eventuale responsabilità dell'impresa che può portare o a esclusione dalla procedura oppure a risoluzione del contratto per inadempimento. Vi è una sola eccezione: provvedimento cautelare di sospensione del TAR o del Consiglio di Stato (N.B.: ANAC non ha potere di sospensione se le viene richiesto un parere ed art. 211, D.Lgs. 50/2016 può solo “invitare” la s.a. non dare seguito al procedimento)
- comunicazione dell'aggiudicazione ex art. 76, D.Lgs. 50/2016

- svincolo della garanzia provvisoria ai non aggiudicatari ex art. 93, 9° co., D.Lgs. 50/2016;
- decorso dei 35 gg. di stand still **sostanziale** + stand still **processuale**, in caso di ricorso al TAR (v. art. 32, c. 11, D.Lgs. 50/2016), sino all'adozione del provvedimento cautelare del TAR (NB: C. Stato 9.9.2020, n. 5240: lo stand still inibisce la stipula del contratto ma NON altre eventuali attività prodromiche quali le verifiche di legge o altre attività poste a carico dell'aggiudicatario dal regolamento di gara, ad esempio di provare documentalmente accordi commerciali o altro);

NB: lo stand still non cessa se c'è rinvio ad altra udienza cautelare successiva ed invece cessa se l'istanza cautelare è trattata unitamente al merito o abbinata al merito (TAR Lazio, n. 5055/2018).

- NB: v. art. 32, c. 10, D.Lgs. 50/2016 per casi in cui non c'è stand still (NB: non si cita il Decreto Semplificazioni!!!);
- se eventuale revoca/annullamento del provvedimento di aggiudicazione DEVO avviare un procedimento ex L. 241/1990 (perché ormai c'è affidamento dell'Impresa);
- ex art. 5, 2° c. D.M. 49/2018, comunicazione del D.L., con “congruo preavviso”, della data di consegna.

- Eventuale consegna in via di urgenza, nelle more della verifica dei requisiti di efficacia, ex art. 8, comma 1, lett. a), D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (con gli effetti del comma 8 dell'art. 32, D.Lgs. 50/2016), per le procedure "in deroga" (N.B.: ex art. 103, 7°co., D.Lgs. 50/2016 deve consegnare subito la garanzia per i danni, eccetto i casi dell'art. 103, ult. co, oltre che consegnare il POS se lavori ed adempiere a quanto necessario in materia di sicurezza se forniture/servizi e svolgere altri adempimenti eventualmente richiesti dal regolamento di gara) NB: solo se l'Impresa riceve un apposito verbale di consegna in via di urgenza ha il diritto di essere retribuita. Sennò avrebbe diritto solamente all'indebito arricchimento! NB: ex art. 5, comma 9, ult. periodo, DM 49/2018 il verbale di consegna dei lavori indica, altresì, le lavorazioni che l'esecutore deve immediatamente eseguire, comprese le opere provvisionali

- al momento dell'«effettivo inizio della prestazione» c'è l'eventuale richiesta di anticipazione (NB: qui si dice che è il 20%) ex art. 35, ultimo co., D.Lgs. 50/2016 (in quanto si richiama l'art. 32, 8°co. D.Lgs. 50/2016). L'anticipazione è in realtà pari al 30% del valore del contratto in base all'art. 207, 1° c., D.L. 34/2020 conv. in L. 77/2020; NB: il 20% è garantito ed il supero sino al 30% dipende invece dalle «risorse annuali stanziare per ogni singolo intervento»;
- verifica dell'efficacia ed adozione di eventuale atto interno alla s.a. che dà atto del superamento dell'efficacia;
- eventuale rideterminazione della graduatoria a seguito della mancata efficacia della documentazione dell'aggiudicatario (si passa al secondo in graduatoria se c'è cristallizzazione dell'anomalia);

- eventuale rideterminazione della graduatoria a seguito di sentenza efficace e/o passata in giudicato del TAR o del Consiglio di Stato ed eventuale riconvocazione del Seggio di gara o Commissione di gara (NB: NO se cristallizzazione dell'anomalia);
- ex art. 5, 2° c. D.M. 49/2018, comunicazione del D.L., con “congruo preavviso”, della data di consegna in via di urgenza;

- Eventuale consegna in via di urgenza ex art. 32, co. 8, D.Lgs. 50/2016 dopo la verifica dei requisiti di efficacia (v. anche art. 32, comma 13, D.Lgs. 50/2016) (N.B.: ex art. 103, 7°co., D.Lgs. 50/2016 deve consegnare subito la garanzia per i danni eccetto i casi dell'art. 103, ult. co., oltre che consegnare il POS ed adempiere a quanto necessario in materia di sicurezza se forniture/servizi o svolgere eventuali altri adempimenti richiesti dal regolamento di gara)
- NB: solo se l'Impresa riceve un apposito verbale di consegna in via di urgenza ha il diritto di essere retribuita. Sennò avrebbe diritto solamente all'indebito arricchimento! NB: ex art. 5, comma 9, ult. periodo, il verbale di consegna indica, altresì, le lavorazioni che l'esecutore deve immediatamente eseguire, comprese le opere provvisionali

- al momento dell'«effettivo inizio della prestazione» c'è l'eventuale richiesta di anticipazione ex art. 135, ultimo co., D.Lgs. 50/2016 (in quanto si richiama l'art. 32, 8° co. D.Lgs. 50/2016).

L'anticipazione è pari al 30% del valore del contratto in base all'art. 207, D.L. 34/2010 conv. in L. 77/2020.

Adempimenti preliminari alla stipula del contratto

- acquisizione certificazione antimafia;
- cauzione definitiva art. 103, D.Lgs. 50/2016 pari al 10% del valore del contratto (N.B.: va prodotta anche se non si è presentata la cauzione provvisoria per le procedure “in deroga” ex art. 1, 4° co, D.Lgs. 76/2020 conv. in L. 120/2020);
- cauzione ex art. 104, D.Lgs. 50/2016 se si tratta di contraente generale o lavori di valore maggiore a 100 milioni di euro a base d’asta;

- DURC;
- eventuale contratto continuativo di cooperazione ex art. 105, comma 3, lett. c – bis, D.Lgs. 50/2016 (N.B.: può essere prodotto anche contestualmente alla sottoscrizione del contratto); NB. Per pacifica giurisprudenza SOLO per prestazioni secondarie
- ulteriore certificazione o documentazione richiesta nei documenti di gara.

Stipula del contratto

- Art. 4, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020, che modifica l'art. 32, 8°co., D.Lgs. 50/2016: la stipula del contratto (“deve” avvenire): a) entro 60 gg.; b) diverso termine previsto nel regolamento di gara; c) diverso termine concordato con l'aggiudicatario solo se giustificato dall'interesse della S.A. e dall'interesse nazionale alla sollecita esecuzione del contratto (NB: a meno di espresso provvedimento giudiziale di sospensione!);
- Verifica del rispetto dei termini degli artt. 1, 1°co. e 2, 1°co., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 se procedure “in deroga” (N.B.: il termine decorre dal primo atto con efficacia “esterna” e non dalla determina di affidamento);
- Art. 4, 1° c., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: si valuta l'eventuale responsabilità del Dirigente preposto nel caso di ritardo, con la sola eccezione della presenza di un provvedimento cautelare di sospensione del TAR o del Consiglio di Stato (no sospensione dell'ANAC). NB: qui non c'è responsabilità dell'Impresa o del RUP come nel caso degli artt. 1, 1° c. e 2, 1° c., D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020.

- Eventuale condizione sospensiva dell'approvazione del contratto (art. 32, c. 12, D.Lgs. 50/2016);
- Comunicazione ex art. 76, D.Lgs. 50/2016 della avvenuta stipula del contratto (con gli effetti del comma 8 dell'art. 32, D.Lgs. 50/2016);
- Facoltà dell'aggiudicatario di sciogliersi dal vincolo o recedere se mancato rispetto del termine di stipula del contratto;
- Consegna POS ed altri adempimenti in materia di sicurezza;
- Eventuale consegna, contestuale al contratto, del contratto continuativo di cooperazione ex art. 105, comma 3, lett. c-bis), D.Lgs. 50/2016.

Consegna dei lavori “normale” dopo la stipula del contratto

- Ex art. 5, 2° c. D.M. 49/2018, comunicazione del D.L., con “congruo preavviso”, della data di consegna;
- NB: o la consegna è già avvenuta in via di urgenza prima della stipula del contratto (o: I) prima dell’efficacia dell’aggiudicazione oppure II) dopo l’efficacia dell’aggiudicazione) oppure avviene ai sensi dell’art. 5, 1° c. D.M. 49/2018 entro 45 gg. dalla data di stipula del contratto (se Amm. Statali entro 45 gg. dalla data di registrazione del decreto di approvazione del contratto).

NB: solo se l’Impresa riceve un apposito verbale di consegna ha il diritto di essere retribuita (però qui ha ormai stipulato il contratto!). Sennò avrebbe diritto solamente all’indebito arricchimento!

- Se mancata presenza dell'Impresa alla data fissata, ex art. 5, 3° c. D.M. 49/2018 la s.a. ha facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione oppure facoltà di fissare una nuova data per la consegna (ferma restando la decorrenza del termine per ultimare i lavori dalla data della prima convocazione); NB: manca analoga disposizione nelle forniture/servizi

Contenuto del verbale di consegna (dei lavori): art. 5, comma 8, D.M. 49/2018.

Il D.L. è responsabile della corrispondenza del verbale di consegna dei lavori all'effettivo stato dei luoghi e deve essere redatto in contraddittorio con l'esecutore e deve contenere: a) le condizioni e circostanze speciali locali riconosciute e le operazioni eseguite, come i tracciamenti, gli accertamenti di misura, i collocamenti di sagome e capisaldi; b) l'indicazione delle aree, dei locali, e delle condizioni di disponibilità dei mezzi d'opera per l'esecuzione dei lavori dell'esecutore, nonché l'ubicazione e la capacità delle cave e delle discariche concesse o comunque a disposizione dell'esecutore stesso; c) la dichiarazione che l'area su cui devono eseguirsi i lavori è libera da persone e cose e, in ogni caso, che lo stato attuale è tale da non impedire l'avvio e la prosecuzione dei lavori;

- Art. 5, comma 10, D.M. 49/2018: se si riscontrano differenze fra le condizioni locali e il progetto esecutivo, non si procede alla consegna e il D.L. ne riferisce immediatamente al RUP, indicando le cause e l'importanza delle differenze riscontrate rispetto agli accertamenti effettuati in sede di redazione del progetto esecutivo e delle successive verifiche, proponendo i provvedimenti da adottare;

Consegna in ritardo per causa imputabile alla S.A.

- Se la consegna avviene in ritardo per causa imputabile alla s.a.: ex art. 5, 4° c. D.M. 49/2018 l'esecutore può chiedere di recedere dal contratto e, in caso di accoglimento dell'istanza di recesso, l'esecutore ha diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate, in misura non superiore ai limiti indicati ai commi 12 e 13 del medesimo D.M. (diritto al rimborso delle spese contrattuali effettivamente sostenute e documentate, nei limiti di quanto stabilito dal C.S.A. e comunque in misura non superiore alle seguenti percentuali, calcolate sull'importo netto dell'appalto: a) 1,00 per cento per la parte dell'importo fino a 258.000 euro; b) 0,50 per cento per l'eccedenza fino a 1.549.000 euro; c) 0,20 per cento per la parte eccedente i 1.549.000 euro).

Nel caso di appalto integrato, l'Impresa ha altresì diritto al rimborso delle spese, nell'importo quantificato nei documenti di gara e depurato del ribasso offerto, dei livelli di progettazione dallo stesso redatti e approvati dalla stazione appaltante; con il pagamento la proprietà del progetto è acquisita in capo alla stazione appaltante).

NB: La richiesta di pagamento degli importi spettanti a norma dei commi 12 e 13, debitamente quantificata, è inoltrata a pena di decadenza entro sessanta giorni dalla data di ricevimento della comunicazione di accoglimento dell'istanza di recesso; la richiesta di pagamento degli importi spettanti è formulata a pena di decadenza mediante riserva da iscrivere nel verbale di consegna dei lavori e da confermare, debitamente quantificata, nel registro di contabilità;

- Se la consegna avviene in ritardo per causa imputabile alla s.a.: ex art. 5, 4° c. D.M. 49/2018 l'Impresa può chiedere di recedere dal contratto e, in caso di NON accoglimento dell'istanza di recesso (NB: la s.a. deve indicare nel C.S.A. gli eventuali casi in cui è facoltà della stessa non accogliere l'istanza di recesso dell'Impresa) e si proceda tardivamente alla consegna, lo stesso ha diritto ad un indennizzo per i maggiori oneri dipendenti dal ritardo, con le modalità di calcolo stabilite al comma 14 del medesimo D.M. (diritto al risarcimento dei danni dipendenti dal ritardo, pari all'interesse legale calcolato sull'importo corrispondente alla produzione media giornaliera prevista dal cronoprogramma nel periodo di ritardo, calcolato dal giorno di notifica dell'istanza di recesso fino alla data di effettiva consegna dei lavori);

- Ex art. 5, c. 11, D.M. 49/2018, se il D.L. consegna in ritardo i lavori per sua negligenza, egli ha responsabilità amministrativo-contabile nei confronti della s.a. nella consegna per causa imputabile al medesimo (NB: nell'atto di affidamento dell'incarico a soggetto esterno devono essere disciplinate le conseguenze per la ritardata consegna) e, se è interno alla s.a., il ritardo è valutabile ai fini della performance;

Consegna parziale dei lavori

- eventuale consegna parziale dei lavori: solamente nel caso in cui il capitolato speciale d'appalto lo preveda in relazione alla natura dei lavori da eseguire ovvero nei casi di temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili. Nel caso di consegna parziale conseguente alla temporanea indisponibilità delle aree e degli immobili, l'Impresa deve presentare, a pena di decadenza dalla possibilità di iscriverne riserve per ritardi, un programma di esecuzione dei lavori che preveda la realizzazione prioritaria delle lavorazioni sulle aree e sugli immobili disponibili. Realizzati i lavori previsti dal programma, qualora permangano le cause di indisponibilità si applica la disciplina relativa alla sospensione dei lavori. (NB: nei casi di consegna parziale, la data di consegna a tutti gli effetti di legge è quella dell'ultimo verbale di consegna parziale redatto dal D.L.);

Consegna sospesa

- se c'è inizio di consegna e poi questa viene sospesa dalla s.a. per ragioni non di forza maggiore: la sospensione non può durare oltre sessanta giorni e, trascorso inutilmente tale termine, si applicano le disposizioni di cui ai commi 4 e 5. 7.

NB: obbligo di informare l'Autorità.

NB: v. art. 5, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 nel caso di sospensione per lavori “sopra soglia” sino alla data del 31.12.2021;

Inizio della prestazione

- al momento dell'«effettivo inizio della prestazione» dopo la consegna, è possibile chiedere al fine dell'eventuale richiesta di anticipazione ex art. 35, ultimo co., D.Lgs. 50/2016 (in quanto si richiama l'art. 32, 8°co. D.Lgs. 50/2016). L'anticipazione è pari al 30% del valore del contratto in base all'art. 207, 1° c., D.L. 34/2020 conv. in L. 77/2020; NB: solo il 20% dell'anticipazione è garantita, il resto dipende dalle «risorse annuali stanziare»

Subentro dell'impresa

- art. 5, comma 15, D.M. 49/2018: se subentro di un'Impresa ad altra Impresa nell'esecuzione dell'appalto, il D.L. redige verbale in contraddittorio con entrambi gli esecutori per accertare la consistenza dei materiali, dei mezzi d'opera e di quant'altro il nuovo esecutore deve assumere dal precedente, e per indicare le indennità da corrisondersi. Qualora l'esecutore sostituito nell'esecuzione dell'appalto non intervenga alle operazioni di consegna o rifiuti di firmare i processi verbali, gli accertamenti sono fatti in presenza di due testimoni ed i relativi processi verbali sono dai medesimi firmati assieme al nuovo esecutore (NB: trascorso inutilmente e senza giustificato motivo il termine per la consegna dei lavori assegnato dal D.L. al nuovo esecutore, la s.a. ha facoltà di risolvere il contratto e di incamerare la cauzione).

Apposizione di eventuali riserve all'atto della consegna in via di urgenza sia prima dell'efficacia dell'aggiudicazione che dopo l'efficacia dell'aggiudicazione o in via "normale"

- NB: già all'atto della consegna, al di là dei casi espressamente previsti dall'art. 5, D.M. 49/2018 l'Impresa può iscrivere "riserve" nel verbale e poi riprodurre la riserva nel registro di contabilità e reiterarla;
- NB: art. 9, D.M. 49/2018: dopo maggio 2018 ogni stazione appaltante ha un suo regime specifico delle riserve in quanto deve approvare un atto con la loro disciplina ed allegarlo al C.S.A.. NB: se non esiste questa specifica disciplina, attualmente mancherebbe una parte della regolamentazione delle riserve perché non tutta è contenuta nel D.M. 49/2018 e nelle parti attualmente vigenti (collaudo) del D.P.R. 207/2010.

3. EVENTUALE ITER GIUDIZIALE INNANZI AL T.A.R. ED AL CONSIGLIO DI STATO OPPURE ITER AMMINISTRATIVO INNANZI ALL'A.N.A.C.

- a) **RICORSO AL TAR COMPETENTE (DOVE RISIEDA LA STAZIONE APPALTANTE O CASI IN CUI SI DEVE ANDARE AL TAR LAZIO)**
- Termine: 30 gg. dalla conoscenza (aumentati di eventuali 15 gg. previsti dall'art. 76, D.Lgs. 50/2016 se non vengono resi noti tutti gli atti: C. Stato n. 6251/2019 e 7935/2019) e rito disciplinato dal D.Lgs. 104/2010 V. Consiglio di Stato, Ad. Plen. dd. 2.7.2020 n. 12 (o 10 gg. aggiuntivi)
 - Problema: costi eccessivi del contributo unificato: € 2.000 per valori sino ad € 200.000,00; € 4.000 per valori sino ad € 1.000.000,00; € 6.000, per valori superiori ad € 1.000.000,00: il tutto maggiorato del 50% in caso di appello in Consiglio di Stato e con restituzione solo in caso di esito positivo del giudizio. NB: si paga anche per i “motivi aggiunti” e per il “ricorso incidentale”

- Ulteriore problema pratico: ormai si propone sempre il ricorso al TAR unitamente alla richiesta cautelare di sospensione perché c'è un danno grave ed irreparabile e si può ottenere subito una sentenza in forma semplificata. Inoltre ci sono anche i vantaggi introdotti dall'attuale D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020.

1. eventuale impugnazione al TAR del bando di gara o comunque della lettera di invito o altro atto iniziale (C. Stato, Ad. Plenaria n. 4/2018 e v. recentemente, il riassunto dei casi in C. Stato 28.9.2020, n. 5705) anche a prescindere dalla presentazione di un'offerta: NB: la presentazione dell'offerta deve essere IMPOSSIBILE E NON DIFFICILE;
2. NB: non è possibile impugnare subito l'eventuale composizione errata della Commissione giudicatrice o Seggio di gara per svariati motivi (conflitto di interesse, mancanza di requisiti curriculari, partecipazione alla redazione degli atti di gara, ecc.): lo si fa unitamente all'aggiudicazione, come "domanda subordinata", per tentare di annullare tutta la procedura di gara;

3. NB: non è più possibile impugnare al TAR l'ammissione o esclusione di altri concorrenti (era possibile dal 2016 al 2019): si contesta tutto dopo l'aggiudicazione (ex definitiva);
4. è possibile impugnare subito al TAR la propria esclusione (il processo avviene fra due parti), con richiesta cautelare di sospensione o monocratica al Presidente del TAR (sospensione anche entro due giorni circa) oppure collegiale (sospensione entro due settimane circa) in corso di procedura di gara (sennò si decade) e poi si deve proporre ricorso per "motivi aggiunti" contro la successiva aggiudicazione ad altra Impresa se, nel frattempo, non c'è stata una sentenza di primo grado o in appello;

5. è possibile impugnare l'aggiudicazione ad altra Impresa (il processo avviene fra tre parti) presentando "ricorso principale" al TAR, con richiesta cautelare di sospensione o monocratica al Presidente del TAR (sospensione anche entro due giorni circa) oppure collegiale (sospensione entro due settimane circa) e poi eventuali "motivi aggiunti" contro altri provvedimenti sopravvenuti o per rafforzare motivi già presentati (sempre con eventuale richiesta di sospensione o monocratica al Presidente del TAR circa oppure collegiale);
6. è possibile che l'Impresa aggiudicataria proponga "ricorso incidentale" contro l'impresa che ha proposto "ricorso principale";

TERMINI PER COSTITUIRSI IN GIUDIZIO DOPO IL RICORSO AL TAR

- 10 giorni liberi tra la notificazione del ricorso e la fissazione di udienza;
- 5 giorni liberi tra l'iscrizione a ruolo (che deve avvenire entro 15 giorni dall'ultima notifica del ricorso) e fissazione di udienza
- 1 giorno libero prima della fissazione dell'udienza

N.B. il TAR Friuli V.G. fissa generalmente due udienze al mese

7. è possibile chiedere al TAR di ottenere l'accesso agli atti negati dalla stazione appaltante o inserendo tale richiesta nel "ricorso principale" oppure facendo separato ricorso solo per l'accesso agli atti
8. deposito della sentenza in via semplificata in esito all'udienza cautelare di sospensione
9. deposito della sentenza "normale" in esito alla successiva fissazione del merito entro un massimo di 45 giorni

:

b) APPELLO AL CONSIGLIO DI STATO

- lo deve proporre, con richiesta cautelare monocratica o collegiale, il soccombente al TAR (o la s.a. e l'Impresa soccombente o anche solo una delle due parti) prima possibile per evitare che ci sia una sentenza di primo grado "esecutiva" e per chiedere la sospensione della stessa ed evitare che si proceda alla stipula del contratto ed alla consegna dei lavori. Il vincitore può proporre "appello incidentale" contro i motivi sui quali in I grado non si è deciso

c) REVOCAZIONE CONTRO LA SENTENZA DI APPELLO DEL CONSIGLIO DI STATO

- trattasi di rimedio eccezionale contro eventuali errori (c.d. abbaglio dei sensi) del Giudice di appello e la causa viene assegnata ad altra Sezione del Consiglio di Stato

d) GIUDIZIO DI CASSAZIONE CONTRO LA SENTENZA DI APPELLO DEL CONSIGLIO DI STATO

- Anche questo è rimedio eccezionale che censura un difetto di giurisdizione a monte (cioè si doveva andare da subito dal Giudice Ordinario) oppure un'«ingiustizia manifesta» del Giudice di appello

NB: il rimedio **d)** può essere proposto anche unitamente a **c)**

e) EVENTUALE GIUDIZIO INNANZI ALLA CORTE DI GIUSTIZIA EUROPEA

- NB. di solito è incidentale rispetto al TAR o C. Stato ed i relativi giudizi sono sospesi in attesa della pronuncia

f) TERMINI ACCELERATI DI TUTTI I GIUDIZI DAVANTI A TAR E CONSIGLIO DI STATO

a) NB: per gli appalti e concessione c'è un'accelerazione "a regime" prevista dagli artt. 119 e 120, D.Lgs. 104/2010 rispetto a qualsiasi altro ricorso (però si paga un contributo unificato maggiore)

b) Accelerazione ulteriore introdotta dal D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (art. 4, commi 2 e 3), che modifica l'art. 120, D.Lgs. 104/2010 per le SOLE procedure "in deroga" degli artt. 1 e 2, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020:

- Se ricorso al TAR su artt. 1 e 2 (eccetto art. 2, comma 3) → si applica l'art. 125, co. 2, D.Lgs. 104/2010 (*«In sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle probabili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera, e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche la irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure»*).

Però NB: art. 125 riguarda solo «lavori» (**controversie relative a infrastrutture strategiche**)!

- Se ricorso al TAR su procedure dell'art. 2, comma 3, D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020: si applica l'art. 125, D.Lgs. 104/2010 per intero: in sostanza, la stipula del contratto preclude il cambio di esecutore (*«Ferma restando l'applicazione degli articoli 121 e 123, al di fuori dei casi in essi contemplati la sospensione o l'annullamento dell'affidamento non comporta la caducazione del contratto già stipulato, e il risarcimento del danno eventualmente dovuto avviene solo per equivalente. Si applica l'articolo 34, comma 3»*)

c) Accelerazione ulteriore introdotta dal D.L. 76/2020 conv. in L. 120/2020 (art. 4, comma 4), che modifica l'art. 120, D.Lgs. 104/2010, per TUTTE LE PROCEDURE DI GARA:

- Art. 120, c. 6, D.Lgs. 104/2010 - Il **giudizio è di norma definito**, anche in deroga al comma 1, primo periodo dell'articolo 74, **in esito all'udienza cautelare** ai sensi dell'articolo 60, qualora le parti richiedano congiuntamente di limitare la decisione all'esame di un'unica questione nonché in ogni altro caso compatibilmente con le esigenze di difesa di tutte le parti in relazione alla complessità della causa. In mancanza, viene comunque definito con sentenza in forma semplificata ad una udienza fissata d'ufficio e da tenersi entro quarantacinque giorni dalla scadenza del termine per la costituzione delle parti diverse dal ricorrente.

- Art. 120, c. 9, D.Lgs. 104/2010 - Il **giudice** deposita la sentenza con la quale definisce il giudizio entro quindici giorni dall'udienza di discussione. Quando la stesura della motivazione è particolarmente complessa, il giudice pubblica il dispositivo nel termine di cui al primo periodo, indicando anche le domande eventualmente accolte e le misure per darvi attuazione, e comunque deposita la sentenza entro trenta giorni dall'udienza.

g) PROBLEMA DEL RISARCIMENTO DEI DANNI ALL'IMPRESA CHE NON OTTENGA LA POSSIBILITA' DI EFFETTUARE IL LAVORO, FORNITURA O SERVIZIO

- **Danno da mancata aggiudicazione (NB: si chiede al TAR)**

Lo si ricava dagli artt. da 121 a 124, D.Lgs. 104/2010 e dalla giurisprudenza.

Regola generale: l'impresa ricorrente deve chiedere al TAR il subentro e rendersi sempre disponibile allo stesso anche se difficoltoso, sennò si applica l'art. 1227 c.c. (concorso del fatto colposo dell'impresa e questo può anche dar luogo al non riconoscimento del risarcimento del danno).

Attuale metodologia di riconoscimento del danno secondo la giurisprudenza:

- a) l'Impresa deve provare il danno e qualche volta produce anche una perizia e la giurisprudenza, nella maggioranza dei casi, riconosce forfettariamente il 5% del valore di contratto. Recentemente tale percentuale è stata elevata da alcuni TAR (TAR Toscana, 13.10.2020, n. 1200) al 10%.
- b) viene riconosciuto talvolta un ulteriore danno per mancanza di attività alternativa laddove si comprovi che l'Impresa non ha potuto operare su altre commesse
- c) viene talvolta riconosciuto anche il danno curriculare, solitamente sino al 3%, se lo si comprova (TAR Toscana, 13.10.2020, n. 1200)
- d) NB: se serv. ing. arch. il danno può arrivare a misure maggiori a causa del danno curriculare

Danno da illegittima esclusione dalla gara (NB: si chiede al TAR)

- Se il concorrente è stato originariamente escluso e poi viene riammesso e nel frattempo vi è stato il provvedimento di aggiudicazione, dipende dal criterio utilizzato in gara:
- se il criterio del prezzo più basso senza esclusione automatica: si può ancora operare sulla graduatoria e rifare la graduatoria
- se il criterio del prezzo più basso con esclusione automatica: non si può più operare sulla graduatoria e rifare la graduatoria (v. art. 95, ult. co., D.Lgs. 50/2016 e cioè la c.d. cristallizzazione dell'anomalia), però c'è il diritto al risarcimento del danno
- se criterio dell'OEPV, qualità prezzo, allora la stessa Commissione Giudicatrice può rifare le valutazioni e può uscire una nuova graduatoria che però non è detto vada a premiare il ricorrente: se ormai i lavori fossero già iniziati ed il contratto stipulato e non fosse possibile cambiare l'esecutore, allora si ha diritto al risarcimento del danno.

Danno da perdita di chances (NB: si chiede al TAR)

- si calcola il danno del 5 o del 10% o quello superiore diviso il numero dei partecipanti

Danno da responsabilità precontrattuale (NB: si chiede al TAR)

- si calcola solamente l'interesse negativo e quindi solamente le spese per la gara, le spese per la progettazione e pianificazione e le altre eventuali spese sostenute e le spese per ammortamento dei macchinari acquistati

Danno discendente da lavori già effettuati e poi subentra un altro esecutore

- pagamento integrale dei lavori eseguiti ed eventuale progettazione se appalto integrato

Procedimento amministrativo innanzi all'ANAC

- V. art. 211, D.Lgs. 50/2016 ed apposito Regolamento ANAC (l'ultimo è del 2019)
- Non si può chiedere la sospensione
- Tempi molto lunghi per avere la risposta ed essere messi in una graduatoria per l'ordine delle risposte (solo teoricamente la risposta è dopo 30 gg.)

4. ITER DALLA CONSEGNA LAVORI AL COLLAUDO

- D.M. 49/2018 ed eventuali ulteriori altri D.M.
- D.P.R. 207/2010 (collaudo)
- Linee Guida ANAC
- nuovo regolamento generale? Deve ancora essere approvato (è alla quinta versione)

5. EVENTUALE ITER GIUDIZIALE INNANZI AL GIUDICE ORDINARIO (TRIBUNALE O TRIBUNALE DELLE IMPRESE) IN CORSO DI LAVORI

- il procedimento segue il codice di procedura civile e la L. 24.3.2012 n. 27 (art. 2) che ha modificato l'art. 3 del D.Lgs. 23.6.2003 n. 68 e che prevede la giurisdizione del Tribunale delle Imprese, Sezione Specializzata, se il valore della procedura di gara è sopra soglia comunitaria (quindi, ad esempio, nel caso del Veneto è il Tribunale delle Imprese di Venezia e, nelle regioni del Nord, altri Tribunali delle Imprese sono, ad esempio, a Trieste, Torino, Milano)

- normalmente vi sono 5 grandi tipologie di vertenze in fase esecutiva: a) accertamento tecnico preventivo (che a sua volta è di due tipologie); b) vertenze aventi ad oggetto riserve che siano state o meno oggetto di accordo bonario; c) vertenze aventi ad oggetto profili economici che esulano dal problema delle riserve (esempio: penali, anticipazione, etc.); d) vertenze con istituti assicurativi relativi a problematiche di incasso di cauzioni; e) vertenze correlate e problematiche con i subappaltatori / fornitori, etc.

6. ITER DAL COLLAUDO ALL'EVENTUALE PROPOSIZIONE DEL GIUDIZIO IN SEDE CIVILE (GIUDICE ORDINARIO) DOPO LA FINE DEI LAVORI

Termine per la proposizione dei giudizi:

a) se accordo bonario ex art. 205, D.Lgs 50/2016 bisogna guardare la data in cui, ex art. 216, co.1. D.Lgs. 50/2016, è stato pubblicato il bando di gara o è stata inviata la lettera di invito:

- dal 1865 alla data di entrata in vigore del D.M. 145/2000 (giugno 2000): dieci anni per chiedere il capitale e cinque anni per chiedere gli interessi;
- dal giugno 2000 a giugno 2011 (data di entrata in vigore del D.P.R. 207/2010): sessanta giorni da quando la proposta di accordo bonario come formulata dalla S.A. viene rifiutata;
- da giugno 2011 a maggio 2017 (data di entrata in vigore del decreto correttivo al D.Lgs. 50/2016): dieci anni per chiedere il capitale e cinque anni per chiedere gli interessi;
- da maggio 2017 a tutt'oggi: sessanta giorni da quando la proposta di accordo bonario come formulata dalla S.A. viene rifiutata.

b) per ragioni diverse dall'accordo bonario e dipendenti da richieste economiche che prescindono dall'avvio di un accordo bonario o allorché questo non sia stato avviato per qualsiasi motivo: dieci anni per chiedere il capitale e cinque anni per chiedere gli interessi.