Regione Toscana

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

RISPOSTE AI QUESITI

ANNO 2016

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

Anno 2016

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
marzo2017

INDICE
RISPOSTE A QUESITI

Generali

Nuovo sistema di qualificazione e anagrafe stazioni appaltanti pag. 4
CUC e qualificazione delle stazioni appaltanti pag. 8
Richiesta DURC per acquisti relativi al fondo della cassa economale pag. 12

Lavori pubblici

Accordo quadro, suddivisione in lotti e nomina di più di un RUP pag. 16
Appalto di categorie di lavori singolarmente inferiori a 150 mila euro pag. 23
Assunzione part time di lavoratori dipendenti del subappaltatore pag. 30
Criterio del prezzo più basso e metodi di calcolo della soglia di anomalia pag. 36
Gara infruttuosa e possibilità di ricorso a procedura negoziata pag. 41
Requisiti di qualificazione, subappalto ed incremento del quinto pag. 45
Revoca aggiudicazione provvisoria a seguito di informativa interdittiva antimafia pag. 50
Riduzione numero candidati da invitare a procedura ristretta pag. 54
Risoluzione del contratto in danno e mancato rilascio DICO. pag. 60
Collaudo funzionale lavori eseguiti
Transazione per riserve e contenzioso o pagamento di corrispettivo di subappalto pag. 68

Servizi e Forniture

Applicabilità del collegato ambientale di cui alla L.n. 221/2015 ad appalti di servizi pag. 72
Affidamento servizio mensa sociale e scolastica sopra soglia pag. 78
Avvalimento dei titoli di studio e professionali ed esecuzione dei servizi da parte dell'ausiliario pag. 82

QUESITO

Nuovo sistema di qualificazione e anagrafe delle stazioni appaltanti

Soggetto richiedente C.U.C.
Ente di appartenenza Comune di
Settore/Ufficio Ufficio Unico Gare
Sede
Tel. Fax
Indirizzo e-mail

Oggetto:
D.Lgs n. 50 del 18 Aprile 2016 artt.li 37, 38 e seguenti

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori	**Lavori**	**Antecedente il bando o la lettera di invito**
Servizi	**Servizi**	**Svolgimento gara**
Forniture	**Altro**	**Controlli in gara**
Misti		**Controlli post gara**
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		
Settori ordinari		Tematiche specifiche:
Settori speciali		**RUP**
Esclusi		SOA
		DURC
Procedura di affidamento:		DUVRI
Aperta		**Offerta economicamente più vantaggiosa**
Ristretta		**Composizione commissione aggiudicatrice**
Negoziata ⇒	Con bando	Accesso ai documenti di gara
	Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro……..
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*:

Con la Convenzione che si allega i Comuni di XXXXXX e YYYYYYY hanno costituito una Centrale Unica di Committenza per la gestione in forma associata delle procedure di gara relative all'acquisizione di Lavori, Beni e Servizi di importo superiore a 40.000 euro.

Il nuovo Codice Contratti Pubblici ha introdotto agli artt.li 37, 38 e seguenti un nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti fra le quali sono ricomprese le Centrali Uniche di Committenza.

L'art. 216 al comma 10, sembrerebbe occuparsi in via transitoria soltanto della Stazioni Appaltanti e non delle Centrali di Committenza, consentendo alle stesse di operare a certe condizioni sino all'entrata in vigore del sistema di qualificazione.

Il quesito è il seguente:

La CUC XXXXXXX/YYYYYYY è abilitata sino alla data di entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione ad operare per gli ambiti di sua competenza? In quali limiti?

** 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 a quesito posto ed in base a quanto da voi indicato, preliminarmente si rileva che la questione sottoposta afferisce all'interpretazione di alcune delle disposizioni del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. n. 50/2016, ed in particolare dell'articolo 37 comma 2 primo capoverso e dell'articolo 216 comma 10, in rapporto al nuovo sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti delineato all'articolo 38.

Al tale scopo, preliminarmente si rileva che, come definito dall'articolo 3 comma 1, le stazioni appaltanti (lett. o) e le centrali di committenza (lett. i) sono entrambe amministrazioni aggiudicatrici definite alla lett. a) della suddetto articolo; in particolare, le centrali di committenza sono definite come amministrazioni aggiudicatrici che forniscono attività di centralizzazione delle committenze e attività di committenza ausiliarie.

In secondo luogo, dall'esame della convenzione trasmessa si ricava che per la costituzione della CUG, dal punto di vista organizzativo, non viene creato un nuovo soggetto ma il Comune di XXXXXX è designato quale capofila a cui sono delegate le funzioni e le attività dirette all'acquisizione beni e servizi nonché alla realizzazione di lavori pubblici.

Senza entrare nel merito della qualificazione delle stazioni appaltanti di cui all'articolo 38, considerato che spetta ad ANAC stabilire le modalità attuative dell'intero sistema (comma 6) che si basa su un apposito elenco delle stazioni appaltanti qualificate, comprese le centrali di committenza (comma 1), i cui requisiti di iscrizione saranno definiti con decreto del presidente del Consiglio dei Ministri entro 90 giorni, in questa sede preme evidenziare che l'articolo 38 è rubricato "Qualificazione delle stazioni e delle centrali di committenza", facendo rinvio nel comma 8 ultimo capoverso, fino all'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, all'articolo 216 comma 10, quale regime transitorio. Coerentemente il comma 10 dell'articolo 216, nel definire il regime transitorio richiama il sistema di qualificazione di cui all'articolo 38, riferito quindi - complessivamente - sia alle stazioni appaltanti che alle centrali di committenza. In attesa del nuovo sistema di qualificazione, pertanto, per le

stazione appaltanti e per le centrati di committenza i requisiti sono soddisfatti mediante l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del decreto legge 18 ottobre 2012 n. 179 convertito con la L. 221/2012 (AUSA).
Pertanto, relativamente al quesito posto, dalle considerazioni sopra svolte risulta che la problematica riguarda il Comune capofila, ovvero il comune di Pietrasanta. Qualora quest'ultimo sia in possesso dell'iscrizione AUSA quindi, lo stesso comune risulta qualificato ad effettuare le procedure di affidamento ai sensi del nuovo codice dei contratti, il D. Lgs. 50/2016, fino all'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione.

Con l'occasione si rileva che la convenzione è impostata in base all'articolo 33 comma 3 bis del D.Lgs n. 163/2006 che attualmente non è più in vigore, e pertanto si suggerisce di rivedere l'impostazione della stessa, in quanto l'ambito di gestione in via autonoma delle procedure di affidamento è cambiato rispetto al precedente Codice.
Infatti, in base alle nuove disposizioni di cui all'articolo 36, possono essere gestiti autonomamente gli affidamenti relativi agli importi di cui al comma 1, per i quali non è richiesta alcuna qualificazione; anche gli affidamenti relativi agli importi ed alla tipologia di lavori pubblici di cui al comma 2 primo capoverso possono essere gestiti autonomamente, a condizione che la stazione appaltante sia qualificata e che siano utilizzati gli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalla centrale di committenza qualificate.
Per gli affidamenti di importo superiore e per le altre tipologie di lavori, se la stazione appaltante non è capoluogo di provincia non può gestire l'affidamento in via autonoma e deve procedere all'aggregazione delle procedure di gara secondo una delle modalità indicate ai sensi del comma 4. Ciò vale anche nel caso in cui non siano soddisfatte le condizioni di cui al comma 2 sopra illustrate.
Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale
Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

CUC e qualificazione delle stazioni appaltanti

Soggetto richiedente C.U.C.
Ente di appartenenza
Settore/Ufficio Ufficio Unico Gare
Sede
Tel.
Indirizzo

Oggetto:
D.Lgs n. 50 del 18 Aprile 2016 artt.li 37, 38 e seguenti

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori	**Lavori**	**Antecedente il bando o la lettera di invito**
Servizi	**Servizi**	**Svolgimento gara**
Forniture	**Altro**	**Controlli in gara**
Misti		**Controlli post gara**
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		
Settori ordinari		Tematiche specifiche:
Settori speciali		**RUP**
Esclusi		SOA
		DURC
Procedura di affidamento:		DUVRI
Aperta		**Offerta economicamente più vantaggiosa**
⇨ **Ristretta**	Con bando	**Composizione commissione aggiudicatrice**
	Senza bando	
Negoziata	Cottimo fiduc.	Accesso ai documenti di gara
Dialogo competitivo	Amm.ne diretta	Incentivo progettazione
Accordo quadro		Tracciabilità
Project financing		Altro……..

Mercato elettronico **Asta elettronica**	

Quesito*:

(…) si chiede di confermare se in attesa del nuovo sistema di qualificazione sia la CUC che i singoli Comuni di XXXXXX e XXXXX possano operare con strumenti telematici nei limiti dell'art. 37 comma 2 in virtù della norma transitoria di cui all'art. 216 comma 10 del nuovo Codice dei Contratti.

Si chiede, inoltre, cortesemente di chiarire con riferimento alla seconda parte del parere nella quale si suggerisce la revisione della convenzione sottoscritta dai Comuni di XXXXX e XXXXXXX, se con tale revisione la CUC , anche prima dell'entrata in vigore del nuovo sistema di qualificazione, possa operare per le gare relative all'acquisizione di lavori, servizi e/o forniture di importo superiore a quelli indicati al comma 2 dell'art. 37 del D.Lgs. 50/2016 e quindi senza alcun limite di importo.

** 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 ai quesiti posti, (...), si precisa che:

Quesito 1

I singoli Comuni, ai sensi dell'art. 37 comma 2, se qualificati possono effettuare acquisti di forniture e servizi fino agli importi inferiori alla soglia di cui all'articolo 35 e lavori di manutenzione ordinaria di importo inferiore a 1 milione di euro, a condizione che utilizzino in via autonoma strumenti telematici di negoziazione.
Per quanto riguarda la qualificazione, la norma transitoria di cui all'art. 216 comma 10 del nuovo Codice dei Contratti prevede che, in attesa del sistema di qualificazione di cui all'articolo 38, ad oggi occorre l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del D-L- n. 179/2012 convertito con la L. 221/2012.

Quesito 2

La risposta è positiva, in quanto per forniture e servizi di importo superiore alle soglie di cui al comma 2, per i lavori di importo superiore a 150.000 euro e per i lavori di manutenzione ordinaria di importo superiore a 1 milione di euro, per i Comuni non capoluogo di provincia occorre adempiere alle disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 37.
Si ricorda che anche la CUC deve essere qualificata, e pertanto in attesa del sistema di qualificazione di cui all'articolo 38, è necessaria la registrazione AUSA.
Infine si fa presente che restano ferme le disposizioni relative alla c.d. spending review in ordine agli acquisti di beni e servizi, e segnatamente l'articolo 1 comma 450 della legge 27 dicembre 2006 n. 296; l'articolo 26 comma 3 della

Legge 23 dicembre 1999 n. 488; l'articolo 9 comma 3 del Decreto-Legge convertito con modificazioni dalla L. 23 giugno 2014, n. 89 (in G.U. 23/06/2014, n. 143) e l'articolo 1 comma 512 della legge di stabilità 2016.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Richiesta DURC per acquisti relativi al fondo della cassa economale

Soggetto richiedente UOC Gestione Logistica, economale e rapporti con Estar
Ente di appartenenza Azienda Ospealiera Universitaria
Settore/Ufficio Cassa Economale
Sede
Tel Fax
Indirizzo e-mail

Oggetto:
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…….;
Decreto Legge 185/2008 – acquisizione d'ufficio DURC

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		Tematiche specifiche:
Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC x
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa
Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Con bando	Accesso ai documenti di gara
Negoziata ⇨	Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro……..
Project financing		
Mercato elettronico		

Asta elettronica	

Quesito*:

Per gli acquisti effettuati in contanti, utilizzando il fondo della cassa economale (che, da regolamento interno, sono spese minute, urgenti, non ricorrenti e non a fronte di contratti di appalto) occorre l'acquisizione del DURC?

** 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 al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, si ricorda che il DURC (Documento Unico di Regolarità Contributiva) è un certificato unico che attesta, nei confronti dei soggetti ai quali è richiesto (datori di lavoro e lavoratori autonomi), la regolarità nei pagamenti e negli adempimenti previdenziali, assistenziali e assicurativi, e, contestualmente, di tutti gli altri obblighi previsti dalla normativa vigente nei confronti di Inps, Inail e Casse Edili, verificati sulla base della rispettiva normativa di riferimento dei

requisiti regolarità. In base alle specifiche disposizioni di legge e delle indicazioni fornite con il DM 30 gennaio 2015 del Ministero del Lavoro e delle Politiche sociali (Semplificazione in materia di documento unico di regolarità contributiva), il DURC è richiesto in alcune fattispecie tra cui:

- l'erogazione di benefici e sovvenzioni effettuate in base ai fondi comunitari alle imprese per la realizzazione di investimenti (art. 1 comma 553 L.266/2005);
- l'erogazione di benefici e sovvenzioni nelle materie di lavoro e legislazione sociale (articolo 1 comma 1175 della legge n. 296/2006);
- l'erogazione di contributi, sovvenzioni, sussidi, ausili finanziari e attribuzione di vantaggi economici di qualunque altro genere quando l'acquisizione del DURC sia richiesto da specifiche disposizioni di legge, nazionale o regionale (art. 31 comma 8 bis del Decreto Legge 21 giugno 2013, n. 69, convertito con modificazioni dalla Legge 9 agosto 2013, n. 98);
- nelle procedure di appalto di opere, servizi e forniture e nei lavori privati dell'edilizia;
- per il rilascio dell'attestazione SOA.

Ciò posto, relativamente al quesito in esame, occorre precisare che le spese effettuate dai cassieri con il fondo economale in senso stretto sono le spese per le quali è consentito l'utilizzo in contanti e riguardano varie tipologie di spese quali valori bollati, spese postali, giornali e pubblicazioni, biglietti di mezzi di trasporto, ecc. Tali spese sono effettuate sulla base di provvedimento interno della stazione appaltante che individua le tipologie e gli importi limitati, contenuti entro importi certi e prefissati.

Intese in questo modo le spese effettuate mediante il fondo economale, la risposta al quesito posto è negativa.

Come risulta espressamente indicato da ANAC nelle FAQ relative al DURC, per le "spese minute" effettuate mediante il fondo economale non sussiste l'obbligo di acquisizione del DURC per gli acquisti al dettaglio (FAQ D21). In tale senso anche l'interpello n. 10/2009 del Ministero del Lavoro, della Salute e delle Politiche sociali, secondo cui il DURC va richiesto anche per gli acquisti in

economia, esclusi i casi di amministrazione diretta.

Si evidenzia che non deve trattarsi di spese effettuate a fronte di contratti d'appalto, e pertanto la corretta qualificazione della singola operazione rientra nella responsabilità della stazione appaltante procedente. Pertanto, da questo punto di vista, è necessario verificare ogni volta che la fattispecie non costituisca affidamento ai sensi del codice dei contratti, in quanto altrimenti il Durc va richiesto.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

QUESITO

Accordo quadro, suddivisione in lotti e nomina di più di un RUP

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza **Azienda USL**
Settore/Ufficio **S.C. Procedure lavori pubblici, servizi manutentivi, alienazioni, locazioni e beni artistici**
Sede
Tel. Fax Indirizzo e-mail

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 59;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art…….;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art…….;

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori **X**	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito X
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
Sotto soglia comunitaria	**X**	Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		
Settori ordinari **X**		Tematiche specifiche:
Settori speciali		RUP
Esclusi		SOA
		DURC
Procedura di affidamento:		DUVRI
Aperta **X**		Offerta economicamente più vantaggiosa
Ristretta	Con bando	Composizione commissione aggiudicatrice
Negoziata ⇒	Senza bando	Accesso ai documenti di gara
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Incentivo progettazione
Accordo quadro **X**	Amm.ne diretta	Tracciabilità
Project financing		Altro……..
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*:

OGGETTO: Accordo quadro per l'esecuzione di lavori di manutenzione straordinaria, per interventi finalizzati alla conservazione ed al ripristino funzionale degli immobili strumentali all'attività sanitaria e socio sanitaria.

All'interno di questa amministrazione è stato ipotizzato di indire ed espletare una procedura di gara per la stipula di un accordo quadro dell'importo complessivo di euro 3 milioni, avente ad oggetto l'esecuzione di lavori, urgenti e non, di manutenzione, ad eccezione dei lavori che prevedono il rinnovo o la sostituzione di parti strutturali delle opere che debbano essere oggetto di deposito al Genio Civile.

Nello specifico la convenzione per l'accordo quadro dovrebbe avere le seguenti caratteristiche:

1) suddivisione in n. 3 lotti, funzionali alla organizzazione adottata all'interno dell'ufficio tecnico aziendale ovvero:
   - lotto 1: strutture territoriali - euro 1.200.000,00
   - lotto 2: ospedali zona Firenze - euro 900.000,00
   - lotto 3: ospedali zone sud-est e mugello - euro 900.000,00

   che riflette l'attuale ripartizione di competenze in n. 3 strutture organizzative, ciascuna delle quali segue rispettivamente la manutenzione straordinaria dei presidi ubicati nel territorio, dei presidi ospedalieri presenti nella zona Firenze, dei presidi ospedalieri ubicati nei comuni limitrofi zone sud- est e mugello;

2) ciascun lotto prevederebbe la realizzazione di lavorazioni rientranti nelle categorie OG1, OS28 e OS30;

3) l'aggiudicazione di ciascun lotto dovrebbe avvenire sulla base di un unico progetto definitivo redatto ai sensi dell'art. 105, comma 1, del DPR 207/2010, verificato e validato dal Responsabile del procedimento dell'Accordo Quadro appositamente nominato per tale fase;

4) in esito all'espletamento della procedura di gara dovrebbe essere stipulato un accordo quadro per ciascun lotto con un unico operatore economico;

5) inoltre, in esito all'espletamento della procedura di gara, in sostituzione del Responsabile del procedimento dell'Accordo Quadro, per ciascun lotto verrebbe individuato un responsabile del procedimento (RUP) coincidente con la figura del direttore della relativa struttura competente;

6) la fase di esecuzione dell'Accordo Quadro prevederebbe poi la seguente procedura:

   a) i RUP dei singoli lotti, in qualità di direttori delle rispettive strutture orga-

nizzative, dovrebbero programmare gli interventi da effettuare di volta in volta, proponendo per ogni singolo intervento così individuato, la nomina di ulteriori responsabili del procedimento di esecuzione di ciascun contratto applicativo e del relativo gruppo di progettazione;

b) i singoli contratti applicativi dovrebbero pertanto essere stipulati a seguito di adozione di atto deliberativo da parte della stazione appaltante, con la quale verrebbero formalizzate le nomine del responsabile del procedimento dell'esecuzione ex art. 10 D.Lgs. 163/2006, del gruppo di progettazione, del coordinamento sicurezza, direzione lavori e verrebbe approvato il progetto esecutivo validato e il relativo quadro economico dell'intervento, con specificazione del CUP e del CIG derivato sul lotto di riferimento.

Premesso quanto sopra, al fine di evitare il ricorso all'istituto dell'Accordo quadro in modo improprio o in modo da ostacolare, limitare o distorcere la concorrenza, si chiede a codesto spett.le organismo di esprimere un parere circa la legittimità dell'uso dell'accordo quadro così come concepito e strutturato.

** 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 e per quanto da voi rappresentato, in generale si ricorda che l'accordo quadro di cui all'articolo 59 del Codice dei Contratti intende semplificare l'aggiudicazione di appalti seriali e ripetitivi, prevedendo la possibilità di essere concluso anche con più operatori economici. L'art. 3 comma 13 del codice dei contratti, infatti, definisce l'accordo quadro come "un accordo concluso tra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici e il cui scopo é quello di stabilire le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, in particolare per quanto riguarda i prezzi e, se del caso, le quantità previste."

Sotto il profilo civilistico, dall'accordo quadro deriva l'unico obbligo - nel caso in cui l'amministrazione si determini a contrarre - di applicare al futuro contratto (o alla serie di futuri contratti) le condizioni contrattuali predefinite nell'accordo quadro (*pactum de modo contrahendi*), e - in dipendenza dello stesso accordo, qualificato come "contratto normativo" - vengono posti in essere dei contratti applicativi non autonomi, il cui oggetto è solamente determinabile in applicazione del contenuto prefissato nell'accordo medesimo. L'Autorità ha precisato che "il contratto quadro rientra nella tipologia dei contratti aperti e, ai fini della relativa stipulazione, è necessario che siano stabiliti i prezzi unitari da porre a base dell'affidamento e la descrizione delle modalità di esecuzione delle prestazioni" (Deliberazione 20 febbraio 2007, n. 40).

Ciò posto, relativamente a quanto da voi indicato nel quesito e chiarito per vie brevi, si esprimono alcune perplessità relativamente alla scelta dell'Accordo quadro ex art. 59 del Codice tenuto conto della natura delle prestazioni da mettere a gara, rispetto alle quali, appunto, l'accordo di programma potrebbe non configurarsi come lo strumento più idoneo.

Infatti, sulla base delle informazioni fornite, risulta che le prestazioni oggetto dell'contratto di appalto consistono (prevalentemente) in attività di manutenzione straordinaria, ed in quanto tali si configurano come lavori pubblici; diversamente, in caso di manutenzione ordinaria, le prestazioni si configurerebbero (prevalentemente) come servizi al patrimonio ed in relazione agli stessi occorre valutare l'assolvimento degli obblighi di acquisizione previsti dal DL n. 66/2014 e dal DPCM attuativo.

Ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. n), del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207, la manutenzione è definita come "la combinazione di tutte le azioni tecniche, specialistiche ed amministrative, incluse le azioni di supervisione, volte a mantenere o a riportare un'opera o un impianto nella condizione di svolgere la funzione prevista dal provvedimento di approvazione del progetto".

Nel Codice dei contratti, per le problematiche sottoposte occorre fare riferimento alla disciplina dei contratti misti di cui all'art. 14, e all'art. 15 (qualificazione nei contratti misti) secondo cui l'operatore economico che concorre alla procedura di affidamento deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione di lavori, servizi, forniture prevista dal contratto.

Come chiarisce bene l'Autorità nella Determinazione n. 7 del 28 aprile 2015, "il servizio di manutenzione degli immobili, nella prassi, include molteplici prestazioni, tra cui lo svolgimento di servizi in senso proprio (..) e altre attività che (..)sono qualificate come lavori. (…)[1]

Ritornando alla questione in esame, trattandosi di manutenzione straordinaria e quindi di lavori pubblici per i quali, quindi, spetta all'Azienda procedere all'espletamento della procedura di gara, di seguito si indicano alcuni aspetti per i quali potrebbero essere necessari ulteriori approfondimenti.

[1] In concreto, si può quindi affermare che, se l'obiettivo della stazione appaltante è la gestione e la manutenzione dell'immobile per un certo periodo di tempo e tra gli interventi programmati sono previste anche delle lavorazioni, all'esclusivo scopo, tuttavia, di mantenere in efficienza l'edificio e/o gli impianti in esso presenti, l'attività funzionalmente prevalente sarà quella del servizio; viceversa, se l'obiettivo della stazione appaltante è quello di effettuare uno o più interventi puntuali e definiti di manutenzione, ristrutturazione e/o riparazione, come ad esempio, il rifacimento di una facciata, la tinteggiatura delle pareti interne o la sostituzione/riparazione di un dato impianto, l'oggetto sarà l'esecuzione dei lavori."

In primo luogo, occorre definire in modo puntuale la natura delle prestazioni da mettere a gara, distinguendo lavori dai servizi, indicando gli importi e la qualificazione, requisiti richiesti per il relativo svolgimento. Secondo quanto chiarito da ANAC nella Determinazione n. 7/2015 sopra richiamata e la giurisprudenza costante, la "manutenzione" rientra nell'ambito dei lavori pubblici quando comporta "un'azione prevalente ed essenziale di modificazione della realtà fisica (c.d. *quid novi*) che prevede l'utilizzazione, la manipolazione e l'installazione di materiali aggiuntivi e sostitutivi non inconsistenti sul piano strutturale e funzionale (cfr. pareri di precontenzioso dell'Avcp del 13 giugno 2008, n. 184, del 21 maggio 2008, n. 151, del 3 ottobre, 2007, n. 55).

In secondo luogo, la scelta delle modalità per l'affidamento: infatti, per la manutenzione straordinaria lo strumento dell'accordo quadro non sembra idoneo, in quanto le attività non hanno carattere ripetitivo e/o ricorrente ma si tratta di attività specifiche e importanti (anche dal punto di vista economico) che vengono realizzate non ricorrente e non ripetitivo; inoltre richiedono una specifica identificazione progettuale, completa fino a livello esecutivo. Da questo punto di vista appare sicuramente preferibile l'appalto integrato, eventualmente suddiviso in lotti, indicato da ANAC nella determina n. 7/2015. Si ricorda che la suddivisione in lotti richiede almeno tre condizioni di legittimità, ovvero la natura funzionale del lotto, la possibilità tecnica di realizzazione e la convenienza economica per la stazione appaltante (cfr. determinazione n. 5 del 9 giugno 2005 e parere di precontenzioso n. 203 del 18/12/2013).

Infine si segnala che:

Punto 3): relativamente alla verifica del progetto, si ricorda che la norma di riferimento è rappresentata dall'articolo 47 del DPR 207/2010, e non è detto che il RUP possa sempre effettuare anche la verifica del progetto.

Punto 5) e punto 6): si segnala la sovrabbondanza organizzativa conseguente al individuazione sia dei RUP dei singoli lotti che dei RUP dei singoli contratti. Soprattutto non è chiaro il ruolo del RUP del singolo lotto, in quanto la

programmazione degli interventi da effettuare di volta in volta da voi indicata, rappresenta un'attività inerente il ruolo apicale della struttura organizzativa di riferimento.

Punto 6): da quanto voi indicato, non è chiaro cosa si intenda e quale sia la funzione del gruppo di progettazione, posto che al punto 3) è previsto che l'aggiudicazione avverrà sulla base di un unico progetto definitivo come previsto all'articolo 105 comma 1 del Regolamento.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Appalto di categorie di lavori singolarmente inferiori a 150 mila euro

Soggetto richiedente CUC XXXXXX/YYYYYYY
Ente di appartenenza COMUNE DI XXXXXXX
Settore/Ufficio UFFICIO UNICO GARE
Sede C/O COMUNE DI XXXXXXX
Tel Fax ……Indirizzo e-mail

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), artt. Relativi alla qualificazione delle imprese;
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

Importo:
Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:
Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨ **Con bando**
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Concessioni:
Lavori
Servizi
Altro

Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.ne diretta

Fase temporale:
Antecedente il bando di gara
Svolgimento gara
Controlli in gara
Controlli post gara
Stipula del contratto
Esecuzione del contratto
Collaudo
Eventuale pre-contenzioso
Altro……..
Il bando scade il giorno 29/03/2016 ore 17,00 su
start Regione Toscana

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

Quesito*:

Trattasi di Procedura aperta per l'appalto dei "Lavori di messa in sicurezza e riqualificazione sarzanese – ambito progettuale:tratto compreso dall'intersezione con via paduletto all'intersezione con via Giacosa".
IMPORTO APPALTO EURO 219.900,45 DI CUI EURO 214.400,45 PER LAVORI A BASE D'ASTA ED EURO 5.500,00 PER ONERI SICUREZZA NON SOGGETTI A RIBASSO.

Si chiede se per partecipare sia obbligatoria la soa per la categoria prevalente, che risulta essere inferiore ad euro 150.000.
Inoltre anche le categorie scorporabili sono inferiori ad euro 150.000,00. Posso richiedere per esse i requisiti ex art.90 DPR207/2010 o riferendomi all'importo dell'appalto superiore ad euro 150.000,00 devo chiedere necessariamente la SOA?

Nel bando di gara è stato specificato quanto segue:

Categoria prevalente: OG3 (Opere stradali), classifica I, importo euro 142.312,29.
I concorrenti potranno pertanto :
- o produrre attestazione rilasciata da società di attestazione (SOA) di cui al DPR207/2010, regolarmente autorizzata, in corso di validità, tale da documentare il possesso della qualificazione nella lavorazione di cui sopra;
- oppure dichiarare (nelle forme di cui al DPR 445/2000), il possesso nella stessa lavorazione, dei requisiti di cui all'art. 90 del DPR 207/2010.

Altre categorie di cui si compone l'intervento:
- OG6 (Acquedotti, gasdotti, oleodotti, opere di irrigazione e di evacuazione), classifica I, importo euro 30.990,39.
- OG10 (Impianti per la trasf. e distribuzione energia elettrica e di pubblica illuminazione), classifica I, importo euro 27.075,95.

** 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 ai quesiti posti e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che la questione sottoposta concerne le modalità di qualificazione delle imprese in un appalto di lavori pubblici di importo complessivo superiore a 150.000 euro, articolato in tre tipologie di lavorazioni ciascuna di importo inferiore alla suddetta soglia.

Per quanto concerne la qualificazione degli esecutori negli appalti pubblici, in generale si ricorda che i riferimenti sono rappresentati dall'articolo 40 del Codice dei Contratti e dal Titolo III del Regolamento (art. 60, 90, 107, 108 e 109); a queste disposizioni si aggiunge l'art. 12 (Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici) di cui al decreto legge 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni con legge 23 maggio 2014, n. 80)[2], norma con la quale si è provveduto a colmare la lacuna normativa conseguente il vuoto normativo derivante dall'annullamento degli artt. 107 comma 2 e 109 comma 2 del Regolamento appalti, disposto con il D.P.R 30 ottobre 2013 n. 72173/13.

Dalle suddette disposizioni del Codice e del Regolamemto, per i profili di

[2] Con l'art. 12 del DL 47/2014 si è provveduto a specificare che devono essere considerate strutture, impianti e opere speciali le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del Regolamento con l'acronimo OG o OS, ed elencate al comma 1, ovvero: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30. (comma 1)

Al comma 2, per quel che concerne poi l'affidamento, alla lettera a) viene specificato che l'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nella lex specialis di gara come categoria prevalente, possa eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera anche se non in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Quanto sopra, con l'ulteriore indicazione di cui alla lettera b), secondo cui non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario le lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108, co. 3, del Regolamento (10% dell'importo complessivo ovvero l'importo superiore ad € 150.000) relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A, nonché le categorie individuate con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35. Tale divieto, continua la norma, non esclude comunque la possibilità che dette lavorazioni possano essere subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, nonché scorporate per la costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

interesse, si ricava che:

1) i soggetti esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici devono essere qualificati e improntare la loro attività ai principi della qualità, della professionalità e della correttezza (art 40, comma 1 del Codice);

2) la **qualificazione è obbligatoria** per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle stazioni appaltanti di importo **superiore a 150.000 euro** (art. 60 comma 2 del Regolamento);

3) per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di **importo superiore a 150.000 euro il sistema di qualificazione** è **unico** ed è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori (art 40, comma 2 del Codice);

4) le imprese sono qualificate per categorie di opere generali, per categorie di opere specializzate, nonché per prestazioni di sola costruzione, e per prestazioni di progettazione e costruzione, e classificate, nell'ambito delle categorie loro attribuite, secondo gli importi (art. 61 comma 1 del Regolamento);

5) gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo **pari o inferiore a 150.000 euro** qualora in **possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo elencati** al comma 1 dell'articolo 90 del Codice.

Da quanto sopra riportato, pertanto, risulta che la normativa vigente distingue due regimi diversi per la qualificazione degli operatori economici basati sull'importo dei lavori, ovvero una prima modalità di qualificazione per i lavori di importo superiore a 150.000 euro e la seconda per i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro.

Per gli importi superiori a 150.000 euro è prevista la **qualificazione obbligatoria** mediante **SOA** e la suddivisione dei lavori in categorie, prevalenti o scorporabili e per classi di importo. Per gli importi pari o inferiori a 150.000, agli operatori economici è richiesto il possesso di determinati requisiti di capacità tecnico-organizzativa indicati nel comma 1 dell'articolo 90 mentre nel bando/capitolato occorre descrivere le diverse lavorazioni necessarie per la realizzazione dell'opera.

Come precisato dall'AVCP/ANAC[3] ,"in primo luogo va precisato che agli appalti di importo pari o inferiore a euro 150.000 non si applicano le disposizioni in

[3] Vedi la determinazione del 18 luglio 2001 n. 15 ed in particolare la successiva determinazione n.25 del 20/12/2001.

materia di categorie generali e specializzate, di categorie a qualificazione obbligatoria, di categorie a qualificazione non obbligatoria, di divieto di subappalto e, di conseguenza, di obbligo di prevedere nei bandi di gara le categorie scorporabili. Cio'in quanto tali appalti non sono soggetti alle disposizioni sul sistema unico di qualificazione. In questi casi, pertanto, i concorrenti (*soggetti singoli o associazioni orizzontali*) partecipano alle relative gare qualora in possesso degli speciali requisiti previsti dalle norme (…). La garanzia che l'appaltatore sia in possesso di una professionalità adeguata si ottiene prevedendo una coerenza o analogia tecnica tra la natura dei lavori da affidare ed i lavori eseguiti dal concorrente." (cfr. determinazione n. 25 del 20/12/2001).

Ciò posto, relativamente ai quesiti posti ne consegue che **la riposta al primo quesito posto** è negativa in quanto, come previsto dal Codice dei Contratti e dal Regolamento attuativo per i lavori di importo inferiore a 150.000 non è richiesta la qualificazione obbligatoria con la SOA ma il possesso di determinati requisiti tecnico-organizzativi.

Sul punto si ricorda il parere dell'ANAC n.86 del 30/05/2012, secondo cui "per poter affermare l'obbligatorietà dell'attestazione di qualificazione e ritenere legittimi eventuali provvedimenti di esclusione, occorre aver riguardo all'importo dei lavori e al soggetto esecutore di questi ultimi, nel senso che solo se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000, l'attestazione in capo all'esecutore è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei necessari requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Ma se l'importo dei lavori è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore di questi non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 D.P.R. 207/2010 (art. 28 D.P.R. 34/2000). L'Autorità precisa poi che "tale conclusione si giustifica anche alla luce di una interpretazione dell'art. 90 D.P.R. 207/2011 (art. 28 D.P.R. 34/2000) in senso "comunitariamente orientato" e rivolto a rispettare il principio generale della massima partecipazione alle selezioni per l'affidamento di appalti pubblici, tenuto conto altresì della circostanza che l'amministrazione, attraverso il deposito dell'equipollente certificazione, non viene a trovarsi in una

posizione di rischio circa l'eventuale affidamento dell'appalto ad un soggetto professionalmente inadeguato, potendo pur sempre verificare la veridicità del contenuto di quanto attestato dalla concorrente". (cfr.TAR Toscana, Firenze, sentenza del 15 gennaio 2007 n. 12). In tale senso anche il parere ANAC di precontenzioso n. 13 del 29/07/2014, secondo cui per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del d. P. R. n. 207/2010: risulta, pertanto, illegittima la previsione della lex specialis di gara che richiede ai concorrenti il possesso dell'attestazione SOA, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, questa basta a comprovare il possesso dei requisiti.

Sull'argomento si rimanda anche alla determinazione AVCP n. 5 del 21 maggio 2009 recante "Linee guida per l'applicazione dell'art. 48 del Dlgs n. 163/2006", in cui l'Autorità ha sottolineato che per appalti di importo pari o inferiore a 150 mila, "si impone comunque il possesso di una professionalità qualificata che si traduce in un rapporto di analogia tra i lavori eseguiti dal concorrente e quelli oggetto dell'appalto da affidare, intesa come coerenza tecnica tra la natura degli uni e degli altri, la cui valutazione è rimessa alla discrezionalità delle stazioni appaltanti (Cfr. Consiglio di Stato, Sent. n. 352 del 21 gennaio 2002).

Le considerazioni sopra riportate valgono anche ai fini della risposta al secondo quesito posto, rispetto al quale si ribadisce che per importi inferiori – e decisamente inferiori come in questo caso – occorre fare riferimento ai requisiti dell'articolo 90 comma 1, "fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, questa basta a comprovare il possesso dei requisiti".

Per completezza si segnala, infine, che la suddetta interpretazione dell'ANAC, pur essendo in linea con una parte rilevante della giurisprudenza amministrativa (TAR Toscana sentenza n. 12 del 11/01/2007, Tar Lombardia sez. Brescia sentenza n. 1211/2005 e TAR Abruzzo sent. 669 del 21/10/2006), tuttavia non riscontra unanimità di posizioni (cfr. TAR Calabria sent. n. 1137 del 9/10/2006), e vi è chi ritiene obbligatoria l'attestazione SOA anche

relativamente a categorie di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, qualora facenti parte di un appalto il cui importo complessivo sia superiore a tale somma.

Infine, per quanto riguarda il contenuto del bando relativo alla partecipazione degli operatori economici alla gara, di seguito si evidenziano alcuni profili di criticità:

c) la formulazione del documento risente dell'impostazione tipica dei lavori di importo superiore a 150.000 euro, come risulta anche dalla stessa terminologia utilizzata delle categorie prevalente e scorporabili;

d) per la qualificazione degli operatori economici è prevista la SOA in alternativa al possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 comma 1 del DPR 207/2010. Ciò avrebbe dovuto essere declinato anche in caso di ATI e in caso di subappalto, a differenza di quanto riportato dalla scrivente stazione appaltante.

e) Per le considerazioni sopra svolte, si ribadisce che la partecipazione all'appalto in oggetto era consentito a tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti di cui all'articolo 90 comma 1, fermo restando l'ammissione del concorrente in possesso della attestazione SOA per categoria analoga alle lavorazioni indicate nel bando di gara;

f) tenuto conto di quanto sostenuto da una parte della dottrina e della giurisprudenza, l'impostazione seguita nel bando in esame può essere condivisibile qualora l'affidamento riguardi un unico soggetto come sopra evidenziato.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

QUESITO

Assunzione part-time di lavoratori dipendenti del subappaltatore

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza: Comune di
Settore/Ufficio: Lavori Pubbici
Sede:
Tel…… …Fax… Indirizzo e-mail:

Oggetto:
X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 118;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art…….;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art…….;
……...

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
X Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		X Esecuzione del contratto
X Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……...
Contratti:		Tematiche specifiche:
X Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa
X Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Con bando	Accesso ai documenti di gara
Negoziata ⇨	Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro……...
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*:

Buongiorno, sono l'ing XY responsabile dell'ufficio LL.PP. del comune di XXXXXXX.

In qualità di RUP di un appalto in corso di svolgimento di riqualificazione di una strada comunale, avrei bisogno di una consulenza in merito alla legittimità della procedura proposta dalle imprese appaltatrice e subappaltatrice in merito alla esecuzione di un contratto pubblico.

In pratica abbiamo già autorizzato il subappalto dei lavori contrattuali come da richiesta dell'appaltatore per una quantità minore del 30%, la massima consentita dal codice in caso procedura aperta. Tale importo è stato calcolato riferendosi al costo delle opere compiute come risulta dal contratto, escludendo quindi ogni suddivisione artificiosa per quanto riguarda il costo dei materiali, del nolo e della mano d'opera.

Approssimandosi la conclusione dei lavori autorizzati con il subappalto, l'impresa appaltatrice ha manifestato il proposito di procedere con l'esecuzione dei lavori assumendo part-time i lavoratori dipendenti a tempo pieno del subappaltatore e redigendo contratti di nolo a freddo per i macchinari, presumibilmente di proprietà del subappaltatore.

Il quesito è, a parte la formalizzazione del contratto di lavoro al centro per l'impiego da parte di entrambe le imprese, la modifica del POS e la verifica in cantiere dell'esecuzione dei lavori nei soli giorni previsti dal contratto part-time, se ci sono problemi dal punto di vista giuridico, quali per esempio, di eventuale cessione del contratto o almeno di una sua parte, o in alternativa di inadempienza rispetto alle norme sul subappalto?

E' la prima volta che ci capita il caso di utilizzo di mano d'opera part-time del subappaltatore, anche perché abbiamo ritenuto illegittime altre forme ben note di aggiramento dei limiti di subappalto quali, il distacco di personale, la separazione del costo del materiale rispetto al valore dell'opera compiuta etc.

Un problema ulteriore è che non è un caso isolato di appalto specifico in quanto da parte di un altro appaltatore ci è già stata manifestata l'intenzione di procedere in modo del tutto identico.

** 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 al quesito posto ed in base di quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche sottoposte sembrano presentare aspetti attinenti non solo al codice dei contratti pubblici ma anche - e soprattutto - all'ambito giuslavoristico dei contratti di lavoro, sia a tempo pieno che part-time. Infatti la questione riguarda specificamente la tipologia di contratto di lavoro applicato ai lavoratori dipendenti dell'appaltatore e del subappaltatore.

Riguardo al codice dei contratti, in base alle informazioni fornite preliminarmente si evidenzia che non si ravvisano profili attinenti alla cessione del contratto, oggetto di espresso divieto ai sensi dell'articolo 105 comma 1 del nuovo codice, in quanto l'appaltatore continua a gestire l'esecuzione dell'opera affidata. Analoghe considerazioni valgono per quanto concerne il subappalto, disciplinato dall'articolo 105 del nuovo Codice dei Contratti, in quanto risultano rispettate le disposizioni del codice sia da parte dell'appaltatore che del subappaltatore.

A tale riguardo si rileva che il subappaltatore, una volta eseguite le lavorazioni

rientranti nel contratto autorizzato e una volta rispettato, in particolare, il comma 6 dello stesso articolo relativamente al trattamento economico previsto dal contratto collettivo nazionale e territoriale di lavoro, alla denunzia agli enti previdenziali e alla regolarità del DURC, non ha altri obblighi verso l'appaltatore e il suo rapporto con la stazione appaltante si conclude positivamente con la corretta esecuzione del contratto di subappalto.

Resta operante la responsabilità in solido tra appaltatore e subappaltatore in relazione agli obblighi retributivi e contributivi, prevista dal combinato disposto dell'art. 105 commi 8 del D. Lgs 50/2016 (art.118 comma 6 del Dlgs n.163/2006) e dell'art. 29 comma 2 del Dlgs 10/09/2003 n. 276 "Attuazione delle deleghe in materia di occupazione e mercato del lavoro, di cui alla legge 14 febbraio 2003, n. 30".

Riguardo ai profili attinenti ai contratti di lavoro, preliminarmente si rileva che la fattispecie oggetto del quesito - ovvero l'assunzione a tempo parziale da parte dell'appaltatore dei lavoratori dipendenti del subappaltatore - non rientra nelle ipotesi di somministrazione di lavoro di cui all'art. 30 e seguenti del Dlgs 15 giugno 2015 n. 81 "Disciplina organica dei contratti di lavoro e revisione della normativa in materia di mansioni". Inoltre non pare ricorrere la fattispecie dell'acquisizione di personale già impiegato nell'appalto a seguito di subentro di un nuovo appaltatore di cui al comma 3 dell'art. 29 del Dlgs n. 276/2003 sopra citato.

Per le considerazioni sopra svolte, quindi, la questione sottoposta attiene alla gestione dei rapporti di lavoro dipendente, ambito che concerne la più generale autonomia d'organizzazione dell'impresa nel rispetto dei contratti collettivi e della legislazione sul lavoro. La questione in sostanza verte sulla legittimità o meno per i lavoratori impiegati nel cantiere di cumulare un contratto di lavoro part-time con il subappaltatore con altro contratto part-time con l'appaltatore, chiudendo un precedente contratto a tempo pieno con l'impresa subappaltatrice.

In base anche a quanto emerso dal confronto con la Direzione Provinciale del Lavoro di Firenze e con la Cassa Edile, e tenuto conto anche dell'attuale situazione di crisi del comparto dell'edilizia, si riportano le valutazioni dei suddetti enti secondo cui la questione non presenta criticità sotto il profilo dei

rapporti di lavoro, a condizione che siano rispettate tutte le prescrizioni normative, compresa la modifica del POS.

A tale riguardo si rileva che ai sensi dell'articolo 5 (Tutela ed incentivazione del lavoro a tempo parziale) del D. Lgs 25 febbraio 2000 n. 61 "Attuazione della direttiva 97/81/CE relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES", la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale è ammessa su accordo delle parti risultante da atto scritto, convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio. Inoltre, il CCNL per i dipendenti delle imprese edili e affini del 19 aprile 2010, all'art. 78 qualifica il ricorso all'impiego di lavoratori a tempo parziale come eccezionale e stabilisce che "un'impresa edile non può assumere operai a tempo parziale per una percentuale superiore al 3% del totale dei lavoratori occupati a tempo indeterminato".

Quindi, riassumendo, da quanto sopra illustrato emerge che:

1) nel CCN dei dipendenti delle imprese edili, il ricorso al contratto part-time è previsto come eccezionale e non può superare la percentuale del 3% del totale dei lavoratori occupati a tempo pieno;

2) ai sensi del D. Lgs n. 61/2000, per la trasformazione del rapporto di lavoro a tempo pieno in rapporto a tempo parziale occorre un atto scritto, convalidato dalla direzione provinciale del lavoro competente per territorio.

Pertanto si invita la stazione appaltante a vigilare che siano rispettate le suddette condizioni in modo da garantire la legittimità dei suddetti passaggi e soprattutto per la tutela dei lavoratori impiegati nel cantiere.

A tale riguardo si rileva infatti che , se da un punto di vista formale viene rispettato il limite del 30% di cui al comma 2 dell'articolo 105, il meccanismo descritto potrebbe consentire di aggirare il suddetto limite in quanto mediante lo strumento del contratto part-time, praticato dall'appaltatore allo scadere delle lavorazioni oggetto di subappalto nei confronti dei lavoratori dipendenti dell'impresa subappaltatrice, in sostanza vengono mantenuti a lavorare sullo stesso cantiere sempre gli stessi lavoratori.

Si ricorda che ai sensi dell'art. 23 "Disposizioni sulla sicurezza e regolarità del

lavoro nei cantieri” della legge regionale 13 luglio 2007, n. 38 recante “Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro”, il direttore dei lavori raccoglie e conserva- tra l'altro - i nominativi delle ditte e dell'organico impegnato in cantiere.

QUESITO

Criterio del prezzo più basso e metodi di calcolo della soglia di anomalia

Soggetto richiedente CENTRALE UNICA DI COMMITTENZA XXXXXX/YYYYYYY
Ente di appartenenza (Comune Capofila)
Settore/Ufficio UFFICIO UNICO GARE
Sede C/O
Tel. Fax Indirizzo e-mail:

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 50/2016), art.97, comma 8, ultimo periodo;
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

Importo:
Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:
Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨ **Con bando, prezzo più basso.**
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Concessioni:
Lavori
Servizi
Altro

Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.ne diretta

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……..

Tematiche specifiche:
RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro: verifica soglia di anomalia in caso di partecipanti a procedura d'appalto in numero inferiore a n.10.

Quesito*:

In relazione all'art.97, comma 8, ultimo periodo si fa riferimento al fatto che *<la facoltà di esclusione automatica non è esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a 10>.* Inoltre l'art. 97, comma 2 precisa che *<quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso la congruità delle offerte è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore ad una soglia di anomalia determinata....., procedendo al sorteggio, in sede di gara, di uno dei metodi indicati>*.

Sulla base di quanto sopra si chiede se, in una procedura negoziata ex art. 36, comma 2 lett. c), con il criterio del minor prezzo ex art.95, comma 4 del D. Lgs 50/2016, in presenza di un numero di ditte partecipanti inferiore a n.10, assodato che la facoltà di esclusione automatica non è in questo caso esercitabile, si debba comunque procedere al sorteggio di uno tra i 5 metodi di anomalia, per effettuare il calcolo della soglia stessa, ai fini della eventuale verifica ai sensi dell'art.97, commi 5 e ss. del D.Lgs 50/2016.

Inoltre si chiede se l'eventuale verifica con richiesta di giustificativi debba riguardare tutte le ditte partecipanti o solo la ditta risultata aggiudicataria.

** 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 al quesito in oggetto e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che le problematiche sottoposte afferiscono alla verifica dell'anomalia dell'offerta, disciplinata nell'articolo 97 del nuovo codice dei contratti, dedicato alle "Offerte anormalmente basse" , nell'ambito di una procedura di gara per lavori di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35 che prevede il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso.
In base al suddetto articolo e relativamente alle problematiche in esame, si ricava che:
1) ai fini dell'anomalia, la stazione appaltante deve provvedere ad effettuare un giudizio tecnico sulla congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità delle offerte;
2) riguardo alla congruità, su specifica richiesta della stazione appaltante, gli operatori economici devono fornire spiegazioni sul prezzo o sui costi proposti nelle offerte se queste appaiono anormalmente basse;
3) in caso di criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, la congruità dell'offerta è valutata sulle offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia calcolata in base ad uno dei cinque metodi elencati alle lettere a), b), c), d) ed e), sorteggiato in sede di gara. La *ratio* della suddetta disposizione è da ritrovare nel fine "di non rendere predeterminabili dai candidati i parametri di riferimento per i calcolo della soglia";
4) permane la facoltà di prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte (comma 8). I presupposti per l'applicazione di questa opzione da parte delle stazioni appaltanti, ricalcano sostanzialmente la previgente normativa, in quanto consistono nelle seguenti circostanze:

a) il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso;

b) l'importo della gara inferiore alle soglie di cui all'articolo 35;

c) un numero di offerte pari o superiore a 10.

L'esclusione automatica vale a determinare, appunto, la modalità automatica dell'esclusione per quelle offerte che risultino pari o superiori alla soglia di anomalia, senza richiedere le spiegazioni agli offerenti indicate ai commi 4, 5 e 6. Pertanto la risposta al primo quesito è positiva.

Relativamente al secondo quesito posto, la verifica dovrà essere effettuata per le offerte che presentano un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia, iniziando dalla prima e scorrendo alla seconda ed alle successive in caso in cui la precedente offerta risulti anomala.

Ciò posto, si riscontrano innegabili problematiche in sede di applicazione della norma, che si limita a prevedere le ipotesi di avvio della procedura di valutazione dell'anomalia dell'offerta solo in relazione al criterio di aggiudicazione, trascurando -tra l'altro - ogni riferimento alla tipologia dell'appalto.

Il richiamato comma 2 prevede cinque diversi metodi matematici di calcolo della soglia di anomalia, basati su differenti operazioni di correzione delle medie dei ribassi. Dei suddetti metodi, tre (lettere a, d ed e) mantengono il sinora vigente meccanismo di "media con taglio delle ali, corretta con ulteriore media al rialzo"(c.d. "media mediata, con taglio delle ali"), correggendolo però alle lettere *b* ed *e* con un'ulteriore operazione, eventuale (lettera *b*) o necessaria (lettera *e);* uno (lettera c) muove dalla media delle percentuali di ribasso, senza il taglio delle ali, maggiorandola del 20% (si tratta del metodo previsto a suo tempo dall'art. 25 del D.Lgs. 157/1995); uno (lettera *d*), infine, muove dalla media degli sconti, in valori assoluti, riducendola del 20%.

Ciascuno dei metodi risulta in sé del tutto casuale dato che dipende dalle offerte che concretamente pervengano in gara; pertanto, i concorrenti non hanno modo di formulare un'offerta che, a priori, possa avere minori o maggiori probabilità di risultare aggiudicataria a seconda del metodo concretamente applicato.

Ciò posto, come anche evidenziato recentemente da alcuni commentatori, i

suddetti metodi di cui al comma 2 operano efficacemente con un numero di offerte pari almeno a cinque. Al di sotto di tale numero si suggerisce pertanto di effettuare il controllo sulle offerte che in base alle autonome valutazioni della stazione appaltante potrebbero presentare profili inerenti agli indicatori di anomalia.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale
Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Gara infruttuosa e possibilità di ricorso a procedura negoziata

Soggetto richiedente: Servizio Opere Pubbliche e Manutenzione
Ente di appartenenza: Comune di
Settore/Ufficio: Ufficio Gestione Appalti e Concessioni
Sede: Tel Fax Indirizzo e-mail:

Oggetto:
X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 57 c. 2 lett a) procedura negoziata senza bando;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art…….;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art…….;

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
X Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		X Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
X Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		Tematiche specifiche:
X Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa
Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Con bando	Accesso ai documenti di gara
X Negoziata ⟹	X Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro: **applicabilità della procedura**
Project financing		
Mercato elettronico		

Asta elettronica	

Quesito*:

Questa Stazione Appaltante, con provvedimento n. 4050 del 30.12.2015, ha indetto un appalto congiunto a vendita di immobile per la realizzazione di un percorso ciclabile (ex art. 53 c. 6 e ss. DLgs 163/06), mediante procedura aperta.
Il relativo progetto è finanziato per € 292.200,00 con finanziamento regionale e per € 194.800,00 con vendita di immobile comunale.
Nel termine fissato dal bando di gara (il 28.1.2016), due sole imprese hanno presentato offerta e, con provvedimento n. 386 del 12.2.2016, è stata dichiarata l'aggiudicazione provvisoria dei relativi lavori in favore del primo classificato, dando mandato all'Ufficio di predisporre le relative verifiche su entrambi gli operatori economici.
In data 8.9.2016 si è concluso il procedimento di verifica dei requisiti sul primo classificato nella graduatoria provvisoria; in esito allo stesso, è emersa un'irregolarità tale da non consentire di addivenire alla stipula del contratto con l'impresa.
La seconda classificata, però, interpellata in merito, ha dichiarato il venir meno del proprio interesse al presente appalto (con nota del 10.10.2016).
Peraltro, il contributo regionale (riconosciuto con D.G.R. n. 6564 del 15.12.2014) grazie ad accordi intervenuti con il competente ufficio regionale, richiede il rispetto delle seguenti tempistiche: affidamento dei lavori entro marzo 2017 e conclusione degli stessi entro il 31.12.2018.
Questa Stazione Appaltante, anche al fine di rispettare i tempi predetti, intenderebbe procedere nel seguente modo.
Attivare una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara (ai sensi dell'art. 57 c. 2 lett. a, DLgs 163/06), invitando a presentare offerta almeno cinque imprese idoneamente qualificate, assegnando un termine di almeno 15 giorni. Tutto ciò lasciando invariate le condizioni iniziali del precedente appalto.

SI CHIEDE

1) se è correttamente applicabile la previsione dell'art. 57 c. 2 lett. a) DLgs 163/06;
2) ed in caso, se la procedura negoziata potrebbe qualificarsi come una evoluzione della gara aperta principale e pertanto, mantenerne il C.I.G., con assoggettamento alle disposizioni del DLgs 163/06 vigente all'epoca della gara infruttuosa.

** 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

Telefonata di chiarimento in data 13/10/2016

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 due quesiti posti e sulla base di quanto da voi rappresentato, preliminarmente si ritiene necessario svolgere alcune riflessioni riguardo all'esito della procedura aperta, bandita da codesta stazione appaltante ai sensi dell'art. 55 del precedente codice dei contratti pubblici D. Lgs n. 163/2006.
A tale riguardo si rileva che la suddetta procedura aperta ha avuto esito positivo, in quanto si è conclusa individuando un soggetto aggiudicatario che nel caso sottoposto è l'operatore economico arrivato secondo in graduatoria. Ciò a seguito dell'esclusione dell'aggiudicatario provvisorio (primo in graduatoria) a conclusione del procedimento di verifica dei requisiti e quale conseguenza degli esiti dei relativi controlli. Quindi la stazione appaltante ha provveduto ad individuare quale aggiudicatario il secondo il graduatoria scorrendo la graduatoria.
Tuttavia il secondo classificato, venendo meno alla sua responsabilità precontrattuale, si è volontariamente sottratto alla sottoscrizione del contratto rendendo possibile l'escussione della cauzione ai sensi dell'art. 75 del Dlgs n. 163/2006.
Pertanto la procedura di gara esperita ha portato ad individuare un soggetto aggiudicatario anche se non è stato possibile procedere alla stipula del contratto.

Per le considerazioni sopra svolte, pertanto, l'esito della procedura originaria quindi non può essere considerato come rientrante nella casistica di cui all'art. 57 comma 2 lett. a) del Dlgs n. 163/2006 che prevedeva la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata "qualora, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, non sia stata presentata nessuna offerta, o nessuna offerta appropriata, o nessuna candidatura".

Sulla base delle suddette considerazioni, la risposta ai quesiti posti è negativa e si ritiene che Codesta stazione appaltante per l'affidamento dei lavori in questione debba avviare una nuova procedura ai sensi del Dlgs . 50/2016, chiedendo conseguentemente all'ANAC un nuovo codice CIG.

Per quanto attiene alla scelta della nuova procedura in relazione all'importo dell'appalto inferiore a 500 mila euro, si ritiene che Codesta stazione appaltante, anche ai fini del rispetto dei tempi concordati con il competente ufficio regionale erogatore del finanziamento, possa valutare sia la procedura negoziata con la consultazione di almeno dieci operatori prevista dall'art. 36 comma 2 lett. c) del Dlgs n. 50/2016, sia la procedura aperta con termini abbreviati per "ragioni di urgenza debitamente motivate" prevista dall'art. 60 comma 3 del Dlgs n.50/2016.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale Organizzazione e Sistema Informativo

Quesito

Requisiti di qualificazione, subappalto ed incremento del quinto

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza COMUNE DI
Settore "AREA LEGALE" – "U.O. GARE"
Sede dell'Ufficio
Tel Indirizzo e-mail

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture;
Legge Regionale n. 38 del 2007;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008);
x Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici (artt. 61, c. 2, e 92, c. 1, D.P.R. n. 207/2010)

Appalti:
x Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Importo:
Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:
x Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Concessioni:
Lavori
Servizi
Altro

Con bando
Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.ne diretta

Fase temporale:
x 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 contenzioso
Altro

Tematiche specifiche:
RUP
x SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
x Altro: subappalto necessario

Quesito*:

L'art. 92, c. 1, D.P.R. n. 207/2010 specifica altresì la possibilità, per il concorrente singolo, di comprovare il possesso dei requisiti di ordine speciale nella *"categoria prevalente per l'importo totale dei lavori"*, potendone derivare in tal caso, in presenza di una o più categorie scorporabili a qualificazione obbligatoria, la possibilità del ricorso al c.d. "subappalto necessario" per la copertura dei requisiti delle categorie scorporabili.
L'art. 61, c. 2, D.P.R. n. 207/2010 stabilisce che *"la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto"*.
Con la presente si richiede di sapere se, ai fini della qualificazione in sede di gara, l'incremento del quinto debba considerarsi alternativo o cumulativo rispetto al subappalto necessario.
In pratica si chiede di conoscere se, a parere di codesto spettabile organismo, la soluzione corretta sia soltanto la seguente:

SOA classifica ___ + 1/5 = classifica richiesta da bando o lettera di invito

oppure possa ritenersi idonea anche quella di seguito riportata:

SOA classifica ___ + 1/5 + subappalto necessario nei limiti di legge = classifica richiesta da bando o lettera di invito.

RingraziandoVi anticipatamente del tempo che vorrete dedicarmi con l'occasione porgo distinti saluti.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che la questione sottoposta concerne la qualificazione degli operatori economici negli appalti di lavori pubblici di importo complessivo superiore a 150.000 euro, questione a dir poco complessa tenuto conto del tormentato quadro normativo in vigenza del D. Lgs n. 163/2006, e che attende la definizione del sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici mediante le linee guida di ANAC ai sensi dell'art. 83 comma 2 del nuovo codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs n. 50/2016. Pertanto l'argomento in esame richiede un breve svolgimento di alcune considerazioni di contesto, necessarie per l'inquadramento della risposta.

In generale si ricorda che per la qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici, i principali riferimenti normativi sono rappresentati dall'articolo 84 del Codice dei Contratti e dal Titolo III del Regolamento, che continua ad applicarsi ai sensi dell'art. 216 comma 14; a queste disposizioni si aggiunge l'art. 12 (Disposizioni urgenti in materia di qualificazione degli esecutori dei lavori pubblici) di cui al decreto legge 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni con legge 23 maggio 2014, n. 80)[4], norma con la quale si è provveduto a colmare la lacuna

[4] Con l'art. 12 del DL 47/2014 si è provveduto a specificare che devono essere considerate strutture, impianti e opere speciali le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del Regolamento con l'acronimo OG o OS, ed elencate al comma 1, ovvero: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30. (comma 1)

Al comma 2, per quel che concerne poi l'affidamento, alla lettera a) viene specificato che l'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria di opere generali ovvero nella categoria di opere specializzate indicate nella lex specialis di gara come categoria prevalente, possa eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera anche se non in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. Quanto sopra, con l'ulteriore indicazione di cui alla lettera b), secondo cui non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario le lavorazioni di importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108, co. 3, del Regolamento (10% dell'importo complessivo ovvero l'importo superiore ad € 150.000) relative alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A, nonché le categorie individuate con l'acronimo OS, di seguito elencate: OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30,

normativa conseguente il vuoto normativo derivante dall'annullamento degli artt. 107 comma 2 e 109 comma 2 del Regolamento appalti, disposto con il D.P.R 30 ottobre 2013 n. 72173/13.

Dalle suddette disposizioni, per i profili di interesse, si ricava che:

1) la **qualificazione è obbligatoria** per chiunque esegua i lavori pubblici di importo **superiore a 150.000 euro** (art. 60 comma 2 del Regolamento);

2) per tutti gli esecutori a qualsiasi titolo di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro **il sistema di qualificazione** è **unico** ed è articolato in rapporto alle tipologie e all'importo dei lavori (art 84 comma 5 del Codice);

3) le imprese sono qualificate **per categorie** di opere, generali e speciali, e **classificate**, nell'ambito delle categorie loro attribuite, per livelli di importo (art. 61 comma 4 del Regolamento);

4) per la **partecipazione** alla gara, è sufficiente il possesso della qualificazione nella categoria prevalente purchè per l'importo totale dei lavori, qualora il concorrente, singolo o associato, non la possieda anche per le categorie scorporabili (art. 92, comma 1 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207; art. 12 comma 2 lett.a);

5) l'affidatario, in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, **può eseguire** direttamente tutte le lavorazioni (prevalente e scorporabili) anche se non in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni (art 12 comma 2 lett. b);

6) per le opere scorporabili indicate all'art. art 12 comma 2 lett. b (c.d. opere a qualificazione obbligatoria), l'affidatario (che non possiede la necessaria qualificazione) non può eseguire direttamente le relative lavorazioni ma le deve subappaltare a un'impresa provvista della relativa, adeguata qualificazione.

Si ricorda che le categorie a qualificazione obbligatoria sono quelle che, se superano il 10% dell'importo complessivo dei lavori o 150.000 euro e fanno parte delle scorporabili, non possono essere eseguite dall'impresa affidataria se

OS 33, OS 34, OS 35. Tale divieto, continua la norma, non esclude comunque la possibilità che dette lavorazioni possano essere subappaltate ad imprese in possesso delle relative qualificazioni, nonché scorporate per la costituzione di associazioni temporanee di tipo verticale.

sprovvista di tale categoria , ma devono essere subappaltate ad imprese qualificate.

Si ricorda inoltre che, come previsto dall'articolo 61 comma 2 del Regolamento, la qualificazione in una categoria abilita l'impresa a partecipare alle gare e ad eseguire i lavori nei limiti della propria classifica incrementata di un quinto.

Relativamente al quesito in esame, pertanto, per le considerazioni fino qui svolte si rileva che l'incremento del quinto risulta né alternativo né cumulativo rispetto al subappalto necessario in quanto l'incremento del quinto attiene alla fase di partecipazione alla gara mentre il subappalto è un istituto che attiene alla fase dell'esecuzione dell'appalto. Pertanto la soluzione corretta è la prima tra quelle da voi indicate, tenuto conto che le lavorazioni che rientrano nelle categorie a qualificazione obbligatoria, che richiedono il subappalto "necessario", sono computate nell'importo complessivo dei lavori a base di gara.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale
Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Revoca aggiudicazione provvisoria a seguito di informativa interdittiva antimafia

Soggetto richiedente: Servizio Opere Pubbliche e Manutenzione
Ente di appartenenza: Comune di
Settore/Ufficio: Ufficio Gestione Appalti e Concessioni
Sede: Arezzo -
Tel Fax Indirizzo e-mail:

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

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
X Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		X Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
X Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		Tematiche specifiche:
X Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa
X Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Con bando	Accesso ai documenti di gara
Negoziata ⇨	Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro: **Verifica requisiti aggiudicatario provvisorio appalti: informativa antimafia interdittiva**
Project financing		
Mercato elettronico		

Asta elettronica	

Quesito*:

A seguito dell'aggiudicazione provvisoria di un appalto e in sede di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario provvisorio, la Prefettura adita per la comunicazione antimafia, ha inviato una informativa interdittiva in cui è evidenziata la sussistenza di situazioni di cui agli art. 84 c. 3 e art. 91 del DLgs 159/2011.
Successivamente l'impresa aggiudicataria provvisoria (oggetto della citata informativa interdittiva) ha contestato il contenuto dell'informativa prefettizia rivendicando la propria estraneità ai fatti contestati. Inoltre ha preannunciato di voler adire l'Autorità Giudiziaria per l'adozione di una decisione, quantomeno cautelare, avverso l'informativa prefettizia. Ricorrendo tale situazione, l'impresa richiede a questa Amministrazione di sospendere la procedura di appalto (con particolare riferimento alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria nei loro confronti).
Si fa presente che:
- l'importo dei lavori a base di gara ammonta a € 432.2340,11;
- trattasi di appalto congiunto alla vendita di immobile
- l'appalto in discorso è finanziato in parte con contributi della Regione che impongono il rispetto delle seguenti tempistiche: consegna lavori entro marzo 2017 e fine lavori entro dicembre 2018;
- a seguito della conclusione della gara, nel mese di aprile 2016 è stato richiesto il rilascio della comunicazione antimafia tramite BDNA; la stessa è pervenuta l'8.9.2016 con l'informativa interdittiva sopra indicata;

SI CHIEDE:

- un Vs. parere su come procedere nel rispetto delle norme e nella salvaguardia degli interessi di questo Ente (conseguimento del contributo regionale)
- se, nel caso si proceda all'esclusione dell'aggiudicatario provvisorio, sia necessario fare una comunicazione specifica nella sezione "annotazioni riservate" del casellario ANAC delle imprese
- se, ricorrendo il caso dell'esclusione, si debba procedere all'escussione della cauzione provvisoria presentata dall'impresa da escludere.

** 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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato e considerata la ristrettezza dei tempi per la predisposizione della risposta, preliminarmente si raccomanda di procedere nel rispetto delle disposizioni vigenti in materia di affidamento dei contratti pubblici di cui al D. Lgs n. 163/2006 per le procedure iniziate fino al 18 aprile 2016, e di cui al D. Lg n. 50/2016 per le procedura avviate dal 19 aprile 2016 nonché delle disposizioni di cui al decreto legislativo 6 settembre 2011, n. 159. Ciò anche ai fini di escludere la colpa grave nella gestione del procedimento amministrativo afferente la procedura di gara in oggetto.

Riguardo alla fattispecie sottoposta, si rileva che l'aspetto problematico concerne le conseguenze delle risultanze dell'informativa prefettizia riferita all'aggiudicatario (provvisorio), che in questo caso sembrano atte a determinare anche una discrasia con le dichiarazioni rese dallo stesso soggetto ai fini della partecipazione alla gara.

Le risultanze dell'informativa prefettizia, che consiste nell'attestazione della sussistenza o meno di una delle cause decadenza, di sospensione o di divieto di cui all'articolo 67 del D. Lgs 159/2011, se comminate con provvedimento definitivo di applicazione determinano come conseguenza la decadenza di diritto dalle licenze, autorizzazioni, concessioni, iscrizioni, attestazioni, abilitazioni ed erogazioni di cui al comma 1, nonché il divieto di concludere contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Ciò posto, tenuto conto anche dell'impatto sulla procedura di gara e per l'operatore economico, si ravvisa l'opportunità di richiedere innanzitutto

conferma alla Prefettura delle suddette risultanze.

In caso positivo, relativamente ai tre quesiti posti si segnala sinteticamente quanto segue:

Quesito 1:

La stazione appaltante deve provvedere ad adeguarsi alle prescrizioni della norma che non lascia margini di valutazione, procedendo ad applicare il divieto di stipula nei confronti dell'aggiudicatario provvisorio e contemporaneamente a scorrere la graduatoria, affidando il contratto al secondo in graduatoria.

Quesito 2:

Riguardo all'onere informativo rispetto al casellario ex articolo 7 comma 10 del D. Lgs 163/2006, la risposta è positiva, considerando specialmente il profilo relativo alla falsa dichiarazione ex articolo 38 del D. Lgs 163/2006 ai sensi dell'articolo 38 comma 1 ter.

Quesito 3:

Relativamente alla cauzione, la risposta è positiva.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale
Organizzazione e Risorse

Settore Contratti
Osservatorio

QUESITO

Riduzione del numero dei candidati da invitare ad una procedura ristretta

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza Comune di
Settore/Ufficio Affari legali e gare
Sede Tel… Fax……Indirizzo e-mail…….

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture **art. 91, comma 1 D.lgs.50/2016;**
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art…….;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art…….;

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori X	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
Sotto soglia comunitaria X		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		Altro……..
Contratti:		Tematiche specifiche:
Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa
Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Con bando	Accesso ai documenti di gara
Negoziata ⇨	Senza bando	Incentivo progettazione
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	Tracciabilità
Accordo quadro	Amm.ne diretta	Altro……procedura ristretta limitazione numero candidati (art. 91 d. lgs. N. 50/2016)
Project financing		……..
Mercato elettronico		

Asta elettronica	

Quesito*:

Il nostro quesito concerne l'esatta interpretazione dell'**art. 91 comma 1 D. lgs. 50/2016 relativo alla riduzione del numero di candidati da invitare a partecipare a procedura ristretta**.

Abbiamo infatti notato che per quanto riguarda la procedura di ristretta di lavori l'articolo in questione non reca più, come invece all'art. 62 del vecchio codice (d. lgs. N. 163/2016) la prescrizione dell'importo di lavori superiore a 40 milioni di euro, oltre alla difficoltà dell'opera, per potersi avvalere della facoltà di limitazione del numero di candidati, ma semplicemente indica quale presupposto per avvalersi della stessa "*quando lo richieda la difficoltà o la complessità dell'opera*" .

Ci chiediamo, pertanto, se possa essere plausibile per una gara di lavori di costruzione nuova scuola, il cui importo a base di gara ammonta a circa 2 milioni di euro, ricorrere ad una procedura ristretta con limitazione del numero dei candidati da invitare, motivando sulla base del presupposto della difficoltà dell'opera, trattandosi di realizzazione di opera che comprende una molteplicità di categorie di lavorazioni.

** 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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente si provvede a chiarire che lo scrivente Osservatorio, nell'ambito delle competenze attribuite ai sensi degli articoli 5 e 9 della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro), non fornisce "l'esatta interpretazione" delle disposizioni normative in materia di appalti pubblici di cui alle leggi dello Stato, interpretazione che solo il legislatore nazionale può adottare in forma autentica. Lo scrivente Osservatorio, infatti, supporta le stazioni appaltanti del territorio regionale in ordine all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, fornendo indicazioni utili per l'individuazione di una possibile soluzione alle problematiche sottoposte a seguito dei necessari approfondimenti e in base al quadro complessivo della norme in materia.

Ciò posto, si rileva che la questione in esame concerne l'applicazione delle disposizioni di cui ai commi 1 e 2 dell'articolo 91 del D.Lgs n. 50/2016, ovvero la facoltà prevista per le stazioni appaltanti nelle procedure ristrette, competitive con negoziazione, nelle procedure di dialogo competitivo e di paternariato per l'innovazione di limitare il numero dei candidati che soddisfano i criteri di selezione e che possono essere invitatati a presentare l'offerta, a negoziare o a partecipare al dialogo, sulla base della difficoltà e complessità dell'opera. In ogni caso deve essere garantito il numero minimo previsto al comma 2, ovvero il numero di cinque candidati nelle ristrette, e di tre nel dialogo competitivo e nel paternariato per l'innovazione, numero minimo che comunque, specifica il legislatore, deve essere sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza. Rispetto alla norma del precedente codice D. Lgs 163/2006, è venuta meno per

le procedure ristrette relative ai lavori pubblici la soglia d'importo pari o superiore a 40 milioni, estendendo anche ai lavori pubblici lo stesso presupposto - senza limiti d'importo - già previsto dall'articolo 62 del D. Lgs 163/2006 per le procedure ristrette di servizi e forniture, ovvero la difficoltà o la complessità della prestazione.

Viene quindi chiesto allo scrivente Osservatorio se la costruzione di una nuova scuola di importo di circa 2 milioni di euro possa integrare il presupposto della difficoltà dell'opera, "trattandosi di realizzazione di opera che comprende una molteplicità di categorie di lavorazioni", legittimando in tale modo l'applicazione del meccanismo della c.d. forcella.

A tale riguardo, preliminarmente si rileva che per la limitazione (legittima) de numero dei candidati non basta la "difficoltà" dell'opera ma occorre anche la "complessità" della stessa, dovendo ricorrere entrambi gli aspetti.

Inoltre, preme evidenziare che la motivazione della scrivente stazione appaltante, riferita esclusivamente alla molteplicità delle categorie, potrebbe non risultare esaustiva ai fini della sussistenza del presupposto "della difficoltà e complessità dell'opera", considerato che, come già ricordato, viene applicata una limitazione (del numero di candidati che soddisfano i criteri di selezione ovvero) ad uno dei principi fondamentali delle procedure di gara pubbliche quale quello della libera concorrenza.

In generale, occorre considerare che gli aspetti che determinano la difficoltà e complessità dell'opera sono riconducibili alle diverse discipline interessate dall'ambito ingegneristico (ad es.: soluzione di problemi ad elevata difficoltà), tenuto conto che tali aspetti devono essere valutati di volta in volta in base a diversi parametri di natura tecnica (tecnologici, architettonici, ambientali, ecc,).

Tuttavia si rileva che non si riscontra una definizione normativa univoca di "complessità e difficoltà dell'opera"; infatti nel nuovo codice dei contratti pubblici, nell'articolo 3 nella lett. oo) si ritrova la definizione dei lavori complessi quali "lavori che superano la soglia di 15 milioni di euro e che sono caratterizzati da particolare complessità in relazione alla tipologia delle opere, all'utilizzo di materiali e componenti innovativi, alla esecuzione in luoghi che presentano difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche,

geologiche e ambientali".

Un riferimento indiretto è contenuto, inoltre, nell'articolo 89 "Avvalimento" del nuovo codice al comma 11, laddove si precisa che non è ammesso l'avvalimento quando nell'oggetto dell'appalto o della concessione rientrino opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica quali strutture, impianti e opere speciali definite ai sensi dell'art. 12 della legge n. 80/2014 (ovvero le opere che rientrano nelle categorie OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30 dell'Allegato A del DPR 207/2010).

Per quanto riguarda le problematiche in esame, un riferimento è contenuto nella nuova Linea Guida di ANAC relativa a "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", pubblicata il 28 giugno 2016 ma non ancora efficace, nella quale si fa riferimento ai lavori di particolare complessità per i quali - a prescindere dall'importo del contratto – occorre che il RUP possieda anche la qualifica di project manager. Per lavori di particolare complessità ANAC precisa che si intendono tutti quei lavori:

1) ad elevato contenuto tecnologico;

2) di significativa innovatività;

3) da svolgersi in particolari circostanze ambientali, climatiche, geologiche (ad esempio in aree sismiche, zone soggette ad alluvioni, zone con particolari caratteristiche orografiche)

4) aventi ad oggetto la costruzione, la manutenzione o la ristrutturazione di beni ambientali e culturali anche nel sottosuolo.

Proprio sullo specifico punto, il Consiglio di Stato, nel recentissimo parere n. 01767 del 02/08/2016 relativo alla suddetta Linea Guida di ANAC, suggerisce all'Autorità di "coordinare la definizione data nelle linee guida con quelle delle fonti primarie, anche prescindendo dal limite di importo previsto dall'art. 3, lett. oo)".

Pertanto, in attesa che venga fatta chiarezza su questi aspetti, in base alle considerazioni sopra riportate in ogni caso emerge che, comunque, non l'edificazione di qualsiasi scuola integra il presupposto della difficoltà e

complessità dell'opera, bensì l'edificazione di una scuola che presenti particolari profili tecnici. Da questo punto di vista, gli aspetti indicati da ANAC nelle Linee Guida del RUP sopra riportati possono comunque rappresentare un riferimento su cui la Stazione appaltante potrà effettuare le necessarie valutazioni del caso, anche in rapporto alla definizione dei criteri relativi all'offerta economicamente più vantaggiosa come miglior rapporto qualità/prezzo da applicarsi ai sensi dell'articolo 95 del D. Lgs 50/2016.

Risposta al quesito

Pertanto, per le considerazioni sopra svolte si ritiene che, qualora la scrivente stazione appaltante intenda procedere ad effettuare una procedura ristretta e a limitare il numero dei candidati ai sensi dell'articolo 91 c.1 e 2 del D. Lgs 50/2016, la motivazione indicata nel quesito in esame debba essere integrata con argomentazioni che diano conto delle particolari caratteriste tecniche dell'opera tali da determinarne la relativa difficoltà e complessità. Infatti sono questi gli aspetti - tecnici - che legittimano la limitazione del numero dei soggetti che potranno presentare l'offerta, ovvero la limitazione al principio di concorrenza che, ai sensi dell'articolo 30 del nuovo Codice dei Contratti, rappresenta uno dei principi fondamentali delle procedure di gara pubbliche per la legittimità delle stesse.

Ciò posto si suggerisce alla stazione appaltante un'attenta ponderazione degli aspetti tecnici dell'intervento, considerato che attualmente non si riscontra una definizione univoca di "difficoltà e complessità" dell'opera, valutando la possibilità di effettuare comunque una procedura aperta sulla base di un capitolato tecnico ben dettagliato.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

QUESITO

Risoluzione del contratto in danno e mancato rilascio DICO. Collaudo funzionale lavori eseguiti

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza: AZIENDA USL
Settore/Ufficio: AREA TECNICA – U.O. NUOVE OPERE
Sede:
Tel: Fax: Indirizzo e-mail:

Oggetto:
X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 136 ora art. 108 del D.Lgs. 50/2016)
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art…….;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art…….;
X D.M. 37 del 22.01.2008 art. 7;

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
X Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		Esecuzione del contratto
X Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale pre-contenzioso
		X Altro RISOLUZIONE IN DANNO
Contratti:		Tematiche specifiche:
X Settori ordinari		RUP
Settori speciali		SOA
Esclusi		DURC
		DUVRI
Procedura di affidamento:		Offerta economicamente più vantaggiosa, composizione commissione aggiudicatrice
Aperta		Accesso ai documenti di gara
Ristretta	X Con bando	Incentivo progettazione
X Negoziata	Senza bando	Tracciabilità
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	X Altro: RILASCIO DICO art. 7 DM 37/08
Accordo quadro	Amm.ne diretta	
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*:

Richiesta parere in ordine all'applicazione dell'art. 7 del D.M. 37/2008

Come a vostra conoscenza questa Azienda Sanitaria con mail del 21.05.2015 ha richiesto un parere in ordine l'interpretazione della normativa relativo alla certificazione degli impianti, in particolare dell'art. 7 comma 1 del DM 37/2008, a cui codesto servizio di consulenza ha risposto con mail del 18.06.2015.
La richiesta verteva sulla procedura da adottare considerato che è stato rescisso il contratto all'impresa esecutrice dell'appalto per gravi inadempienze e ritardo.
L'impresa aveva all'epoca realizzato il 70% degli impianti e delle opere, pertanto il problema si pone in ordine al disposto dell'art. 7 del D.M. 37/2008 il quale prevede che la titolarità a certificare gli impianti spetti alla sola ditta esecutrice.

Lo stato dell'arte ad oggi è il seguente:

7) è stato risolto il contratto con la ditta esecutrice per grave inadempienza e grave ritardo nel dicembre 2014;
8) Le opere e gli impianti, al momento della risoluzione del contratto, risultavano eseguiti al 70% ed è proprio questo l'aspetto critico in quanto la ditta pur avendo realizzato gli impianti, non ha rilasciato alcuna dichiarazione di conformità non essendo gli stessi impianti stati terminati e pertanto non sono state effettuate le preliminari prove di funzionalità nel rispetto della norma la quale contiene letteralmente il riferimento al "termine dei lavori", né tantomeno ha consegnato le certificazioni dei materiali installati;
9) è stato redatto, da parte del Direttore Lavori, lo stato di consistenza con la relativa contabilità finale nella quale, lo stesso DL, ha considerato il valore degli impianti realizzati come nullo. Conseguentemente tutte le partite contabili, relative agli impianti, pagate alla ditta con i 2 SAL, sono state portate in detrazione nella contabilità finale e coerentemente annoverati tra i danni da addebitare alla ditta
10) è stato redatto, da parte del Collaudatore, il verbale di accertamento tecnico contabile nel quale lo stesso Collaudatore ha confermato la tesi del DL considerando il valore degli impianti nullo e pertanto detraendo dalla contabilità finale gli importi ad essi riferiti. Non solo, lo stesso Collaudatore, nella redazione del Verbale di accertamento tecnico contabile ha evidenziato due problematiche, fino a quel momento sconosciute alla SA, consistenti in:
   g) parte degli impianti sono stati eseguiti "*con difformità rispetto agli schemi progettuali, ancorché quasi sempre solo formalmente presenti, ma sostanzialmente poco rilevanti";*
   h) *"non vi è sufficiente documentazione per attestare provenienza e qualità dei materiali impiegati…. Ovvero vi è la* ***non corrispondenza*** *dei materiali, articoli e macchinari al Capitolato Speciale d'Appalto del Progetto con particolare riguardo all'art. 30 e seguenti del CSA"* ;

1. Il Collaudatore conclude il proprio verbale con la seguente affermazione: *"si ritiene pertanto che tutte le opere (ancorché presenti in sito e in contabilità) non certificate e/o non documentate sufficientemente a norma del CSA, sono difformi da quanto richiesto nei documenti di progetto"* e pertanto non accettabili.
2. Inoltre, lo stesso Collaudatore ha confermato, verbalmente, la sua contrarietà ad acconsentire al mantenimento degli impianti così come realizzati perché non certifi-

cati né, a suo parere, certificabili, ribadendo che gli impianti esistenti non possono che essere demoliti e rifatti, attesa la perentorietà della norma.

3. Dopo l'approvazione, da parte della S.A., dello Stato di consistenza, redatto dal DL, e del Verbale di accertamento tecnico contabile, redatto dal Collaudatore, la ditta ha chiesto e ottenuto un Accertamento Tecnico Preventivo (ATP) disposto dal Tribunale di Massa il quale è in corso di esecuzione. Lo stesso CTU ha più volte chiesto alla ditta di presentare la documentazione relativa ai materiali installati, ma a tutt'oggi, non risulta presentata alcuna documentazione da parte della ditta.

Codesto servizio consulenza, nel proprio parere comunicato con mail del 18.06.2015, ha illustrato 4 possibili soluzioni percorribili dalla questa SA riassumibili in:

1. **totale demolizione degli impianti e loro rifacimento totale** – questa SA ritiene tale soluzione indubbiamente irragionevole oltre ad essere esageratamente onerosa;
2. **in ambito di contenzioso** - fare ultimare i lavori alla stessa ditta su ordine della stessa autorità giudiziaria con sentenza – soluzione questa difficilmente percorribile a causa dell'incertezza dell'esito delle valutazioni dell'autorità giudiziaria;
3. **con un professionista esterno** - a cui affidare l'incarico di collaudo funzionale in corso d'opera – soluzione che questa SA intenderebbe adottare;
4. **soluzione extra contenzioso** - con accordo extra-giudiziario – soluzione che presuppone tempi troppo lunghi, dovendo essere intrapresa e attuata in fase di contenzioso, con l'aggravante di risentire fortemente di quest'ultimo.

Tutto ciò evidenziato, questa stazione appaltante intenderebbe attivare una procedura, come suggerito da codesto servizio di consulenza, che consenta ad una nuova impresa di prendersi in carico il lavoro già eseguito al 70% e di giungere al rilascio della dichiarazione di conformità a fine lavori; quindi nominare un professionista esterno con il compito di eseguire un collaudo tecnico funzionale di quanto realizzato.
In particolare il professionista incaricato dovrà procedere:
- ad effettuare delle prove al fine di accertare l'efficienza e la funzionalità della parte realizzata, anche con indagini e saggi distruttivi, stabilendo anche la qualità dei materiali utilizzati e certificandoli;
- a trasferire su supporto grafico quanto realizzato (elaborati di impianto)
- a rilasciare il certificato di "collaudo" limitato a quanto realizzato, accertato e provato.

Tale collaudo tecnico-funzionale dovrà essere effettuato come un insieme di verifiche e si dovrà concludere con un verbale di collaudo atto a stabilire se gli impianti finora realizzati, soddisfino funzionalmente le normative di legge e prescrizioni capitolari, e soprattutto dovrà accertare l'idoneità degli impianti realizzati per il futuro collegamento alle parti di completamento mancanti. Dovrà inoltre contemplare l'effettuazione di prove e verifiche di funzionamento, con strumentazioni appropriate, e ne dovrà contenere i relativi verbali di prova.

L'impresa subentrante dovrà prendere atto del suddetto collaudo accettandone le relative risultanze, tramite specifica approvazione per iscritto di una clausola contrattuale, rimanendo sollevata da responsabilità derivanti da difetti occulti sull'impianto precedente, non realizzato dalla stessa; tale procedura oltre a sollevare da responsabilità la ditta, risulta cautelativa per la SA togliendo alla nuova impresa la possibilità di apporre future riserve.
Quindi, al termine dei lavori, la ditta subentrante, dovrà rilasciare una DICO (dichiarazione di conformità) con le prove di funzionalità ed efficienza relative agli interi impianti, con

allegato il Collaudo Tecnico Funzionale.

Questo percorso, consentirebbe di proseguire con i lavori senza procedere alla demolizione totale degli impianti realizzati, con contestuale superamento dell'attuale posizione del Collaudatore che ne prescrive la loro totale demolizione e il loro rifacimento.

Questa soluzione appare adeguata e di buon senso, consentendo di superare l'attuale situazione di stallo, pur comportando un ulteriore modica spesa a carico della stazione appaltante, che comunque, sarà da conteggiarsi nei danni da addebitare alla ditta in corso di causa.

Ciò premesso, si chiede, gentilmente, un parere di merito circa la soluzione prospettata e se questa possa essere, giuridicamente sostenibile e possa garantire questa SA, dall'esposizione a responsabilità di qualsiasi natura, non escluse quelle contabili.

** 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 al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, in rapporto alle problematiche sottoposte si richiama la precedente risposta al quesito rilasciata in data 18.06.2015; in particolare si ribadisce che per la situazione che ha determinato la risoluzione del contratto di appalto ai sensi dell'articolo 138 del Codice dei Contratti di cui al D. Lgs 163/2006, sussistono diverse opzioni ricavate da una ponderata lettura delle norme e valutazione dei fatti occorsi. Si confermano pertanto le considerazioni ivi svolte e le quattro soluzioni prospettate, rimesse alla imprescindibile valutazione della stazione appaltante, tenuto conto dell'evoluzione in corso della situazione.

Ciò posto, rispetto ai fatti descritti nel quesito del maggio 2015, a distanza di circa un anno si sono verificati i seguenti nuovi passaggi:
1) il direttore dei lavori ha redatto lo stato di consistenza con la relativa contabilità finale (art. 138 comma 1 D. Lgs 163/2006);
2) il collaudatore ha redatto il verbale di accertamento tecnico contabile (art. 138 comma 2);
3) nei suddetti verbali il valore degli impianti realizzati è stato considerato nullo e conseguentemente di essi non vi è traccia nella contabilità finale; inoltre il collaudatore ha accertato la non conformità degli impianti realizzati rispetto agli schemi progettuali e la non corrispondenza dei materiali, articoli e macchinari al CSA, concludendo che tutte le opere risultano difformi e non accettabili;
4) la stazione appaltante ha approvato i suddetti verbali e le risultanze da essi emergenti;
5) è in corso un ATP disposto dal tribunale di XXXX , richiesto e ottenuto dalla ditta appaltatrice "risoluta".

Sulla base degli aggiornamenti forniti, pertanto, la prima considerazione da evidenziare è che risulta necessario attendere gli esiti dell'accertamento tecnico preventivo disposto dal Tribunale.
La seconda considerazione è che in ogni caso la posizione della stazione appaltante è stata formalizzata con l'atto di approvazione dei verbali del direttore dei lavori e del collaudatore, e, conseguentemente, sembra orientata alla totale demolizione delle opere e degli impianti difformi e ad un nuovo affidamento per la realizzazione completa degli stessi da parte di una nuova impresa.

Ciò posto, viene richiesto allo scrivente Osservatorio un parere relativamente ad una soluzione prospettata che risulta sostanzialmente diversa da quella indicata nei verbali approvati dalla stessa Azienda Usl, in quanto nel quesito viene illustrato un percorso diretto a salvaguardare le opere ed impianti ad oggi realizzati per il 70%, secondo un'impostazione analoga a quella già indicata dallo scrivente Osservatorio come "soluzione con professionista esterno". In particolare viene richiesto se questa possa essere giuridicamente sostenibile e possa garantire dall'esposizione a responsabilità di qualsiasi natura.

Risposta al quesito

Per quanto da voi illustrato, tenuto dei recenti sviluppi della situazione da voi indicati, si ritiene che ad oggi il suddetto percorso alternativo non possa essere immediatamente perseguibile in quanto è necessario attendere l'evolversi della vicenda processuale, e in particolare occorre in primo luogo attendere gli esiti dell'Accertamento Tecnico Preventivo disposto dal Tribunale.
In secondo luogo, dal punto di vista amministrativo e come già indicato, a fronte dell'approvazione dei verbali di consistenza e di collaudo in ogni caso occorre formalizzare un cambio di strategia rispetto alle risultanze ivi espresse e ufficializzate che vanno in una direzione decisamente diversa da quella da voi illustrato.

Pertanto, sotto il profilo della legittimità è necessario che la S.A. provveda all'approvazione di una soluzione alternativa motivando il cambiamento d'intenti rispetto all'approvazione dello stato di consistenza e del verbale di collaudo, in quanto occorre superare le conclusioni dei verbali dell'attuale DL e collaudatore. Da questo punto di vista saranno decisivi gli esiti dell'ATP in corso, laddove consentano di individuare una soluzione diversa rispetto a quella approvata dalla scrivente ASL (che comunque potrebbe restare quella più onerosa).

Per i profili di responsabilità contabile, si ricorda che una motivazione attenta, argomentata ed idonea a ricostruire l'istruttoria dell'organo amministrativo consente nella maggioranza dei casi di escludere le ipotesi più gravi dell'elemento soggettivo, ovvero il dolo e la colpa grave.

Infatti per la responsabilità amministrativo-contabile, oltre al danno e all'antigiuridicità della condotta il dettato normativo richiede che in capo al dipendente sia presente il requisito psicologico del dolo o della colpa grave; come affermato nella sentenza della Corte dei Conti della Toscana n. 91/2016 "la nozione di dolo non si identifica con quella di cui all'art. 43 c.p., ovvero come volontà dell'evento dannoso (evento voluto e previsto dal soggetto legato da rapporto di servizio), ma come civile contrattuale determinato dalla volontà di non adempiere agli obblighi di servizio, dalla consapevolezza della natura illecita dell'attività posta in essere, come dolo cd. contrattuale o in adimplendo, come inadempimento di una speciale obbligazione preesistente, quale che ne sia la fonte e consiste nella coscienza e volontà di venir meno ai propri obblighi e doveri di ufficio e nel proposito di non adempiere l'obbligazione. La colpa grave richiede la presenza di elementi aggiuntivi rispetto a quella semplice. Occorre che l'errore non sia scusabile e sia macroscopico. Per cui essa non matura in caso di norme di nuova introduzione, di difficile lettura, su cui vi sono interpretazioni controverse".

Si ricorda che non tutti gli atti illegittimi determinano la maturazione di responsabilità amministrativa, occorre che essi siano definibili come illeciti; il giudizio contabile non può estendersi alle valutazioni discrezionali relative alla opportunità delle scelte, ma esso riguarda direttamente la verifica della

congruità delle stesse; il requisito psicologico del dolo deve essere verificato con riferimento alla violazione degli obblighi contrattuali o legislativi; la prescrizione quinquennale matura dal momento della adozione dell'atto o dalla produzione di effetti giuridici o dal momento della scoperta dello stesso in caso di occultamento doloso. Sono questi i principali presupposti della responsabilità amministrativa espressi dalla giurisprudenza della Corte dei Conti.
Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale Organizzazione e Sistema Informativo

QUESITO

Transazione per riserve e contenzioso o pagamento di corrispettivo di subappalto

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza COMUNE DI
Settore "AREA TECNICA" – "SETTORE INFRASTRUTTURE"
Sede dell'Ufficio Tel Indirizzo e-mail

Oggetto:
x Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.Lgs. 163/2006, art. 118, c. 3);
Legge Regionale n. 38 del 2007;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008);
Regolamento di attuazione del Codice dei Contratti Pubblici

Appalti:	Concessioni:	Fase temporale:
Lavori	Lavori	Antecedente il bando o la lettera di invito
Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
Importo:		**x Esecuzione del contratto**
Sotto soglia comunitaria		Collaudo
Sopra soglia comunitaria		Eventuale contenzioso
		Altro
Contratti:		
x Settori ordinari		Tematiche specifiche:
Settori speciali		RUP
Esclusi		SOA
		DURC
Procedura di affidamento:		DUVRI
		Offerta economicamente più vantaggiosa
Aperta		Composizione commissione aggiudicatrice, Accesso ai documenti di gara
Ristretta	Con bando	Incentivo progettazione
Negoziata ⇨	Senza bando	**x Altro: mancato invio copia fatture quietanzate pagamenti subappaltatore**
Dialogo competitivo	Cottimo fiduc.	
Accordo quadro	Amm.ne diretta	
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*:

L'art. 118, c. 3, secondo periodo, D.Lgs. n. 163/2006 specifica che *"qualora gli affidatari non trasmettano le fatture quietanziate del subappaltatore o del cottimista entro il predetto termine, la stazione appaltante sospende il successivo pagamento a favore degli affidatari"*.
Con la presente si richiede di sapere se, a parere di codesto spettabile organismo, **detta sanzione si applica unicamente al corrispettivo per i lavori eseguiti od anche ad importi riconosciuti e da liquidare in via transattiva.**
Si richiede una risposta in termini generali al quesito evidenziato in neretto (per questo, nella parte iniziale del modello, non è stata indicata la relativa fattispecie né l'ammontare sopra o sotto soglia comunitaria), precisando tuttavia, a maggior chiarimento, che la corrispondente problematica è insorta in merito ai lavori del "Progetto Città Nuova 1° e 2° stralcio", nell'ambito dei quali:

11) l'appaltatore ha richiesto ed ottenuto autorizzazione al subappalto di parte delle opere;
12) non era previsto il pagamento diretto ai subappaltatori;
13) e' intervenuta, ai sensi dell'art. 239, D.Lgs. n. 163/2006, transazione tra le parti a seguito di riserve iscritte dall'appaltatore negli atti di contabilità e della valutata ammissibilità, da parte della Stazione Appaltante, soltanto di alcune di esse, essendo derivato da ciò la quantificazione di uno specifico importo da corrispondere a fini di soluzione della vicenda.

Si rimane in attesa di sollecito riscontro considerando che, qualora si ritenesse non applicabile la sospensione del pagamento anche all'importo transattivo, non potrebbe conseguentemente intendersi sospeso il termine di 30 giorni per pagare, che in questo caso decorrerebbe già.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche sottoposte riguardano la norma di cui al comma 3 dell'articolo 118 del D. Lgs 163/2006, nella parte in cui dispone la sospensione del successivo pagamento a favore degli affidatari che non provvedono a trasmettere – entro 20 giorni dalla data di ciascun pagamento effettuato nei loro confronti – copia delle fatture quietanzate relative ai pagamenti da essi affidatari corrisposti (*melius* che avrebbero dovuto corrispondere) al subappaltatore o cottimista. Il problema verte sull'ambito oggettivo della suddetta norma, in quanto ci viene chiesto se la suddetta previsione trovi applicazione anche per gli importi da liquidare in via transattiva ex art. 239 del D. Lgs 163/2006.

Premesso che l'interpretazione autentica è propria del legislatore nazionale, si rileva che il quesito è posto in termini generali non essendo riportati aspetti specifici; si deduce - anche se non espressamente indicato - che l'accordo transattivo, scaturito da riserve iscritte dall'appaltatore, dovrebbe vertere su prestazioni eseguite (anche) dal subappaltatore.

Riguardo alla vicenda rappresentata, si rileva che la transazione costituisce un contratto del tutto autonomo rispetto a quello dal quale sorge la controversia e, come è noto, comporta una rinuzia in quanto le parti facendosi reciproche concessioni pongono fine ad una lite già cominciata o prevengono una lite che tra loro possa insorgere. "Oggetto della transazione non è il rapporto o la situazione giuridica cui si riferisce la discorde valutazione delle parti, ma la lite cui questa ha dato luogo o puo' dar luogo, e che le parti stesse intendono eliminare mediante reciproche concessioni ..." (Corte Suprema di Cassazione,

Sez. II, sentenza n. 11117 del 6 ottobre 1999). Sullo strumento della transazione l'Autorità si è già espressa con Deliberazione n. 308 del 13/9/2001, nonchè con successivi altri provvedimenti (Deliberazione n. 56 del 3/12/2008; Deliberazione n. 10 del 19/3/2008), provvedendo in particolare ad individuarne i limiti in ambito pubblicistico, da rinvenire nel divieto di stipulare la transazione c.d. novativa, "intesa come accordo mediante il quale si instaura con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario" (Deliberazione n. 103 del 5/12/2012).

Ciò posto, considerato che la norma in esame di cui all'articolo 118 comma 3 D.Lgs 163/2003 prevede sostanzialmente una misura limitativa nei confronti dell'appaltatore di natura "sanzionatoria" ed in quanto tale è misura di stretta applicazione, e tenuto conto che non risultano indicazioni in altro senso dalla recente dottrina e giurisprudenza, si prefigura una lettura della norma di tipo sostanzialmente letterale, ovvero riferita strettamente al pagamento del corrispettivo per i lavori eseguiti in base al contratto di appalto. Ciò anche tenuto conto che l'accordo transattivo di cui all'articolo 240 costituisce un (titolo) contratto diverso rispetto al contratto di appalto, e che l'articolo 118 in oggetto è riferito al contratto di appalto.

Infine si ricorda che ai sensi dell'art. 12 del DPR 207/2010 l'accantonamento per transazioni e accordi bonari deve essere obbligatoriamente inserito in ciascun programma di interventi e che i ribassi d'asta e le economie possono essere destinate, su proposta del responsabile del procedimento, ad integrare l'accantonamento del programma.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti Osservatorio sui Contratti pubblici

QUESITO

Applicabilità del collegato ambientale di cui alla L.n. 221/2015 ad appalti di servizi

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza COMUNE DI
Settore/Ufficio GARE E CONTRATTI
Sede
Tel Fax Indirizzo e-mail:

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), artt. 68 bis e 83;
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

Importo:
Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:
Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨ Con bando / Senza bando / Cottimo fiduc. / Amm.ne diretta
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

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……..

Tematiche specifiche:
RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa, composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
cd Collegato ambientale Legge 221 del 28/12/2015 .

Quesito*:

Il Comune di XXXXXXXX è in procinto di indire le gare d'appalto dei servizi educativi e centri gioco, refezione scolastica e pulizia immobili comunali sulle quali impatta il cd. Collegato ambientale.
Siamo a chiedere se e come la Legge 221/2015 in vigore dal 2 febbraio 2016 sia applicabile all'appalto dei servizi educativi di nidi e centri gioco 3-36 mesi. La prestazione contrattuale in sintesi ed ai fini del presente quesito, consiste nell'esecuzione di quanto segue:
- attività didattico - educativa e sorveglianza;
- lavoro di cura e custodia dei bambini;
- ogni altra attività complementare, quale ad esempio pulizia, riordino, sorveglianza e custodia degli ambienti interni ed esterni utilizzati e pulizia degli arredi, attrezzature, suppellettili, acquisto materiale igienico sanitario comprensivo di pannolini, bavagli e tovaglie e prodotti per l'igiene personale e per il pronto soccorso, materiale di pulizia e relativa attrezzatura.
Trattandosi di un servizio rivolto a bambini, già il capitolato dell'attuale contratto in scadenza prevede l'utilizzo di prodotti ecocompatibili ecc. ma altra cosa è il puntuale rispetto dei contenuti del DM e del conseguente adeguamento di tutti gli atti di gara, pena l'illegittimità degli stessi, o viceversa pena l'impugnabilità da parte dei concorrenti nel caso non fosse obbligatoria l'applicazione.
Il D.M. 24/05/2012 "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene", prevede al paragrafo 5 i criteri ambientali per il servizio di pulizia ed al paragrafo 6 i criteri ambientali per i prodotti per l'igiene.

Quindi si chiede se l'obbligo di applicazione del suddetto DM sussista in capo all'appaltatore quando effettua la prestazione non principale di pulizia e fornitura di prodotti per l'igiene e in caso di risposta affermativa, quale specifico paragrafo.

Estendendo la riflessione anche al D.M. 25/07/2011 "Adozione dei criteri minimi ambientali da inserire nei bandi di gara della Pubblica Amministrazione per l'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari e serramenti esterni", nel quale il paragrafo 5 è dedicato al servizio di ristorazione, il paragrafo 6 alla fornitura di derrate alimentari, a ns avviso occorre capire se:
- all'appalto dei servizi educativi di nidi e centri gioco 3-36 mesi, si applica Il D.M. 24/05/2012 e se si quali paragrafi;
- all'appalto del servizio della refezione scolastica, si applica solo il paragrafo 5 del D.M. 25/07/2011;
- all'appalto del servizio di pulizia degli immobili comunali, si applica Il D.M. 24/05/2012 e se si quali paragrafi.

Inoltre, siamo a chiedere:

14) come devono essere applicati i suddetti DM se l'aggiudicatario è un RTI;
15) se sia obbligatorio, con riferimento alle gare suddette da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedere tra i parametri di valutazione dell'offerta le nuove lettere e, ebis, f, fbis (anche almeno una) introdotte all'art. 83, comma 1, D.Lgs 163/2006 dalla Legge citata 221/2015.

** 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 ai diversi quesiti posti e per quanto da voi rappresentato, si evidenzia che le problematiche sottoposte afferiscono all'applicazione delle disposizioni di cui al c.d. Collegato ambientale alla legge di stabilità per l'anno 2016, ovvero la Legge 28 dicembre 2015 n. 221 recante "Disposizioni in materia ambientale per promuovere misure di green economy e per il contenimento dell'uso eccessivo di risorse naturali", provvedimento che contiene importanti novità in materia di acquisti verdi che saranno mantenute anche nel nuovo codice dei contratti.

In particolare le problematiche concernono l'applicazione dell'articolo 68 bis, norma che prevede l'obbligo per le pubbliche amministrazioni, incluse le centrali di committenza, di contribuire al conseguimento degli obiettivi ambientali attraverso l'inserimento nei pertinenti documenti di gara ***almeno*** **delle specifiche tecniche e le clausole contrattuali** contenute nei decreti ministeriali relativi ai CAM adottati in attuazione del PAN-GPP. La norma distingue due livelli di adempimento del suddetto obbligo, diversificato a seconda della tipologia di beni e servizi: il primo al 100% e riguarda le tre tipologie di beni e servizi elencati nel comma 1, connessi agli usi finali di energia. Per queste tipologie di beni e servizi l'obbligo di osservanza delle specifiche tecniche e clausola contrattuali dei CAM sussiste per l'intero valore degli appalti (100%). Il secondo al 50% e riguarda tutte le altre categorie di

beni e servizi per i quali sono stati approvati i relativi CAM, per i quali il suddetto obbligo sussiste per il 50% del valore delle gare (comma 2).
Come già indicato, la presente disposizione trova conferma anche nello schema di Codice dei contratti approvato dal Consiglio dei Ministri il 3 marzo 2016, all'articolo 34, in cui si precisa che la percentuale del valore (100% o 50%) è riferita "al valore a base di gara".
Ciò posto, relativamente al quesito posto e per quanto anche chiarito per le vie brevi, risulta che la scrivente stazione appaltante deve procedere ad espletare tre procedure per tre diversi servizi, ovvero servizi educativi (importo 800.000 circa), refezione scolastica (2 milioni di euro circa), e servizi di pulizia (220.000 circa); rispetto ai suddetti servizi, sono stati approvati i CAM per il servizio di pulizia con il D.M. 24/05/2012 "Criteri ambientali minimi per l'affidamento del servizio di pulizia e per la fornitura di prodotti per l'igiene", e per la ristorazione collettiva con il D.M. 25/07/2011 "Adozione dei criteri minimi ambientali da inserire nei bandi di gara della Pubblica Amministrazione per l'acquisto di prodotti e servizi nei settori della ristorazione collettiva e fornitura di derrate alimentari e serramenti esterni".
I quesiti posti riguardano l'impatto delle disposizioni di cui all'articolo 68 bis sulle suddette procedure di gara, posto che le suddette acquisizioni dovranno soggiacere anche al nuovo Codice dei contratti.
Per i profili di interesse si evidenzia inoltre che le suddette gare riguardano beni e servizi che rientrano nel disposto di cui all'articolo 68 bis comma 2, per i quali è previsto l'obbligo di inserire nei documenti di gara almeno le specifiche tecniche e clausola contrattuali dei rispettivi CAM per il 50% del valore a base di gara.
Ciò posto, di seguito si procede ad esaminare i singoli quesiti.

Quesito 1: si chiede se l'obbligo di applicazione del suddetto DM sussista in capo all'appaltatore quando effettua la prestazione non principale di pulizia e fornitura di prodotti per l'igiene e in caso di risposta affermativa, quale specifico paragrafo; all'appalto dei servizi educativi di nidi e centri gioco 3-36 mesi, si applica Il D.M. 24/05/2012 e se si quali paragrafi.

La risposta al quesito posto è positiva, anche se il servizio di pulizia non costituisce prestazione maggiormente rilevante dal punto di vista economico e rientra nelle prestazioni "complementari" ai servizi educativi, ma si tratta

comunque di una prestazione prevista nel capitolato e nel contratto. Ciò anche tenuto conto anche dei destinatari del servizi educativi, in quanto il servizio di pulizia in questione viene svolto negli asili nido e nei centri di gioco.
Si ricorda che sussiste l'obbligo di applicare le disposizioni relative alle specifiche tecniche e clausole contrattuali di cui al DM 24/05/2012, per il 50 per cento del valore posto a gara del servizio ed il paragrafo di riferimento è il numero 5 del suddetto DM 24/05/2012, paragrafo in cui è contenuto il rinvio al successivo paragrafo n. 6.

Quesito 2: all'appalto del servizio della refezione scolastica, si applica solo il paragrafo 5 del D.M. 25/07/2011?
Relativamente al presente quesito si evidenzia che il DM del 25/07/2011 va considerato nella sua interezza con gli allegati, e che comunque si consiglia la lettura di tutti i paragrafi e anche della relazione di accompagnamento, in quanto possono contenere informazioni di carattere metodologico e strutturale che supportano la lettura dei paragrafi pertinenti alla prestazione oggetto della gara.
Relativamente al servizio in esame, il paragrafo d'interesse è il numero 5 in particolare il punto 5.3. Si ricorda che ai sensi dell'articolo 68 bis l'obbligo riguarda le specifiche tecniche e clausole contrattuali.

Quesito 3: all'appalto del servizio di pulizia degli immobili comunali, si applica Il D.M. 24/05/2012 e se si quali paragrafi

Relativamente al quesito posto, la risposta è affermativa e l'applicazione riguarda il provvedimento di approvazione dei CAM nella sua interezza come sopra indicato.
Riguardo al servizio di pulizia si fa presente che, in base a quanto disposto dall'articolo 9 comma 3 del DL 66/2014 e dal DM 24.12.2015, per il servizi di pulizia di importi superiori alla soglia comunitaria sussiste l'obbligo di centralizzazione della procedura di gara a livello del soggetto aggregatore regionale. Per il servizio di pulizia il soggetto aggregatore regionale è rappresentato dalla Città Metropolitana di Firenze, e pertanto ai fini

dell'espletamento della gara occorre prendere contatto con il suddetto soggetto aggregatore regionale.

Quesito 4

16) come devono essere applicati i suddetti DM se l'aggiudicatario è un RTI;

Relativamente al quesito posto, si ribadisce che l'obbligo posto dall'articolo 68 bis del Codice riguarda l'applicazione delle specifiche tecniche e clausole contrattuali, mentre non rientrano nel suddetto obbligo le disposizioni previste nei CAM relative ai requisiti soggettivi di partecipazione alle gare.

Quesito 5:

17) se sia obbligatorio, con riferimento alle gare suddette da aggiudicare con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, prevedere tra i parametri di valutazione dell'offerta le nuove lettere e, ebis, f, fbis (anche almeno una) introdotte all'art. 83, comma 1, D.Lgs 163/2006 dalla Legge citata 221/2015.

Relativamente al quesito posto, si fa presente che l'articolo 83 del codice dei contratti prevede un elenco – non tassativo – dei criteri di valutazione dell'offerta. Pertanto, tra i criteri espressamente indicati a titolo esemplificativo nel comma 1, le stazioni appaltanti possono individuare i criteri d'interesse in rapporto alla natura della prestazione oggetto dell'appalto.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Affidamento Servizio mensa sociale e scolastica sopra soglia

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza **Comune di**
Settore/Ufficio **Area Servizi alla Persona**
Sede
Tel. Fax Indirizzo e-mail

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016);
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

Importo:
Sotto soglia comunitaria
-**Sopra soglia comunitaria**

Contratti:
Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨ **Con bando**
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Concessioni:
Lavori
Servizi
Altro

Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.ne diretta

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……..

Tematiche specifiche:
RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro: Possibilità di provvedere autonomamente alla gara per la mensa scolastica centralizzata (pre-post scuola – servio per gruppi culturali – pastoa domicilio…) ovvero tramite la C.U.C.

Quesito*:

il 31 agosto 2016 scade il contratto per il servizio di mensa scolastica centralizzata (produzione pasti, consegna e riordino refettori), mensa per gruppi culturali e/o sportivi di studio e lavoro, pasti a domicilio per utenza sociale, pre-post scuola.

La base d'asta ammonta a Euro 1.500.000,00;

Il servizio rientra nell'allegato IX del D.lgs. 50/2016;

Il quesito, per cui interpelliamo codesto Osservatorio, riguarda la possibilità di effettuare tale procedura in autonomia o se l'importo a base d'asta e le peculiarità della gara prevedono che l'iter debba essere effettuato tramite la C.U.C.

** 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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche sottoposte riguardano le nuove disposizioni di cui agli artt. 37 "Aggregazione e centralizzazione delle committenze" e 38 "Qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza" del nuovo codice dei contratti pubblici, con cui vengono dettate nuove regole per gli affidamenti sotto e sopra soglia (anche) per i comuni non capoluogo di provincia; ai fini delle problematiche sottoposte si ritiene utile effettuare alcune considerazioni in rapporto alle suddette disposizioni, come di seguito illustrate.

Sinteticamente, in base all'articolo 37 comma 1 si ricava che - ferme restando le norme sulla spending review - le stazioni appaltanti possono procedere direttamente e autonomamente alle acquisizioni di forniture e servizi di importo inferiore a 40.000 euro e di lavori di importo inferiore a 150.000 euro, in quanto per tali importi non è richiesta alcuna qualificazione per le stazioni appaltanti.

Ai sensi dell'art. 37 comma 2, i singoli Comuni se qualificati e a condizione che utilizzino in via autonoma strumenti telematici di negoziazione possono effettuare acquisti di forniture e servizi fino agli importi inferiori alla soglia di cui all'articolo 35 (209.000 euro) e di lavori di manutenzione ordinaria di importo inferiore a 1 milione di euro. Per quanto riguarda la qualificazione, la norma transitoria di cui all'art. 216 comma 10 del nuovo Codice dei Contratti prevede che, in attesa del sistema di qualificazione di cui all'articolo 38, ad oggi occorre l'iscrizione all'anagrafe di cui all'articolo 33-ter del D-L- n. 179/2012 convertito con la L. 221/2012.

Per forniture e servizi di importo superiore alle soglie di cui al comma 2, per i lavori di manutenzione ordinaria di importo superiore a 1 milione di euro e per le altre tipologie di lavori di importo superiore a 150.000 euro, i Comuni non

capoluogo di provincia devono procedere in base alle disposizioni di cui al comma 4 dell'articolo 37, in quanto per tali Comuni risulta precluso lo svolgimento autonomo delle procedure per le suddette gare.

Ciò posto, relativamente al quesito in esame si rileva in primo luogo, che i servizi da voi indicati rientrano tra i servizi di ristorazione di cui all'articolo 144, previsti all'Allegato IX come anche da voi indicato; inoltre, si rileva che l'importo da voi indicato risulta superiore alla soglia di cui all'articolo 35 comma 1 lett. d), ovvero a 750.000 euro e pertanto, per tali importi, occorre procedere ai sensi dell'articolo 60 e seguenti. Tali procedure richiedono la qualificazione della stazione appaltante e per i comuni non capoluogo di provincia l'articolo 37 comma 4 prescrive che devono essere svolte secondo una delle modalità indicate allo stesso comma .

Pertanto, per le considerazioni sopra illustrate, la gara in oggetto non può essere effettuata in autonomia dalla scrivente stazione appaltante ma deve essere svolta in base ad una delle modalità di cui all'articolo 37 comma 4, da un soggetto qualificato. La C.U.C. indicata nel quesito soccorre al caso in esame, e deve munita della registrazione AUSA, operando ad oggi il regime transitorio di cui all'articolo 216 comma 10 come sopra ricordato.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

OSSERVATORIO REGIONALE SUI CONTRATTI PUBBLICI

Direzione Generale
Organizzazione e Risorse

Settore Contratti

QUESITO

Avvalimento dei titoli di studio e professionali ed esecuzione dei servizi da parte dell'ausiliario

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza Comune di
Settore/Ufficio Affari legali e gare
Sede Tel Fax Indirizzo e-mail…

Oggetto:
Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture **art 89, comma 1 D.lgs.50/2016**;
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

Importo:
Sotto soglia comunitaria X
Sopra soglia comunitaria

Contratti:
Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Procedura di affidamento:
Aperta
Ristretta
Negoziata ⇨
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

Concessioni:
Lavori
Servizi
Altro

⇨
Con bando
Senza bando
Cottimo fiduc.
Amm.ne diretta

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……..

Tematiche specifiche:
RUP
SOA
DURC
DUVRI
Offerta economicamente più vantaggiosa
Composizione commissione aggiudicatrice
Accesso ai documenti di gara
Incentivo progettazione
Tracciabilità
Altro……Avvalimento (art. 89 d. lgs. N. 50/2016)……..

Quesito*:

Il nostro quesito concerne l'esatta interpretazione dell'**art. 89 comma 1 secondo periodo del D. lgs. N. 50/2016,** in materia di avvalimento e precisamente nella parte relativa ai requisiti relativi a titoli di studio o professionali o esperienze professionali pertinenti là dove si dice che gli operatori economici possono avvalersi della capacità di altri soggetti solo se questi ultimi eseguono direttamente i lavori o i servizi per cui tali capacità sono richieste.

Ci chiediamo come deve essere interpretata questa espressione? nel senso del subappalto? e come si concilia in quest'ultimo caso con i limiti del 30% del sub-appalto previsti per appalto servizi?

Stiamo predisponendo una gara servizio di pulizie e tra i requisiti speciali di qualificazione richiediamo la certificazione ISO o registrazione Emas ecc (misure di gestione ambientale), nonché il requisito esperienze pregresse dei servizi analoghi. Ci chiediamo se per entrambi i requisiti dobbiamo ammettere l'avvalimento solo nei termini di cui sopra? cioè che l'avvalimento è ammesso solo se impresa ausiliaria esegua direttamente il servizio, e in questo caso cosa vuol dire che deve eseguire l'appalto?

L'unica spiegazione che ci sembra plausibile e logica, anche rispetto ai limiti del subappalto (considerato che per la certificazione ISO l'impresa ausiliaria dovrebbe eseguire l'appalto per intero), è che nella formulazione della norma il legislatore abbia utilizzato il verbo "eseguire" non nel senso del "subappalto", ma più semplicemente per dire che l'impresa ausiliaria in quel caso dovrebbe mettere a disposizione dell'impresa ausiliata la propria organizzazione, mezzi e personale nell'esecuzione del contratto, così da garantire un effettiva partecipazione della prima all'esecuzione. Andando così incontro a quelli che sono stati gli ultimi orientamenti della giurisprudenza in materia di avvalimento della certificazione ISO, che ne ammettono l'avvalimento a condizione però che la misura dell'impegno concreto assunto dall'ausiliario si estenda a comprendere l'organizzazione che ha espresso – o ha consentito l'espressione – della certificazione. Così da ritenere ammissibile l'avvalimento della

certificazione quando si desume dal contratto, che l'impresa ausiliaria non si sia impegnata semplicemente a prestare il requisito soggettivo richiesto, quale mero valore astratto, ma ha assunto l'obbligazione di mettere a disposizione dell'impresa ausiliata, in relazione all'esecuzione dell'appalto, le proprie risorse e il proprio apparato organizzativo, in tutte le parti che giustificano l'attribuzione del requisito di qualità (mezzi, personale, prassi e tutti gli altri elementi aziendali qualificanti)». (sentenza Consiglio di Stato, sezione IV, N. 4958/2014)

** 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 al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, preliminarmente si provvede a chiarire che l'interpretazione delle norme statali compete esclusivamente al legislatore nazionale e che, ove previsto espressamente dal Dlgs n. 50/2016, è all'Autorità Nazionale Anticorruzione cui

è demandata l'emanazione di specifici linee guida e atti d'indirizzo. Lo scrivente Osservatorio, come già indicato nella risposta al primo quesito pervenuto, nell'ambito delle competenze attribuite ai sensi degli articoli 5 e 9 della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38 (Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro) supporta le stazioni appaltanti del territorio regionale in ordine all'applicazione delle norme in materia di appalti pubblici, fornendo indicazioni utili per l'individuazione di una possibile soluzione alle problematiche sottoposte.

Ciò posto, si rileva che le problematiche sottoposte afferiscono all'istituto dell'avvalimento, disciplinato dall'articolo 89 del nuovo codice dei contratti pubblici; in particolare vengono sottoposte due questioni, una relativa ai rapporti tra l'avvalimento e il subappalto; l'altra relativa all'avvalimento riferito alle certificazioni ISO e certificazioni EMAS di cui al Regolamento Comunitario 761/2001, in rapporto alle misure di gestione ambientale.

In generale si ricorda che la funzione primaria della disciplina dell'istituto dell'avvalimento è quella di consentire la massima concorrenza aprendo il mercato ad operatori economici di per sé privi di determinati requisiti, in quanto consente loro di avvalersi dei requisiti di capacità di altre imprese. La normativa è stata sensibilmente innovata rispetto a quella prevista dal previgente art. 49 del Dlgs n. 163/2006; in particolare sono state eliminate alcune limitazioni che apparivano in contrasto con la disciplina comunitaria, ovvero il divieto di avvalimento plurimo e frazionato, e i limiti all'avvalimento interno ai raggruppamenti temporanei di impresa.

In ottemperanza al parere del Consiglio di Stato 1 aprile 2016 n. 855, il legislatore delegato ha poi esplicitato l'esclusione dell'avvalimento dei requisiti di cui all'art. 80 (requisiti di ordine generale).

Pertanto l'avvalimento è consentito solo per soddisfare la richiesta del possesso dei requisiti di carattere economico, finanziario, tecnico e professionale di cui rispettivamente all'art. 83 comma 1 lett. b) e c). Inoltre nel nuovo codice viene espressamente stabilito che per i titoli di studio e professionali di cui all'Allegato XVII, parte II, lett. f) o le esperienze professionali pertinenti, l'avvalimento determina l'esecuzione dei lavori o servizi - per i quali sono

richieste tali capacità direttamente - da parte dell'ausiliaria. Tale previsione è collegata ad ipotesi in cui - quale requisito di partecipazione - vengono richiesti il possesso di un titolo di studio o precedenti esperienze, come ad esempio nei servizi attinenti all'architettura e ingegneria; mentre tale previsione non si applica se vengono richieste precedenti servizi di pulizie.
Riguardo al suddetto principio e relativamente alla prima delle questioni poste, si chiarisce che non si riscontra alcun riferimento allo schema del subappalto, istituto disciplinato dall'articolo 105 del nuovo codice. Pertanto resta fermo che il subappalto può costituire un modulo attraverso il quale si concretizza l'avvalimento, come già stabilito in vigenza del codice precedente D Lgs 163/2006.
Riguardo alla seconda questione, si rileva che relativamente alle certificazioni di qualità, la sentenza del Consiglio di Stato Sez. III n. 5695 del 19 novembre 2014 rappresenta - in ordine temporale - l'ultimo provvedimento giurisprudenziale sull'applicabilità, o meno, dell'istituto dell'avvalimento per il requisito della certificazione UNI EN ISO 9001 nelle gare d'appalto.
In particolare, il Consiglio di Stato afferma che "la certificazione di qualità ISO 9001 (..) non copre (..) il prodotto realizzato o il servizio reso, ma attesta semplicemente che l'imprenditore opera in conformità a specifici standard internazionali per quanto attiene la qualità dei propri processi produttivi".

Affermazione analoga era già stata espressa nel parere n. 97 del 19.5.2011 dall'AVCP. Pertanto, dalle suddette considerazioni il Consiglio di Stato fa discendere che è possibile "assimilare la certificazione di qualità ... ad un requisito soggettivo, in quanto attinente ad uno specifico status dell'imprenditore: l'aver ottemperato a determinate disposizioni normative preordinate a garantire alla stazione appaltante che l'esecuzione delle prestazioni contrattuali avverrà nel rispetto della normativa in materia di processi di qualità" (cfr. Accredia, Banche dati).
Questo orientamento risulta essere confermativo di un filone giurisprudenziale (Cons. Stato, Sez. V, 18 novembre 2011, n. 6079; Cons. Stato, Sez. III, 18 aprile 2011, n. 2344; Cons. Stato, Sez. V, 23 ottobre 2012, n. 5408; Cons.

Stato, Sez. V, 6 marzo 2013, n. 1368; Cons. Stato, Sez. V 20 dicembre 2013, n. 6125), secondo cui la certificazione di qualità rientra tra i requisiti soggettivi di carattere tecnico organizzativo che, in astratto, possono essere oggetto di avvalimento, afferendo alla capacità tecnica dell'imprenditore.

Ciò posto, riguardo alla portata della norma, si concorda con quanto da voi indicato nel quesito e tal fine si evidenzia che per una corretta applicazione della disciplina deve essere posta particolare attenzione al contratto di avvalimento ed alle risorse e mezzi che l'impresa ausiliaria si impegna e si obbliga a mettere a disposizione per sopperire alla mancanza delle certificazioni di qualità.