



Regione Toscana



RISPOSTE AI QUESITI

ANNO 2018



Risposte ai quesiti generali ed ai quesiti in materia di lavori pubblici e di servizi e forniture

Anno 2018

Regione Toscana Giunta Regionale
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti - Osservatorio sui contratti pubblici

Ulteriore documentazione è reperibile all'indirizzo internet:

<http://www.regione.toscana.it/-/supporto-agli-operatori-pubblici-in-materia-di-contratti-pubblici>

Giunta regionale - febbraio 2019

INDICE RISPOSTE AI QUESITI

Generali

Cig per concessione acque termominerali	pag. 4
Stima costi della sicurezza non soggetti a ribasso	pag. 8
Illeciti professionali e legittimità dell'esclusione	pag. 11

Lavori pubblici

Art. 102 D. Lgs n. 50/2016 -Collaudo e verifica di conformità	pag. 14
Avvalimento/Subappalto categorie SIOS	pag. 17
Art. 80 comma 4 D. Lgs. n. 50/2016 - Consorziata esecutrice	pag. 19
Impostazione gara ed art. 97	pag. 24
Principio di assorbenza categorie specialistiche	pag. 28
Project financing e contratto di disponibilità	pag. 31
Verifica di congruità e costo della manodopera	pag. 38
Subappalto – calcolo quota 30%	pag. 43

Servizi e Forniture

Affidamento servizi ingegneria e architettura	pag. 48
Gara per la gestione di asilo nido – cooperative sociali	pag. 53
Art. 93 D. Lgs n. 50/2016-Garanzia provvisoria per servizi tecnici	pag. 57
Partecipazione a gara di operatore extraeuropeo	pag. 60
Servizio di informatizzazione cartografia con procedura GIS	pag. 65
Servizio gestione canile comunale	pag. 68
Procedura negoziata art 36 D. Lgs n. 50/2016 - Incompatibilità	pag. 72



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Cig per concessione acque termominerali

Oggetto:

Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.164.;

<p><u>Concessioni:</u></p> <p>Altro: concessione acque termali</p> <p>Con bando</p>	<p><u>Fase temporale:</u></p> <p>Stipula del contratto</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u></p> <p>Altro: CIG</p>
---	--

Quesito*:

Il Comune di Grosseto avendo già espletato un bando di procedura di evidenza pubblica per il rilascio di una concessione di coltivazione di un giacimento di acqua termo minerale, secondo quanto previsto dalla LRT n. 38 del 27/07/2004, si trova nella fase della sottoscrizione della specifica convenzione tra il soggetto concedente (Comune) ed il futuro soggetto concessionario, convenzione propedeutica al rilascio del successivo atto concessorio di sfruttamento dell'acqua termale suddetta. Ai sensi dell'art. 22, comma 5 della suddetta LRT 38/2004, infatti, *"La concessione è subordinata alla stipula di apposita convenzione tra Comune e soggetto concessionario"*.

Si chiede se il Comune può procedere alla stipula della convenzione o è obbligato ad acquisire preventivamente il CIG, rappresentando quanto segue.

L'Allegato II indicato all'art. 164 comma 1 del Codice dei Contratti individua le specifiche tipologie di concessioni per le quali devono essere applicate le norme del Codice. Tra queste tipologie non si rilevano attività riconducibili allo sfruttamento delle acque termali. Inoltre, considerato che le acque termali costituiscono patrimonio indisponibile della Regione (Art. 2 LRT 38/2004), si ritiene che il rilascio di una concessione termale rientri nelle fattispecie indicate nel secondo capoverso del comma 1 dell'art. 164 del codice dei Contratti e cioè *"In ogni caso, le disposizioni della*

presente Parte non si applicano ai provvedimenti, comunque denominati, con cui le amministrazioni aggiudicatrici, a richiesta di un operatore economico, autorizzano, stabilendone le modalità e le condizioni, l'esercizio di un'attività economica che può svolgersi anche mediante l'utilizzo di impianti o altri beni immobili pubblici."

Infine, si fa presente che la concessione di cui trattasi non è la concessione di un servizio, in quanto è relativa alla concessione di emungimento di acqua termale dal sottosuolo, né tanto meno sembra configurarsi come la concessione di un servizio al pubblico. Si tratta infatti di un contratto attivo in cui un soggetto privato sfrutterà un bene pubblico (acqua termale) pagando al Comune un canone.

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

In merito alle problematiche sottoposte, preliminarmente si evidenzia che le concessioni di coltivazione di un giacimento di acqua termo minerale trovano specifica e puntuale disciplina nella legge regionale della Toscana del 27.07.2004 n. 38 (Norme per la disciplina della ricerca, della coltivazione e dell'utilizzazione delle acque minerali, di sorgente e termali) e nel relativo regolamento di attuazione di cui al dpgr n. 11/R del 24.03.2009.

Per quanto riguarda l'inquadramento giuridico, in base alla normativa nazionale le acque minerali e termali sono considerate una merce e come tale destinata al consumo, che nel caso delle acque minerali si concretizza nell'imbottigliamento e sfruttamento commerciale. Secondo un consolidato orientamento della giurisprudenza (cfr. ex multis Consiglio di Stato 25 settembre 2009 n. 5765) le suddette concessioni si configurano come concessioni amministrative di beni pubblici in quanto assume rilievo la messa a disposizione di un bene pubblico (del demanio o del patrimonio indisponibile) dietro corresponsione di un canone da parte del concessionario, come rilevato

anche da ANAC nella delibera n. 219 del marzo 2016. L'Autorità nella suddetta delibera precisa che "la concessione delle sorgenti di acqua minerale si configura come concessione di beni, e non come concessione di servizi, ogni qual volta venga in rilievo la tutela e la valorizzazione del bene e non la prestazione di un servizio all'utenza; in tal caso, infatti, la concessione ha quale elemento centrale lo sfruttamento del bene (sorgente di acque termali) e quindi la sua utilizzazione per fini economici, e non per fini sociali, elemento essenziale, quest'ultimo, per poter legare un bene all'utilizzazione dello stesso per fini sociali e far prevalere siffatta utilizzazione a fini sociali sull'assegnazione del bene al soggetto che lo utilizza."

Da ciò consegue che, a condizione che assuma rilievo preminente la messa a disposizione di un bene pubblico (del demanio o del patrimonio indisponibile) dietro corresponsione di un canone da parte del concessionario, le concessioni di coltivazione dei giacimenti di acque minerali non rientrano nell'ambito di applicazione oggettivo del codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. n. 50/2016, anche in considerazione del fatto che si tratta di contratti attivi.

Ai fini del rilascio delle suddette concessioni risulta comunque necessario il rispetto di procedure di evidenza pubblica per la selezione del concessionario, trovando applicazione i principi dell'articolo 81 del Trattato UE e del Codice dei Contratti pubblici, quali i principi di *par conditio*, imparzialità e trasparenza.

Per i profili di interesse si rileva che l'autorità competente per le problematiche relative al CIG, previsto dall'art. 3 della L. n. 136/20101 (Piano straordinario contro le mafie, nonché delega al Governo in materia di normativa antimafia) è ANAC e pertanto si suggerisce all'Amministrazione comunale di rivolgersi all'Autorità Nazionale per un definitivo chiarimento. In ogni caso, per quanto da voi indicato, la fattispecie sottoposta sembrerebbe rientrare tra le concessioni amministrative di beni pubblici, ed il rilascio deve essere effettuato mediante la procedura ad evidenza pubblica disciplinata dagli articoli 14 e seguenti della legge regionale n. 38/2004, oltre che dal relativo regolamento di attuazione di cui al dpgr 24.03.2009 n. 11/R e dallo specifico regolamento comunale ai sensi dell'art. 14 comma 12, nel rispetto dei principi di cui al Trattato UE e del Codice dei contratti pubblici come sopra indicato. Di conseguenza non risulterebbe

necessaria l'acquisizione del CIG, tenuto conto che si tratta di contratti attivi. Ciò anche in base alla delibera ANAC n. 556 del 31.05.2017 "Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 recante "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'articolo 3 della legge 13 agosto 2010 n. 136", nella quale si lega la richiesta di CIG ai contratti comunque passivi. Tenuto conto delle finalità della legge n. 136/2010 sopra richiamata, si suggerisce in ogni caso di adottare le misure necessarie ad assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari finalizzata a prevenire infiltrazioni criminali (art 3 comma 1 L.136/2010).



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Stima costi della sicurezza non soggetti a ribasso

Oggetto:

Prezzario dei lavori pubblici della Regione Toscana (anno 2018), con particolare riferimento ai prezzi sulla sicurezza, di cui al D.Lgs 81/2008

Appalti:

- Lavori
- Servizi
- Forniture
- Misti

Concessioni:

- Lavori
- Servizi
- Altro

Fase temporale:

- Antecedente il bando o la lettera di invito
- Svolgimento gara
- Controlli in gara
- Controlli post gara
- Stipula del contratto
- Esecuzione del contratto
- Collaudo
- Eventuale pre-contenzioso
- Altro.....

Importo:

- Sotto soglia comunitaria
- Sopra soglia comunitaria

Contratti:

- Settori ordinari
- Settori speciali
- Esclusi

Tematiche specifiche:

- RUP
- SOA
- DURC
- DUVRI
- Offerta economicamente più vantaggiosa
- Composizione commissione aggiudicatrice
- Accesso ai documenti di gara
- Incentivo progettazione
- Tracciabilità
- Altro **STIMA COSTI DELLA SICUREZZA NON SOGGETTI A RIBASSO**

Procedura di affidamento:

- Aperta
 - Ristretta
 - Negoziata
 - Dialogo competitivo
 - Accordo quadro
 - Project financing
 - Mercato elettronico
 - Asta elettronica
- Con bando
 Senza bando
 Cottimo fiduc.
 Amm.^{ne} diretta

Quesito*:

All'interno del Prezzario dei lavori pubblici della Regione Toscana 2018, è presente la voce relativa ai costi da stimare per la sicurezza (**TOS18_17**) nel rispetto del D.Lgs 81/2008 e s.m.i.; tale voce è poi articolata nelle varie sotto-voci.

In base al D.Lgs 81/2008, tutti i costi relativi all'apprestamento di cantiere, recinzioni, baracche, ponteggi, opere di sostegno e protezione, ecc. devono essere computati in maniera analitica e vanno a formare una parte dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso (l'altra parte dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso è data dai costi relativi al coordinamento, informazione, ecc.).

Nello stimare tale costi per l'apprestamento del cantiere, il Prezzario Regionale riporta

il costo della singola voce a cui si sommano le spese generali (15%), ma non viene considerato, a sommare, anche l'utile di impresa (10%).

La domanda è quindi: nella stima dei costi della sicurezza non soggetti a ribasso relativi alle varie opere di apprestamento del cantiere, di cui alla voce TOS18_17, si devono considerare i singoli prezzi unitari così come forniti dal Prezzario Regionale (ovvero senza utile di impresa), oppure l'utile di impresa deve essere comunque considerato ed è compito del progettista stimarne l'entità?

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto, la risposta è positiva per la prima delle opzioni da voi indicate in quanto, come risulta nella nota metodologica che di seguito si riporta, i prezzi unitari contenuti nella tipologia 17 "SICUREZZA", se usati nell'ambito del computo del PSC, vanno utilizzati così come forniti dal Prezzario Regionale ovvero senza utile di impresa.

Come risulta dalla nota metodologica del prezzario 2018, "gli articoli contenuti nella tipologia 17 "SICUREZZA (Dlgs 81/2008 e s.m.i.)", se inseriti dal Coordinatore della Sicurezza in fase di progettazione all'interno del Piano di Sicurezza e Coordinamento, rappresentano la quota di costo di un'opera da non assoggettare a ribasso d'asta nelle offerte delle imprese. I relativi prezzi sono stati pubblicati comprensivi unicamente della quota relativa alle spese generali (15%), ossia sono privi della quota di utile di impresa (10%) in quanto, trattandosi di costi per la sicurezza non soggetti - per legge - a ribasso d'asta in sede di offerta, sono sottratti alla logica concorrenziale di mercato. I costi così stimati non saranno ribassabili e verranno riconosciuti per le quantità

eseguite. Analogamente, l'eventuale utilizzo degli articoli contenuti nella Tipologia 17 per lavorazioni non finalizzate specificatamente alla sicurezza, dovrà preventivamente prevedere l'aumento dei valori di costo fornito della relativa quota di utile (coefficiente unico pari a 1,10), e i valori così stimati dovranno essere sottoposti a ribasso d'asta.”

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.



Regione Toscana

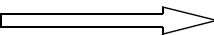
*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Illeciti professionali e legittimità dell'esclusione

<u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture DLgs. 50/2016- art. 80 c. 5 lett. c; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> LavoriServizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito X Svolgimento gara X Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> X Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro: gravi illeciti professionali dichiarati nel DGUE e esclusione concorrente
<u>Procedura di affidamento:</u> X Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro ... Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*:

Premesso che, in fase di verifica della documentazione/dichiarazioni amministrative a corredo dell'offerta presentata da un concorrente, è stato riscontrato nel DGUE che la stessa ha dichiarato di aver commesso gravi illeciti professionali ed enunciato alcune misure di "self cleaning" adottate (si allega la parte interessata del DGUE). Da una visura nella sezione delle Annotazioni riservate di ANAC, sono state riscontrate alcune segnalazioni di altre stazioni appaltanti relative a risoluzioni contrattuali per gravi illeciti professionali inerenti inadempimenti contrattuali (Comune Calderara di Reno e Comune di Sulmona) e ad esclusioni da procedure di gara disposte a seguito della verifica degli illeciti commessi che avevano condotto alle suddette risoluzioni contrattuali ed altre

motivazioni (Comune di Firenze, Unione dei Comuni di Valle del Savio e Comune di Lignano Sabbiadoro). Allo scopo si allega estratto delle Annotazioni ANAC.

Inoltre in una relazione allegata al DGUE presentato in gara (denominata "Suballegato 1" che si allega alla presente) si evidenzia una ulteriore risoluzione contrattuale effettuata dall'Azienda Ospedaliera di Brotzu a seguito della constatazione di gravi inadempimenti contrattuali.

Avverso alla risoluzione disposta dal Comune Calderara di Reno, risulta pendente un ricorso innanzi al Tribunale di Bologna per accertamento tecnico preventivo (come si desume dalle annotazioni riservate ANAC oltre che dal documento allegato e denominato "relazione su risoluzioni subite" - vedi infra).

Avverso alla risoluzione disposta dal Comune di Sulmona, risulta essere stata presentata dall'impresa una formale diffida al Comune nonché una memoria difensiva presso l'ANAC (come si desume dal documento allegato e denominato "relazione su risoluzioni subite" - vedi infra).

Avverso alla risoluzione disposta dall'Azienda Ospedaliera di Brotzu, risulta essere stata presentata dall'impresa una formale diffida all'Azienda nonché ricorso ex art. 700 C.P.C. innanzi al tribunale di Firenze con udienza fissata per il 14 marzo p.v. (come si desume dal documento allegato e denominato "relazione su risoluzioni subite" - vedi infra).

Riguardo alle esclusioni da procedure di gara, si evidenzia che:

- le esclusioni disposte dal Comune di Firenze e dell' Unione dei Comuni di Valle del Savio, sono motivate dall'evidente inaffidabilità dell'impresa desunta dalle risoluzioni contrattuali operate dai Comuni di Sulmona e Calderara di Reno
- l'esclusione disposta dal Comune di Lignano Sabbiadoro, è motivata dal verificarsi della simultanea partecipazione alla medesima procedura di appalto, sia del consorzio che di un consorziato.

A quanto sopra si aggiunge che anche questa S.A. ha in corso un appalto con l'impresa di cui trattasi, relativamente al quale ed a seguito dei notevoli ritardi nell'esecuzione dei lavori appaltati, sia il RUP che la Direzione Lavori hanno contestato con appositi verbali le inadempienze ed in ultimo (in data 11.1.2018), avendo il RUP prospettato la risoluzione contrattuale, si è addivenuti ad un accordo con cui l'impresa (trattandosi di consorzio) ha dichiarato di sostituire il consorziato esecutore per porre rimedio alle inadempienze e non aggravare ulteriormente i ritardi accumulati. Il suddetto accordo è stato accettato da questa S.A., per evitare il protrarsi dei tempi legati alla risoluzione contrattuale (verifica lavori eseguiti e contabilizzazione degli stessi) ed al successivo riappalto dei lavori.

Questa S.A. ha richiesto alla ditta interessata di fornire informazioni sugli illeciti segnalati e di spiegare nel dettaglio le misure di self clearing adottate. Pertanto si allega la documentazione trasmessa dal consorzio (chiarimenti 1, relazione su risoluzioni subite, documentazione allegata 1 e 2).

Stante le previsioni dell'art. 80 del DLGS 50/2018 e delle Linee Guida ANAC n.6 - capo 2.2.1 (aggiornate in ultimo in data 11.10.2017), si chiede un Vs. parere in merito alla legittimità dell'esclusione del concorrente

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente alle problematiche sottoposte, si prende atto della complessità e delicatezza della questione ed a tale fine si rimanda alle Linee Guida ANAC n. 6 di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 recanti "Indicazione dei mezzi di prova adeguati e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto di appalto che possano considerarsi significative per la dimostrazione delle circostanze di esclusione di cui all'art. 80, co.5, lett. c) del Codice", aggiornate al D. Lgs. n. 56 del 19.04.2017 con deliberazione del Consiglio n. 1008 dell'11 ottobre 2017. Le citate Linee guida costituiscono, infatti, il riferimento più significativo di supporto al RUP, chiamato in questo caso a valutare la portata e gli effetti dei molteplici illeciti professionali e delle carenze nell'esecuzione di un precedente contratto da voi descritti.

In generale occorre rilevare che lo scrivente Osservatorio nell'ambito dei compiti attribuiti ai sensi dell'articolo 9 della legge regionale n. 38/2007, di supporto alle stazioni appaltanti non ha competenza ad entrare nel merito delle valutazioni rimesse alla stazione appaltante.

Considerato anche l'alto rischio di contenzioso, per la questione in esame l'autorità competente a fornire indicazioni risulta sicuramente ANAC e pertanto si suggerisce di rivolgersi all'Autorità, richiedendo uno specifico parere in sede di precontenzioso.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Art. 102 Collaudo e verifica di conformità

Oggetto:

Collaudi e nomina dipendenti pubblici art. 102 del Dlgs. 50/2016

Appalti:

Lavori X
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria X

Contratti:

Settori ordinari X
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro: colaudatori

Procedura di affidamento:

Aperta
Ristretta
Negoziata
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica
Con bando
Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.^{ne} diretta

Quesito*:

E' stato richiesto alla Provincia da parte di un Comune, previo accordo di indicare due tecnici nell'ambito della commissione tecnico-amministrativa, di cui uno anche con compiti di collaudatore statico, nell'ambito dell'esecuzione di un'opera pubblica sopra soglia comunitaria.

Essendo i lavori di cui trattasi sopra soglia troverebbe applicazione il comma 7 lett. b) dell'art. 102 del Dlgs. 50/2016 per cui non possono essere affidati incarichi di collaudo e di verifica di conformità " ai dipendenti appartenenti ai ruoli della pubblica amministrazione in servizio, ovvero in trattamento di quiescenza per appalti di lavori pubblici di importo pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria di cui all'articolo 35 ubicati nella regione/regioni ove è svolta per i dipendenti in servizio, ovvero è stata svolta per quelli in quiescenza, l'attività di servizio ".

In base , poi, all' art. 216, comma 16, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 “Fino alla data di entrata in vigore del decreto previsto dall'articolo 102, comma 8, si applicano le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo X, nonché gli allegati e le parti di allegati ivi richiamate, del decreto del Presidente del Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.”

Sulla base di questa sintetica ricostruzione è, pertanto, possibile procedere alla nomina dei due tecnici nell'opera de qua di valore superiore alla soglia comunitaria?

* *In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto ed in base al quanto da voi indicato, per le problematiche in esame si rileva che nell'art. 102 (Collaudo e verifica di conformità) del Codice dei Contratti dal tenore letterale delle disposizioni di cui ai commi 6 e 7 si distinguono due diverse fattispecie.

Infatti si evidenzia che le disposizioni di cui al comma 6 riguardano l'ipotesi in cui la stazione appaltante effettua una ricerca del collaudatore all'interno, tra i propri dipendenti o tra i dipendenti di altre amministrazioni pubbliche mediante accordo, con qualificazione rapportata alla tipologia e caratteristica del contratto, in possesso dei requisiti di moralità, competenza e professionalità iscritti all'albo dei collaudatori nazionale o regionale di pertinenza come previsto al comma 8 dell'art 102.

Le disposizioni di cui al comma 7, invece, riguardano le ipotesi in cui la stazione appaltante effettua una ricerca del collaudatore all'esterno mediante affidamento dell'incarico di collaudo e di verifica di conformità. In questi casi

operano le incompatibilità elencate alle lettere a, b, c, d e d bis.

In ogni caso, ai sensi della disposizione transitoria di cui all'articolo 216 comma 16, fino all'entrata in vigore del decreto di cui al comma 8, continua a trovare applicazione la disciplina di cui agli artt. 215 e seguenti del DPR 207/2010 e pertanto le incompatibilità previste del comma 7 dello stesso articolo.

In base a quanto da voi indicato, il caso prospettato sembrerebbe da ricondurre alle fattispecie di cui al comma 6, rispetto ai quali non operano le incompatibilità del comma 7, anche se attualmente non trovano applicazione in base alla disciplina transitoria.

Pertanto, per le considerazioni sopra svolte e come anche da voi in parte ricostruito, la risposta al quesito posto è positiva. Per effetto della disposizione transitoria di cui all'articolo 216 comma 16, infine, la normativa di riferimento continua ad essere il Titolo X della Parte II del DPR 207/2010, e pertanto le cause di esclusione attualmente vigenti sono ancora quelle indicate al comma 7 dell'articolo 216 dello stesso DPR.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

Settore Contratti

*Osservatorio sui
contratti pubblici*



Avvalimento/Subappalto categorie SIOS

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 89 comma 11 D.Lgs. 50/2016.		
<u>Appalti:</u> Lavori	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> Avvalimento in SIOS
<u>Contratti:</u> Settori ordinari		
<u>Procedura di affidamento:</u> Negozziata	→	Senza bando

Quesito*:

Questa stazione appaltante deve procedere all'affidamento di un intervento dell'importo complessivo di € 95.384,13. Lo stesso riguarda le seguenti lavorazioni: lavori rientranti nella categoria prevalente OG1 per € 60.384,13; lavori rientranti nella categoria scorporabile OS4 per € 35.000.

Trattasi di lavori relativi alle opere murarie per l'adeguamento di un ascensore. In considerazione del fatto che la categoria OS4 rientra tra quelle, indicate dal D.M. 248/2016 come SIOS, per le quali l'art. 89 comma 11 del D.Lgs. 50/2016 esclude il ricorso all'avvalimento, si chiede un vostro parere in merito alla possibilità di ricorrere o meno, ai fini della qualificazione nella suddetta categoria, all'istituto dell'avvalimento, in considerazione dell'importo delle lavorazioni in essa rientranti.

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto e per quanto da voi indicato, in primo luogo occorre considerare che trattandosi di lavori di importo complessivo inferiore a 150.000 euro, l'indicazione delle categorie (OG1 e OS30) è finalizzata soltanto ad individuare la tipologia delle lavorazioni, in quanto il sistema di qualificazione obbligatoria opera per gli importi pari o superiori al suddetto importo, mentre per gli importi inferiori continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III del DPR n. 207/2010, ovvero l'articolo 90.

In secondo luogo, riguardo all'applicazione del divieto di avvalimento per le "categorie SIOS" negli appalti di lavori inferiori a 150.000 euro, il suddetto divieto non trova applicazione in quanto le disposizioni di cui all'articolo 89 comma 11 e del DM n. 248/2016 riguardano esclusivamente il sistema a qualificazione obbligatoria delle categorie e quindi i lavori di importo superiore a 150.000. Di conseguenza, negli appalti di lavori inferiori a 150.000 euro gli operatori economici possono ricorrere all'avvalimento anche nelle ipotesi di lavorazioni riconducibili alle SIOS e per importi superiori al 10% dell'importo totale dei lavori. Ciò anche in considerazione delle corrispondenze tra le categorie, di cui alla deliberazione n. 165 dell'11.06.2003 di ANAC (AVCP).



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Art. 80 comma 4 D. Lgs. n. 50/2016 - Consorziata esecutrice

<u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara X Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> X Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità X Certificazione regolarità fiscale Agenzia della Entrate
<u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta X Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta X Art. 36 c. 2 lett b) Dlgs 50/2016	

Quesito*:

In data ...è stata inoltrata apposita lettera di invito a procedura negoziata semplificata, (preceduta da manifestazione di interesse) a n. 15 ditte precedentemente sorteggiate.

Alla data di scadenza, sono pervenute a questo Ente n. 11 offerte tramite il sistema telematico START.

In data si è proceduto all'apertura delle buste contenente i documenti amministrativi. La verifica della documentazione amministrativa si è conclusa, in seconda seduta, in data , con l'ammissione, di tutte e 11 ditte, all'apertura dell'offerta economica.

Prima dell'apertura delle offerte economiche, essendo le offerte ammesse num. 11, al fine

di individuare la soglia di anomalia per la congruità delle offerte presentate, si è proceduto al sorteggio (eseguito dal sistema START) di uno dei cinque metodi elencati all'art. 97 comma 2 del Dlgs 50/2016 e succ. m. e i. . Il metodo sorteggiato è stato quello identificato con la lettera e).

Alla conclusione di tutta la procedura, è risultata essere provvisoriamente aggiudicataria la A.T.I. : XXXXX con sede in _____ (Mandataria) e YYYYYY snc con sede in _____ (Mandante). Si fa presente che la mandataria è un consorzio così come definito all'art. 45 c. 2 lett b) del Dlgs 50/2016 e per cui ha indicato in sede di gara, di concorrere per la ditta consorziata ZZZZZ di _____ ditta individuale con sede in _____. I suddetti verbali e quindi la proposta di aggiudicazione è stata "approvata" con determina, dando atto che la proposta sarebbe stata soggetta a successiva aggiudicazione definitiva con atto/determinazione del Responsabile di Area, previa verifica dell'assenza dei motivi di esclusione si cui all'art. 80 del Dlgs 50/2016 e succ. m. e i e del possesso dei requisiti di cui all'art. 83 comma 1 del Codice contratti.

Pertanto a seguito di quanto sopra indicato, la sottoscritta ha provveduto a richiedere agli Enti preposti i vari certificati, atti a verificare la veridicità delle dichiarazioni inoltrate dalle ditte: XXXX, YYYYYY e ZZZZZ.

In data , ci è pervenuto anche il certificato dei carichi pendenti dell'Agenzia delle Entrate di _____ che ci segnala che, mentre il XXXX e la YYYYYY snc sono in regola con il pagamento delle imposte e tasse, per la Ditta consorziata individuata al fine della realizzazione dell'intervento, risultano violazioni gravi definitivamente accertate (circa 50.000,00 euro).

A seguito di quanto sopra, ha inoltrato alla mandataria la seguente PEC:

"Oggetto: Lavori di Ristrutturazione conservativa e adeguamento alla normativa antincendio del Teatro degli oscuri in Torrita di Siena"- Codice CUP B94F18000000005 – Codice CIG 74504154F4 – Richiesta chiarimenti e/o integrazioni

In relazione alla gara di cui in oggetto, a Voi aggiudicata provvisoriamente come da verbali di gara del 25.05.2018 e del 06.06.2018 approvati con determina num. , si fa presente che a seguito della verifica effettuata per il controllo delle dichiarazioni di cui all'art. 80 del codice dei contratti è emerso che la Ditta consorziata esecutrice individuata in sede di gara, ZZZZ di _____ con sede in _____ - (che ha a sua volta presentato dichiarazioni sui requisiti morali), non è in regola con il pagamento delle imposte e tasse (imposte non versate per l'anno) come da certificato dei carichi pendenti trasmesso dall'Agenzia delle Entrate di P e quindi definitivamente accertate, per un somma complessiva che supera il limite indicato all'art. 48 bis comma 1-2 DPR 602/1973 e per cui considerate violazioni gravi.

Ricordo che l'art. 80 comma 4) del Dlgs 50/2016 e succ. m. e i. prevede che:

"4. Un operatore economico è escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se ha commesso violazioni gravi, definitivamente accertate, rispetto agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali, secondo la legislazione italiana o quella dello Stato in cui sono stabiliti. Costituiscono gravi violazioni quelle che comportano un omesso pagamento di imposte e tasse superiore all'importo di cui all'[articolo 48-bis, commi 1 e 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 29 settembre 1973, n. 602](#). Costituiscono violazioni definitivamente accertate quelle contenute in sentenze o atti amministrativi non più soggetti ad impugnazione. Costituiscono gravi violazioni in materia contributiva e previdenziale quelle ostantive al rilascio del documento unico di regolarità contributiva (DURC), di cui all'[articolo 8 del decreto del Ministero del lavoro e delle politiche sociali 30 gennaio 2015, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale n. 125 del 1° giugno 2015](#), ovvero delle certificazioni rilasciate dagli enti previdenziali di riferimento non aderenti al

sistema dello sportello unico previdenziale. Il presente comma non si applica quando l'operatore economico ha ottemperato ai suoi obblighi pagando o impegnandosi in modo vincolante a pagare le imposte o i contributi previdenziali dovuti, compresi eventuali interessi o multe, purché il pagamento o l'impegno siano stati formalizzati prima della scadenza del termine per la presentazione delle domande.

L'importo indicato all'art. 48 bis del DPR 602/1973 è pari ad euro 5.000,00. Altresì lo stesso articolo indica che "La presente disposizione non si applica alle aziende o società per le quali sia stato disposto il sequestro o la confisca ai sensi dell'articolo 12-sexies del decreto-legge 8 giugno 1992, n. 306, convertito, con modificazioni, dalla legge 7 agosto 1992, n. 356, ovvero della legge 31 maggio 1965, n. 575, ovvero che abbiano ottenuto la dilazione del pagamento ai sensi dell'articolo 19 del presente decreto"

Pertanto alla luce di quanto sopra, si richiede di inoltrare a questo Ente tramite PEC, entro e non oltre 10 gg dal ricevimento della presente, i documenti necessari atti a dimostrare l'eventuale ottenimento da parte della ditta consorzata ZZZZ di _____, della dilazione dei pagamenti e/o accordo in tal senso con l'Agenzia delle Entrate/Equitalia. Tale dilazione deve essere stata concessa prima della data di scadenza del termine di presentazione delle offerte (24.05.2018).

Si ricorda che tutti i soggetti che a qualunque titolo concorrono all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei requisiti morali di cui all'art. 80 del Codice dei Contratti, e pertanto in questo caso dovevano essere in regola, alla data di scadenza dell'offerta, sia il XXXXXX (quale mandataria), sia la consorzata individuata ZZZZ di _____ che la YYYYYY snc (quale mandante).

Qualora entro tale data non pervenissero i documenti giustificativi richiesti, ci vedremo costretti ad applicare quanto indicato al comma 6 dell'art. 80 del Codice Contratti, che cita:

"6. Le stazioni appaltanti escludono un operatore economico in qualunque momento della procedura, qualora risulti che l'operatore economico si trova, a causa di atti compiuti o omessi prima o nel corso della procedura, in una delle situazioni di cui ai commi 1,2, 4 e 5"

e quindi a revocare/annullare la determinazione n. 683 del 06.06.2018 di aggiudicazione provvisoria e ad escludere dalla gara l'Ati XXXX (Mandataria) e YYYYYY SNC (Mandante), ai sensi del combinato disposto dei commi 4 e 6 dell'art. 80 Dgls 50/2016 e succ. m. e i., per carenza dei requisiti morali della ditta consorzata esecutrice ZZZZ di _____, indicata in fase di offerta di gara.

Distinti saluti"

Alla data odierna, non è pervenuto a questo Ente, nessun documento a comprova di quanto sopra richiesto e da una ns ulteriore verifica presso l'Agenzia delle Riscossioni, non risulta vi siano richieste di rateizzazioni. Pertanto chiedo:

- a) Devo procedere alla revoca della proposta di aggiudicazione provvisoria, per dichiarazione mendace della Ditta consorzata esecutrice, circa il rispetto del pagamento delle imposte e tasse e procedere successivamente anche all'escussione della Polizza anche se alla fine sia la mandataria che la mandate risultano in regola?
- b) Devo procedere a fare la segnalazione all'Anac, per dichiarazione mendace, indicando solo la consorzata YYYYY oppure indicando anche il consorzio XXXX che forse dovrebbe comunque tenere sotto controllo le proprie consorziate?
- c) Dovendo revocare la proposta di aggiudicazione, procedendo quindi contemporaneamente all'esclusione dalla gara della ATI sopra detta, devo riaprire i termini di gara e quindi procedere con il nuovo calcolo dell'anomalia facendo pertanto rientrare in gioco tutti i concorrenti, oppure assegno l'appalto alla seconda classificata?

Rimango in attesa di un vs cortese risposta quanto prima possibile. Grazie.

* *In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente ai quesiti posti si rileva che in passato la questione è stata al centro di pronunce giurisdizionali e pareri dell'Autorità di vigilanza. Sul punto si riporta la sentenza del TAR Lazio, Roma, Sez. II, 3 agosto 2016, n. 9036, secondo cui "la regolarità contributiva e fiscale, richiesta dall'art. 38 del -previgente - d.lgs. n. 163/2006 (e oggi dall'art. 80 del d.lgs. n. 50/2016), deve essere mantenuta per tutto l'arco di svolgimento della gara, fino al momento dell'aggiudicazione. La stazione appaltante deve infatti poter verificare l'affidabilità del soggetto partecipante alla gara fino alla conclusione della stessa, restando irrilevante un eventuale adempimento tardivo degli obblighi contributivi e fiscali, ancorché con effetti retroattivi, giacché la (ammissibilità della) regolarizzazione postuma si tradurrebbe in un'integrazione dell'offerta, configurandosi come violazione della *par condicio*". In tal senso TAR Lazio Roma n. 8011 del 17 luglio 2018.

Riguardo alla questione sottoposta, si richiama la disposizione di cui all'articolo 48 comma 7 bis del nuovo codice dei contratti, introdotto con il Decreto correttivo, secondo cui "per le ragioni indicate ai successivi commi 17, 18 e 19 o per fatti o atti sopravvenuti è consentito ai consorzi di cooperative e ai consorzi stabili di designare ai fini dell'esecuzione dei lavori o dei servizi un'impresa consorziata diversa da quella indicata in sede di gara a condizione che la modifica soggettiva non sia finalizzata ad eludere in tale sede la

mancanza di un requisito di partecipazione in capo all'impresa consorziata.

Ciò posto nel caso in esame, qualora non vi sia alcun riscontro alla pec da voi inviata alla consorziata esecutrice - considerato anche l'attuale periodo di ferie, relativamente ai quesiti indicati sotto **la lettera a)**, si concorda con la necessità di revocare l'aggiudicazione provvisoria per mancanza di un requisito di partecipazione ex art. 80 del D. Lgs. n. 50/2016, procedendo all'escussione della cauzione.

Relativamente ai quesiti di cui alla **lettera b)**, occorre procedere alla segnalazione all'ANAC per falsa dichiarazione indicando solo la consorziata esecutrice; per i quesiti di cui alla **lettera c)** si suggerisce lo scorrimento della graduatoria e di procedere all'aggiudicazione provvisoria nei confronti della seconda classificata e all'effettuazione dei controlli nei confronti della stessa, senza che sia necessario effettuare nuovo calcolo dell'anomalia.

Si resta a disposizione per eventuali approfondimenti.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Impostazione gara e art. 97

Oggetto:

X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;

Appalti:

X Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

X Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:

X Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro.....

Procedura di affidamento:

X Aperta	
Ristretta	Con bando
Negoziata	Senza bando
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.
Accordo quadro	Amm. ^{ne} diretta
Project financing	
Mercato elettronico	
Asta elettronica	

Quesito*:

Dobbiamo procedere all'espletamento di una gara di appalto procedura aperta per l'affidamento dei lavori di realizzazione del canale di by pass idraulico dell'invaso artificiale denominato

L'importo complessivo dei lavori ammonta a euro 1.311.001,73 di cui euro 60.000,00 per oneri per la sicurezza.

Le categorie di cui si compone l'opera sono:

OG8 euro 766-979,26

OG3 euro 308.793,42

OS 21 euro 175.229,05

Avremmo bisogno di sapere:

1. Sono corrette le indicazioni di seguito riportate:

CATEGORIA	%	QUALIFICAZIONE Obbligatoria SI/NO	Subappalto	AVVALIMENT O
OG8 classifica III° PREVALENTE	61,31	SI	Max 30% dell'importo complessivo	SI
OG3 classifica II° (anche con I° incrementata del 20%) SCORPORABIL E	24,68	SI	Per intero (incide sul limite del 30% dell'importo complessivo)	SI
OS21 classifica I° SIOS SCORPORABIL E	14,01	SI	Max 30% dell'importo delle categoria (non incide sul limite del 30% dell'importo complessivo)	no

Per la partecipazione alla gara è richiesto:

- d) attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, in corso di validità, nella categoria prevalente OG8 classifica III o superiore, nonché essere in possesso della certificazione di qualità aziendale ai sensi dell'art. 63 del D.P.R. 207/2010;
- e) attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, in corso di validità, nella categoria scorporabile OG3 classifica I o superiore; essendo la categoria OG3 a qualificazione obbligatoria le relative lavorazioni possono essere eseguite solo se in possesso di attestazione SOA, in caso contrario l'operatore economico può:
- A) ricorrere all'avvalimento ai sensi dell'art. 89 del D. Lgs 50/2016 e s.m.i.;
 - B) ricorrere al subappalto dell'intera categoria ed in tal caso la quota subappaltata deve essere posseduta con riferimento alla prevalente (non vi è la necessità di aumentare la classifica della OG8);
 - C) costituire un raggruppamento temporaneo di tipo verticale con mandataria

qualificata nella OG8

- f) attestazione di qualificazione, rilasciata da una SOA regolarmente autorizzata, nella categoria scorporabile OS21 classifica I o superiore; essendo la categoria OS21 una SIOS qualora l'operatore economico non sia qualificato per detta categoria dovrà obbligatoriamente costituire un raggruppamento di tipo verticale, non è ammesso l'avvalimento di cui all'art. 89 del D. Lgs. 50/2016.
2. Il criterio di aggiudicazione sarà quello del prezzo più basso, con l'esclusione automatica ex art. 97 comma 8 D. Lgs. 50/2016, nel caso in cui le offerte ammesse fossero inferiore a 10 come si deve procedere:
- a) Se il numero delle offerte ammesse è pari o superiore a cinque, sorteggiare uno dei metodi indicati nell'art. 97 comma 2 e procedere alla valutazione delle offerte risultate anomale (di tutte quelle anomale o solo della prima?);
 - b) A prescindere dal numero delle offerte ammesse (più o meno di cinque) non effettuare il sorteggio e valutare ai sensi del comma 6 dell'art. 97 le offerte che appaiano anormalmente basse.

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto, riguardo al punto 1) si concorda quanto da voi indicato in rapporto alle categorie delle lavorazioni, alla qualificazione delle medesime, al subappalto e avvalimento. Riguardo a quanto indicato alla lettera C) si ricorda che per le lavorazioni della categoria OS21 è possibile procedere anche al subappalto fino al 30% che non incide sul 30% dell'importo complessivo, come anche da voi indicato nel prospetto.

Relativamente al punto 2), si precisa quanto segue:

- 1) riguardo all'anomalia, l'esclusione automatica si può prevedere nel bando quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e per importi inferiori alla soglia comunitaria e non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci;
- 2) nel caso in cui il numero delle offerte sia inferiore a 10 ma pari e superiore

a 5, si procede sorteggiando uno dei metodi di cui al comma 2 in base al quale sarà possibile individuare le offerte anomale. L'art. 97, comma 2, citato prevede che la Stazione appaltante proceda obbligatoriamente alla verifica di congruità delle offerte risultate, in base alla formula sorteggiata, anormalmente basse. La verifica deve essere effettuata a partire dalla prima migliore offerta, se la stessa è risultata anomala, proseguendo (eventualmente) a verificare le successive fino a individuare la prima offerta non anomala.

3) Nel caso in cui il numero delle offerte sia inferiore a 5, non è possibile procedere a sorteggiare i metodi di cui al comma 2, come stabilito dal comma 3 bis, e si procede ai sensi del comma 6, secondo cui "la stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Pertanto se l'offerta che ha il massimo ribasso appaia anormalmente bassa, la stazione appaltante può procedere alla verifica di congruità, procedendo poi a valutare le successive fino ad individuare la migliore offerta non anomala.



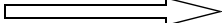
Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi
Settore Contratti*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*



Principio di assorbimento categorie specialistiche

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro..... PRINCIPIO DI ASSORBENZA OG11 CLASSIFICA DI IMPORTO ..
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*:

Visti:

- l'art. 79 comma 16 D.P.R. n. 207/2010:

L'impresa qualificata nella categoria OG 11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS 3, OS 28 e OS 30 per la classifica corrispondente a quella posseduta.

- l'art. 3 comma 2 D.M. 248/2016:

L'operatore economico in possesso dei requisiti di cui al comma 1 lettera c) nella categoria OG11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS3, OS28 e OS30 per la classifica corrispondente a quella posseduta.

- il parere di precontenzioso ANAC – delibera n. 6 dell'11 gennaio 2017:

La classifica della OG11 deve essere sufficiente a coprire la somma degli importi delle singole categorie di opere specializzate OS28 e OS30.

Si chiede:

dato un importo a base di gara così suddiviso:

OG2	€ 750.000	55,15%	classifica III
OS28	€ 320.000	23,53%	classifica II
<u>OS30</u>	<u>€ 290.000</u>	21,32%	classifica II
TOTALE	€ 1.360.000		

secondo il principio di "assorbenza", la OG11 che l'operatore economico può "spendere" per coprire entrambe le categorie OS28 e OS30 deve avere una classifica che copra la somma degli importi delle due categorie? Cioè OG11 in III che copra € 610.000 (€ 320.000 + € 290.000)?

Oppure è sufficiente una OG11 in II classifica (corrispondente alla classifica richiesta in ciascuna delle OS)?

RISPOSTA al quesito

premesse

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Come previsto dal nuovo Codice degli appalti pubblici D.Lgs.50/2016, fino all'adozione delle linee guida dell'ANAC continuano ad applicarsi, in quanto compatibili, le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III (articoli da 60 a 96: sistema di qualificazione delle imprese) del D.P.R. 207/2010. Ai sensi dell'art.79 comma 16 del succitato D.P.R. 207/2010 "l'Impresa qualificata nella cat. OG11 può eseguire i lavori in ciascuna delle categorie OS3, OS28 e OS30 per la classifica corrispondente a quella posseduta. Si tratta di una norma regolamentare che codifica il principio dell'assorbimento delle categorie speciali in quella generale OG11 attribuendo agli operatori economici qualificati nella categoria OG11 l'abilitazione ad eseguire le lavorazioni specialistiche delle categorie OS3, OS28 e OS30.

Ciò posto, relativamente al primo quesito in esame la risposta è positiva, in quanto occorre che il possesso della qualifica nell'OG11 copra l'intero importo delle lavorazioni specialistiche previste. La risposta al secondo quesito posto è conseguentemente negativa.

In ogni caso, per la questione sottoposta è comunque sufficiente il possesso della seconda classifica, in quanto la seconda classifica (fino a 516.000 €) incrementata di un quinto risulta sufficiente a coprire la somma degli importi delle lavorazioni specialistiche da voi indicate.

Per completezza, infine si ricorda che ai sensi dell'art 3 comma 1 del DM 10 novembre 2016 n. 248, l'impresa deve dimostrare di possedere - per ciascuna delle categorie di opere specializzate - almeno la percentuale dei requisiti di ordine speciale (70%) previsti per l'importo corrispondente alla classifica richiesta.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Project financing e contratto di disponibilità

Oggetto:

X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;
.....

Appalti:

Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi X
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito X
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria X

Contratti:

Settori ordinari X
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro: project financing gestione mensa centralizzata da realizzare su immobile privato da cedere al Comune

Procedura di affidamento:

Aperta	
Ristretta	
Negoziata	Con bando
Dialogo competitivo	Senza bando
Accordo quadro	Cottimo fiduc.
Project financing X	Amm. ^{ne} diretta
Mercato elettronico	
Asta elettronica	

Quesito*:

Premesso che questa Amministrazione intende realizzare un centro cottura e lavaggio unico per la fornitura di pasti alle scuole presenti nel territorio comunale.

Il Comune non dispone di un immobile da adibire a tale scopo e intende procedere con un project financing progettazione, realizzazione (in area di

proprietà comunale) e successiva gestione del servizio connesso.

Allo scopo, un soggetto privato vuole presentare la seguente proposta:

- realizzare il centro cottura in un immobile di proprietà privata,
- individuare quale oggetto del project la sola gestione del servizio
- stabilire quale remunerazione sia la tariffa pagata dagli utenti che eventuali altri utilizzi della struttura (quale preparazione pasti per altri soggetti privati presenti nel territorio
- in merito al trasferimento di proprietà del bene al Comune, quest'ultimo non dovrebbe effettuare pagamenti al proprietario privato che invece dovrebbe trovare la remunerazione della vendita attraverso la sola gestione del servizio nel corso del tempo di durata della concessione.

I dubbi sono:

- 1) se il project possa essere utilizzato per la sola gestione di un servizio (per esempio come è avvenuto al Comune di – – nel 2015, dove è stato affidato, con il suddetto strumento, il servizio di ristorazione scolastica)
- 2) se è possibile utilizzare il project su un bene che non è di proprietà comunale ma di un soggetto privato; ovvero se è più consono lo strumento del contratto di disponibilità (art. 188 DLgs 50/2016).
- 3) in caso di utilizzo del contratto di disponibilità, però il Comune non vorrebbe pagare alcun canone al gestore in cambio dell'uso del bene privato per l'erogazione di un servizio pubblico ma considerare assolto tale onere con i ricavi derivanti dal pagamento delle rette da parte degli utenti della mensa.

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente ai quesiti posti ed in base a quanto da voi rappresentato, sembra potersi ricavare che la questione sottoposta riguarda la realizzazione di un centro cottura e lavaggio unico per la fornitura di pasti alle scuole presenti nel territorio comunale, che comprende sia la realizzazione o comunque l'acquisizione di un immobile attrezzato sia lo svolgimento del servizio mensa che rientra nei settori speciali di cui allegato IX. Considerato che la scrivente

stazione appaltante intende procedere mediante un project financing, la disciplina di riferimento nel codice dei contratti pubblici è contenuta nella Parte IV "Partenariato pubblico privato e contraente generale ed altre modalità di affidamento" del D. lgs 18 aprile 2016, n. 50 come modificato dal D. lgs 19 aprile 2017, n. 56.

Al riguardo occorre premettere che il nuovo Codice ha profondamente innovato l'istituto della finanza di progetto rispetto al quadro normativo definito dal previgente Codice di cui al Dlgs n. 163/2006; gli aspetti salienti della nuova disciplina si possono sintetizzare nel tetto massimo al 49% per i contributi pubblici (era al 50% nella Merloni, eliminato nel 2002 e nel Codice 2006), limiti alla permuta (con retromarcia rispetto alle norme Monti), obbligo di fare il closing con le banche entro 12 mesi dal contratto (fino a ieri entro 24 mesi dall'ok al definitivo, molto meno rigido), revisione dell'equilibrio del Pef che non è un "diritto" del concessionario, come invece era fino a ieri in caso di variazioni apportate dalla Pa o da leggi, che lo portassero in disequilibrio. Si tratta di una "severità" in parte dettata dalle regole Eurostat sulla contabilizzazione in bilancio dei project financing, e recepite nella direttiva 2004, e in parte dettata dall'esperienza italiana, conseguente ad operazioni rivelatesi poco oculate e non adeguatamente istruite con conseguenze pesanti per le casse pubbliche.

Ciò premesso, in attesa che si definisca il dibattito sulla recente disciplina dettata dal Codice degli appalti per gli istituti oggetto della presente richiesta, si forniscono le risposte di seguito illustrate.

Quesito n. 1:

Relativamente al primo quesito posto, riguardo all'applicazione del project ai servizi, si rileva che è stato abrogato l'art. 278 del D.P.R. 05/10/2010, n. 207 che disciplinava il progetto di finanza di servizi; tuttavia, l'art. 179 "Disciplina comune applicabile", co. 3, del Dlgs n. 50 del 2016 amplia l'ambito di applicazione del progetto di finanza, disponendo che "le disposizioni della presente parte si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi".

Pertanto, in forza della suddetta disposizione, le norme della parte IV del

Codice si applicano, in quanto compatibili, anche ai servizi e da questo punto di vista, sulla base della normativa attualmente vigente, si ritiene di fornire una risposta positiva al primo quesito posto, in quanto nel nuovo Codice risulta possibile procedere all'affidamento della concessione di servizi mediante project financing.

Da questo punto di vista, come afferma l'ANAC, le stazioni appaltanti sono chiamate a definire con la massima attenzione i contenuti degli atti di gara e quelli contrattuali affinché "si versi in una effettiva operazione di partenariato¹ (Project Financing), prevedendo che il canone (..) sia retributivo della effettiva funzionalità del servizio e non dovuto in caso di totale disservizio ovvero sottoposto a penali automatiche che implicino un rischio operativo "rilevante e/o significativo" a carico del soggetto terzo."

A tale riguardo si ricorda il comunicato di ANAC del 14 settembre 2016, depositato il 10 ottobre 2016, con cui il Presidente ha inteso formulare alcuni rilievi agli enti locali in ordine all'utilizzo (improprio) dello strumento di Project Financing nell'affidamento del servizio di illuminazione pubblica. Avuto particolare riguardo al project financing, il Presidente dell'ANAC, Raffaele Cantone fa presente che a seguito di un'indagine conoscitiva condotta sul tema, è emerso "un utilizzo improprio dei contratti di partenariato pubblico-privato (PPP), in particolare della Finanza di Progetto, soprattutto da parte degli enti locali che adotterebbero lo schema concessorio – pur non ricorrendone i presupposti – per i vantaggi della relativa disciplina giuridica (elusione del "patto di stabilità"; traslazione nel futuro dell'onere finanziario dell'operazione)". L'utilizzo improprio richiamato dal Presidente dell'ANAC si registra quando nel contratto non si determina un'effettiva traslazione del rischio economico in capo al gestore (concessionario). Nel suddetto comunicato si richiama la differenza tra contratto di appalto e concessione: è nella seconda

¹) Ai sensi dell'art. 3 comma 1, lettera eee) per "«contratto di partenariato pubblico privato», [si intende] il contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore. Fatti salvi gli obblighi di comunicazione previsti dall'articolo 44, comma 1-bis, del decreto-legge 31 dicembre 2007, n. 248, convertito, con modificazioni, dalla *legge 28 febbraio 2008, n. 31*, si applicano, per i soli profili di tutela della finanza pubblica, i contenuti delle decisioni Eurostat."

che avviene l'allocazione a carico del concessionario del rischio di impresa, ossia dell'eventuale impossibilità di recuperare gli investimenti effettuati e quindi di coprire i costi sostenuti per erogare i servizi oggetto del contratto in condizioni operative normali (cfr. art. 5, Dir. 2014/24/UE e art. 3, lett. uu) d. lgs n. 50/2016).

Per completezza si osserva che l'esempio indicato, di una procedura espletata mediante project financing per la sola gestione del servizio da parte di un comune nell'anno 2015, era soggetta al codice precedente e da questo punto di vista non appare significativa per il caso prospettato in quanto nel nuovo codice l'istituto della finanza di progetto ha ricevuto una normativa più stringente come sopra ricordato.

Quesito n. 2:

Relativamente al quesito 2, si ricorda che al fine di incentivare la crescita in Italia il legislatore nazionale è intervenuto più volte nel corso degli ultimi anni sulle fattispecie contrattuali di matrice comunitaria riconducibili al c.d. Public-Private Partnership (PPP); in tale modo si è cercato di coinvolgere in maniera più efficace i capitali privati nella progettazione e realizzazione delle opere pubbliche. In particolare, l'art. 44, d.l. 24 gennaio 2012, n. 1 (c.d. "Cresci Italia" o "decreto-liberalizzazioni"), convertito, con modificazioni, dalla legge 24 marzo 2012, n. 27 s.m.i, ha introdotto nel corpo del d.lgs. 163/2006 il contratto di disponibilità. Nel nuovo codice dei contratti pubblici il contratto di disponibilità è disciplinato all'articolo 188 e rientra tra le tipologie di contratto assimilabili al concetto di partenariato pubblico privato per espressa previsione dell'art. 180 comma 8. In base alla definizione di cui all'art. 3 comma 1 lett. hhh), per contratto di disponibilità si intende un contratto caratterizzato dall'affidamento a un operatore privato, a proprio rischio e spese, della costruzione e della messa a disposizione a favore dell'amministrazione aggiudicatrice di un'opera che è di proprietà privata. Ciò permette all'Amministrazione di avere, dietro pagamento di un corrispettivo (cd. canone di disponibilità), la disponibilità di un'opera (privata) che viene destinata

all'esercizio del pubblico servizio senza dover sopportare i rischi connessi alla costruzione e manutenzione dell'opera stessa.

Ciò premesso, relativamente al quesito n. 2 si rileva che dall'esame della normativa del project non sembra derivare la possibilità di utilizzare l'istituto per un bene immobile che non sia di proprietà del committente ma di un soggetto privato. Infatti, per sua natura l'istituto della finanza di progetto si configura come una particolare forma di concessione di lavori pubblici che presuppone la proprietà dell'opera pubblica che viene realizzata e l'operatore economico si fa carico del rischio d'impresa inerente la realizzazione dell'opera commissionata dal committente pubblico ed il corrispettivo è funzione della gestione dell'opera stessa e della durata della concessione.

Da questo punto di vista, il richiamo al contratto di disponibilità non sembra del tutto coerente con lo schema da voi prospettato in quanto l'obiettivo del Comune non è solo quello di acquisire la disponibilità di un immobile, con eventuale riscatto, ma anche quello di acquisire un bene immobile attrezzato come centro di cottura e lo svolgimento del servizio. Ai sensi dell'art. 3 comm1 lettera hhh), "si intende per messa a disposizione l'onere assunto a proprio rischio dall'affidatario di assicurare all'amministrazione aggiudicatrice la costante fruibilità dell'opera, nel rispetto dei parametri di funzionalità previsti dal contratto, garantendo allo scopo la perfetta manutenzione e la risoluzione di tutti gli eventuali vizi, anche sopravvenuti". Da questo punto di vista, dallo schema del contratto di disponibilità resta escluso lo svolgimento del servizio.

Quesito n. 3:

Per quanto riguarda il terzo quesito, occorre evidenziare che nella definizione del contratto di disponibilità di cui all'art. 3, comma 1 lettera hhh) sopra citata, si fa riferimento ad un corrispettivo, tra cui il canone di disponibilità, che l'amministrazione pubblica deve pagare all'operatore economico per la messa a disposizione dell'opera di proprietà privata.

Nel caso da voi prospettato, occorre considerare anche l'erogazione del servizio pubblico di mensa scolastica. A tale riguardo si rileva che la retta per la mensa non sempre rappresenta il corrispettivo del servizio in quanto la relativa

determinazione avviene in base all'ISEE e per la fasce più deboli interviene il Comune con specifici contributi; inoltre occorre considerare il rischio d'incasso tenuto conto che non tutti gli aventi diritto assolvono al pagamento della retta, oltre al fatto che non tutti gli aventi diritto decidono di avvalersi del servizio mensa.

In considerazione di quanto sopra, si ritiene che qualora il Comune intenda ricorrere al contratto di disponibilità non risulta possibile sottrarsi al pagamento del corrispettivo.

Infine, considerate le specificità del caso in esame - chiarite anche per le vie brevi - e tenuto conto che il Comune non dispone di un immobile da adibire alla realizzazione delle opere necessarie per lo svolgimento del servizio di ristorazione scolastica, si suggerisce di valutare anche il ricorso al contratto di concessione ex artt. 164 e seguenti del codice.

La scelta tra gli strumenti disciplinati dal Codice, concessione o project financing, dipenderà in ultima analisi da quale aspetto la stazione appaltante intenderà maggiormente valorizzare, ovvero se l'acquisto dell'immobile attrezzato con il centro cottura oppure il servizio di mensa per le scuole, in questo caso facendo sistema anche con gli altri attori del territorio tra cui anche il GAL Appennino Aretino.

In ogni caso si fa presente la necessità di garantire l'applicazione dei CAM di riferimento, ovvero i "Criteri ambientali minimi per l'affidamento di servizi di progettazione e lavori per la nuova costruzione, ristrutturazione e manutenzione di edifici pubblici" di cui al decreto ministeriale 11 ottobre 2017, e il CAM per il servizio di ristorazione collettiva e la fornitura di derrate alimentari di cui al DM 25 luglio 2011 in corso di definizione, nonché le specifiche disposizioni dei settori speciali per i servizi di ristorazione (art 144 codice appalti).

Per i CAM si rinvia al seguente link: <http://www.minambiente.it/pagina/i-criteri-ambientali-minimi>.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

Settore Contratti

*Osservatorio sui
contratti pubblici*



Verifica di congruità e costo della manodopera

Oggetto:

X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;

Appalti:

Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:

Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

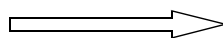
Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro.....

Procedura di affidamento:

Aperta
Ristretta
Negoziata
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Con bando
Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.^{ne} diretta



Quesito*:

L'art. 23, comma 16, del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che la stazione appaltante, individua nei documenti di gara i costi della manodopera.

L'art. 95, comma 10, del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che l'operatore economico

indica i propri costi della manodopera, e prevede che la stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, procede a verificare il rispetto di quanto previsto all'art. 97, comma 5, lettera d).

- g) All'atto pratico, quale è l'iter che devono seguire le stazioni appaltanti per la verifica del costo della manodopera?
- h) In sede di gara che cosa è necessario far dichiarare agli operatori economici: il costo complessivo della manodopera? O il costo orario? Entrambi? O il numero delle ore che impiegheranno per l'appalto ed il costo orario?
- i) Nel caso di applicazione dell'esclusione automatica di cui all'art. 97, comma 8, qualora il costo complessivo della manodopera dichiarato dall'OE sia inferiore a quello previsto dalla SA, ma il costo orario dichiarato dallo stesso sia conforme ai minimi salariati di cui al decreto ministeriale, è necessario chiedere comunque spiegazioni?

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei

seguenti termini:

Relativamente alla questione sottoposta, come anche da voi indicato le norme di riferimento del Codice dei Contratti di cui al D.Lgs. n. 50/2016 sono essenzialmente l'art. 23, comma 16, l'art. 95, comma 10 e l'art. 97, commi 5 e 6. Come evidenziato da ANAC nel parere di cui alla delibera n. 420 del maggio 2018, la giurisprudenza ha precisato che la disposizione di cui all'art. 95 comma 10 è da ritenere norma imperativa, non derogabile dal bando e capace, all'occorrenza, di eterointegrarlo (TAR Calabria, 6 febbraio 2018, n. 332).

Il quadro normativo di riferimento, in sostanza, impone alle stazioni appaltanti, al fine di determinare l'importo a base d'asta, d'individuare nei documenti di gara il costo della manodopera², determinato in base alle tabelle ministeriali. Detto costo, a differenza di quello per la sicurezza, non è soggetto a scorporo dall'importo assoggettato a ribasso.

La stazione appaltante, prima dell'aggiudicazione, verifica, quanto ai costi della manodopera, se il costo del personale sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle ministeriali. Essa esclude l'offerta solo se la prova fornita non giustifica sufficientemente il basso livello di prezzi o di costi proposti; non sono però ammesse giustificazioni in relazione a trattamenti salariali minimi inderogabili stabiliti dalla legge o da fonti autorizzate dalla legge.

La disciplina richiamata è volta, in definitiva, a garantire che negli appalti pubblici il lavoro sia adeguatamente remunerato, configurando come inattendibile un'offerta che rechi un basso costo della manodopera. Tuttavia la stessa normativa non consente di ritenere *ex se* anomala, e dunque da escludere, un'offerta che indichi valori del costo della manodopera inferiori a quelli indicati dalla stazione appaltante, dovendo essi essere valutati nell'ambito della verifica di congruità (in tal senso CdS, Sez. V, sentenza 6 febbraio 2017 n. 501 e da ultimo CdS SezV sentenza 12 settembre 2018 n.

²) L'orientamento più recente della giurisprudenza è inoltre nel senso che il costo della manodopera costituisce una componente essenziale dell'offerta economica, la cui mancata indicazione non può essere sanata con il soccorso istruttorio (TAR Lazio Latina, 23 febbraio 2018, n. 86; TAR Campania, ord. caut. 6 dicembre 2017, n. 1904)

5332 e CdS Sez. III sentenza 9 novembre 2018 n. 6326). Come espressamente riportato nella sentenza 13 marzo 2018 n. 1609 il Consiglio di Stato, Sezione III, ha ribadito: "Nella sostanza, poi, un'offerta non può dirsi anomala, ed essere esclusa, per il solo fatto che il costo del lavoro sia stato calcolato secondo valori inferiori a quelli risultanti dalle tabelle ministeriali o dai contratti collettivi: perché possa dubitarsi della sua congruità, occorre che le discordanze siano considerevoli e palesemente ingiustificate (cfr. Consiglio di Stato sez. III 21 luglio 2017 n. 3623 e Tribunale amministrativo di Giustizia Amministrativa Bolzano n. 292/2018).

Ciò posto, riguardo ai quesiti in esame si svolgono le considerazioni di seguito riportate.

Quesito 1): relativamente al procedimento che in pratica devono seguire le stazioni appaltanti per la verifica del costo della manodopera, si rileva che la normativa non detta specifiche disposizioni al riguardo ma è possibile applicare in analogia la procedura prevista dall'art. 97 comma 5, secondo cui la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni. Come evidenziato da ANAC, nella delibera n. 338 del 28 marzo 2018, la più recente giurisprudenza amministrativa si esprime nel senso che l'art. 97, comma 5, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 "non articola più il contraddittorio inerente alla valutazione di anomalia o di congruità secondo rigide e vincolanti scansioni procedurali, stabilendo esclusivamente che la stazione appaltante richiede per iscritto, assegnando al concorrente un termine non inferiore a quindici giorni, la presentazione, per iscritto, delle spiegazioni; da ciò, tuttavia, non deriva che il citato art. 97 escluda l'esperibilità di ulteriori fasi di contraddittorio procedimentale prima di addivenire all'esclusione, come la richiesta di precisazioni scritte o l'audizione diretta dell'offerente (..)".

Quesito 2. In sede di gara si suggerisce di richiedere agli operatori economici l'indicazione di un unico dato, relativo al costo complessivo della manodopera. Il dettaglio, ovvero l'indicazione delle figure professionali, il costo orario, il numero delle ore che impiegheranno faranno parte dei giustificativi che

verranno prodotti in sede di verifica ex art. 95 comma 10.

Quesito 3. Si fa presente che il procedimento di cui all'articolo 95 comma 10 va attivato anche in caso di esclusione automatica nei confronti dell'offerta risultata migliore, in quanto la norma prevede necessariamente la verifica.



Regione Toscana

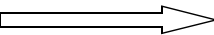
**Direzione Generale
Organizzazione e
Sistemi informativi**

**Osservatorio sui
contratti pubblici**

Settore Contratti



Subappalto - calcolo della quota del 30%

Oggetto: Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/16), art...105;		
Appalti: x Lavori Servizi Forniture Misti	Concessioni: Lavori Servizi Altro	Fase temporale: Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto xEsecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
Importo: x Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
Contratti: x Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
Procedura di affidamento: xAperta Ristretta Negozziata  Con bando Dialogo competitivo Senza bando Accordo quadro Cottimo fiduc. Project financing Amm. ^{ne} diretta Mercato elettronico Asta elettronica		
Tematiche specifiche: RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....		

Quesito*:

In qualità di RUP di un appalto di lavori inerenti la manutenzione stradale, desidero formulare il seguente quesito in merito alle modalità di calcolo della quota del 30% dell'importo complessivo del contratto che può essere concesso in subappalto in base al comma 2 dell'art. 105.

L'Amministrazione comunale di Scandicci ha recentemente aggiudicato un contratto di appalto "Accordo quadro con un unico operatore economico ai sensi dell'art. 54 c.3 del D.Lgs. 50/2016 per l'esecuzione dei lavori di manutenzione straordinaria e riqualificazione della rete stradale, viaria e delle piazze del comune di Scandicci e Lastra a Signa", cat. prevalente OG3.

L'impresa ha chiesto il subappalto per l'esecuzione opere riconducibili alla f.p.o. di conglomerato bituminoso,

lavori per cui la quota parte dell'incidenza del costo del materiale rispetto al lavoro finito è circa 80%. Sulla lettura dell'art.105 c.2 e dell'art.3 c.1 lettera gggg-undecies) del Codice dei Contratti si è aperta una discussione con l'Appaltatore arrivando a due distinte interpretazioni che sottoponiamo alla vs. attenzione.

INTERPRETAZIONE A)

L'impresa appaltatrice nella sua richiesta ha dichiarato di restare all'interno del limite massimo del 30% disposto dall'art. 105 c. 2 del D. Lgs. 50/2016 in quanto ha contabilizzato per le voci di elenco prezzi relative al conglomerato bituminoso, il valore economico che consegue dai soli noli a caldo e manodopera, scorporando la fornitura del materiale in quanto ha dichiarato che se ne farà carico direttamente.

In base a tale interpretazione l'impresa subappaltatrice potrebbe eseguire nella sua totalità l'appalto con un'autorizzazione di un importo inferiore al 30% dell'importo contrattuale.

Una simile possibilità sembra ammissibile anche dalla lettura della definizione di "cottimo" proposta al comma 1 art.3 del D.Lgs.50/2016 e s.m.i. che si riporta:

"gggg-undecies) «cottimo», l'affidamento della sola lavorazione relativa alla categoria subappaltabile ad impresa subappaltatrice in possesso dell'attestazione dei requisiti di qualificazione necessari in relazione all'importo totale dei lavori affidati al cottimista e non all'importo del contratto, che può risultare inferiore per effetto dell'eventuale fornitura diretta, in tutto o in parte, di materiali, di apparecchiature e mezzi d'opera da parte dell'appaltatore. "

Per contro, in base a tale interpretazione si arriverebbe altresì dal punto di vista civilistico al dato di fatto che l'impresa appaltatrice limiterebbe la sua funzione a quella di *'ufficio acquisti'* mentre il subappaltatore diverrebbe il solo esecutore dell'opera e si potrebbe ritenere non ammissibile in quanto scorporando il costo del materiale da quello della posa in opera si determinerebbe un *'frazionamento artificioso'* del contratto e soprattutto verrebbe meno quanto disposto dal c.2 dell'art. 105 che stabilisce che *"...l'eventuale subappalto non può superare la quota del 30% dell'importo complessivo del contratto dei lavori..."* visto che il contratto prevede l'esecuzione di opere compiute, comprensive appunto di fornitura materiali, noli e posa in opera.

INTERPRETAZIONE B)

L'Appaltatore può subappaltare la quota massima del 30% dell'importo del contratto e tale quota, essendo comprensiva anche di fornitura e noli, viene determinata sulla base dell'elenco prezzi di contratto in funzione del numero di operai presenti in cantiere addetti alla posa in opera.

In pratica se tutti gli operai sono dipendenti del subappaltatore viene applicato l'intero prezzo unitario del contratto anche se nel contratto di subappalto fosse stabilito che l'Appaltatore fornisce i materiali e il subappaltatore esegue la posa.

Diverso il caso se fossimo in presenza di squadra mista dove sarebbe opportuno fare riferimento ad una quota parte del prezzo unitario in base alla effettiva forza lavoro/mezzi presenti in cantiere.

Tale interpretazione si basa sull'ipotesi che la definizione di cottimo di cui al comma *gggg-undecies)* trova applicazione al solo 30% della categoria principale, visto che nel caso in questione non siamo in presenza di una categoria interamente subappaltabile. Tutto questo nel rispetto del contenuto del c. 2 dell'art. 105 del Codice.

QUESITI

In merito si formulano le seguenti richieste di chiarimenti:

j) l'interpretazione A) dell'impresa è ammissibile o è corretta quella B ?

k) è ammesso dal Codice, anche ricorrendo ad un cottimo, che l'appaltatore si possa limitare alle sole forniture quando queste non presentino i requisiti di forniture con con posa in opera, bensì viceversa quelli di materiale *'trasformato in cantiere'* in come definito dalla deliberazione Autorità Vigilanza LL.PP. n. 35/2008 ?

3. ai fini della determinazione del valore autorizzabile nel subappalto, occorre riferirsi al valore del contratto di appalto oppure, nel caso vi sia uno scomputo dalla voce di Elenco prezzi della sola quota dei materiali forniti direttamente dall'Appaltatore, occorre riferirsi alla sola residua quotazione della medesima voce?

4) nel caso che l'Appaltatore chiede un subappalto di prevalente manodopera in quanto compone una squadra "mista" di propri dipendenti e operai del subappaltatore, al solo fine di poter autorizzare il subappalto, occorre calcolare l'apporto del subappaltatore rispetto a quello dell'appaltatore, in base al valore percentuale del personale e dei mezzi che consegue dall'analisi prezzi a seguito della forza lavoro dichiarata dall'appaltatore oppure tale valore percentuale dovrà essere applicato al costo dell'opera compiuta dell'Elenco Prezzi Unitari che è ovviamente comprensivo della fornitura del materiale per lo stesso principio di cui al precedente punto.

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente ai quesiti posti e per quanto da voi indicato e chiarito per le vie brevi, occorre premettere che il subappalto, precedentemente disciplinato dall'articolo 118 del d.lgs. n. 163/2006, nel nuovo Codice degli appalti pubblici di cui al d.lgs. n. 50/2016 risulta normato dall'articolo 105, che lo definisce come "il contratto con il quale l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione **di parte delle prestazioni o lavorazioni oggetto del contratto di appalto**" e riconduce a tale nozione "qualsiasi contratto avente ad oggetto attività del contratto di appalto ovunque espletate che richiedono l'impiego di manodopera". Inoltre la disposizione codicistica prevede che i soggetti aggiudicatari dei contratti possano affidare in subappalto le opere o i lavori, i servizi o le forniture compresi nel contratto, previa autorizzazione della stazione appaltante, a condizione che tale facoltà sia prevista negli atti di gara, che sia manifestata la volontà di ricorrere al subappalto in sede di offerta e che sia dimostrata l'assenza in capo ai subappaltatori dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80. Si rileva che nella nuova disciplina, all'interno del comma 1 dell'art 105, è rinvenibile una importante conferma, laddove si riafferma il carattere di eccezionalità del ricorso al subappalto nell'esecuzione di opere e lavori da parte degli appaltatori. Infatti la giurisprudenza amministrativa ha precisato come sia noto che nella contrattualistica pubblica vige il principio generale e di ordine pubblico di immodificabilità del contraente e, quindi, il divieto di cessione del contratto di appalto sotto pena di nullità. Pertanto, il trasferimento delle obbligazioni ad un soggetto terzo, sia pure solo parziale, può essere effettuato e produrre i relativi effetti giuridici solo nel rispetto delle condizioni di legge, ovvero attraverso un formale sub-affidamento previamente richiesto ed autorizzato dall'Amministrazione (cfr. in tal senso, Consiglio di Stato, sez. IV, 18 febbraio 2016 n. 649).

Pertanto - si ribadisce - il subappalto è il contratto con cui una parte, l'appaltatore, affida ad un terzo l'esecuzione di parte dei lavori relativi ad un'opera che egli si è impegnato a compiere, con organizzazione dei mezzi necessari e gestione a proprio rischio, nei confronti del committente, appaltante. La *ratio* sottesa all'autorizzazione del subappalto è da individuarsi da un lato nel vincolo fiduciario che lega l'appaltatore con il committente e, dall'altro lato, alle esigenze di controllo e prevenzione correlate al crimine organizzato che proprio attraverso il subappalto penetra di sovente nell'esecuzione degli appalti pubblici.

Da ultimo si ricorda che nel decreto sicurezza, approvato dal Consiglio dei Ministri lo scorso 24 settembre e pubblicato nella Gazzetta Ufficiale il 04/10/2018, ed in particolare nell'articolo 10 del decreto-legge (sanzioni in materia di subappalti illeciti), modificando l'art. 21, comma 1, della legge 646/1982, introduce pene più severe nei confronti degli appaltatori che facciano ricorso, illecitamente, a meccanismi di subappalto.

Ciò posto, relativamente alla questione in esame preliminarmente si rileva che nell'elenco prezzi di contratto risulta inserita come lavorazione la "fornitura con posa in opera (f.p.o.) di conglomerato bituminoso". Da questo punto di vista si rileva che l'impresa aggiudicataria ha presentato offerta (prima) e ha firmato il contratto (dopo) sulla base del suddetto elenco prezzi, obbligandosi ad eseguire la lavorazione sopra richiamata così come risulta dagli atti di gara. Pertanto risulta difficilmente comprensibile la discussione in merito alla lavorazione in esame riportata nei quesiti posti. A tale riguardo, quindi, si ribadisce il principio generale che risulta affermato nelle disposizioni di cui all'articolo 105 del Codice Appalti sopra richiamato, ovvero che l'appalto deve essere eseguito in proprio dall'appaltatore (comma 1). Con la sentenza n. 6822 del 30 novembre 2018, il Consiglio di Stato ha recentemente chiarito che con il subappalto di cui all'art. 105, comma 2, del D.Lgs. 50/2016 l'appaltatore trasferisce a terzi l'esecuzione, direttamente a favore della stazione appaltante, di una parte delle prestazioni negoziali, configurando così un vero e proprio contratto derivato di carattere trilaterale.

Da questo punto di vista, qualsiasi interpretazione della vigente normativa che

comporti la realizzazione dell'opera sostanzialmente da parte di soggetti diversi dall'appaltatore - come sembra quella da voi riportata alla lettera B - non risulta coerente con le disposizioni del Codice degli Appalti pubblici in materia di subappalto né, quindi, legittima.

Tra le attività soggette allo stesso regime del subappalto come sopra illustrato, rientra sicuramente anche il nolo a caldo, laddove ricorrano le condizioni di cui all'art. 105 comma 2 secondo periodo. Tale attività comunque deve essere svolta sotto la direzione e responsabilità dell'appaltatore.

Sulla base alle considerazioni sopra illustrate si ritengono fornite le risposte ai quesiti specifici posti dalla scrivente stazione appaltante.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici
Settore Contratti*



Affidamento servizi di ingegneria e di architettura

Oggetto:

Requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in modo specifico per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura e gli altri servizi tecnici. Art. 83, comma 4, lett. c) del codice e specificato dall'allegato XVII, parte prima, lettera a) .

Appalti:

Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro: affidamento in house

Importo:

Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:

Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro: in house providing

Procedura di affidamento:

Aperta
Ristretta
Negozziata
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Con bando
Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.^{ne} diretta

Quesito*:

Le stazioni appaltanti, tra i requisiti di partecipazione possono anche valutare, in alternativa al fatturato, ai fini della comprova della capacità economico finanziaria di richiedere un "livello adeguato di copertura assicurativa" contro i rischi professionali per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare (o da dirigere), così come consentito

dall'art. 83, comma 4, lett. c) del codice e specificato dall'allegato XVII, parte prima, lettera a).

Nel caso di una procedura di appalto per la direzione dei lavori e il coordinamento della sicurezza in fase di esecuzione di opere di un valore di circa un milione di euro si pongono i seguenti quesiti :

- l) 1) Come si individua la percentuale adeguata ? esiste per questo tipo di prestazione un possibile riferimento utile (non oltre 50%, 80% ovvero 100%);
- m) 2) Nel caso di raggruppamento di professionisti tale percentuale puo' essere cumulata tra le polizze di tutti i professionisti facenti parte dell'associazione o ne basta una di un qualsiasi professionista (magari quello individuato come capogruppo) per la percentuale sul costo di costruzione delle opere richiesta ?
- n) 3) Il costo di costruzione coincide sempre con l'importo stimato dei lavori da mettere a base d'asta per realizzare l'opera da progettare ?
- o) 4) Tale copertura assicurativa deve riferirsi specificamente all'opera pubblica per cui si richiede la direzione lavori oppure può essere una polizza generale per rischi professionali purché garantisca un massimale in percentuale pari a quello richiesto nel bando ?
- p) 5) Se serve una copertura specifica sull'opera in fase della presentazione delle offerte ci si puo' limitare a richiedere un impegno da parte dei concorrenti in caso di aggiudicazione a presentare la polizza oppure la stessa va presentata ed inserita nella documentazione a corredo dell'offerta?

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente ai quesiti in oggetto, in merito alla problematica sottoposta

preliminarmente si ricorda che il livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali di cui all'art. 83 comma 4 lett. c) rappresenta un requisito di capacità economico finanziaria, seppure in alternativa al fatturato, e pertanto come tale deve sussistere ai fini della partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi tecnici. Per maggiore chiarezza si precisa che la dimostrazione del suddetto requisito viene richiesta successivamente nell'ambito dei controlli, ma in ogni caso deve sussistere al momento della partecipazione alla gara. Al riguardo si ricorda che ANAC nelle Linee Guida n. 1 (Indirizzi generali sull'affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria), aggiornate con la delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018, precisa che "il quadro normativo vigente non fornisce più indicazioni in ordine ai requisiti di capacità economico-finanziaria e tecnico-organizzativa in modo specifico per la partecipazione alle procedure di affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura e gli altri servizi tecnici", e pertanto, in conformità ai principi di adeguatezza e attinenza e nel rispetto di quello di proporzionalità (art. 83 del codice) provvede ad individuare i requisiti di partecipazione per i suddetti servizi nell'ambito delle disposizioni genericamente riferite agli appalti di servizi e di forniture, tenuto conto della specificità dei servizi di ingegneria e di architettura. Da questo punto di vista, ai fini della prova della capacità economico finanziaria ANAC specifica che le stazioni appaltanti possono anche valutare, in alternativa al fatturato globale, di richiedere "un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali per un importo percentuale fissato in relazione al costo di costruzione dell'opera da progettare, così come consentito dall'art. 83, comma 4, lett. c) del codice e specificato dall'allegato XVII, parte prima, lettera a)". Nel bando tipo n.1 (Procedura aperta per l'affidamento di contratti pubblici di servizi e forniture nei settori ordinari sopra soglia comunitaria con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1228 del 22 novembre 2017, nell'ambito dei requisiti di capacità economico-finanziaria ANAC ha previsto come facoltativa la copertura assicurativa per un massimale non inferiore a "n.volte" l'importo a base di gara, rimettendo alla stazione

appaltante la quantificazione del massimale assicurativo. Viene inoltre specificato che "la comprova di tale requisito è fornita mediante l'esibizione della relativa polizza in copia". Al riguardo si segnala che è attualmente in consultazione il Bando tipo 3 per i servizi di ingegneria e architettura, nel quale si indica (punto 7.2) la "copertura assicurativa contro i rischi professionali" ai sensi dell'art. 83, comma 4 lett. c) e della parte I, lett. a) dell'allegato XVII del Codice in alternativa al fatturato globale, prevedendo che la stazione appaltante individua un massimale non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera da progettare. Viene confermato che la comprova di tale requisito è fornita mediante l'esibizione della relativa polizza in copia.

Ciò posto, relativamente al quesito 1) si rileva che la norma di cui all'articolo 83 comma 4 lett. c) letteralmente richiede "un livello adeguato di copertura assicurativa contro i rischi professionali". Riguardo alla determinazione del massimale assicurativo, come sopra riportato nel Bando tipo 1 si precisa che il massimale non deve essere inferiore a "n. volte" l'importo a base di gara in relazione al costo di costruzione dell'opera a progetto, rimettendo alla stazione appaltante la relative determinazione, mentre nel Bando tipo 3 attualmente in consultazione, è indicato un massimale non superiore al 50 per cento del costo di costruzione dell'opera da progettare. In attesa della definizione del bando tipo n. 3, in ogni caso si suggerisce di indicare un massimale almeno non inferiore al costo di costruzione dell'opera posto a base di gara.

Relativamente al quesito n. 2, si concorda con quanto da voi indicato. Nel bando tipo n. 3 sopra richiamato, in caso di raggruppamento di professionisti ANAC specifica che "tale requisito può essere dimostrato sommando i massimali delle polizze possedute dai singoli componenti, fermo restando che ciascun componente deve possedere un massimale proporzionalmente corrispondente (ossia nella misura richiesta dal singolo bando) all'importo dei servizi che esegue. In alternativa, la mandataria del raggruppamento deve possedere una polizza per l'intero massimale richiesto, la cui copertura si estenda anche a tutti i componenti del raggruppamento."

Riguardo al quesito n. 3, la risposta è affermativa in caso di costruzione di nuova opera, al netto dei costi di acquisizione delle aree. Relativamente al

quesito n. 4), si rileva che il dato determinante è il massimale assicurativo, tale da coprire il valore richiesto dalla stazione appaltante (in rapporto al costo di costruzione dell'opera), anche se non specificamente riferito all'opera oggetto della gara. Infine per il quesito n. 5), si concorda con la seconda opzione da voi indicata, in quanto la copertura assicurativa è alternativa al requisito di capacità del fatturato ed in quanto tale deve sussistere al momento della partecipazione. Si richiama quanto indicato per il quesito n.4) relativamente al carattere generale della polizza.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Gara per gestione asilo nido – cooperative sociali

<u>Oggetto:</u> q) Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016), art. 143 comma 2 lett.d)		
<u>Appalti:</u> Lavori r) Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro: gara da avviare
<u>Importo:</u> s) Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro: appalto riservato
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Previa manifestazione di interesse Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*:

Questa amministrazione comunale deve affidare il servizio in appalto, per il triennio 01/09/2018- 31/08/2021, per la gestione del servizio di asilo nido comunale (importo stimato triennale circa € 280.000,00). Attualmente il servizio (in scadenza al 31/08/2018), è affidato in appalto ad una cooperativa sociale e sarebbe nostra intenzione procedere all'affidamento del nuovo

appalto, mediante procedura negoziata, previa manifestazione di interesse, **con riserva alle cooperative sociali.**

E' possibile procedere in questi termini? Perché non ci è chiara la disposizione dell'art. 143 comma 2) lett. d) del D.Lgs. 50/2016, in cui si afferma "l'amministrazione aggiudicatrice interessata non ha aggiudicato all'organizzazione un appalto per i servizi in questione a norma del presente articolo negli ultimi tre anni....

Ringraziandovi anticipatamente per la collaborazione, Vi salutiamo cordialmente.

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto occorre premettere che la complessità del quadro normativo in materia di affidamento dei contratti relativi ai servizi sociali è determinata da una copiosa legislazione speciale, sulla quale si è ampiamente soffermata l'ANAC nella delibera n. 32 del 20 gennaio 2016 recante le "Linee guida per l'affidamento di servizi a enti del terzo settore e alle cooperative sociali" a cui si rimanda, delibera nella quale vengono esaminate le modalità di affidamento alle cooperative sociali in base alla L. 381/91 ed in particolare l'articolo 5 della stessa, e che ANAC ha confermato con successiva delibera n. 911 del 2016 in quanto i principi ivi affermati possono ritenersi validi anche in vigore del d.lgs. 50/2016.

Nella normativa sugli appalti pubblici, e segnatamente nel Codice degli Appalti di cui al D. Lgs n. 50/2016 sopra richiamato, i servizi sociali sono passati da contratti esclusi a contratti a regime alleggerito; l'art. 35 prevede due distinte

soglie di rilevanza comunitaria per gli appalti nei servizi sociali: A) quella di euro 750.000 per i settori ordinari; B) quella di euro 1.000.000 per i settori speciali. Al di sotto di tali soglie, in assenza di un "interesse comunitario", i contratti in questione sono considerati privi di rilevanza comunitaria e trova applicazione l'articolo 36. Diversamente, al di sopra di tali soglie gli affidamenti sono assoggettati al Codice ed in particolar agli artt. 140 e seguenti, sia pure secondo un regime particolare in quanto "alleggerito" rispetto a quello applicabile agli altri appalti servizi.

Ciò premesso, per quanto chiarito anche per le vie brevi, la questione in esame concerne l'affidamento di un servizio sociale di utilità pubblica nei settori ordinari, di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

A tale riguardo, relativamente al **quesito 1**, qualora si ritenga di procedere ai sensi dell'articolo 36 comma 2 lett. b) del D. Lgs. n. 50/2016 previa manifestazione di interesse, la risposta è negativa.

Diversamente, qualora si proceda - ove ne ricorrano i presupposti - in base all'articolo 5 della L. n. 381/1991 (modificato dalla L. 23 dicembre 2014, n. 190), secondo cui le convenzioni con le cooperative sociali sono stipulate previo svolgimento di procedure di selezione idonee ad assicurare il rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di efficienza che implica un confronto concorrenziale tra le cooperative iscritte agli albi regionali.

Per gli affidamenti sotto soglia ex art. 36 del Codice sopra richiamato, inoltre, si precisa che trova applicazione il principio di rotazione come ribadito da ANAC nelle Linee Guida n. 4 approvate con la delibera n. 206 del 1 marzo 2018 a cui si rimanda. Come evidenziato da ANAC, il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti con riferimento all'affidamento immediatamente precedente comporta il divieto di invito nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, ad eccezione dei casi in cui "il nuovo affidamento avvenga tramite procedure aperte al mercato", nelle quali "la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione".

Infine, relativamente al **quesito n. 2**, si fa presente che l'articolo 143 del

decreto 50/2016 non trova applicazione nel caso in esame che concerne un affidamento di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria. In ogni caso si rileva che l'art.143 stabilisce, per gli affidamenti di importo superiore alla soglia, la possibilità di riservare - per l'affidamento di un'ampia serie di servizi sociali di cui all'allegato XIV - la partecipazione alle procedure a soggetti no profit che soddisfino i requisiti elencati al comma 2, ivi compreso quello di non essere stati aggiudicatari di un appalto da parte della medesima amministrazione, per i servizi in questione, negli ultimi tre anni (art.143, comma 2, lett.d).



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici
Settore Contratti*



Art 93 del D. Lgs. 50/2016 Garanzia provvisoria per servizi tecnici

Oggetto:

X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/16), art. 93 comma 10;

Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;

Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;

T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;

.....

Appalti:

Lavori
Servizi X
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito X
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitariaX

Contratti:

Settori ordinari X
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro Cauzione Provvisoria X

Procedura di affidamento:

Aperta X	
Ristretta	Con bando X
Negoziata	Senza bando
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.
Accordo quadro	Amm. ^{ne} diretta
Project financing	
Mercato elettronico	
Asta elettronica	

Quesito*:

Avrei necessità di una consulenza in merito alla applicazione dell'articolo 93 del D. Lgs. 50/2016 sulla garanzia provvisoria ed in particolare sul comma 10. Tale comma stabilisce che l'articolo in questione (garanzie per la partecipazione alla procedura) non si applica ad appalti di servizi aventi ad oggetto la redazione della

progettazione e del piano di sicurezza e coordinamento e ai compiti di supporto al RUP.
Dovendo espletare una procedura di appalto di servizio tecnico avente per oggetto solamente Direzione dei Lavori e Coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione, vorrei sapere se trova applicazione il suddetto comma 10 (in pratica se si deve richiedere cauzione provvisoria oppure no)

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto da voi indicato, preliminarmente si rileva che la disposizione di cui al comma 10 dell'articolo 93 "Garanzie per la partecipazione alla procedura" introduce un'eccezione alla regola generale della garanzia provvisoria a corredo dell'offerta, escludendone specificamente (e soltanto) le prestazioni di servizi "aventi ad oggetto la redazione della progettazione e del piano di sicurezza e di coordinamento" ed i compiti di supporto alle attività del responsabile unico del procedimento.

La suddetta disposizione avendo carattere eccezionale non è suscettibile di interpretazione analogica, come disposto dall'articolo 14 delle disposizioni preliminari al Codice civile secondo cui "le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in esse considerati". In tale senso le linee guida ANAC n. 1 aggiornate al d.lgs. 56/2017 con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 138 del 21 febbraio 2018 e pubblicate nella Gazzetta Ufficiale n. 69 del 23 marzo 2018, che entreranno in vigore dal 7 aprile p.v.

Ciò posto si evidenzia che oggetto della procedura dell'appalto di vostro interesse sono prestazioni tecniche diverse da quelle specificamente indicate

nel comma 10 dell'art. 93 sopra richiamato, ovvero la Direzione dei Lavori e coordinamento della Sicurezza in fase di esecuzione e pertanto la risposta a quesito posto è negativa. Infatti, si ripete, vengono in considerazione fattispecie non ricomprese espressamente nella lettera della disposizione di cui al comma 10 e di conseguenza per le suddette prestazioni occorre richiedere la cauzione provvisoria.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Partecipazione a gara di operatore extraeuropeo

Oggetto:

Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016), art... 45 comma 1;

Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;

Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;

T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;

.....

Appalti:

Lavori

Servizi

Forniture

Misti

Concessioni:

Lavori

Servizi

Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito

Svolgimento gara

Controlli in gara

Controlli post gara

Stipula del contratto

Esecuzione del contratto

Collaudo

Eventuale pre-contenzioso

Altro.....

Importo:

Sotto soglia comunitaria

Sopra soglia comunitaria

Contratti:

Settori ordinari

Settori speciali

Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP

SOA

DURC

DUVRI

Offerta economicamente più vantaggiosa

Composizione commissione aggiudicatrice

Accesso ai documenti di gara

Incentivo progettazione

Tracciabilità

Altro – Operatori economici ammessi (extraeuropei).

Procedura di affidamento:

Aperta

Ristretta

Negoziata

Dialogo competitivo

Accordo quadro

Project financing

Mercato elettronico

Asta elettronica

Con bando

Senza bando

Cottimo fiduc.

Amm.^{ne} diretta

Quesito*:

Come Centrale Unica di Committenza abbiamo avviato, mediante la piattaforma START, una procedura aperta, di importo sopra soglia comunitaria, per l'appalto della gestione di un asilo nido per il comune di Lucignano (AR) con scadenza al 06/09/2018.

Abbiamo ricevuto una richiesta di informazioni, con intenzione di

partecipazione alla gara, da parte di un operatore economico denominato Euclid Infotech con sede in Mumbai – India.

L'art. 45 comma 1 del D. Lgs. 50/2016 dice che sono ammessi a partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici, operatori economici italiani o stabiliti in altri stati membri.

Da ricerche fatte sembra che possano partecipare alle procedure di appalto anche operatori economici che hanno sede in paesi extracomunitari firmatari di particolari accordi sul commercio internazionale, ma non abbiamo trovato un elenco esaustivo di tali paesi.

La richiesta è: “In base alla normativa in materia e ad eventuali accordi vigenti, un operatore economico con sede in India può essere ammesso a partecipare alle gare di appalto di servizi pubblici in Italia?”

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda “Quesito” per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto, si rileva che la partecipazione alle procedure di affidamento indette dallo stato Italiano da parte di operatori economici di paesi terzi, come da voi prospettato, è regolata dall'art. 49 del Codice dei Contratti. La suddetta norma stabilisce che le amministrazioni aggiudicatrici applicano ai lavori, alle forniture, ai servizi e agli operatori economici dei Paesi terzi, firmatari di specifici accordi internazionali a cui l'Unione europea è vincolata, un trattamento non meno favorevole di quello concesso ai sensi del codice dei contratti. Come affermato dal TAR Lazio nella sentenza n. 9734 del

15/09/2017, si fa presene che "l'art. 49 del nuovo Codice dei Contratti non ha inteso affatto estendere la portata degli accordi internazionali né l'avrebbe mai potuto fare, poiché il Codice dei Contratti nazionale non rileva sugli accordi internazionali ai quali l'Italia è vincolata". Pertanto la disposizione di cui all'art 49 fissa il principio della parificazione delle condizioni di accesso degli operatori economici dei paesi firmatari degli accordi internazionali vincolanti per l'Unione europea in materia di appalti di lavori, servizi e forniture. Ciò non solo in tema di qualificazione come disponeva l'art. 47 del precedente Codice degli appalti di cui al d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, ma dell'intera disciplina in materia di lavori servizi e forniture, a condizione che sussista un accordo internazionale in assenza del quale il principio di parificazione non può trovare applicazione³. Ad esempio tale principio di recente è stato escluso nei rapporti con la Turchia in quanto non ha sottoscritto accordi bilaterali con l'Italia o l'Unione europea che consentano l'accesso a gare pubbliche in condizioni di reciprocità.

Ciò posto, Per quanto specificamente richiesto la risposta è da ritenersi negativa in quanto non risulterebbero accordi vigenti con l'India per l'accesso agli appalti UE in condizioni di reciprocità. In merito agli accordi commerciali, l'art 49 precisa che il principio di parificazione opera nei confronti dei paesi terzi "nella misura in cui sono contemplati dagli allegati 1, 2, 4 e 5 e dalle note generali dell'appendice 1 dell'Unione europea dell'AAP e dagli altri accordi internazionali a cui l'Unione è vincolata". L'accordo sugli appalti pubblici (AAP) è stato firmato a Marrakesh il 15 aprile 1994 e rappresenta uno degli accordi multilaterali inseriti nell'allegato 4 all'accordo che istituisce l' Organizzazione Mondiale del Commercio, e pertanto non tutti i membri dell' OMC ne sono vincolati. L'accordo è stato modificato con la decisione del Consiglio UE del 2 dicembre 2013, relativa alla conclusione del protocollo che modifica l'accordo sugli appalti pubblici, e oltre all'Unione europea sono firmatari dell'accordo gli Stati Uniti, il Canada, il Giappone, Israele, la Corea del Sud, la Norvegia e la Svizzera mentre hanno recentemente aderito Aruba, Lichtenstein, Armenia, Singapore, Territorio doganale distinto Kinmen, Matsu, Penghu e Taiwan ed

³) Anche in base alla nuova normativa di cui all'art. 49 del D. Lgs. n 50/2016 la qualificazione dell'operatore economico è subordinata al comprovato possesso dei requisiti generali e speciali richiesti per la partecipazione alla singola procedura di affidamento, che può essere dimostrata mediante presentazione dei documenti rilasciati dal Paese di appartenenza ovvero mediante dichiarazione giurata o altra dichiarazione resa davanti all'autorità competente a riceverla secondo le leggi del Paese di provenienza.

Hong Kong. L'appalto interessato deve essere di enti che sono elencati dalle parti in un'appendice dell'accordo; sono inclusi elenchi di enti centrali, subcentrali e locali, nonché altri enti.

Come rilevato nel parere del Comitato economico e sociale europeo sulla "Proposta modificata di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo all'accesso di beni e servizi di paesi terzi al mercato interno degli appalti pubblici dell'Unione europea e alle procedure a sostegno dei negoziati sull'accesso di beni e servizi dell'Unione europea ai mercati degli appalti pubblici dei paesi terzi" del 27/06/2016, la Cina e Russia stanno negoziando l'adesione all'accordo, mentre un certo numero di grandi attori tra cui Brasile, India, Argentina non intendono aderire all'AAP e i negoziati bilaterali con questi paesi non si concluderanno certamente tra breve.

Per completezza si rileva che l'art 45 del Codice Appalti, indicato nel quesito, rispetto all'art. 47 del precedente Codice degli appalti (d.lgs. n. 163/2006) ha introdotto una specificazione in ordine alla soggettività dell'operatore economico stabilendo che "Gli operatori economici, i raggruppamenti di operatori economici, comprese le associazioni temporanee, che in base alla normativa dello Stato membro nel quale sono stabiliti sono autorizzati a fornire la prestazione oggetto della procedura di affidamento, possono partecipare alle procedure di affidamento dei contratti pubblici anche nel caso in cui essi avrebbero dovuto configurarsi come persone fisiche o persone giuridiche, ai sensi del presente codice", laddove l'art. 47/d.lgs. n. 163 del 2006 si limitava a stabilire "Agli operatori economici stabiliti negli altri Stati aderenti all'Unione Europea, nonché a quelli stabiliti nei Paesi firmatari dell'accordo sugli appalti pubblici che figura nell'allegato 4 dell'accordo che istituisce l'Organizzazione mondiale del commercio, o in Paesi che, in base ad altre norme di diritto internazionale, o in base ad accordi bilaterali siglati con l'Unione Europea o con l'Italia che consentano la partecipazione ad appalti pubblici a condizioni di reciprocità, la qualificazione è consentita alle medesime condizioni richieste alle imprese italiane".

La specificazione recata dunque dal primo comma dell'art. 45 del d.lgs. n. 50/2016 nel suo riferimento alla configurazione come persona fisica o giuridica

del soggetto partecipante alla gara, indipendentemente dal *nomen iuris* attribuito dall'ordinamento di appartenenza, richiama le caratteristiche di tali tipi di soggetti giuridici ampliando, quindi, il novero degli operatori economici stranieri che possono essere ammessi a partecipare alle gare in Italia, che però devono appartenere a paesi terzi espressamente indicati negli allegati 1, 2, 4 e 5 e nelle note generali dell'appendice 1 dell'AAP come sopra illustrato (cfr Tar Lazio sentenza n. 9734 del 15/09/2017).



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Servizio di informatizzazione cartografia con procedura GIS

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 46.; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti <u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria <u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi <u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro..... <u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro Incarico servizi tecnici

Quesito*:

Il Servizio Urbanistica ha necessità di individuare due soggetti che si occupino di informatizzare, con procedura GIS, la cartografia dell'ente propedeutica alla redazione del nuovo Piano Strutturale.

Si chiede se, non trattandosi di un incarico di progettazione di lavori pubblici o

di pianificazione urbanistica, e procedendo con l'affidamento del servizio mediante applicazione del D.LGS.n.50/2016, con riferimento in particolare all'art. 46 e al Decreto MIT n. 263/2016, che indicano i soggetti ammessi a partecipare, sia obbligatorio richiedere l'iscrizione ad un Albo Professionale (Architetti, Ingegneri o Geometri) o sia sufficiente il possesso di idoneo titolo di studio oltre a comprovata esperienza maturata nello svolgimento di servizi analoghi.

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito in esame, come anche da voi espressamente indicato si rileva che oggetto dell'appalto è un servizio di informatizzazione che rientra nella più ampia categoria dell'ICT. Pertanto non si tratta di servizi tecnici di cui all'articolo 3 comma 1 lett. vvvv) del codice degli appalti e non sembrano trovare applicazione le disposizioni da voi richiamate in quanto pertinenti strettamente ai servizi tecnici in materia di lavori pubblici, tra cui l'articolo 46 "Operatori economici per l'affidamento dei servizi di architetture e ingegneria" del D. Lgs n. 50/2016, nonché il DM 2 dicembre 2016, n. 263 regolamento emanato in attuazione dei commi 2 e 5 dell'articolo 24 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 che riguarda specificamente i requisiti dei professionisti singoli o associati e del giovane professionista per i servizi tecnici nell'ambito della progettazione in materia di lavori pubblici. Pertanto non risulta neppure necessaria l'iscrizione all'albo professionale architetti, ingegneri o geometri

salvo che la stazione appaltante lo configuri come requisito di idoneità ai sensi dell'articolo 83 del codice degli appalti come di seguito indicato.

Infatti si ricorda che spetta alla stazione appaltante la definizione dei requisiti di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale in base all'articolo 83 del nuovo Codice degli appalti necessari per lo svolgimento della prestazione oggetto dell'appalto. Pertanto la stazione appaltante potrà richiedere anche l'iscrizione ad un albo professionale (ad es. geometri o geologi), qualora ritenga - sulla base di idonea motivazione - che la stessa iscrizione costituisca requisito necessario per lo svolgimento della prestazione. In rapporto alla questione sottoposta, occorrerà comunque richiedere, comunque, la conoscenza specifica dei sistemi informativi geografici (GIS).

Infine, per quanto riguarda l'affidamento, se l'importo del servizio è inferiore alla soglia comunitaria si rimanda alle nuove linee guida ANAC n. 4/2018, approvate con la delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018.

Si resta a disposizione per ulteriori approfondimenti.



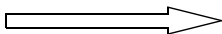
Regione Toscana

Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi

Settore
Contratti Osservatorio sui
contratti pubblici



Servizio gestione canile comunale

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/16), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> Lavori <input checked="" type="checkbox"/> Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria <input checked="" type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro..... OPERATORI ECONOMICI AMMESSI ALLA PROCEDURA ..
<u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*:

Questo Comune intende affidare il servizio di gestione del canile comunale (canile rifugio + canile sanitario), per un importo sopra soglia UE.

Attualmente è in corso la predisposizione del progetto del servizio.

In merito alla futura gara per l'affidamento dello stesso, porgo il seguente quesito:

è possibile riservare la partecipazione alla procedura "esclusivamente" alle associazioni senza scopo di lucro e imprese sociali, riconosciute ed iscritte in albi istituiti con leggi regionali, aventi finalità di protezione degli animali?

Questa infatti sarebbe l'intenzione di chi progetta il servizio, nell'ottica di una garanzia di professionalità, competenza, sensibilità, ritenute necessarie per lo svolgimento del particolare servizio, ma non trovo riferimenti normativi per supportare tale scelta.

In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto indicato, preliminarmente si ricorda che i canili rifugio e i canili sanitari sono disciplinati dalle disposizioni di cui alla legge 14 agosto 1991 n. 281 (Legge quadro in materia di animali di affezione e prevenzione del randagismo)⁴. In generale dalla suddetta normativa si ricava che i comuni, singoli o associati, provvedono al risanamento dei canili e alla costruzione dei rifugi per animali d'affezione, nei quali siano assicurate adeguate condizioni di salute e benessere degli animali ospitati. Tali strutture devono rispondere ai requisiti previsti dalle disposizioni attuative della L. n. 281/1991 nonché dalle disposizioni emanate in ambito regionale, che in Toscana sono la legge regionale 20/10/2009, n. 59 "Norme per la tutela degli animali. Abrogazione della legge regionale 8 aprile 1995, n.

⁴) Inoltre con la legge 4 novembre 2010, n. 201 (Ratifica ed esecuzione della Convenzione europea per la protezione degli animali da compagnia, fatta a Strasburgo il 13 novembre 1987 nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno) si sono dettate le disposizioni combattere il traffico illecito degli animali da compagnia.

43 (Norme per la gestione dell'anagrafe del cane, la tutela degli animali d'affezione e la prevenzione del randagismo)", ed il relativo regolamento di attuazione di cui al D.P.G.R. 1 ottobre 2013, n. 53/R concernente "Modifiche al D.P.G.R. 4 agosto 2011, n. 38/R - Regolamento di attuazione della legge regionale 20 ottobre 2009, n. 59".

Per quanto riguarda la natura giuridica del servizio di gestione del canile comunale (canile rifugio + canile sanitario), come affermato dal Cons. Stato Sez. V, Sent. 06.10.2016 n. 4129 la gestione del canile si configura come un servizio pubblico locale di pertinenza dei Comuni che, ancorché privo di rilevanza economica, non è preordinato a soddisfare esigenze strumentali del Comune. Pertanto, come espressamente indicato dal Collegio "da questo punto di vista non trova applicazione l'art. 5 L. 8 novembre 1991, n. 381 che consente agli enti pubblici, per la fornitura di beni e servizi c.d. strumentali (cfr., Cons. Stato, sez. VI, 29 aprile 2013 n. 2342; Cons. Stato, sez. V, 11 maggio 2010 n. 2829), anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, di stipulare convenzioni con le cooperative sociali".

Per quanto concerne le modalità dell'affidamento, occorre considerare che la normativa regionale sopra richiamata, ed in particolare la legge regionale n. 59/2009, è antecedente alla normativa in materia di appalti pubblici ovvero il codice dei contratti di cui al D. Lgs. 50/2016; ciò determina la necessità di procedere ad una lettura coordinata delle suddette norme regionali con la normativa nazionale di cui al codice dei contratti.

Tenuto conto del inquadramento giuridico del servizio in esame e dell'importo dello stesso, superiore alla soglia comunitaria da voi indicato, la risposta al quesito posto risulta negativa e si suggerisce di procedere all'affidamento mediante procedura aperta (CPV 98380000-0) a cui sono ammessi a partecipare e a presentare offerta i soggetti di cui all'art. 45, comma 1 e 2 del D.Lgs n. 50/2016 che comprendono anche i soggetti di cui agli articoli 31 e 32 della L.R. 59/2009, ovvero le associazioni senza scopo di lucro e le imprese sociali, riconosciute ed iscritte in albi istituiti con leggi regionali, aventi finalità di protezione degli animali.

Ciò anche tenuto anche conto che la scrivente amministrazione ha indicato l'intenzione di procedere all'affidamento mediante gara pubblica, e pertanto in questo caso - e a maggior ragione, in continuità al prevalente indirizzo giurisprudenziale (cfr. Cons. Stato, V, 28 maggio 2012), la stessa è tenuta all'osservanza di moduli propri della formazione pubblica della volontà contrattuale, e deve rispettare i principi di imparzialità, parità di trattamento e concorrenzialità di cui all'art. 30 del D. Lgs 50/2016 senza che sia consentito, pena l'elusione dei principi richiamati, la previsione di alcuna deroga o riserva che si risolvano di fatto nell'ingiustificata restrizione della concorrenza.

Al fine di garantire la competenza e la professionalità richieste per lo svolgimento del servizio in esame, sarà quindi necessario che la stazione appaltante provveda ad impostare i documenti di gara, ovvero il bando ed il disciplinare, indicando adeguati requisiti di idoneità professionale nonché di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali ai sensi dell'art. 83 del D. Lgs 50/2016, oltre a fissare idonei criteri per l'aggiudicazione del servizio in base al criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa tra quelli di cui all'art. 95 comma 6, in modo da garantire la prevalenza degli aspetti qualitativi sull'elemento del costo.



Regione Toscana

*Direzione Generale
Organizzazione e Sistemi
informativi*

*Osservatorio sui
contratti pubblici*

Settore Contratti



Procedura negoziata ex art. 36 D. Lgs n. 50/2016. Incompatibilità

Oggetto:

X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;

Appalti:

X Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito
X Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro.....

Importo:

X Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:

X Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
X Altro: Esame documentazione amministrativa in fase di gara

Procedura di affidamento:

Aperta
Ristretta
X Negoziata \longrightarrow X Senza bando
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica
Cottimo fiduc.
Amm.^{ne} diretta

Quesito*:

La procedura adottata è una procedura negoziata preceduta da manifestazione di interesse.

Le ditte partecipanti (n. 15) sono state scelte tramite sorteggio pubblico. In

questo caso la Ditta estratta è stata una Ditta individuale che poi in fase di gara ha partecipato come ATI (in fase di manifestazione di interesse la suddetta ditta ha dichiarato di voler partecipare, qualora estratta, in ATI, senza indicare in questa fase il nominativo della eventuale mandante).

In fase di esame della documentazione amministrativa (effettuata dalla sottoscritta RUP) di sopra detta Associazione Temporanea di Imprese, ho notato che il Legale Rappresentante della mandante, ha lo stesso cognome del progettista dell'opera (il progettista è esterno) per cui ho ammesso con riserva la partecipante, sospeso il procedimento e richiesto un'integrazione all'ATI, in cui mi venisse indicato per scritto il legame di parentela che possa generare conflitto di interesse e quindi rendere imparziale la gara di appalto.

Informalmente ho sentito il progettista che mi ha confermato di essere la sorella del legale rappresentante della mandante.

Premetto che ho eseguito dei controlli tramite certificato della Camera di Commercio e che all'interno del certificato non è presente il nome della progettista.

Sono a ribadire che la progettista dell'opera è una professionista esterna incaricata dal Comune.

Pertanto, visto che esiste legame di parentela entro il 2° grado (fratello/sorella etc..) chiedo se tale fatto possa generare un conflitto di interessi di gravità tale che mi veda costretta ad escludere la ditta partecipante dal proseguimento della gara.

** In caso di quesito articolato su più tematiche, riempire una scheda "Quesito" per ogni singola tematica.*

RISPOSTA al quesito

Premesso

che le risposte fornite da questo Ufficio non sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:

Relativamente al quesito posto e per quanto da voi indicato, si rileva la questione riguarda l'eventuale incompatibilità di un operatore economico partecipante ad una manifestazione di interesse, incompatibilità che si pone in rapporto al progettista esterno incaricato dalla Stazione appaltante. In base alle informazioni fornite, si ricava che la procedura in esame è una procedura negoziata, da affidare (presumibilmente) con il criterio di aggiudicazione del minor prezzo.

Sulla base delle riflessioni di seguito illustrate e tenuto conto, in particolare, del criterio di aggiudicazione e del procedimento per il calcolo dell'anomalia dell'offerta ai sensi dell'art. 97 del codice, secondo lo scrivente Osservatorio nel caso prospettato non sembrano ravvisarsi i presupposti per una legittima esclusione dell'operatore economico ai sensi della norma di cui all'articolo 24 comma 7. In ogni caso, come affermato dalla giurisprudenza prevalente, occorre anche fornire la prova del vantaggio concreto di cui il concorrente avrebbe usufruito a detrimento degli altri partecipanti in violazione dei principi di trasparenza e della *par conditio*. In generale, salvo che ricorrano i presupposti per la turbativa d'asta ai sensi dell'art. 353 del codice penale, la questione potrebbe ricondursi nell'ambito del conflitto di interessi di cui all'art. 53 d.lgs. 30 marzo 2001 n. 165, Testo unico dell'impiego pubblico e di cui all'art. 6-bis della l. 241/1990 - introdotto dall'art. 1, comma 41, della l. 190/2012, istituito di più ampia portata che attribuisce rilevanza ad ogni situazione di interesse, diretto o indiretto, di qualsivoglia natura nonché qualsivoglia posizione del soggetto in conflitto di interessi che gli consenta di influenzare il risultato dell'aggiudicazione. Tuttavia, per le suddette disposizioni il presupposto è l'appartenenza ad una pubblica amministrazione (dipendenti pubblici e rup e titolari degli uffici competenti ad adottare i pareri, le valutazioni tecniche, gli atti endoprocedimentali e il provvedimento finale), presupposto che non sussiste nel caso sottoposto.

Si suggerisce comunque alla stazione appaltante di vigilare ed effettuare i necessari controlli.

Riguardo alle incompatibilità di cui all'articolo 24 comma 7 del codice appalti, la norma impone che gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a

base di gara non possono essere affidatari degli appalti per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. La suddetta disposizione estende il principio di terzietà anche al soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione nonché ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Va evidenziato che il divieto contenuto nella disposizione normativa in esame concerne la partecipazione alle procedure di affidamento di tali opere, per cui la commistione di ruoli che essa mira a prevenire è comunque ravvisabile laddove colui che ha svolto incarichi di progettazione per conto della stazione appaltante sia comunque presente, non importa a che titolo, nell'organigramma aziendale dell'impresa concorrente, o in sue società controllanti, partecipanti o di cui si avvale nell'esecuzione dei lavori. Ciò in quanto è proprio la mera presenza a fornire l'indizio, sufficientemente grave e preciso, che nella formulazione dell'offerta la ridetta concorrente abbia potuto beneficiare del patrimonio informativo acquisito grazie alla prodromica attività di progettazione.

Come evidenziato dal Tar Valle d'Aosta nell'ordinanza n.21 dell'11 luglio 2017, "l'incompatibilità, quindi, è figlia di un conflitto di interessi anche meramente potenziale, poiché la norma vuole evitare situazioni di contrasto eventuale, ma anche in considerazione della posizione rilevante che il progettista avrebbe dovuto assumere in sede di controllo della congruità e corrispondenza dell'opera. C'è anche spazio per una deroga, ma solo se si dimostra che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori". Sul punto, con la sentenza n.8595 del 18 ottobre 2017 il TAR del Lazio osserva che "le norme sulle incompatibilità ed i connessi divieti agiscono in prevenzione, ovvero sono norme che tendono a prevenire il pericolo di pregiudizio, e, verificato il caso di incompatibilità, tendono a salvaguardare la genuinità della gara attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione; le stesse non presuppongono né intervenuta la lesione, né la sussistenza di un concreto tentativo di compromissione".

Il risultato è che, dunque, risulta sufficiente che gli indizi, "ferma la loro serietà, precisione e concordanza, riguardino situazioni che, oggettivamente, pongono un determinato concorrente in una posizione di squilibrio (per sé favorevole) nei confronti degli altri concorrenti, e tale da determinare, indipendentemente dal concretizzarsi del vantaggio, una violazione della *par condicio*". In vigenza del precedente codice De Lise, in proposito ANAC ha già avuto modo di evidenziare la *ratio* e la portata della disposizione di cui all'art 90 comma 8 del D. Lgs 163/2006, ricordando che "incombe nel divieto in essa sancito il partecipante alla procedura di affidamento di lavori che abbia predisposto o abbia avuto modo di conoscere, anche indirettamente, la progettazione preliminare, in quanto è sufficiente il solo sospetto della possibile lesione della trasparenza nella circolazione delle informazioni legate all'intervento, a costituire un *vulnus* al principio della *par condicio*"(cfr anche il parere precontenzioso ANAC n.228 del 21/12/2011).

L'incompatibilità tra progettista del progetto posto a base di gara e appaltatore di lavori vale anche se il progettista non ha partecipato direttamente alla gara per l'affidamento dei lavori ma è un collaboratore dell'impresa di costruzioni. Lo ha affermato il Consiglio di Stato nella sentenza del 14 maggio 2018 n. 2853, che ha esaminato il caso in cui il progettista non partecipa direttamente alla gara quale concorrente o quale soggetto ausiliario o cooptato ma che sia investito, da parte dell'aggiudicatario, di attività inerenti lo svolgimento dei lavori appaltati indicati nell'offerta tecnica, in forza di un rapporto di dipendenza o di collaborazione. Il Codice non prevede espressamente questa ipotesi ma i giudici ritengono che ricada nei divieti contemplati dal codice che risultano estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti.

La *ratio legis* del divieto è impedire che si determini una situazione di vantaggio idonea ad influenzare il risultato dell'aggiudicazione e ad alterare la *par conditio* dei concorrenti. Il divieto, infatti, si fonda sulla particolare rilevanza della progettazione nell'esecuzione dei lavori pubblici, progettazione che, oltre ad essere fase prodromica e strumentale alla realizzazione delle

opere, costituisce il baricentro dell'attività posta a monte dell'esecuzione dei lavori.

Infine, si evidenzia che non è conforme ai principi comunitari in materia di procedure di affidamento, l'esclusione automatica in assenza della prova concreta che la presenza del progettista abbia avuto l'effetto di falsare lo svolgimento della procedura di gara (Corte di Giustizia dell'UE, sentenza 3 marzo 2005, in proc. C-21/03 e 34/03; C.d.S., sez. V, 15 gennaio 2008, n. 36; sez. IV, 3 maggio 2011, n. 2647). Pertanto la lesione della *par condicio* tra concorrenti, che la disposizione normativa ridetta intende scongiurare, deve essere accertata in concreto, evitando rigorosi automatismi nell'applicazione del divieto.

Si resta a disposizioni per eventuali chiarimenti.