

**REGIONE
TOSCANA**



PARERI

IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI

ANNO 2009

Pareri
In materia di lavori pubblici
Anno 2009

Regione Toscana Giunta Regionale
Direzione Generale Organizzazione e
Sistema informativo
Settore Osservatorio Regionale sui Contratti Pubblici
e Relazioni Istituzionali



Ulteriore documentazione
È reperibile all'indirizzo internet
www.e.toscana.it/e-toscana/it/appalti.wp

Giunta Regione Toscana

Giugno 2011

INDICE

Parere Affidamento lavori forestali in cottimo fiduciario	pag.	7
Parere Assenza fatture quietanziate del subappaltatore	pag.	11
Parere Attestazioni SOA categorie OG1 e OG11 scorporabile sotto 150mila euro	pag.	14
Parere Certificazione regolarità contributiva CENAI	pag.	17
Parere Diritto di accesso dati giudiziari	pag.	21
Parere Diritto di accesso in fase di aggiudicazione provvisoria	pag.	25
Parere Diritto di accesso opposizione illegittima dei controinteressati	pag.	30
Parere Incentivi alla Progettazione	pag.	35
Parere Irregolarità contributiva di lieve entità	pag.	39
Parere Irregolarità contributiva e certificazione conformità esecuzione lavori	pag.	43
Parere Legittimità onerosità parere ASL in Conferenza di servizi	pag.	46
Parere Modalità approvazione variazione al programma triennale	pag.	49
Parere Modifica composizione RTI prequalificata	pag.	52
Parere Procedura negoziata senza bando di gara sotto soglia	pag.	57
Parere Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (1)	pag.	61
Parere Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (2)	pag.	65
Parere Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (3)	pag.	69
Parere Requisiti di qualificazione attestazione SOA obblighi della Staz.ne App.te	pag.	73
Parere Requisiti di qualificazione in classifica OG1	pag.	76
Parere Subappalto categorie superspecialistiche	pag.	79
Parere Valutazione discrezionale reati commessi dall'aggiudicatario provvisorio	pag.	82
Parere Verifica di conformità certificato esecuzione lavori	pag.	88
Parere Verifica requisiti per affidamento in house	pag.	91
Parere Vicende giudiziarie del vincitore e aggiudicazione definitiva	pag.	94



- RICHIESTA PARERE -
Affidamento lavori forestali in cottimo fiduciario

Giorno 19 dicembre 2008

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Comune
Settore Ambiente
Sede dell'Ufficio
Tel Fax
Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

Si riporta il contenuto del quesito inviato via fax il 19/12/2008

“Questo ente risulta assegnatario di un contributo per l’effettuazione di lavori forestali sul PSR di euro 136.000, 00 circa. L’importo dei lavori appaltabili è di circa 123.000,00 euro.

E’ possibile applicare le legge forestale regionale 39/00 artt. 14 e 15 per l’affidamento di detto lavoro, cioè procedere a trattativa privata con le imprese iscritte all’albo regionale delle imprese agricole?”

Rettifica al quesito con e-mail del 23/12/2008

“Questo ente risulta assegnatario di un contributo per l'effettuazione di lavori forestali sul PSR di euro 136.000,00 circa. L'importo dei lavori appaltabili è di circa 123.000,00 euro.

E' possibile applicare la legge forestale regionale 39/00 artt. da 10 a 16 per l'affidamento di detto lavoro, cioè procedere a trattativa privata con le imprese iscritte all'albo regionale delle imprese agricolo-forestali della toscana?”

Precisazione del contenuto del quesito con e-mail del 09/01/2009

“A seguito della telefonata di questa mattina preciso quanto segue: questo ente risulta assegnatario di un finanziamento di euro 136.122,69 sulla misura 226/2 del PSR 2007/2011 su un progetto per lavori selvicolturali finalizzati alla riduzione del rischio d'incendio da eseguirsi su terreni di proprietà comunale siti nell'areadi monte , per un importo lavori di euro 123.747,90.

L'affidamento dei lavori risulta soggetto al codice dei contratti pubblici di cui al D. Lgs. 163/06.Si richiede:

1) se per l'affidamento dei lavori sia applicabile l'art. 125 comma 8 del codice, ossia affidamento mediante cottimo fiduciario previa consultazione di almeno cinque ditte, trattandosi di lavori inferiori a 200.000 euro.

2) se per l'affidamento dei lavori sia applicabile legge forestale regionale 39/00 artt. da 10 a 16. Gli interventi previsti rientrano infatti fra gli interventi pubblici forestali individuati all'art. 10 lettera i) "opere volte a prevenire gli incendi boschivi ...". L'art. 10 comma 3 stabilisce però che l'affidamento di detti lavori è di competenza delle provincie e delle comunità montane, salvo diverse disposizioni della presente legge. L'art. 15 comma 1 lettera c) dispone che alle imprese iscritte all'albo di cui all'art. 13 sono affidati lavori finanziati dalla regione o che fruiscono di contributo finanziario regionale, **qualunque sia la stazione appaltante**. Sembra quindi che questa procedura sia applicabile solo ai lavori che fruiscono di contributo regionale, ma non è chiaro se il contributo del PSR ha carattere regionale o comunitario.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

- colloquio telefonico del con richiesta di invio di ulteriore documentazione
- invio a mezzo fax dell'Atto di assegnazione della misura 226/2 Altri Enti Pubblici
- colloquio telefonico del con richiesta di precisazione del quesito
- risposta telefonica al quesito il

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta 19/12/2008

Annotazioni

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

In relazione al primo punto del quesito ovvero “ se per l'affidamento dei lavori sia applicabile l'art. 125 comma 8 del codice, ossia affidamento mediante cottimo fiduciario previa consultazione di almeno cinque ditte, trattandosi di lavori inferiori a 200.000 euro, la risposta è sì.

L'art. 125 del D.lgs. 163 del 2006, rubricato “Lavori, servizi e forniture un economia”, al comma otto prevede espressamente che per lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro l'affidamento possa avvenire mediante cottimo fiduciario nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici.. individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

La legge regionale n. 39 del 2000, legge forestale della Toscana, all'art. 10 e ss. disciplina gli interventi pubblici forestali e all'art. 12 prevede che gli interventi pubblici finanziati dalla Regione o che fruiscono di un suo contributo finanziario siano attuati per amministrazione diretta o mediante affidamento alle imprese iscritte all'Albo regionale ai sensi della normativa vigente e secondo l'indicazione degli atti di programmazione regionale.

L'Albo regionale, in cui sono iscritte le imprese che operano nel settore degli interventi pubblici agricolo-forestali, può ben essere utilizzato per individuare gli operatori economici

da consultare per l'affidamento dei lavori mediante cottimo fiduciario, come previsto dal predetto art. 125, comma otto.

Le stazioni appaltanti infatti sono tenute a rispettare le prescrizioni del Codice dei contratti pubblici anche nel caso di applicazione della legge regionale 39 del 2000.

In relazione al secondo punto del quesito ovvero “se il contributo del PSR ha carattere regionale o comunitario” la risposta è che tale contributo ha carattere regionale.

Nei finanziamenti regionali di cui all'art. 15 comma 1, lett. c) della legge 39 del 2000 rientrano i finanziamenti in base al Programma di sviluppo rurale.

Tale Programma infatti, approvato dalla Commissione europea e attuato tramite decreti delle singole Regioni che rendono operativi gli strumenti di programmazione, è finanziato in parte dall'Unione europea, in parte dallo Stato Italiano e in parte dalle Regioni.

Il Regolamento (CE) n. 1698 del 2005- Programma di sviluppo rurale della Toscana 2007/2013 al punto 6.2 “Piano finanziario per asse” riporta la percentuale di finanziamento FEASR (Fondo europeo agricolo per lo sviluppo rurale) delle varie assi, compresa l'Asse 2 (cui afferisce la misura 226)il cui finanziamento percentuale comunitario è pari al 44%. Il restante 56% è finanziato a livello statale e regionale.

Gli interventi finanziati in base al PSR fruiscono, pertanto, di finanziamenti comunitari, nazionali e regionali. Si tratta di interventi cofinanziati nei quali, quindi, è ben presente il contributo finanziario regionale.

Data di invio del parere scritto 27/01/2009



- RICHIESTA PARERE -
Assenza fatture quietanziate del subappaltatore

Giorno 06 mese ottobre anno 2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Comune
Settore – Servizi Tecnici
Sede
Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 118 comma 3; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso <input checked="" type="checkbox"/> Altro Segnalazione a Osservatorio
<u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	<input checked="" type="checkbox"/> Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Altro.....

Quesito*:

La Ditta appaltatrice non ha presentato copia delle fatture quietanzate del subappaltatore, nonostante la richiesta e i successivi solleciti da parte di questa Stazione Appaltante.

I lavori di subappalto sono stati eseguiti durante il corso dell'ultimo stato di avanzamento lavori, pertanto questa stazione appaltante non ha potuto sospendere il successivo pagamento in favore degli affidatari (art.118 comma 3 D.Lgs.163/06) in quanto non vi sono stati pagamenti successivi (quello infatti era l'ultimo).

Tuttavia considerato che ad oggi, dopo alcuni mesi dalla conclusione dei lavori, l'appaltatore non ha ancora presentato le fatture quietanzate del subappaltatore, riteniamo doveroso segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici.

Esiste un modello per fare la suddetta segnalazione?

La segnalazione va fatta all'Osservatorio Regionale o a quello centrale a Roma?

** 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 06/10/09

Annotazioni

- colloquio telefonico del
 - colloquio del con anticipo della risposta scritta

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda "visto che ad oggi, dopo alcuni mesi dalla conclusione dei lavori, l'appaltatore non ha ancora presentato le fatture quietanzate del subappaltatore, ritenendo doveroso segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, chiediamo se esiste un modello per fare la

suddetta segnalazione e se la segnalazione va fatta all'Osservatorio Regionale o a quello centrale a Roma" la risposta è che la stazione appaltante è tenuta a segnalare il fatto all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici, sede di Roma, utilizzando l'apposita modulistica.

Con Determinazione n. 8 del 2003 e con successiva Determinazione n. 7 del 2004 l'Autorità di Vigilanza si è espressa sull'art. 18 comma 3 bis della legge n. 55 del 1990 (oggi abrogata a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici- art. 256) e, per l'esattezza, in ordine ai poteri riconosciuti in capo alla stazione appaltante in caso di mancata consegna da parte dell'appaltatore delle fatture quietanzate dei subappaltatori.

L'Autorità di Vigilanza, nell'evidenziare come lo stesso art. 18 comma 3 bis imponesse all'aggiudicatario l'obbligo di trasmettere entro 20 giorni copia delle fatture quietanzate, distingueva il caso del ritardo nella trasmissione delle fatture quietanzate alla stazione appaltante, dal caso del mancato pagamento nei confronti del subappaltatore, che configura un'ipotesi di inadempimento contrattuale dell'appaltatore, idonea a determinare la risoluzione del contratto per grave inadempimento. L'art. 119 del D.P.R. n. 554 del 1999, rubricato "***Risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo***" (abrogato con l'entrata in vigore del Codice dei contratti pubblici) **prevedeva, appunto, che la stazione appaltante, deliberasse la risoluzione del contratto. Analogamente l'art. 136 del codice, rubricato "*Risoluzione del contratto per grave inadempimento, grave irregolarità e grave ritardo*", prevede la risoluzione del contratto per grave inadempimento. Tuttavia nel caso in esame, come appreso dai colloqui telefonici intercorsi, il contratto tra stazione appaltante e appaltatore sembrerebbe concluso da tempo, con la conseguenza che verrebbe a mancare lo stesso presupposto per la risoluzione del contratto.**

Senza voler entrare nel merito della questione, si fa presente come la stazione appaltante sia tenuta, come stabilito dalla Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 1 del 2005, ad impiegare l'allegato B per la segnalazione di fatti riguardanti la fase di esecuzione dei lavori, da annotare nel casellario informatico.

La stazione appaltante al punto 6.1.8 può segnalare l'inadempimento dell'appaltatore e, tra i documenti da allegare alla comunicazione, inserire la richiesta di fatture quietanzate e lo scambio di corrispondenza con l'appaltatore e il subappaltatore. Si allegano alla presente:

- § Determina n. 1 del 2005 e allegati;
- § Allegato A;
- § Allegato B.

Data di invio del parere scritto 19/10/2009



- RICHIESTA PARERE -

Attestazioni SOA categorie OG1 e OG11 scorporabile sotto 150 mila euro

Giorno 14/01/2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Comune
Settore Ufficio Gare
Sede dell'Ufficio
Tel. Fax
Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

APPALTO LAVORI

Trattasi di appalto di importo complessivo superiore ai 150.000,00 € per cui si ritiene non applicabile l'art. 28 del DPR 34/2000.

Le categorie di cui si compone l'appalto sono tuttavia inferiori ambedue ai 150.000,00 €

Importo complessivo appalto €204.000,00 di cui:

- 9.478,74 oneri per la sicurezza
- 100.837,81 categoria prevalente OG1
- 93.683,45 categoria OG 11

Si chiede se:

- 1) E' obbligatoria l'attestazione SOA per la categoria prevalente OG 1?
- 2) E' obbligatoria l'attestazione SOA per la categoria scorporabile OG11?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

- richiesta di chiarimenti, con telefonata del _____, sulla individuazione delle lavorazioni rientranti nelle categorie OG1 e OG11

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta 14/01/2009

Annotazioni

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le amministrazioni che li richiedono; considerate le perplessità in relazione al quesito fatte presenti nel colloquio telefonico del _____, si risponde al quesito, come posto, nei suddetti termini:

Visto che le due categorie, considerate singolarmente, sono entrambe inferiori per importo a 150.000 euro non è necessario che la stazione appaltante richieda l'attestazione SOA.

Per lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro trova applicazione l'art. 28 del D.p.r. n. 34 del 2000 che indica i requisiti di carattere tecnico organizzativo che le imprese devono

possedere per partecipare agli appalti pubblici di lavori.

Sarà cura della stazione appaltante verificare tanto i requisiti tecnico organizzativi ex art. 28 per lavori di costruzione, manutenzione, ristrutturazione di interventi di edilizia completi delle necessarie strutture, impianti, ecc... (rientranti nell'OG1) quanto i requisiti tecnico organizzativi ex art. 28 per la fornitura, montaggio, manutenzione o ristrutturazione di impianti, ecc. (rientranti nell'OG11), sempre che non si opti per la soluzione di ricomprendere le lavorazioni dell'OG11 nell'OG1.

In quest'ultimo caso infatti non avremmo più una categoria prevalente e una scorporabile, ma una sola categoria OG1 di importo pari a euro 194.521,26 (100.837,81 + 93.683,45) per la quale ovviamente la stazione appaltante sarebbe tenuta a richiedere la relativa attestazione SOA di prima classifica.

Data di invio del parere scritto 22/01/2009



- RICHIESTA PARERE -
Certificazione regolarità contributiva CENAI

18/08/2009

Soggetto richiedente **Ufficio tecnico**
Ente di appartenenza **Soggetto Gestore ERP Spa**
Settore **Edilizia Residenziale Pubblica**
Sede dell'Ufficio
Tel... ..Fax...
Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

In riferimento a quanto previsto in materia di contributi assistenziali e previdenziali, nonché in materia di rilascio del Documento Unico di Regolarità Contributiva di cui al Decreto del Ministero del Lavoro e della Previdenza Sociale del 24 ottobre 2007, ed in considerazione di quanto prescritto dall'art. 18 della legge 55/90, si richiede il Vs. parere circa la validità dell'iscrizione, da parte delle imprese aggiudicatrici o esecutrici di lavori pubblici, alla Cassa Edile Nazionale Artigianato Industria (C.E.N.A.I.), con sede in Roma, Lungotevere Raffaele Sanzio n. 5, ovvero ad una Cassa Edile "autonoma" rispetto a quelle competenti per territorio e, pertanto, sprovvista del requisito della "reciprocità" (che caratterizza i rapporti tra le Casse Edili competenti per territorio sulla base di un accordo stipulato tra le organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative nell'ambito del settore edile).

Alla luce dell'Ordinanza del Tar Lazio sez. III bis n. 7374/05 e della risposta all'Interpello della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro Prot. 25/0000320 del 16/01/2006, si chiede se sia da considerarsi valida la certificazione di regolarità contributiva rilasciata dalla C.E.N.A.I. o se sussista l'obbligo per le suddette imprese di iscriversi alla Cassa Edile competente per territorio.

* *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 18/08/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico con anticipo risposta scritta del 2009

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda "Alla luce dell'Ordinanza del Tar Lazio sez. III bis n. 7374/05 e della risposta all'Interpello della Direzione Generale per l'Attività Ispettiva del Ministero del Lavoro Prot. 25/0000320 del 16/01/2006, si chiede se sia da considerarsi valida la certificazione di regolarità contributiva rilasciata dalla C.E.N.A.I. o se sussista l'obbligo per le suddette imprese di iscriversi

alla Cassa Edile competente per territorio” non può essere data una risposta in un senso o nell’altro essendo la questione controversa.

L’art. 252 comma 5 del D.lgs. 163 del 2006 stabilisce che le Casse edili che non applicano la reciprocità con le altre Casse edili regolarmente costituite non possono rilasciare dichiarazioni liberatorie di regolarità contributiva.

Il TAR Lazio, però, con ordinanza n. 7374 del 19 dicembre 2005 ha accolto l’istanza cautelare presentata dalla CENAI (Cassa Edile Nazionale Artigianato Industria) proprio con riferimento agli atti impeditivi della possibilità per detta Cassa di rilasciare il DURC ai propri iscritti.

Sulla base di tale pronunciamento il **Ministero del Lavoro** prima e l’**INPS** e l’**INAIL** poi hanno chiarito che nelle more della decisione di merito del TAR Lazio sulla legittimità del rilascio del DURC da parte della CENAI, la CENAI può continuare a rilasciare l’ordinaria certificazione di regolarità contributiva nei confronti dei propri aderenti.

Si vedano: nota del Ministero del Lavoro 16/01/2006, confermata dalla successiva nota del 29/05/2008, nota dell’INAIL del 04/06/2006 e nota dell’INPS del 21/11/2006.

Con **sentenza n. 248 del 2007 il TAR Toscana** ha affrontato la questione del rilascio del DURC da parte della CENAI. In tale decisione vengono richiamate le note dei suddetti Enti e viene precisato come l’art. 252 comma 5 del Codice dei contratti non può essere interpretato fino al punto di voler ritenere che una Cassa non possa validamente rilasciare il DURC alle imprese aderenti in assenza di dimostrazione della mancata applicazione da parte della stessa Cassa del principio di reciprocità.

E’ pertanto rimessa alla singola stazione appaltante la decisione in ordine all’accettazione o meno della certificazione di regolarità contributiva rilasciata dalla CENAI.

Si allegano alla presente:

- § Ordinanza TAR Lazio 7374 del 2005;
- § Nota del Ministero del Lavoro del 2006;
- § Nota del Ministero del Lavoro del 2008;
- § Nota dell’INAIL del 2006;
- § Nota dell’INPS del 2006;
- § Sentenza del TAR Toscana n. 248 del 2007.

Come da Vs. richiesta si allega, altresì, dettaglio del ricorso 6379 del 2005 (relativo alla ordinanza del TAR Lazio 7374 del 2005) dal quale si evince come il 27/02/2008 sia stata presentata istanza di fissazione di udienza di merito.

Ad oggi non sembrerebbe essere stata fissata alcuna udienza.

Si riporta, poi, il telefono della responsabile della cancelleria sez. III e III bis del TAR Lazio

in modo che possiate acquisire informazioni ulteriori in ordine all'eventuale fissazione dell'udienza di merito.

Data di invio del parere scritto 27/08/2009



- RICHIESTA PARERE -
Diritto di accesso dati giudiziari

Giorno 08/07/2009

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza: Comune
Settore: Lavori Pubblici
Sede dell'Ufficio:
Tel:
Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; Art. 24 comma 3 L. 241/1990.....</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p> <p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p> <p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p> <p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso Altro.....</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice X Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Altro.....</p>

Quesito*:

Con riferimento al nostro quesito del 23.06.2009, inerente alla richiesta formulata da una impresa partecipante, di accedere a tutta la documentazione di gara, presentata dalle imprese partecipanti, abbiamo provveduto ad esaminare tutta la suddetta documentazione per verificare se, tenendo conto del parere da voi espresso, fossero presenti documenti o dati non accessibili. Chiediamo se sono accessibili:

le dichiarazioni effettuate dai concorrenti circa la sussistenza di sentenze di condanna o procedimenti penali in corso, entrambi inerenti a reati non incidenti sulla moralità professionale;

la dichiarazione inerente la sussistenza di una segnalazione, nel casellario dell'Autorità, per presunto collegamento, nell'ambito di una gara, con altra impresa, non costituente motivo di esclusione da successive gare.

Inoltre chiediamo di indicare quale comportamento adottare, nel caso in cui l'impresa richiedente l'accesso insista nel voler prendere visione delle suddette dichiarazioni.

** 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 08/07/2009

Annotazioni

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">- colloquio telefonico del ;- colloquio telefonico del con anticipo della risposta scritta |
|---|

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono; tenuto conto che la stazione appaltante, per quanto non previsto/imposto dalla legge, gode di un ampio margine di discrezionalità, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda se "le dichiarazioni effettuate dai concorrenti circa la sussistenza di sentenze di condanna o procedimenti penali in corso, entrambi inerenti a reati non incidenti sulla moralità professionale siano accessibili" la risposta è che **il diritto di accesso ai dei documenti**

amministrativi va bilanciato con il diritto alla riservatezza dei dati personali.

La legge n. 241 del 1990 all'art. 24 comma 3 chiarisce come non siano ammissibili istanze di accesso preordinate ad un controllo generalizzato dell'operato delle pubbliche amministrazioni e al successivo **comma 7** prevede che nel caso di documenti contenenti dati sensibili e giudiziari (come nel vs. caso) l'accesso sia consentito *“nei limiti in cui sia strettamente indispensabile”*.

Nel caso in esame, in base alle informazioni desumibili dal tenore del quesito, non pare che si possa prospettare l'ipotesi di accesso strettamente indispensabile, come richiesto dall'art. 22 comma 7 suddetto. Infatti:

- § l'impresa nell'istanza di accesso ai documenti di gara non ha motivato l'accesso al fine di agire in giudizio;
- § vi sono dubbi sull'esistenza di un interesse concreto e attuale che legittimi l'accesso a tutta la documentazione di gara, stante anche il fatto che l'impresa che ha chiesto l'accesso è la quarta in graduatoria;
- § il legislatore, nel porre il limite della stretta indispensabilità dell'accesso quale condizione per accedere ai dati giudiziari, ha messo correttamente su due piani diversi i dati personali per così dire comuni da quelli sensibili e giudiziari che trovano nel D.lgs. 196 del 2003 specifica e differenziata disciplina.

Il D.lgs. 196 del 2003 (Codice in materia di protezione dei dati personali) agli artt. 46, 47 e 48 si occupa del trattamento dei dati giudiziari da parte degli uffici giudiziari, del Consiglio Superiore della Magistratura e del Ministero di Grazia e Giustizia.

Si ricorda come la vostra amministrazione non sia tenuta al trattamento dei dati giudiziari, ma ne sia venuta solo in possesso a seguito di predisposizione degli atti di gara e conseguente ricezione della documentazione amministrativa dei concorrenti. Conferma in tal senso è data dal vs. regolamento interno per il trattamento dei dati sensibili e giudiziari che non indica tra le operazioni eseguibili le attività finalizzate a permettere l'accesso alle dichiarazioni effettuate dai concorrenti circa la sussistenza di sentenze di condanna o procedimenti penali in corso.

Non solo, come appreso dai colloqui telefonici, si tratta per la maggior parte di dati relativi a procedimenti penali pendenti per i quali il legislatore (si veda l'art. 38 comma 1 lett. c del D.lgs. 163 del 2006) esclude a monte qualsivoglia valutazione da parte delle stazioni appaltanti in ordine alla loro rilevanza in relazione alla procedura di gara.

In conclusione, a nostro avviso, tenuto conto della natura giudiziaria dei dati di cui si chiede l'accesso, il diritto di accesso deve ritenersi soccombente di fronte al diritto alla riservatezza.

Alla domanda se “la dichiarazione inerente la sussistenza di una segnalazione, nel casellario dell'Autorità, per presunto collegamento, nell'ambito di una gara, con altra impresa, non costituente motivo di esclusione da successive gare sia accessibile” la risposta è che **il diritto di accesso ai dei documenti amministrativi va bilanciato con il diritto alla riservatezza dei dati personali**. Questo, che è un principio di carattere generale, è tanto più vero nel caso in cui si tratti di segnalazioni che, a detta della stessa Autorità di Vigilanza, non sono motivo di esclusione da successive gare e che, come appreso da colloquio telefonico, riguardano una sola delle imprese per le quali c'è stata segnalazione per dubbi in merito ad un possibile collegamento con altra impresa non partecipante alla gara.

Trattandosi, quindi, di informazioni che la stazione appaltante non ha potuto valutare in alcun modo, stante il divieto di cui sopra, non si vede il motivo di permetterne l'accesso.

Si ricorda come la stessa **legge n. 69 del 18 giugno 2009**, che ha introdotto delle modifiche alla legge n. 241 del 1990, non abbia rivisto i limiti al diritto di accesso di cui all'art. 24 della legge. I commi 3 e 7 precedentemente citati sono rimasti invariati.

Nell'affermare che il diritto all'accesso ai documenti amministrativi è un principio generale dell'attività amministrativa, il legislatore non ha inteso modificare le norme espressamente previste nel caso di dati sensibili e giudiziari.

Data di invio del parere scritto 28/07/2009



- RICHIESTA PARERE -

Diritto di accesso in fase di aggiudicazione provvisoria

Giorno 30 Settembre 2009

Soggetto richiedente

Ente di appartenenza Consorzio.....

Settore Ufficio Tecnico.....

Sede dell'Ufficio

TelFax

Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

La commissione giudicatrice in data [...] si è riunita ed ha redatto il verbale di aggiudicazione provvisoria pubblicato sul sito internet della stazione appaltante (allegato in copia). In data [successiva] è pervenuta una nota della ditta terza in graduatoria la quale richiede accesso agli atti di gara (allegata alla presente) per alcune documentazioni tecniche della ditta provvisoriamente aggiudicataria. Si informa che il Consorzio non ha in essere un regolamento per l'accesso agli atti per cui richiede, ai sensi della normativa vigente, se tali documenti devono essere:

- Visionati e/o consegnati alla ditta richiedente e con quali tempistiche in considerazione del fatto che la Stazione Appaltante non ha ancora approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria;

Al fine di verificare la documentazione complessiva della procedura aperta si allega alla presente: bando di gara mediante procedura aperta, disciplinare di gara, All.1 – Criteri di valutazione e relativa ponderazione attribuita, verbale di gara della procedura aperta – aggiudicazione provvisoria.

** 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 01/10/2009

Annotazioni

- incontro in sede Osservatorio il 01/10/2009

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono; tenuto conto di quanto appreso a seguito dell'incontro che ha avuto luogo il 01/10/2009- e senza entrare nel merito della valutazione del verbale (ancora non approvato) relativo alla seduta pubblica in cui si è aggiudicata provvisoriamente la gara; si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda " se ai sensi della normativa vigente, i documenti di gara devono essere visionati e/o consegnati alla ditta che ha fatto istanza di accesso e con quali tempistiche in considerazione

del fatto che la Stazione Appaltante non ha ancora approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria” la risposta è che deve trovare applicazione **l’art. 13 del D.lgs. 163 del 2006** rubricato **“Accesso agli atti e divieti di divulgazione”**.

L’art. 13, che richiama in materia di diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici la legge n. 241 del 1990 e ss.mm., al secondo comma fa una chiara e puntuale elencazione delle ipotesi in cui il diritto di accesso è differito ad un momento nel quale il suo esercizio non potrà più influire negativamente sulla regolarità della procedura di gara.

Come appreso dall’incontro del 01/10/2009 e confermato dal tenore del quesito, la Vs. stazione appaltante non ha ancora provveduto nemmeno ad aggiudicare provvisoriamente la gara (non è ancora stato approvato il verbale di aggiudicazione provvisoria della gara).

L’art. 13 comma 2 prevede che il diritto di accesso sia differito, in relazione alle offerte (come nel vs. caso), fino all’approvazione dell’aggiudicazione. Per “approvazione dell’aggiudicazione” deve intendersi l’aggiudicazione definitiva.

L’art. 13 va letto coordinandolo con gli articoli 11 e 12 del D.lgs. 163 del 2006.

L’art. 11, rubricato “Fasi delle procedure di affidamento” al quarto comma prevede che le procedure di affidamento selezionano la migliore offerta e al termine di detta procedura è dichiarata l’aggiudicazione provvisoria a favore del miglior offerente. Al successivo comma 5 prevede che la stazione appaltante, previa verifica dell’aggiudicazione provvisoria, provveda all’aggiudicazione definitiva.

L’art. 12, rubricato “Controlli sugli atti delle procedure di affidamento” al comma 1 stabilisce che l’aggiudicazione provvisoria è soggetta ad approvazione dell’organo competente secondo l’ordinamento delle amministrazioni aggiudicatrici ecc.. nel rispetto dei termini previsti dai singoli ordinamenti, decorrenti dal ricevimento dell’aggiudicazione provvisoria da parte dell’organo competente. In mancanza il termine è pari a 30 giorni.

Dalla lettura sistematica degli artt. 11, 12 e 13 del D.lgs. 163 del 2006 risulta così tracciato l’iter procedurale che porta all’aggiudicazione definitiva della gara:

§ Il Presidente di gara o il Presidente della Commissione di gara in seduta pubblica (della quale viene redatto verbale) provvede ad aggiudicare provvisoriamente la gara ad una impresa;

§ L’organo competente (dirigente), nel termine previsto dall’ordinamento interno dell’ente, verificata la regolarità della procedura di gara, provvede ad aggiudicare definitivamente la gara. Il dirigente, ove constati l’irregolarità della procedura di gara, può non confermare l’aggiudicazione provvisoria della gara a favore dell’impresa.

Fino al decreto/determina con la quale il dirigente competente approva l’aggiudicazione

provvisoria (che diviene pertanto definitiva) la procedura di gara non è terminata. E' al momento di emanazione del decreto di aggiudicazione definitiva che la situazione di vantaggio dell'impresa risultata aggiudicataria della gara si cristallizza.

I documenti di gara richiesti dall'impresa terza classificata sono accessibili, pertanto, solo dal momento dell'aggiudicazione definitiva della gara.

Visto il richiamo di cui all'art. 13 comma 1 del D.lgs. 163 del 2006, trova applicazione, nel caso di specie, il capo V della legge n. 241 del 1990 e ss.mm. relativo all'accesso ai documenti amministrativi.

Si richiamano, in particolare, i seguenti articoli e commi:

§ *Art. 25* Modalità di esercizio del diritto di accesso e ricorsi

1. Il diritto di accesso si esercita mediante esame ed estrazione di copia dei documenti amministrativi, nei modi e con i limiti indicati dalla presente legge. L'esame dei documenti è gratuito. Il rilascio di copia è subordinato soltanto al rimborso del costo di riproduzione, salve le disposizioni vigenti in materia di bollo, nonché i diritti di ricerca e di visura.

4. Decorsi inutilmente trenta giorni dalla richiesta, questa si intende respinta.

§ *Art. 22* Definizioni e principi in materia di accesso.

2. L'accesso ai documenti amministrativi, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, costituisce principio generale dell'attività amministrativa al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza. Comma così sostituito dalla legge n. 69 del 2009 di riforma della legge n. 241 del 1990 e ss.mm.

Come chiarito dalla giurisprudenza recente, l'accesso agli atti va garantito nella forma più ampia dell'estrazione di copia. Riprova è la stessa modifica dell'art. 22 comma 2 in cui l'accesso è qualificato tra i principi generali dell'attività amministrativa.

Nel caso, invece, in cui vi sia una particolare esigenza di tutela della riservatezza delle imprese partecipanti alla gara e dei loro interessi imprenditoriali, come nel caso di know how industriale, il diritto di accesso è esercitabile solo nella forma attenuata della visione degli atti la cui conoscenza è necessaria per curare o per difendere gli interessi giuridici del richiedente. Spetta alla Stazione Appaltante adottare idonee misure di tutela della riservatezza quali, ad esempio, cancellature e omissis...

Il D.P.R. n. 184 del 2006 "Regolamento recante disciplina in materia di accesso ai documenti amministrativi" disciplina all'art. 7 le modalità che l'amministrazione deve adottare per permettere l'accesso agli atti.

Si ricorda che l'art. 3 del predetto D.P.R. stabilisce che l'amministrazione, ove ravvisi soggetti controinteressati, è tenuta a comunicare loro l'istanza di accesso agli atti.

Come chiarito dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 14 del 2004 “il diritto di accesso non assume carattere meramente strumentale alla difesa in giudizio della situazione sottostante, ma ha una valenza autonoma...”

Tutte le imprese concorrenti possono quindi fare richiesta di accesso agli atti di gara e non soltanto il secondo classificato.

La Vostra Amministrazione è pertanto tenuta, una volta aggiudicata la gara con provvedimento definitivo, a permettere all’impresa terza classificata l’accesso agli atti (nella forma dell’estrazione di copia o della semplice visione nel solo caso in cui si ravvisi l’esigenza di tutela della riservatezza delle imprese partecipanti alla gara e dei loro interessi imprenditoriali).

L’accesso agli atti dovrà avvenire nel rispetto delle modalità e della tempistica indicate dal D.P.R. n. 184 del 2006 che si allega alla presente.

Data di invio del parere scritto 06/10/2009



- RICHIESTA PARERE -

Diritto di accesso: opposizione illegittima dei controinteressati

Giorno 23/giugno/2009

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: Comune

Settore: Lavori Pubblici

Sede dell'Ufficio:

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 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;
.....

Appalti:

Lavori
Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

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

Importo:

Sotto soglia comunitaria
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

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

Tematiche specifiche:

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

Quesito*:

Questo Ente indiceva una gara di lavori, mediante procedura aperta con il criterio del prezzo più basso, con individuazione della soglia di anomalia ai sensi dell'art. 86, comma 1 D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. e con l'applicazione dell'esclusione automatica delle offerte anomale. A seguito dell'aggiudicazione provvisoria, in fase di verifica dei requisiti generali ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., autodichiarati in sede di gara, questa stazione appaltante riceveva richiesta, da parte di una impresa concorrente, di accesso ai documenti di gara. In particolare, in ordine ai documenti oggetto dell'accesso, richiedeva: "La documentazione di tutte le ditte partecipanti alla gara ivi compreso i plichi di invio ad eccezione della documentazione presentata dalla scrivente"; in merito ai motivi della richiesta di accesso specificava: "Verificare la documentazione dei partecipanti per una eventuale esclusione di qualche concorrente e relativa aggiudicazione a nostro favore". A seguito di tale richiesta questa Amministrazione comunicava il differimento del diritto di accesso fino all'aggiudicazione definitiva e, nel frattempo, provvedeva, ai sensi del combinato disposto degli artt. 22, comma 1, lettera c) Legge 241/1990 e s.m.i. e art. 3 D.P.R. n. 184/2006, a notificare ai controinteressati (tutte le imprese partecipanti) la suddetta istanza di accesso con la seguente nota:

"Con la presente, ai sensi dell'art. 3 del D.P.R. 184/2006, si invia copia della richiesta di accesso alla documentazione, relativa alla gara in oggetto, pervenuta a questa Amministrazione, da parte di un operatore economico concorrente. Si precisa che codesta impresa, in qualità di controinteressata, può presentare motivata opposizione alla suddetta istanza entro 10 giorni dal ricevimento della presente, decorso tale termine senza opposizione si darà corso alla richiesta". Una impresa, facendo seguito a tale notifica, comunicava quanto segue: "a seguito vostra richiesta neghiamo l'accesso ai documenti della gara in oggetto in quanto esclusi dalla partecipazione della stessa". Si precisa che la suddetta impresa, concorrendo come capogruppo di una a.t.i. costituenda, presentava una cauzione provvisoria non sottoscritta, congiuntamente, anche dagli altri soggetti costituenti l'a.t.i., come richiesto anche dal bando di gara a pena di esclusione. Inoltre, anche un'altra concorrente, comunicava di non autorizzare l'accesso alla propria documentazione di gara per i seguenti motivi: "presenza di dati personali (ad esempio la residenza, la data di nascita etc...) nelle dichiarazioni riguardanti i requisiti dei Direttori Tecnici e del legale Rappresentante.....presenza di dati particolari, ritenuti sensibili dall'azienda ed inseriti dove richiesti nelle dichiarazioni (come il ribasso offerto, le nostre posizioni assicurative, il capitale sociale ed il volume d'affari)". Tenendo presente che si evidenzia un uniforme orientamento giurisprudenziale in base al quale dopo la conclusione della procedura concorsuale, i documenti prodotti dai partecipanti assumono tendenzialmente una rilevanza esterna, in quanto la documentazione prodotta, ai fini della partecipazione ad una gara di appalto indetta dalla Pubblica

Amministrazione, esce dalla sfera esclusiva delle imprese per formare oggetto di valutazione comparativa, essendosi in un procedimento caratterizzato dai principi di concorsualità e trasparenza e che, quindi, tali documenti sono da considerarsi tutti accessibili, si domanda quale sia l'atteggiamento che questa Amministrazione debba adottare, a tutela delle garanzie in favore dei soggetti controinteressati, in base alle motivazioni avanzate dagli opposenti:

a) respingere l'istanza di accesso ritenendo entrambe le suddette motivazioni, o una soltanto di esse (in tal caso specificare quale), un valido motivo per negare l'ostensione dei documenti di gara riferiti all'opponente;

b) negare l'accesso soltanto parzialmente, ossia con riferimento a eventuali dati sensibili contenuti nella suddetta documentazione, in tal caso si chiede anche di indicare quali siano;

c) rigettare entrambe le opposizioni in quanto infondate, o una soltanto di esse (in tal caso specificare quale) e accogliere totalmente l'istanza di accesso. Si chiede altresì, precisando che l'aggiudicazione è ancora provvisoria, se e quando l'opposizione debba essere comunicata all'impresa richiedente l'accesso e con quale tempistica comunicare agli opposenti la decisione assunta da questa Amministrazione.

** 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 23/06/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico del con richiesta da parte della stazione appaltante di ulteriori chiarimenti
--

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono; tenuto conto del colloquio telefonico del 25/06/2009 nel quale era stata anticipata la risposta; si risponde al quesito nei suddetti termini

Alla domanda "quale sia l'atteggiamento che questa Amministrazione debba adottare, a tutela delle garanzie in favore dei soggetti controinteressati, in base alle motivazioni avanzate dagli opposenti" la risposta è che **non sussistono ragioni oggettive, in base alle informazioni desumibili dalla richiesta di parere, per negare o limitare l'accesso ai documenti di gara.**

Come chiarito dall'art. 22 della legge n. 241 del 1990 "Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi" **l'accesso ai documenti amministrativi**, attese le sue rilevanti finalità di pubblico interesse, **costituisce principio generale dell'attività amministrativa** al fine di favorire la partecipazione e di assicurarne l'imparzialità e la trasparenza.... **Tutti i documenti amministrativi sono accessibili, ad eccezione di quelli indicati all'articolo 24, commi 1, 2, 3, 5 e 6.** Non è quindi possibile l'accesso in caso di documenti coperti da segreto di Stato, nei procedimenti tributari, nell'ambito di procedimenti volti all'emanazione di atti normativi, amministrativi generali, di pianificazione e di programmazione, nei procedimenti selettivi, nei confronti dei documenti amministrativi contenenti informazioni di carattere psicoattitudinale relativi a terzi, ecc. L'art. 13 del D.lgs. 163 del 2006, fermo restando il differimento dell'accesso nei termini di cui al secondo comma, al quinto comma chiarisce come "siano esclusi il diritto di accesso e ogni forma di divulgazione in relazione alle informazioni che costituiscano segreti tecnici o commerciali, aspetti riservati delle offerte, pareri legali per la soluzione di liti relative ai contratti pubblici, relazioni riservate del direttore dei lavori e dell'organo di collaudo". Lo stesso art. 13 al primo comma precisa che, salvo quanto espressamente previsto nel codice sui contratti pubblici, il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici è disciplinato dalla legge n. 241 del 1990 e successive modificazioni. Dall'esame delle norme in materia di accesso risulta che nel caso da Voi prospettato non ci troviamo né in una delle ipotesi di cui all'art. 24 della legge n. 241 del 1990 né in una delle ipotesi di cui al comma cinque dell'art. 13 del D.lgs. 163 del 2006. La documentazione che le imprese controinteressate ritengono non debba essere oggetto di accesso contiene, in realtà, meri dati personali "comuni" che gli interessati possono tranquillamente acquisire in quanto si tratta di:

§ dati iscritti nei registri di stato civile (si pensi alla residenza, data di nascita, ecc.);

§ dati risultanti da visure camerali (si pensi al capitale sociale);

§ dati risultanti dai verbali di gara (si pensi al ribasso offerto).

Non siamo in presenza né di dati sensibili (come quelli idonei a rilevare l'origine razziale, etnica, le opinioni politiche, il credo religioso) o supersensibili (dati attinenti la salute e la sfera sessuale), né, infine, giudiziari (dati idonei a rivelare provvedimenti in materia di casellario giudiziale, di anagrafe delle sanzioni amministrative dipendenti da reato e dei relativi carichi pendenti, ecc.), per i quali il D.lgs. 196 del 2003 "Codice in materia di protezione dei dati personali" prevede una specifica disciplina in materia di accesso. La "sensibilità" dei dati non è rimessa alla valutazione discrezionale dell'impresa ma è stabilita dal legislatore che all'art. 4 del D.lgs. 196 del 2003 distingue le varie tipologie di dati personali. Ancora, nel caso in esame avendo la stazione

appaltante provveduto ad aggiudicare provvisoriamente la gara in base al criterio del prezzo più basso, viene a mancare l'offerta tecnica e i conseguenti problemi per la stazione appaltante di contemperare il diritto di accesso alla documentazione di gara da parte dell'impresa interessata con il diritto alla riservatezza dei dati da parte delle controinteressate. La stazione appaltante ha correttamente differito l'accesso agli atti di gara alla conclusione del procedimento (che si avrà con l'aggiudicazione definitiva) e ha notificato ai controinteressati l'istanza di accesso agli atti di gara, come stabilito dall'art. 3 del D.p.r. n. 184 del 2006 "Regolamento recante disciplina in materia di accesso agli atti amministrativi" dando tempo per eventuali motivate opposizioni. Le imprese controinteressate hanno sì presentato opposizione ma sorgono dei dubbi in merito alla sua fondatezza. In base alle informazioni ricevute, le imprese controinteressate non autorizzerebbero l'accesso alla propria documentazione di gara per la presenza di dati personali che sono però conoscibili o mediante l'accesso a pubblici registri o mediante semplice visione dei verbali di gara. Si concorda con l'uniforme orientamento giurisprudenziale da Voi richiamato, in base al quale dopo la conclusione della procedura concorsuale, i documenti prodotti dai partecipanti assumono tendenzialmente una rilevanza esterna. La stazione appaltante può, pertanto, permettere l'accesso agli atti di gara provvedendo, se del caso, a:

§ oscurare quelle parti di dichiarazioni che dovessero fare riferimento a dati giudiziari;

§ permettere l'accesso alla documentazione di gara da Voi richiesta e non, anche, ad eventuale documentazione amministrativa ulteriore inserita dalle imprese concorrenti nei plichi di gara. Tale documentazione non sarebbe accessibile in quanto da Voi non richiesta e non valutata ai fini dell'aggiudicazione della gara.

Alla domanda" se e quando l'opposizione debba essere comunicata all'impresa richiedente l'accesso e con quale tempistica comunicare agli opposenti la decisione assunta da questa Amministrazione" la risposta è che **il D.p.r. n. 184 del 2006 non prevede una tempistica.** Si ricorda, comunque, come la stazione appaltante sia tenuta, ai sensi dell'art. 25 della legge n. 241 del 1990, a decidere sull'accesso entro 30 giorni dalla richiesta.

Data di invio del parere scritto 29/06/2009



- RICHIESTA PARERE -
Incentivi alla progettazione

Giorno 29/06/2009
Soggetto richiedente
Ente di appartenenza: Comune
Settore: Servizio LL.PP. e Patrimonio
Sede dell'Ufficio
Tel Fax.
Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

In merito alla corresponsione degli incentivi di progettazione al Servizio LL.PP. e Patrimonio, di cui sono responsabile presso il Comune di _____, vorrei esporre a Codesto servizio di consulenza alcune perplessità. Premetto che il Regolamento per la corresponsione dell'incentivo di cui sopra, approvato dall'ente a cui appartengo, all'art. 1 così testualmente recita:

"L'incentivo è riferito a tutte le opere o lavori pubblici, compresa la manutenzione ordinaria o straordinaria, purché sia stato predisposto un progetto completo di capitolato speciale (o foglio patti e condizioni), elenco prezzi e perizia di spesa". Disposizioni successive al medesimo regolamento stabiliscono la ripartizione dell'incentivo tra le varie funzioni:

- a) Responsabile del procedimento 20-30%
- b) Gruppo di progettazione 15-30%
- c) Ufficio di Direzione Lavori 15-27%;
- d) Collaboratori tecnici del gruppo di progettazione e dell'ufficio direzione lavori 5-20%
- e) *Collaudatore tecnico amministrativo o direttore dei lavori nel caso di certificato di regolare esecuzione 3%;*
- f) Collaboratori amministrativi - servizio lavori pubblici 5-20%

Le perplessità al riguardo sono le seguenti:

1) E' legittima la corresponsione di una quota parte (seppur piccola) dell'incentivo ai collaboratori esterni (personale operaio) che, soprattutto nelle manutenzioni straordinarie, segnalando molte necessità del patrimonio, di fatto contribuiscono alla stesura di molti progetti, perizie e capitolati? Oppure per "collaboratori tecnici" si devono intendere soltanto i tecnici (geometri, architetti, ingegneri, periti) "interni" che, pur non sottoscrivendo gli elaborati (la sottoscrizione degli elaborati è la discriminante fra le su indicate categorie b) e c) nei confronti della d)), prendono fattivamente parte alla progettazione dell'opera pubblica?

2) Poniamo il caso che in un lavoro pubblico la progettazione sia stata affidata interamente all'esterno, mentre la direzione lavori sia affidata a personale interno. E' legittima la corresponsione dell'incentivo al personale interno (ovviamente per la parte riservata ai soggetti di cui alle categorie c), d), e), f)), configurandosi in tal caso infatti comunque una attribuzione di responsabilità dei tecnici sebbene il progetto sia affidato all'esterno?

3) Nel caso di progettazione e direzione lavori completamente affidate all'esterno, **ad esclusione della contabilità dei lavori**, si può ritenere legittima la corresponsione dell'incentivo al personale interno che abbia tenuto la contabilità dei lavori, facendo riferimento alla categoria d) fra quelle suindicate?

* 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 29/06/2009

Annotazioni

- | |
|--|
| <ul style="list-style-type: none">- colloquio telefonico del;- richiesta documentazione del e invio in data;- colloquio telefonico del |
|--|

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda di cui al punto 1, ovvero "se è legittima la corresponsione di una quota parte (seppur piccola) dell'incentivo ai collaboratori esterni" la risposta è che **non è possibile corrispondere l'incentivo a personale non dipendente dell'ente**. Infatti:

- § il vs. Regolamento relativo ai criteri di ripartizione e alle modalità di assegnazione degli incentivi, approvato con Delibera della Giunta comunale n. del 2004 e che ci avete inviato, stabilisce al punto 3 che "il personale destinatario del compenso è individuato dall'art. 18 comma 1 della legge n. 109 del 1994, come modificato dalla legge n. 144 del 1999";
- § l'art. 18 della legge n. 109 del 1994 indica tra i destinatari dell'incentivo il responsabile unico del procedimento, gli incaricati della redazione del progetto, il direttore dei lavori, ecc, tutti soggetti dipendenti dell'amministrazione;
- § il suddetto regolamento all'art. 3 comma 3 nel definire i collaboratori del gruppo di progettazione e dell'ufficio di Direzione Lavori li qualifica come "dipendenti" e al punto 5 chiarisce che per collaboratori amministrativi si intendono quei "dipendenti" che hanno collaborato...;
- § l'art. 92 del D.lgs. 163 del 2006 (che riprende l'art. 18 della legge 109) al quinto comma chiarisce come "la corresponsione dell'incentivo è disposta dal dirigente preposto alla struttura competente, previo accertamento positivo delle specifiche attività svolte dai

predetti dipendenti”.

Tanto in base alla normativa previgente quanto in base al Codice sui contratti pubblici la corresponsione dell'incentivo può essere disposta a favore dei soli dipendenti, non, quindi, del personale esterno all'amministrazione.

L'art. 18 della 109 del 1994, analogamente all'art. 92 del Codice dei contratti pubblici, prevedeva un incentivo a favore di tutti quei dipendenti che sottoscrivendo gli elaborati o ponendo in essere altre attività collegate alla progettazione e direzione dei lavori se ne assumevano la responsabilità. Incentivo quindi come premio nei confronti dei dipendenti e come alternativa alla progettazione e direzione lavori data all'esterno con conseguente risparmio economico per l'amministrazione.

Alla domanda di cui al punto 2, ovvero “se è legittima la corresponsione dell'incentivo al personale interno nel caso in cui la progettazione sia stata affidata interamente all'esterno” la risposta è che, come chiarito dall'Autorità di Vigilanza con determina n. 43 del 2000 (che ci avete inviato) e con successiva delibera n. 69 del 2005, **non spetta agli interni alcun compenso nel caso di progettazione data tutta all'esterno.** Nello specifico la determina n. 43 del 2000 prevedeva che in una siffatta ipotesi destinatario dell'incentivo potesse essere soltanto il responsabile del procedimento.

Alla domanda di cui al punto 3, ovvero “se nel caso di progettazione e direzione lavori completamente affidate all'esterno, ad esclusione della contabilità dei lavori, si può ritenere legittima la corresponsione dell'incentivo al personale interno che abbia tenuto la contabilità dei lavori” la risposta è che **occorre verificare se le attività effettivamente svolte dal personale interno possono comportare da parte degli stessi l'assunzione di responsabilità.**

Se, come appreso dal colloquio telefonico del , il personale interno provvede alla liquidazione degli stati di avanzamento dei lavori e agli altri adempimenti relativi alla tenuta della contabilità dei lavori, avendo l'amministrazione dato all'esterno la progettazione e direzione dei lavori ma non la parte relativa alla contabilità, nei loro confronti è legittima la corresponsione dell'incentivo.

Vi ricordo come sarebbe opportuno procedere all'aggiornamento del Regolamento sugli incentivi alla luce del Codice sui contratti pubblici e della normativa sugli incentivi attualmente in vigore.

Data di invio del parere scritto 21/07/2009



- RICHIESTA PARERE -

Irregolarita' contributiva di lieve entità

Giorno 23/giugno/2009

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: Comune

Settore: Lavori Pubblici

Sede dell'Ufficio:

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 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

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 contenzioso

Altro.....

Tematiche specifiche:

RUP

SOA

x DURC

DUVRI

Offerta economicamente più vantaggiosa

Composizione commissione aggiudicatrice

Accesso ai documenti di gara

Incentivo progettazione

Altro.....

Quesito*:

In una gara d'appalto di lavori, bandita da questo ente, risultava provvisoriamente aggiudicataria una associazione temporanea di imprese, costituita da due operatori economici.

In sede di verifica dei requisiti di ordine generale, di cui all'art. 38 D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., autodichiarati in sede di gara, questa stazione appaltante rilevava che, in riferimento all'impresa mandante, come risultava dal DURC, sussisteva una irregolarità con il versamento dei contributi alla cassa edile alla data dell'autodichiarazione (06.05.2009).

Si precisa che la cassa edile, competente per territorio, trasmetteva a questa Amministrazione, unitamente al DURC attestante la suddetta irregolarità, una nota in cui esplicava che l'impresa in questione aveva provveduto a regolarizzare la propria posizione entro 10 giorni dalla data cui si riferiva il DURC negativo (15.05.2009).

Inoltre precisava che: “.....l'impresa in questione sostiene di aver effettuato una disposizione di bonifico a nostro favore in data 04.05.2009 (in virtù della quale l'impresa avrebbe avuto una posizione di regolarità nei confronti della scrivente Cassa alla data del 06.05.2009) , ma la stessa disposizione non è andata a buon fine per codice IBAN errato, come peraltro sostiene l'istituto bancario.....”.

La cassa edile trasmetteva altresì la comunicazione dell'istituto bancario, indirizzata all'impresa in questione e, per conoscenza, anche alla cassa stessa in cui si evidenziava: “....il bonifico in oggetto è stato eseguito solo in data 15.05.2009 con valuta al beneficiario 13.05.2009, in quanto la disposizione impartitaci in via telematica il 04.05.2009 era stata stornata per codice IBAN errato”.

Si richiede quale sia la condotta che questa Amministrazione deve tenere in merito e le motivazioni che, in ogni evenienza, dovranno essere addotte a giustificazione della scelta operata.

In attesa di un rapido riscontro si inviano 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 23/06/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico del con anticipo della risposta

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda “quale sia la condotta che questa Amministrazione deve tenere in merito e le motivazioni che, in ogni evenienza, dovranno essere addotte a giustificazione della scelta operata” la risposta è: la scelta in ordine alla condotta da tenere è rimessa alla singola stazione appaltante.

Tanto il legislatore nazionale (D.lgs. 163 del 2006 artt. 38 e 48) quanto il legislatore regionale (legge n. 38 del 2007 artt. 16 e 17) impongono alla stazione appaltante il controllo dei requisiti prima di aggiudicare la gara in modo definitivo. L’art. 38 al comma 1, lett. i) vieta alla stazione appaltante di affidare appalti e stipulare contratti con imprese che hanno commesso violazioni gravi definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali.

Gli artt. 16 e 17 della legge n. 38 del 2007 parlano, rispettivamente, di verifica dell’idoneità tecnico professionale dell’impresa e di verifica della regolarità contributiva e assicurativa (tramite acquisizione del DURC).

Sono opportune alcune precisazioni in ordine alle “violazioni gravi definitivamente accertate alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali” di cui all’art. 38 comma 1 lett i) del D.lgs. 163 del 2006.

Come chiarito con sentenza del TAR Palermo n. 561 del 2005 le violazioni degli obblighi che determinerebbero l’esclusione dalla gara (o la non aggiudicazione in caso di verifica dei requisiti nei confronti dell’aggiudicataria provvisoria) non sarebbero esclusivamente quelle relative alle dichiarazioni ed agli altri adempimenti di carattere formale, ma anche le violazioni inerenti il tempestivo pagamento di quanto dovuto (si trattava nel caso di specie del pagamento dei contributi previdenziali e assistenziali). Nel caso in esame però:

- § sussistono dubbi sulla non regolarità contributiva dell’impresa stante quanto dichiarato dalla Cassa Edile “l’impresa avrebbe avuto una posizione di regolarità nei confronti della scrivente Cassa alla data del 06.05.2009”;
- § l’impresa avrebbe, semmai, commesso un mero errore materiale avendo effettuato regolarmente il bonifico bancario a favore della Cassa Edile non andato a buon fine per codice IBAN errato;
- § l’impresa avrebbe agito in buona fede, come comprovato dall’aver informato immediatamente l’amministrazione una volta venuta a conoscenza di quanto accaduto.

Particolarmente interessante nel Vs. caso è la sentenza del TAR Lecce n. 5465 del 2006 relativa alla irregolarità contributiva di un’impresa risultata provvisoriamente aggiudicataria di una gara

pubblica. In tale sentenza è stato chiarito come non ogni irregolarità contributiva abbia rilevanza, ma occorre una irregolarità che può definirsi qualificata dalle norme in questione (art. 38 comma 1 lett. i), ossia una irregolarità grave e definitivamente accertata. Invero, il semplice documento DURC attestante la irregolarità contributiva non può essere ritenuto sufficiente a cagionare l'esclusione dell'impresa, essendo invece indispensabile che l'infrazione stessa sia «grave» e «debitamente accertata», tanto più ove in corso di gara siano emersi elementi contrastanti con tale dichiarazione o comunque elementi che facciano dubitare della gravità della violazione contributiva. Ancora, lo stesso TAR precisa che, visto che l'impresa che aveva l'irregolarità era risultata provvisoriamente aggiudicataria, tale affidamento non poteva essere posto nel nulla in assenza di una puntuale ed attenta verifica circa la gravità della “irregolarità contributiva predetta” e il definitivo accertamento della medesima, atteso che il ripensamento amministrativo attinente alla revoca dell'aggiudicazione provvisoria doveva trovare logico e prudente presupposto nell'oggettiva gravità della violazione commessa dalla aggiudicataria in ordine agli obblighi contributivi e tanto in attuazione dei fondamentali principi di proporzionalità e ragionevolezza, oltre che di buon andamento ed efficacia dell'azione amministrativa tutelati dall'art. 97 Cost.

Secondo quanto affermato nelle suddette sentenze, che riprendono l'orientamento giurisprudenziale in materia, è riconosciuto alla stazione appaltante un ineliminabile margine di valutazione discrezionale in base al quale potrà escludersi l'efficacia preclusiva di inadempimenti di cui sia evidente la scarsa entità o la natura episodica o, ancora, la semplice irregolarità formale in ordine a tempi e modalità di versamenti. Il fatto, poi, che le sentenze suddette si riferiscano alla normativa precedente al Codice sui contratti pubblici non rileva stante il fatto che il codice ha ripreso, sul punto, quanto previsto dalla precedente normativa.

Nel caso de quo, quindi, premesso che per le ragioni già esposte sussistono addirittura dubbi sulla non regolarità contributiva dell'impresa, non sembrano sussistere ragioni per le quali la stazione appaltante debba revocare l'aggiudicazione provvisoria.

Come da Voi richiesto si allegano le seguenti sentenze:

- TAR Lecce n. 5465 del 2006;
- TAR Palermo n. 561 del 2005.

Data di invio del parere scritto 29/06/2009



- RICHIESTA PARERE -

Irregolarità contributiva e certificazione conformità esecuzione lavori

25 Febbraio 2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Comune
Settore Opere Pubbliche
Sede dell'Ufficio
Tel - Fax
Indirizzo e-mail

<p><u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; X Legge Regionale n. 38 del 2007, art. 17; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; X DPR 34/2000 art.27 lett. p)</p>		
<p><u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti</p> <p><u>Importo:</u> X Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p> <p><u>Procedura di affidamento:</u> X Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p> <p>X Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto X Collaudo/Certificato Esecuzione Lavori Eventuale contenzioso Altro.....</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA X DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Altro.....</p>

Quesito*:

Bando del 2004 - Contratto Rep. n. del /2004 dell'importo complessivo € 140.825,16 (di cui €2.339,78 per oneri sicurezza) – Impresa - Lavori conclusi 21 gennaio 2005 – Redatto C.R.E. in data 2007
Irregolarità contributiva rispetto ai lavori eseguiti
“L’Impresa ha dichiarato un’incidenza di mano d’opera inferiore a quella effettiva per l’esecuzione dei lavori ”
La Ditta in data 26/11/2007 e 20/02/2009 ci chiede l’emissione del certificato di esecuzione lavori Ai sensi DPR 34/2000. In data 28-29 Novembre 2007 e 6 Dicembre 2008 è stato chiesto dal RUP “consulenza” all’AVCP di Roma senza ottenere nessuna risposta.
Quesito:
Si può rilasciare il certificato di esecuzione lavori ?

* *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

--

Parere

<p><i>Premesso che le risposte fornite da questo Ufficio non sono nè obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde ai quesiti nei seguenti termini:</i></p> <p>Da analisi della normativa relativa al certificato di esecuzione lavori (Art. 22, comma 7 del D.p.r. 34 del 2000) risulta che i CERTIFICATI DI ESECUZIONE DEI LAVORI sono redatti in conformità alla scheda di cui all'allegato D del predetto D.p.r. 34 del 2000.</p> <p>Nell'allegato D non c'è alcun riferimento alla regolarità contributiva dell'impresa, ma solo se i lavori sono stati realizzati regolarmente e con buon esito e se vi è qualche vertenza in sede arbitrale o giudiziaria.</p> <p>Le stazioni appaltanti sono tenute a rilasciare il certificato di esecuzione lavori con procedura informatica resa disponibile sul sito internet dell'Autorità di Vigilanza. Il rilascio del certificato è</p>

di competenza del Responsabile del procedimento.

Si ritiene, pertanto, che dobbiate rilasciare il certificato di esecuzione lavori.

Altro è il discorso della irregolarità dell'impresa risultante dal DURC.

Sicuramente il fatto che l'impresa non sia regolare con il versamento dei contributi all'INPS è un fatto grave. Non per niente l'impresa (da analisi della documentazione allegata alla vs. richiesta di parere) sta procedendo a regolarizzare (o ha regolarizzato) la propria posizione contributiva.

Sicuramente l'irregolarità contributiva dell'impresa può essere segnalata all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici.

Si ricordano:

§ La Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 36 del 2000 per i LAVORI;

§ La Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 1 del 2008 per SERVIZI e FORNITURE.

Con **Determina n. 36 del 2000** è stata approvata la scheda tipo di **relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa** avente ad oggetto i LAVORI realizzati, in attuazione dell'art. 27, comma 4 del D.p.r. 34 del 2000.

Con **Determina n. 1 del 2008** è stato disciplinato il Casellario informatico degli operatori economici, istituito presso l'Osservatorio (centrale) a norma dell'art. 27 del D.p.r. 34 del 2000.

A tale determina sono stati allegati tre documenti che la stazione appaltante può utilizzare per segnalare all'Autorità di Vigilanza (via telefax) fatti riguardanti i contratti di SERVIZI e FORNITURE e precisamente:

- l'allegato A e C in caso di fatti riguardanti la partecipazione alla gara;
- l'allegato B in caso di fatti riguardanti l'esecuzione del contratto.

Potete, quindi, segnalare all'Autorità di Vigilanza, **utilizzando lo schema di relazione dettagliata sul comportamento dell'impresa**, la violazione da parte dell'impresa di specifici obblighi previsti nel contratto di lavoro e, nel caso di specie, delle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali, come risultanti dal DURC che potete allegare alla relazione.

Data di invio del parere scritto



- RICHIESTA PARERE -

Legittimità onerosità parere ASL in Conferenza di servizi

Giorno...../mese...../anno.....

Soggetto richiedente .
Ente di appartenenza Comune
Settore Grandi Cantieri
Sede dell'Ufficio
Tel Fax
Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> x Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 152 e seguenti.; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; x legge n. 241 del 7 agosto 1990, n. 241 articoli 14 e seguenti</p>		
<p><u>Appalti:</u> x Lavori Servizi Forniture Misti</p> <p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria x Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u> x Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p> <p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro x Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p> <p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso x Altro Conferenza di servizi per approvazione del progetto definitivo</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione x Altro Conferenza di servizi per Project financing</p>

Quesito*:

Spett.le Osservatorio, Questo Ente, ha indetto la Conferenza di Servizi ai sensi dell'art. 14 quinquies della legge 241/ 90 volta all'approvazione del progetto definitivo del Project financing denominatoomissis..... [...]

La ASL – Gruppo interdisciplinare SUAP in sede di conferenza di Servizi ha presentato oltre ad un parere anche la richiesta di pagamento dell'importo di €2.065,83 a titolo di “Importo diritto di istruttoria ASL” . In seguito ad un primo contatto telefonico con l'Ente di cui si tratta ci è stato indicata la deliberazione della Giunta della regione Toscana n. 616 in data 04.08.2008 quale fonte normativa della prestazione ASL.

In ragione di quanto sopra esposto sono cortesemente a richiedervi un motivato parere in ordine alla legittimità di tale richiesta di €2.065,83 per le prestazioni rese in costanza di Conferenza di servizi ed al conseguenziale nostro pagamento, significando altresì che questa Stazione Appaltante ha eseguito quanto imposto dalla legge 241/90 art. 14 e seguenti che obbliga l'acquisizione degli assensi degli Enti interessati. Rimango in attesa del vs gradito parere e porgo i miei più cordiali 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:

- vari colloqui telefonici con la dal al ;
- un colloquio telefonico con la in data

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta 19/03/2009

Annotazioni

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

La richiesta avanzata dalla ASL di pagamento dell'importo di euro 2.065,83 a titolo di “importo diritto di istruttoria” appare, allo stato degli atti, legittima.

L'art. 9 della L.R. n. 16 del 25 gennaio 2000 “Riordino in materia di igiene e sanità pubblica”

prevede che “gli enti pubblici, per l’esercizio delle funzioni di rispettiva competenza, possono avvalersi delle strutture organizzative delle Aziende UUSLL previa stipula di apposite convenzioni”.

La Delibera della Giunta regionale n. 616 del 4 agosto 2008, con la quale è stato approvato il tariffario delle prestazioni dei Dipartimenti di Prevenzione delle Aziende USL, ha ribadito quanto previsto dalla legge regionale n. 16 del 2000 ovvero la possibilità per gli enti pubblici di avvalersi delle strutture organizzative delle Aziende USL previa stipula di apposite convenzioni in base al tariffario approvato dalla Giunta regionale.

La richiesta di pagamento da parte della ASL sembrerebbe trovare fondamento nella Delibera della Giunta regionale n. 616 del 2008 il cui tariffario delle prestazioni indica alla voce Z5 i pareri su progetti di edifici destinati ad attività produttive, commerciali e agricole ex L.R. 52 del 1999 (abrogata dalla legge n. 1 del 2005).

La richiesta di parere avanzata dal Comune sembra trovare fondamento nella L.R. n. 1 del 2005 relativa al governo del territorio.

L’art. 78 comma 2 della suddetta legge chiarisce come “per le opere pubbliche dei Comuni in sede di approvazione del progetto si dà atto della sua conformità alle prescrizioni urbanistiche ed edilizie, dell’acquisizione dei necessari pareri e nulla osta o atti di assenso comunque denominati ai sensi della legislazione vigente, della conformità delle norme di sicurezza, sanitarie, ambientali e paesaggistiche”

Il fatto che la richiesta di parere sembra essere obbligatoria non rileva al fine di legittimare l’esclusione del pagamento della prestazione da parte dell’ente pubblico richiedente.

La Regione Toscana, infatti, in ipotesi analoghe ha previsto che le prestazioni erogate dalle aziende USL avvengano a titolo oneroso e che gli importi siano quelli indicati nel tariffario regionale.

Si indica quale esempio, l’art. 23, comma 2 della legge regionale n. 38 del 2007 “Disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro nei cantieri” che prevede che “le aziende unità sanitarie locali (USL) assicurino la partecipazione di proprio personale agli incontri (per lavori di importo superiore a 1.500.000,00 di euro) e che la partecipazione avvenga a titolo oneroso, secondo gli importi determinati dal tariffario regionale”.



- RICHIESTA PARERE -

Modalità approvazione variazione al programma triennale

17/11/2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza **COMUNE**
Settore **SERVIZIO TECNICO**
Sede dell'Ufficio)
Tel Fax
Indirizzo e-mail

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 128; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; X Decreto Ministero Infrastrutture e Trasporti n. 1021/IV in data 9/6/2005</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		<p><u>Con bando</u> <u>Senza bando</u> <u>Cottimo fiduc.</u> <u>Amm. ne diretta</u></p>
<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione X Approvazione modifica programmazione OO.PP.</p>		

Quesito*:

Con la presente sono a formulare a codesto rispettabile Ente apposito quesito in ordine alla necessità o meno di ricorrere all'approvazione, in virtù di successiva deliberazione di Consiglio Comunale, di variazione di ordine sostanziale del Programma Triennale delle Opere Pubbliche 2009/2011, allo stato attuale adottata in schema a mezzo deliberazione di Giunta Comunale, **il cui periodo di pubblicazione** (quest'ultima effettuata in conformità all'intervallo minimo di cui all'art. 128, c. 2, D.Lgs. n. 163/2006 ed all'art. 5, c. 1, del Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 1021/IV in data 9/6/2005) **scadrà nel corso dell'anno 2010.**

Nel dettaglio si chiede di sapere se, a Vs. parere:

- prevale l'aspetto "sostanziale" della questione, ovvero se si ritiene che non risulti necessaria l'approvazione da parte dell'organo consiliare dell'Amministrazione che ha adottato la variazione in quanto la scadenza della pubblicazione dello Schema di Programma Triennale come modificato interverrà in un'annualità in cui la corrente programmazione delle OO.PP. non potrà più dispiegare i propri effetti giuridici;
- prevale l'aspetto "formale" della questione, ovvero se si ritiene di doversi provvedere alla successiva approvazione da parte del Consiglio Comunale in quanto, una volta attivata la complessiva procedura con riguardo alle variazioni di ordine sostanziale (adozione in forza di deliberazione di Giunta Comunale, pubblicazione in schema per almeno 60 giorni naturali e consecutivi), si rende indispensabile seguire tutti i passaggi del relativo iter, compresa l'approvazione del Consiglio.

** 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 17/11/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico con in data con anticipo della risposta scritta

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda “se la variazione del Programma triennale delle Opere Pubbliche, adottata in schema da parte della Giunta Comunale, debba essere approvata in Consiglio Comunale” la risposta è che per la legittimità del procedimento sarebbe opportuno che l'organo che ha approvato l'atto fosse poi investito del potere di approvarne eventuali modifiche.

Come chiarito dal **Consiglio di Stato nella sentenza n. 6917 del 2002** la puntuale scansione procedimentale prevista dal legislatore **all'art. 128 del D.lgs. n. 163 del 2006** ai fini dell'approvazione del programma triennale dei lavori pubblici (schema di programma-pubblicità- approvazione definitiva) è improntata al rispetto dei principi costituzionali di imparzialità e buon andamento dell'azione amministrativa fissati dall'art. 97 della Costituzione.

Si è voluto assicurare tanto una adeguata valutazione degli interventi pubblici da realizzare quanto la loro ponderazione in rapporto sia alle disponibilità finanziarie dell'ente sia ai bisogni della collettività.

Ecco che mentre la Giunta Comunale è competente ad approvare lo schema di programma triennale e il suo aggiornamento annuale, rientrando tali atti tra quelli di proposta e di impulso ai sensi dell'art. 48 del D.lgs. n. 267 del 2000, l'approvazione definitiva del programma e l'elenco annuale delle opere da realizzare sono di competenza del Consiglio Comunale ai sensi dell'art 42 del D.lgs. n. 267 del 2000 trattandosi di atti di programmazione e di indirizzo.

Data di invio del parere scritto 24/12/2009



- RICHIESTA PARERE -
Modifica composizione RTI prequalificata

06 Novembre 2009

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza: Consorzio
Settore: Direzione Generale
Sede dell'Ufficio
Tel Fax
Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 37; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione ATI</p>

Quesito*:

Terminata la fase di prequalifica, abbiamo inviato le Lettere di Invito ai soggetti prequalificati (tra cui vari ATI costituenti). E' ammissibile l'offerta presentata da un' ATI costituenda nella cui composizione è presente un soggetto aggiuntivo (mandante) rispetto alla composizione dell'ATI prequalificata ?

Il quesito è posto sia nel caso in cui il soggetto aggiuntivo non abbia in nessun modo partecipato alla prequalifica, sia che lo abbia fatto in altra ATI.

** 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 06/11/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico del con _____ con richiesta chiarimenti;
- colloquio telefonico del con _____ con anticipo della risposta scritta

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, Si risponde al quesito nei suddetti termini.

Alla domanda "E' ammissibile l'offerta presentata da un' ATI costituenda nella cui composizione è presente un soggetto aggiuntivo (mandante) rispetto alla composizione dell'ATI prequalificata", la risposta è che **la giurisprudenza prevalente ammette, nel rispetto di determinate condizioni, la possibilità di modifica della composizione dell'ATI fino al momento di presentazione delle offerte.**

L'art. 37 del D.lgs. n. 163 del 2006, rubricato "Raggruppamenti temporanei e consorzi di concorrenti" al **comma 9** recita: "è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Il predetto articolo al successivo **comma 12** stabilisce che "in caso di procedure ristrette o negoziate, ovvero di dialogo competitivo, l'operatore economico invitato individualmente, o il candidato ammesso individualmente nella procedura di

dialogo competitivo, ha la facoltà di presentare offerta o di trattare per sé o quale mandatario di operatori riuniti”.

Dall’analisi del dettato normativo si evince, pertanto, che:

§ il mutamento del raggruppamento/associazione temporanea di imprese è possibile solo prima della presentazione dell'offerta

L'Autorità di Vigilanza nella determinazione n. 15 del 2001- avente ad oggetto "Problemi inerenti la partecipazione alle gare di appalto delle associazioni temporanee di imprese" - aveva chiarito, in riferimento all’art. 13 comma 5 bis della legge n. 109 del 1994 (il cui contenuto è stato trasposto nell’art. 37 comma 9) come fosse vietata qualsiasi modificazione alla composizione delle associazioni temporanee di imprese rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta.

Il divieto di modifica di cui sopra non operava nell’ipotesi di cui all'articolo 94 del D.P.R. n. 554 del 1999 ovvero nel caso di fallimento dell'impresa mandataria o di un'impresa mandante e, nel caso di mandataria o mandante che fosse impresa individuale, per morte, interdizione, inabilitazione o fallimento del suo titolare. Tale eccezione al divieto di modifica dell’associazione temporanea è stata ripresa dal D.lgs. n. 163 del 2006 ai commi 18 e 19 dell’art. 37._

§ nell’ambito delle procedure ristrette l’operatore economico invitato individualmente può presentare offerta quale mandatario di operatori riuniti.

Si apre, quindi, la possibilità per il soggetto prequalificato di presentare offerta come mandatario di un raggruppamento temporaneo di imprese.

Dall’analisi della giurisprudenza in materia risulta possibile l’ampliamento del raggruppamento temporaneo di imprese prequalificato con aggiunta di una o più imprese o con la sostituzione di un'impresa del raggruppamento originario con un'altra impresa. La variazione della composizione del RTI è sempre possibile se si rafforzano le garanzie della P.A., se l'alterazione del soggetto invitato a presentare offerta è positiva e se avviene prima della presentazione dell'offerta. Si veda in tal senso la **sentenza del Consiglio di Stato n. 2335 del 2001.**

Con successiva **sentenza n. 1452 del 2004 il Consiglio di Stato** ha puntualizzato che il mutamento del raggruppamento temporaneo di imprese è possibile in presenza di tre condizioni e precisamente:

- che non avvenga dopo la presentazione dell'offerta;
- che non attenga all'impresa capogruppo;
- che non incida negativamente sul RTI.

Il TAR Lombardia- Milano con sentenza n. 104 del 2007 ribadisce la possibilità, nella fase di

prequalifica, di modifica soggettiva del raggruppamento temporaneo di imprese concorrente. Tale modifica, a detta del Collegio, non può però servire a consentire di aggiungere al raggruppamento requisiti di partecipazione prima non posseduti.

Ancora, con **sentenza n. 588 del 2008 il Consiglio di Stato** ha previsto la possibilità, prima della presentazione dell'offerta, di riunione in un solo raggruppamento di due RTI che si erano prequalificati separatamente.

Nelle sentenze su riportate, quindi, viene affermato il principio della immodificabilità della composizione del raggruppamento temporaneo di imprese dopo la presentazione dell'offerta (pena la violazione del principio della conoscenza da parte della P.A. dei partecipanti alla gara) e il principio della possibilità, invece, tra la fase di prequalificazione e di presentazione dell'offerta, di modifica del raggruppamento alle condizioni predette.

La giurisprudenza distingue nettamente, quindi, la fase di prequalificazione dalla fase di presentazione dell'offerta ancorando a tale momento il divieto di modifica del raggruppamento.

Solo recentemente il Consiglio di Stato (si vedano in tal senso le sentenze n. 4101 del 2007 e n. 2964 del 2009) si è espresso nel senso di rendere possibile la modifica soggettiva del RTI dopo la presentazione dell'offerta.

Tali sentenze, che non trovano il favore della giurisprudenza maggioritaria e che contrastano con il dettato normativo di cui all'art. 37 comma 9, prendono in esame la sola ipotesi di recesso di un'impresa facente parte del raggruppamento. In caso di recesso di un'impresa dal RTI la stazione appaltante non si troverebbe, davanti, dopo la presentazione dell'offerta, una nuova impresa, con violazione quindi del principio di conoscenza dei partecipanti alla gara.

Alla domanda "è ammissibile la modifica dell'ATI nel caso in cui il soggetto aggiuntivo non abbia in nessun modo partecipato alla prequalifica" la risposta, tenuto conto delle argomentazioni di cui sopra, è nel senso della piena ammissibilità.

Non si possono non rilevare dubbi in ordine al rispetto del principio di segretezza delle offerte nel caso, invece, di una impresa che abbia partecipato alla fase di prequalifica all'interno di un raggruppamento e che partecipi alla fase dell'offerta all'interno di un altro raggruppamento. L'impresa, che ha conosciuto le imprese dell'originario raggruppamento nella fase di prequalifica, si troverebbe, al momento di presentazione dell'offerta all'interno di un altro raggruppamento in concorrenza con il primo...

Si tenga presente come, ad oggi, manchi però giurisprudenza sul punto.

Si allegano alla presente:

- Consiglio di Stato n. 2335 del 2001;
- Consiglio di Stato n. 1452 del 2004;
- TAR Milano n. 104 del 2007;
- Consiglio di Stato n. 588 del 2008
- Determina Autorità di Vigilanza n. 15 del 2001.

Data di invio del parere scritto 24/11/2009



- RICHIESTA PARERE -

Procedura negoziata senza bando di gara sotto soglia

Giorno 5 Ottobre 2009

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: Comune

Settore: Tecnico Manutentivo

Sede dell'Ufficio:

Tel: Fax:

Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u></p>		
<p>Aperta Ristretta <input checked="" type="checkbox"/> Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p>Con bando <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione procedura negoziata per lavori di importi inferiori a euro 100.000,00.</p>

Quesito*:

Nel caso in cui si debba procedere all'affidamento di lavori aventi un importo inferiore a euro 100.000,00, il disposto dell'art. 122 comma 7, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., prevede la possibilità di ricorrere all'utilizzo della procedura negoziata. In tale ipotesi, laddove la stazione appaltante opti per l'utilizzo della predetta procedura, si domanda se l'ente aggiudicatore dovrà individuare gli operatori economici da consultare ai sensi dell'art. 57, comma 6, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., ancorché non espressamente richiamato dall'art. 122 comma 7 D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., ed in considerazione del fatto che, invece, l'art. 122, comma 7 bis, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., successivamente introdotto, lo richiami; oppure, vista la definizione data dall'art. 3, comma 40, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. sia possibile negoziare con un solo operatore economico. Nel caso in cui si ritenga necessario il ricorso all'art. 57, comma 6, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., si domanda quale sia il sistema più corretto per l'individuazione degli operatori economici da consultare.

** 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 05/10/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico con anticipo della risposta scritta
--

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda "se l'ente aggiudicatore dovrà individuare gli operatori economici da consultare ai sensi dell'art. 57, comma 6, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., ancorché non espressamente richiamato dall'art. 122 comma 7 D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., ed in considerazione del fatto che, invece, l'art. 122, comma 7 bis, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., successivamente introdotto, lo richiami; oppure, vista la definizione data dall'art. 3, comma 40, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. sia possibile negoziare con un solo operatore economico" la risposta è che la stazione appaltante è tenuta al rispetto di quanto disposto dall'art. 122 comma 7 del D.lgs. n. 163 del 2006.

L'art. 122, rubricato "Disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia", al comma 7 stabilisce che "la procedura negoziata è ammessa, oltre che nei casi di cui agli artt. 56 e 57, anche per lavori di importo complessivo non superiore a 100.000 euro".

La procedura negoziata prevista dall'art. 57 comma 6 si applica alle procedure negoziate per i lavori inferiori a 100.000 euro.

L'art. 57, rubricato "Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara", al comma 6 prevede una serie di obblighi per le stazioni appaltanti e precisamente:

- l'individuazione degli operatori economici sulla base di informazioni desunte dal mercato;
- la selezione di almeno tre operatori economici mediante invito a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
- il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

L'art. 3 comma 40 del D.lgs. 163 del 2006, nel definire le procedure negoziate come quelle procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto, non intende certo legittimare la stazione appaltante ad individuare un solo operatore economico.

La negoziazione di cui al predetto articolo è la negoziazione successiva alla consultazione di più operatori economici.

Quello che caratterizza la procedura negoziata è la possibilità per la stazione appaltante di negoziazione individuale con ciascun offerente.

Alla domanda "Nel caso in cui si ritenga necessario il ricorso all'art. 57, comma 6, D.Lgs. 163/2006 e s.m.i., quale è il sistema più corretto per l'individuazione degli operatori economici da consultare" la risposta è che la scelta in ordine alla procedura da adottare è rimessa alla valutazione discrezionale di ciascuna stazione appaltante.

La stazione appaltante, infatti, può alternativamente:

- individuare gli operatori economici mediante la c.d. indagine di mercato (mera consultazione informale del mercato finalizzata a conoscere l'assetto del mercato, i potenziali offerenti e il tipo di condizioni contrattuali che sono disposti a praticare);
- utilizzare un elenco di operatori economici già predisposto;
- pubblicare il c.d. avviso di manifestazione di interesse (avviso pubblicato sul profilo del committente nel quale la stazione appaltante informa un numero imprecisato di possibili offerenti della sua intenzione di affidare l'esecuzione di lavori). In quest'ultimo caso la stazione appaltante individuerà gli operatori economici da invitare a presentare offerte

direttamente tra gli operatori economici che hanno manifestato interesse.

Quello che qualifica come “corretto” il sistema per l’individuazione degli operatori economici da consultare è il rispetto, da parte della stazione appaltante, dei principi indicati dall’art. 57 comma 6 e precisamente del principio di trasparenza, di concorrenza e di rotazione.

Data di invio del parere scritto 16/10/2009



- RICHIESTA PARERE -

Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (1)

15/01/2009

Soggetto richiedente....
Ente di appartenenza ...Comune
Settore...Tecnico Manutentivo
Sede dell'Ufficio...
Tel.....Fax...
Indirizzo e-mail...

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

Quesito*:

Devo appaltare un lavoro di importo complessivo di €296.000,00. Alla luce dell'introduzione del comma 7-bis dell'art. 122 del D. Lgs. 163/2006, introdotto dal D.L. 162/2008 convertito in Legge 201/2008, vorrei appaltare i lavori a mezzo procedura negoziata senza pubblicazione di bando (cioè la procedura dell'art. 57 comma 6 del medesimo D. Lgs.).

Per la scelta delle ditte da invitare, fermo restando che il numero di ditte sarebbe in ogni caso ben superiore a 5, si può procedere liberamente (ad es. invitando ditte che hanno partecipato ad appalti simili pubblicati negli ultimi tempi dal mio Comune) o occorre in qualche modo sapere quali sono gli "aspiranti idonei" mediante pubblicazione di un avviso (ma così si farebbe una sorta di procedura ristretta)?

Per concludere, vorrei sapere se, qualora detta norma venisse revocata per qualche motivo, se vi sono rischi che una eventuale gara affidata con questa procedura (comunque nel periodo di vigenza della norma) possa essere in qualche modo "invalidata".

Grazie per la disponibilità e 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

- | |
|---|
| <ul style="list-style-type: none">- risposta telefonica al quesito in data- richiesta ulteriori precisazioni sul quesito in data |
|---|

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le amministrazioni che li richiedono; tenuto conto che il comma 7 bis è stato aggiunto all'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 solo di recente e che di conseguenza non si è ancora formata dottrina sul punto, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Il Decreto legge n. 162 del 23 Ottobre 2008, c.d. decreto legge anti-crisi (convertito nella Legge n. 201 del 22 Dicembre 2008), ha modificato l'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 introducendo il comma 7 bis. Tale comma stabilisce che "i lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro e

inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero”.

Alla domanda “ se per la scelta delle ditte da invitare, fermo restando che il numero di ditte sarebbe in ogni caso ben superiore a 5, si può procedere liberamente (ad es. invitando ditte che hanno partecipato ad appalti simili pubblicati negli ultimi tempi dal mio Comune)” la risposta è sì.

Gli unici obblighi previsti dal legislatore per le stazioni appaltanti sono quelli di cui all'art. 57, comma 6 del D.lgs. 163 del 2006, ovvero:

- l'individuazione degli operatori economici sulla base di informazioni desunte dal mercato;
- la selezione degli operatori economici mediante invito a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
- il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Oltre a quanto stabilito dal predetto art. 57 comma 6, il comma 7 bis prevede ulteriori obblighi per le stazioni appaltanti e precisamente:

- il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e di proporzionalità, la cui “ratio” è quella di evitare che le stazioni appaltanti utilizzino tale procedura per comprimere le dinamiche concorrenziali;
- la consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono aspiranti idonei in tale numero. Rispettate le condizioni di cui all'art. 122 comma 7 bis (in cui si richiama l'art. 57, comma 6) che sono state sinteticamente citate, la stazione appaltante può affidare i lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

Alla domanda se ”qualora detta norma venisse revocata per qualche motivo, vi sono rischi che una eventuale gara affidata con questa procedura (comunque nel periodo di vigenza della norma) possa essere in qualche modo invalidata” la risposta è no. La procedura di gara non viene invalidata nel caso in cui, in un secondo momento, dovesse essere modificata la normativa vigente al momento di effettuazione della gara.

Si riportano, per completezza, alcune brevi riflessioni sui c.d. “appalti negoziati fino a 500.000 euro” raccolte dai quotidiani:

- § E' evidente che permettere alle stazioni appaltanti di affidare l'esecuzione di lavori di importo tanto elevato mediante procedura negoziata comporta una indiscutibile lesione del diritto alla concorrenza e tale norma potrebbe essere ritenuta, a ragione, incompatibile con

il diritto comunitario.

- § La scelta dei potenziali contraenti con la procedura di cui al comma 7 bis determina un restringimento del mercato (le stazioni appaltanti potrebbero finire con l'invitare solo imprese di zona o di aree limitrofe...)
- § La scelta dei potenziali contraenti, poi, viene rimessa esclusivamente alla valutazione da parte delle stazioni appaltanti, con il rischio di un troppo elevato grado di discrezionalità.

Nel caso in esame, tuttavia, la natura dei lavori (la cui tipologia mi è stata indicata nel corso di un colloquio telefonico), l'intenzione della stazione appaltante di consultare un numero elevato di operatori economici, la scelta di aggiudicare la gara mediante il criterio del prezzo più basso, pongono dei limiti alla discrezionalità della stazione appaltante e garantiscono le imprese in ordine al pieno rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e concorrenza (sia pur ridotta) della procedura di gara.

Data di invio del parere scritto 28/01/2009



- RICHIESTA PARERE -

Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (2)

Giorno 26 Gennaio 2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Consorzio di Bonifica
Settore Tecnico-Amministrativo
Sede dell'Ufficio)
Tel Fax
Indirizzo e-mail

<p><u>Oggetto:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.122; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; </p>		
<p><u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Lavori <input type="checkbox"/> Servizi <input type="checkbox"/> Forniture <input type="checkbox"/> Misti</p> <p><u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria <input type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari <input type="checkbox"/> Settori speciali <input type="checkbox"/> Esclusi</p> <p><u>Procedura di affidamento:</u> <input type="checkbox"/> Aperta <input type="checkbox"/> Ristretta <input checked="" type="checkbox"/> Negoziata <input type="checkbox"/> Dialogo competitivo <input type="checkbox"/> Accordo quadro <input type="checkbox"/> Project financing <input type="checkbox"/> Mercato elettronico <input type="checkbox"/> Asta elettronica</p>	<p><u>Concessioni:</u> <input type="checkbox"/> Lavori <input type="checkbox"/> Servizi <input type="checkbox"/> Altro</p> <p><input type="checkbox"/> Con bando <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc. <input type="checkbox"/> Amm.^{ne} diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito <input type="checkbox"/> Svolgimento gara <input type="checkbox"/> Controlli in gara <input type="checkbox"/> Controlli post gara <input type="checkbox"/> Stipula del contratto <input type="checkbox"/> Esecuzione del contratto <input type="checkbox"/> Collaudo <input type="checkbox"/> Eventuale contenzioso <input type="checkbox"/> Altro.....</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u> <input type="checkbox"/> RUP <input type="checkbox"/> SOA <input type="checkbox"/> DURC <input type="checkbox"/> DUVRI <input type="checkbox"/> Offerta economicamente più vantaggiosa <input type="checkbox"/> Composizione commissione aggiudicatrice <input type="checkbox"/> Accesso ai documenti di gara <input type="checkbox"/> Incentivo progettazione <input type="checkbox"/> Altro.....</p>

Quesito*:

Come già anticipato telefonicamente il 23/01/2009, sono a chiedere come quesito generale, se è sempre possibile, come sembra dalla norma, applicare l'art.122 comma 7 bis per lavori d'importo inferiore a 500.000 euro.

Come quesito particolare Vi chiedo se, nel nostro caso, trattandosi di lavori di manutenzione dei corsi d'acqua che richiedono anche particolari attrezzature per il taglio della vegetazione in alveo (per esperienza abbiamo constatato che, nonostante il possesso della SOA nella categoria OG8, molte imprese sono sprovviste di tali macchine), possa trovare applicazione la suddetta norma
Grazie, cordiali 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

- | |
|---|
| - colloquio telefonico del
- risposta telefonica in data |
|---|

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le amministrazioni che li richiedono, tenuto conto che il comma 7 bis è stato aggiunto all'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 solo di recente e che di conseguenza non si è ancora formata dottrina sul punto, si risponde al quesito nei suddetti termini.

Il Decreto legge n. 162 del 23 Ottobre 2008, c.d. decreto legge anti-crisi (convertito nella Legge n. 201 del 22 Dicembre 2008), ha modificato l'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 introducendo il comma 7 bis.

Tale comma stabilisce che "i lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall'art. 57, comma 6; l'invito è

rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero”.

Alla domanda “se è sempre possibile, come sembra dalla norma, applicare l’art.122 comma 7 bis per lavori d’importo inferiore a 500.000 euro. Se, trattandosi di lavori di manutenzione dei corsi d’acqua che richiedono anche particolari attrezzature per il taglio della vegetazione in alveo (per esperienza abbiamo constatato che, nonostante il possesso della SOA nella categoria OG8, molte imprese sono sprovviste di tali macchine), possa trovare applicazione la suddetta norma” la risposta è sì.

Gli unici obblighi previsti dal legislatore per le stazioni appaltanti sono quelli di cui all’art. 57, comma 6 del D.lgs. 163 del 2006, ovvero:

- l’individuazione degli operatori economici sulla base di informazioni desunte dal mercato;
- la selezione degli operatori economici mediante invito a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
- il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Oltre a quanto stabilito dal predetto art. 57 comma 6, il comma 7 bis prevede ulteriori obblighi

per le stazioni appaltanti e precisamente:

- il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e di proporzionalità, la cui “ratio” è quella di evitare che le stazioni appaltanti utilizzino tale procedura per comprimere le dinamiche concorrenziali;
- la consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

Rispettate le condizioni di cui all’art. 122 comma 7 bis (in cui si richiama l’art. 57, comma 6) che sono state sinteticamente citate, la stazione appaltante può affidare i lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

Semmai la stazione appaltante potrebbe pubblicare sul profilo del committente un avviso indicando l’intenzione di effettuare lavori di manutenzione dei corsi d’acqua e dando un congruo termine alle imprese per manifestare il proprio interesse. Tale avviso non richiede forme di pubblicità ulteriori rispetto a quella della pubblicazione sul profilo del committente.

Si ricorda che l’esito delle procedure di appalto, ivi comprese quelle concernenti le procedure negoziate, come previsto dall’art. 10, comma 3, lett. c) della legge n. 38 del 2007, è soggetto a pubblicazione sulla pagina web dell’Osservatorio nel termine di 48 giorni dall’aggiudicazione (si veda in tal senso l’art. 65 del D.lgs. 163 del 2006).

Si riportano, per completezza, alcune brevi riflessioni sui c.d. “appalti negoziati fino a 500.000

euro” raccolte dai quotidiani:

- § E' evidente che permettere alle stazioni appaltanti di affidare l'esecuzione di lavori di importo tanto elevato mediante procedura negoziata comporta una indiscutibile lesione del diritto alla concorrenza e tale norma potrebbe essere ritenuta, a ragione, incompatibile con il diritto comunitario.
- § La scelta dei potenziali contraenti con la procedura di cui al comma 7 bis determina un restringimento del mercato (le stazioni appaltanti potrebbero finire con l'invitare solo imprese di zona o di aree limitrofe...)
- § La scelta dei potenziali contraenti, poi, viene rimessa esclusivamente alla valutazione da parte delle stazioni appaltanti, con il rischio di un troppo elevato grado di discrezionalità.

Nel caso in esame, tuttavia, la natura dei lavori, l'intenzione della stazione appaltante di predisporre un avviso da pubblicare sul profilo del committente al fine di individuare gli operatori economici, pongono dei limiti alla discrezionalità della stazione appaltante e garantiscono le imprese in ordine al pieno rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e concorrenza della procedura di gara.

Data di invio del parere scritto 28/01/2009



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

Direzione Generale
Organizzazione e Sistema
Informativo

- RICHIESTA PARERE -

Procedura negoziata senza bando tra 100 e 500 mila euro (3)

Giorno 16/02/2009

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: Comune

Settore: Ufficio Lavori Pubblici

Sede dell'Ufficio:

Tel. Fax.

Indirizzo e-mail uff.:

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

Quesito*:

Si riporta la e-mail del 16 Febbraio 2009 con la formulazione del quesito

“Nei prossimi mesi quest'ufficio tecnico comunale dovrà predisporre alcuni appalti di lavori pubblici (principalmente si tratta di lavori stradali cat. OG3 cl.I), che vanno da un importo minimo di EUR 35.000 ad un importo massimo di EUR 337.000,00, comunque tutti largamente sotto i 500.000 euro.

Nella valutazione della scelta del contraente pensavamo di avvalerci di quanto riportato all'art.122 comma 7-bis del D.Lgs.n. 163/06, introdotto dal D.L. n.162/2008 convertito in Legge n°201/2008, che ammette il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando (art.57 comma 6 D.Lgs.163/06) per lavori di importo complessivo compreso tra i 100.000 euro e i 500.000euro, purché vengano invitati almeno cinque soggetti idonei. Prima di procedere, volevo chiederLe conferma/consiglio in merito al nostro orientamento per la scelta del contraente.

Vorrei infine sapere quando (più o meno) sarà possibile trovare sul vs. sito dei modelli di bando e di lettere di invito nonché il prezzario regionale OO.PP.”

** 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 16/02/2009

Annotazioni

- | |
|--|
| - colloquio telefonico con
- colloquio telefonico odierno |
|--|

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono; considerati i colloqui telefonici intercorsi, nei quali era già stata data risposta al quesito, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Il Decreto legge n. 162 del 23 Ottobre 2008, c.d. decreto legge anti-crisi (convertito nella Legge n. 201 del 22 Dicembre 2008), ha modificato l'art. 122 del D.lgs. 163 del 2006 introducendo il com-

ma 7 bis. Tale comma stabilisce che “i lavori di importo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza e secondo la procedura prevista dall’art. 57, comma 6; l’invito è rivolto ad almeno cinque soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero”.

Gli unici obblighi previsti dal legislatore per le stazioni appaltanti sono quelli di cui all’art. 57, comma 6 del D.lgs. 163 del 2006, ovvero:

- l’individuazione degli operatori economici sulla base di informazioni desunte dal mercato;
- la selezione degli operatori economici mediante invito a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta;
- il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza e rotazione.

Oltre a quanto stabilito dal predetto art. 57 comma 6, il comma 7 bis prevede ulteriori obblighi per le stazioni appaltanti e precisamente:

- il rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e di proporzionalità, la cui “ratio” è quella di evitare che le stazioni appaltanti utilizzino tale procedura per comprimere le dinamiche concorrenziali;
- la consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono aspiranti idonei in tale numero.

Rispettate le condizioni di cui all’art. 122 comma 7 bis (in cui si richiama l’art. 57, comma 6) che sono state sinteticamente citate, la stazione appaltante può affidare i lavori mediante procedura negoziata senza pubblicazione del bando di gara.

Si riportano, per completezza, alcune brevi riflessioni sui c.d. “appalti negoziati fino a 500.000 euro” raccolte dai quotidiani:

- § E’ evidente che permettere alle stazioni appaltanti di affidare l’esecuzione di lavori di importo tanto elevato mediante procedura negoziata comporta una indiscutibile lesione del diritto alla concorrenza e tale norma potrebbe essere ritenuta, a ragione, incompatibile con il diritto comunitario.
- § La scelta dei potenziali contraenti con la procedura di cui al comma 7 bis determina un restringimento del mercato (le stazioni appaltanti potrebbero finire con l’invitare solo imprese di zona o di aree limitrofe...).
- § La scelta dei potenziali contraenti, poi, viene rimessa esclusivamente alla valutazione da parte delle stazioni appaltanti, con il rischio di un troppo elevato grado di discrezionalità.

Per ora sul sito dell’Osservatorio non sono reperibili modelli di bandi di gara, lettere di invito, ecc. Il prezzario regionale sulle Opere Pubbliche non c’è ancora.

In attesa della sua adozione le Stazioni appaltanti possono utilizzare, come riferimento, il Prezzario predisposto dal Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti -Provveditorato Interregionale alle Opere Pubbliche per la Toscana e l'Umbria redatto con la collaborazione di Bollettino degli Ingegneri, organo ufficiale del Collegio degli Ingegneri della Toscana.

Data di invio del parere scritto 26/02/2009



- RICHIESTA PARERE -

Requisiti di qualificazione, attestazione SOA:obblighi della stazione appaltante

29 Giugno 2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza Consorzio di Bonifica
Settore Tecnico-Amministrativo
Sede dell'Ufficio
Tel Fax
Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

Nel caso di appalto misto di lavori e servizi d'importo complessivo inferiore a €500.000 con la netta prevalenza dei lavori (€400.000 di lavori e €50.000 di servizi), si può applicare la procedura prevista dall'art.122 c.7 bis del D.Lgs 163/2006?

Inoltre, per quanto riguarda la qualificazione dei concorrenti, i requisiti previsti dall'art.41 c.1 del D.Lgs 163/2006, devono essere richiesti anche in questo caso pur dovendo i concorrenti avere l'attestazione SOA che garantisce sull'affidabilità economico-finanziaria dell'impresa? E nel medesimo caso se però l'importo dei lavori fosse inferiore a €150.000, i requisiti previsti dall'art.41 c.1 del D.Lgs 163/2006, devono essere richiesti o è sufficiente la documentazione prevista dall'art.28 del DPR 34/2000? In definitiva si chiede, nel caso di appalti misti di lavori e servizi e nel rispetto dell'art.15 e degli artt.39,40,41 e 42 del D.lgs 163/2006, come possa essere richiesto al concorrente di dichiarare e/o esibire il possesso dei requisiti previsti dai suddetti articoli evitando inutili ripetizioni o ridondanze.Grazie

** 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 30/06/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico del _____ con anticipo della risposta ai quesiti

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda " Nel caso di appalto misto di lavori e servizi d'importo complessivo inferiore a € 500.000 con la netta prevalenza dei lavori (€400.000 di lavori e €50.000 di servizi), si può applicare la procedura prevista dall'art.122 c.7 bis del D.Lgs 163/2006?" la risposta è sì. Ai contratti misti, disciplinati dagli artt. 14 e 15 del D.lgs. 163 del 2006, si applica la disciplina della tipologia di contratto di appalto (di lavori, forniture e servizi) ritenuto prevalente. Nel vs. caso, quindi, trattandosi di un contratto misto qualificabile come appalto di lavori può trovare applicazione l'art. 122 comma 7 bis del D.lgs. 163 del 2006. Semmai, stante il fatto che si tratta di

una procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, sarebbe opportuno che la stazione appaltante motivasse adeguatamente il ricorso a tale procedura di gara. Alla domanda “per quanto riguarda la qualificazione dei concorrenti, i requisiti previsti dall’art.41 c.1 del D.Lgs 163/2006, devono essere richiesti anche in questo caso pur dovendo i concorrenti avere l’attestazione SOA che garantisce sull’affidabilità economico-finanziaria dell’impresa?” La risposta è che i requisiti di cui all’art. 41 comma 1 del D.lgs. 163 del 2006 essendo requisiti attinenti alla capacità economico finanziaria delle imprese ricompresi nella attestazione SOA non devono essere richiesti. Alla domanda “E nel medesimo caso se però l’importo dei lavori fosse inferiore a €150.000, i requisiti previsti dall’art.41 c.1 del D.Lgs 163/2006, devono essere richiesti o è sufficiente la documentazione prevista dall’art.28 del DPR 34/2000?” la risposta è che la stazione appaltante deve attenersi a quanto stabilito dalla normativa in materia. Il D.lgs. 163 del 2006 all’art. 40 comma 8 chiarisce che è il regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici a stabilire quali requisiti economico finanziari e tecnico organizzativi devono possedere le imprese per essere affidatarie di lavori pubblici di importo fino a 150.000 euro. In attesa, quindi, dell’emanazione di detto regolamento, trova applicazione solo l’art. 28 del D.p.r. 34 del 2000. In ordine, poi, alle perplessità sul punto sollevate durante la conversazione telefonica, non posso che ritenerle condivisibili stante anche il fatto che la Direttiva 2004/18/CE nel richiedere all’art. 47 una serie di requisiti per l’accertamento della capacità economica e finanziaria dell’impresa, non distingueva minimamente tra lavori, forniture e servizi. Come chiarito dalla dottrina le c.d. “referenze” di cui al predetto art. 47 si riferivano, in modo indistinto anche agli appalti di lavori. Il nostro legislatore nazionale ha però rinviato al regolamento di attuazione del codice sui contratti pubblici l’indicazione dei requisiti di carattere tecnico organizzativo ed economico finanziario per le imprese affidatarie di lavori pubblici di importo fino a 150.000 euro. Alla domanda “In definitiva si chiede, nel caso di appalti misti di lavori e servizi e nel rispetto dell’art.15 e degli artt.39,40,41 e 42 del D.lgs 163/2006, come possa essere richiesto al concorrente di dichiarare e/o esibire il possesso dei requisiti previsti dai suddetti articoli evitando inutili ripetizioni o ridondanze” si risponde chiarendo come la stazione appaltante debba evitare di richiedere più volte i requisiti all’impresa, ma sia tenuta a richiedere tutti i requisiti di qualificazione e capacità prescritti dal codice dei contratti pubblici per ciascuna prestazione di lavori e servizi. All’uopo si richiama l’art. 15 del D.lgs. 163 del 2006. Si allega la Direttiva 2004/18/CE

Data di invio del parere scritto 10/07/2009



- RICHIESTA PARERE -
Requisiti di qualificazione in classifica OG1

...../...../ 2009

Soggetto richiedente:.....
Ente di appartenenza: Comune.....
Settore: Ufficio Tecnico.....
Sede dell'Ufficio.....
Tel.....Fax.....
Indirizzo e-mail.....

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

Quesito*:

Salve, abbiamo in pubblicazione un bando di gara per lavori di realizzazione di parcheggio di importo pari ad €613.581,59 - di cui €39.175,47 costituenti oneri per la sicurezza, dunque OG1 di III.

Possono partecipare senza problemi anche ditte con OG1 di II visto l'incremento previsto dal comma 2 dell'art. 3 del DPR 34/2000 ?

Inoltre può partecipare un'ATI costituita da due ditte entrambe con OG1 di I ?

** 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 22/12/2009...

Annotazioni

risposta telefonica ad entrambi i quesiti del 2008;
risposta telefonica del 2008 (a conferma della precedente)

Parere

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

In relazione al primo quesito, ovvero "se possono partecipare senza problemi alla gara anche ditte con OG 1 di II, visto l'incremento previsto dal comma 2 dell'art. 3 del DPR 34 del 2000" la risposta è che **possono partecipare alla gara imprese con OG1 in seconda classifica.**

L'art. 3, comma 2 del D.p.r. 34 del 2000 stabilisce espressamente 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". Essendo l'importo a base di gara pari a euro 613.581,59 è ben possibile che partecipino alla gara imprese con OG 1 in seconda classifica in quanto l'importo previsto per la seconda classifica (fino a euro 516.457) incrementato del quinto è pari ad euro 619.748,4 (importo superiore rispetto a quello posto a base di gara).

In relazione al secondo quesito, ovvero "se può partecipare un'ATI costituita da due ditte

entrambe con OG 1 di I” la risposta è che **può partecipare alla gara un’ATI orizzontale tra due imprese con OG 1 di prima classifica.**

L’art. 3, comma 2 stabilisce che “nel caso di imprese raggruppate o consorziate la medesima disposizione (l’incremento del quinto) si applica con riferimento a ciascuna impresa raggruppata o consorziata, a condizione che essa sia qualificata per una classifica pari ad almeno un quinto dei lavori a base di gara”. Nel vs. caso, quindi, ciascuna impresa raggruppata per beneficiare dell’incremento del quinto deve essere qualificata per una classifica pari ad almeno 122.716,318 euro (un quinto di euro 613.581,59). Considerato che le due imprese costituenti l’ATI, avendo entrambe l’OG1 di prima classifica, soddisfano ampiamente la condizione di cui sopra, possono beneficiare dell’incremento del quinto. Tenuto conto dell’importo della prima classifica (fino a euro 258.228) e dell’incremento del quinto, ciascuna impresa costituente l’ATI raggiunge singolarmente l’importo di euro 309.873,6. Sommato detto importo con analogo importo dell’altra impresa costituente l’ATI si raggiunge l’importo di euro 619.747,2, superiore quindi all’importo posto a base di gara.

Data di invio del parere scritto 16 gennaio 2009



- RICHIESTA PARERE -
Subappalto categorie superspecialistiche

.../...../ 200

Soggetto richiedente: Ente di appartenenza: Comune
Settore.....
Sede dell'Ufficio.....
Tel .
Fax
Indirizzo e-mail.....

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

Quesito*:

Si richiedono vostre delucidazioni circa il disposto dell'art. 37 comma 11 del D.Lgs. n. 163/2006, come da ultimo modificato dal D.Lgs. 152/2008 ed in particolare se le categorie specializzate a qualificazione obbligatoria indicate nel bando di gara in quanto superiori al 15% dell'ammontare dell'appalto, siano, alla luce delle modifiche apportate, subappaltabili ed eventualmente in che misura, stante il richiamo della norma ai limiti di cui all'art. 118 comma 2 terzo periodo del medesimo Decreto.

** 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 28/05/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico del con risposta al quesito

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Il D.lgs. 152 del 2008 (il c.d. terzo correttivo al Codice dei contratti pubblici) ha modificato l'art. 37 comma 11 del D.lgs. 163 del 2006 stabilendo che "qualora nell'oggetto dell'appalto o della concessione di lavori rientrino, oltre ai lavori prevalenti, opere per le quali sono necessari lavori o componenti di notevole contenuto tecnologico o di rilevante complessità tecnica, quali strutture, impianti o opere speciali, e qualora una o più di tali opere superi il 15% dell'importo totale dei lavori, se i soggetti affidatari non siano in grado di realizzare le predette componenti, possono utilizzare il subappalto con i limiti dettati dall'art. 118, comma 2 terzo periodo".

Alla domanda "in che misura le categorie specializzate a qualificazione obbligatoria, indicate nel bando di gara in quanto superiori al 15% dell'ammontare dell'appalto, siano subappaltabili, la risposta è che il subappalto è possibile nei limiti del 30%, stante il richiamo del legislatore all'art. 118, comma 2 terzo periodo del codice che prevede tale limite al subappalto per la categoria prevalente.

E' venuto quindi meno il divieto di subappalto delle opere super specializzate con incidenza superiore al 15% dell'importo dei lavori. Tali opere possono essere subappaltate fino al limite del 30% dell'importo complessivo del contratto.

Come comprovato dalla Relazione governativa di accompagnamento al decreto legislativo 152 del 2008 -nella quale si dice espressamente che "la modifica dell'art. 37 comma 11 introduce la possibilità di subappaltare le categorie superspecialistiche fino ad un limite del 30%, in analogia alla categoria prevalente"- il limite del 30% al subappalto va calcolato in riferimento alla categoria specialistica stessa.

Come da richiesta telefonica del 2009 si allegano primi commenti relativi alla modifica dell'art. 37 comma 11 da parte del terzo decreto correttivo al codice sui contratti pubblici.

Data di invio del parere scritto 10/06/2009



- RICHIESTA PARERE -

Valutazione discrezionale dei reati commessi dall'aggiudicatario provvisorio

19/05/2009

Soggetto richiedente

Ente di appartenenza COMUNE

Settore PROGRAMMAZIONE PIANIFICAZIONE E GOVERNO DEL TERRITORIO

Sede dell'Ufficio

Tel Fax

Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

La ditta è risultata aggiudicataria provvisoria dei lavori di sostituzione della copertura in cemento amianto presso la scuola elementare .

In fase di verifica dei requisiti e richiesta del certificato del casellario giudiziale del legale rappresentante sono risultati a suo carico una serie di reati. Reati risultati dal certificato del casellario giudiziale:

- § Decreto penale di condanna, divenuto esecutivo in data 08/07/1996, per la violazione delle norme sulla prevenzione degli infortuni (art. 16 del D.p.r. n. 164 del 1956);
- § Sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, divenuta irrevocabile il 12/11/2002, per violazione delle norme di attuazione delle direttive 91/156/CEE sui rifiuti, 91/689/CE sui rifiuti pericolosi e 94/62/CE sugli imballaggi e sui rifiuti di imballaggio (art. 51 del D.lgs. n. 22 del 1997);
- § Sentenza di applicazione della pena su richiesta delle parti, divenuta irrevocabile il 26/04/2007, per il reato di rissa (art. 588, comma 2 del codice penale);
- § Decreto penale di condanna, divenuto esecutivo il 13/06/2008, per la violazione delle norme contenute nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero (art. 22 del D.lgs. 286 del 1998). Conono ai sensi della legge n. 241 del 2006;
- § Decreto penale di condanna, divenuto esecutivo il 19/05/2008, per la violazione delle direttive in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ai rischi chimici, fisici e biologici durante il lavoro (art. 34 del D.lgs. 277 del 1991).

Si precisa che la ditta aveva dichiarato, con autocertificazione, che non sussisteva alcuna causa di esclusione dalla partecipazione alle gare di cui all'art. 38 lett. a), b), c), d), e), f), g), h), i), m) e m bis) del D.lgs. 163 del 2006. Con la presente sono a chiedere con **URGENZA** (trattandosi di intervento da eseguire nel periodo di chiusura delle scuole) se con i reati commessi si possa procedere all'aggiudicazione definitiva dell'appalto e successiva stipula del contratto. In attesa 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 19/05/2009

Annotazioni

- | | |
|----------------------------|--------------------------|
| - colloquio telefonico del | |
| - colloquio telefonico del | con risposta al quesito; |
| - colloquio telefonico del | |
| - colloquio telefonico del | |

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda “se, in base ai reati commessi dal legale rappresentante della società e risultanti dal casellario giudiziale, la stazione appaltante possa procedere all’aggiudicazione definitiva dell’appalto e successiva stipula del contratto” la risposta non può che essere che la decisione se procedere o meno all’aggiudicazione definitiva e alla successiva stipula del contratto è rimessa alla valutazione discrezionale della stazione appaltante. Tenuto conto che:

- § l’amministrazione, correttamente, prima di procedere alla aggiudicazione definitiva ha controllato il possesso dei requisiti richiesti da parte dell’impresa risultata provvisoriamente aggiudicataria;
- § **l’art. 38 del D.lgs. 163 del 2006**, in cui sono riportati i requisiti di ordine generale che deve possedere l’impresa per partecipare alla gare, **al comma 1 lett. c)** chiarisce come non possano partecipare a gare ed essere affidatarie di appalti di lavori forniture e servizi “le imprese nei cui confronti è stata pronunciata sentenza di condanna passata in giudicato, o emesso decreto penale di condanna divenuto irrevocabile, oppure sentenza di applicazione della pena su richiesta, ai sensi dell’art. 444 del codice di procedura penale, **per reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale**; è comunque causa di esclusione la condanna, con sentenza passata in giudicato, per uno o più reati di partecipazione a un’organizzazione criminale, corruzione, frode, riciclaggio, quali definiti dagli atti comunitari citati all’art. 45, paragrafo 1, direttiva Ce 2004/18; l’esclusione e il divieto operano se la sentenza o il decreto sono stati emessi nei confronti: del titolare o del direttore tecnico se si tratta di impresa individuale; del socio o del direttore tecnico, se si tratta di società in nome collettivo; dei soci accomandatari o del direttore tecnico se si tratta di società in accomandita semplice; degli amministratori muniti di potere di rappresentanza o del direttore tecnico se si tratta di altro tipo di società o consorzio. In ogni caso l’esclusione e il divieto operano anche nei confronti dei soggetti

cessati dalla carica nel triennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara, qualora l'impresa non dimostri di aver adottato atti o misure di completa dissociazione della condotta penalmente sanzionata; resta salva in ogni caso l'applicazione dell'art. 178 del codice penale e dell'art. 445, comma 2 del codice di procedura penale;

§ **l'art. 38 al comma 1, lett. e)** chiarisce, poi, come non possano partecipare a gare ed essere affidatarie di appalti di lavori forniture e servizi “le imprese che hanno commesso **gravi infrazioni** debitamente accertate alle norme **in materia di sicurezza e a ogni altro obbligo derivante dai rapporti di lavoro, risultanti dai dati in possesso dell'Osservatorio (ovvero l'Autorità di Vigilanza).**

In merito all'ipotesi di esclusione/non aggiudicazione della gara ai sensi della **lett.e) comma 1 dell'art. 38**, ne va sottolineata la maggiore ampiezza rispetto alla previsione di cui alla lett. c) del medesimo articolo.

L'Autorità di Vigilanza, con Determinazione n. 16/23 del 2001, ha chiarito come dal testo della norma sembra potersi rilevare che sia necessario, al fine della configurazione dell'ipotesi esaminata, un definitivo accertamento, di tipo giurisdizionale o amministrativo, in ordine alla commissione dell'infrazione; e che sussistano elementi che inducano a ritenere “grave” la violazione medesima.

Nel vostro caso, però, come appreso dal colloquio telefonico del 21/05/2009, dai dati in possesso dell'Osservatorio non risultano infrazioni a carico della società e pertanto non può trovare applicazione la lett. e) comma 1 dell'art. 38.

Si precisa come nel caso in esame la stazione appaltante non sia obbligata a non aggiudicare la gara all'impresa de quo in quanto non siamo in una delle ipotesi contemplate dall'art. 88, comma 1, lett. c) secondo capoverso (si pensi ad esempio, ai reati di riciclaggio, frode, corruzione, ecc) per le quali nessun potere discrezionale residua all'amministrazione.

Diversamente, nel caso prospettato, il legale rappresentante della società risultata provvisoriamente aggiudicataria ha commesso reati che, secondo una valutazione rimessa esclusivamente alla discrezionalità della stazione appaltante, potrebbero incidere sulla moralità professionale.

L'art. 38 al comma 1, lett. c) al primo capoverso prevede la possibilità dell'esclusione dalla gara/non aggiudicazione in caso di imprese nei cui confronti sia stata pronunciata sentenza definitiva per “reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale”.

Su cosa debba intendersi per reati che incidono sulla moralità professionale si è espressa **l'Autorità di Vigilanza con determinazione n. 16/23 del 2001** che, per quanto precedente

all'entrata in vigore del presente codice, ben può essere presa come punto di riferimento stante il fatto che l'art. 38 del codice ha sostanzialmente ricopiato, per quanto riguarda i requisiti di partecipazione alle gare, la normativa precedente. In tale determinazione l'Autorità di Vigilanza ha sottolineato come sia particolarmente complessa l'individuazione dei reati che possono essere considerati incidenti sull'affidabilità morale e professionale dell'imprenditore.

Viene richiamata la precedente determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 56 del 2000 che, conformemente alle indicazioni di cui alla circolare del Ministero dei lavori pubblici del 1° marzo 2000, n. 182/40093, ha ritenuto che influiscono sull'affidabilità morale e professionale del contraente i reati contro la pubblica amministrazione, l'ordine pubblico, la fede pubblica, il patrimonio e, comunque, quelli relativi a fatti la cui natura e contenuto sono idonei ad incidere negativamente sul rapporto fiduciario con la stazione appaltante per la inerenza alla natura delle specifiche obbligazioni dedotte in contratto. Con Determina n. 16/23 l'Autorità di Vigilanza ha affermato che "la mancanza (nell'art. 38 comma 1 lett. c) reati gravi in danno dello Stato o della Comunità che incidono sulla moralità professionale) di parametri fissi e predeterminati e la genericità della prescrizione normativa lascia un **ampio spazio di valutazione discrezionale per la stazione appaltante** che consente alla stessa margini di flessibilità operativa al fine di un equo apprezzamento delle singole fattispecie, con considerazione di tutti gli elementi delle stesse che possono incidere sulla fiducia contrattuale quali, ad esempio:

- l'elemento psicologico;
- la gravità del fatto;
- il tempo trascorso dalla condanna;
- le eventuali recidive".

Occorre sottolineare, comunque, come tale **discrezionalità** risulta, tuttavia, **limitata dalla previsione** della norma secondo cui è fatta salva, in ogni caso, l'applicazione degli artt. 178 del codice penale e 445 comma 2 del codice di procedura penale, riguardanti, rispettivamente, la riabilitazione e l'estinzione del reato per decorso del tempo nel caso di applicazione della pena patteggiata.

L'art. 178 del codice penale stabilisce che la riabilitazione estingue le pene accessorie e ogni altro effetto penale della condanna mentre l'art. 445 comma 2 del codice di procedura penale (attinente agli effetti dell'applicazione della pena su richiesta delle parti) dispone che il reato è estinto se nel termine di 5 anni, quando la sentenza concerne un delitto, e di 2 anni quando concerne una contravvenzione, l'imputato non commette un delitto ovvero una contravvenzione della stessa indole. In questo caso si estingue ogni effetto penale... Quindi, una volta pronunciata dal tribunale di sorveglianza la riabilitazione del condannato, derivandone l'estinzione del reato e

delle pene accessorie ed ogni altro effetto penale della condanna, ovvero riconosciuto dal tribunale estinto il reato per il decorso del termine di cinque o due anni - a seconda che si tratti di delitto o contravvenzione - di cui al 2° comma dell'art. 445 del codice di procedura penale, alla stazione appaltante resta preclusa la possibilità di valutare negativamente, ai fini dell'ammissione alla specifica gara o all'aggiudicazione, i fatti di cui alla inflitta sentenza di condanna.

Nel caso in esame per ben due reati contravvenzionali non è sicuramente intervenuta estinzione, non essendo decorsi due anni dal momento in cui il provvedimento di condanna è divenuto definitivo, né riabilitazione (possibile solo decorsi 5 anni da quando la pena principale sia stata eseguita o si sia in altro modo estinta...). Il fatto che un reato sia stato condonato ai sensi della legge n. 241 del 2006 è irrilevante. L'indulto (condono) ai sensi dell'art. 174 del c.p. condona in tutto o in parte la pena inflitta, non estingue le pene accessorie né gli altri effetti penali della condanna. La stazione appaltante può, pertanto, valutare se il reato di violazione delle norme contenute nel Testo unico delle disposizioni concernenti la disciplina dell'immigrazione e norme sulla condizione dello straniero e il reato di violazione delle direttive in materia di protezione dei lavoratori contro i rischi derivanti da esposizione ai rischi chimici, fisici e biologici durante il lavoro incidono sulla moralità professionale come stabilito all'art. 38 comma 1 lett. c). In conclusione:

E' rimessa alla singola stazione appaltante la scelta discrezionale in ordine alla non aggiudicazione dell'appalto all'impresa il cui legale rappresentante abbia commesso i reati definitivamente accertati da Voi indicati, reati che potrebbero incidere sulla moralità professionale e, conseguentemente, compromettere la necessaria fiducia contrattuale.

Vi ricordo, altresì, che nel caso in cui la stazione appaltante appuri che l'impresa ha reso false dichiarazioni in merito al possesso dei requisiti richiesti, è tenuta ad effettuare la relativa segnalazione, oltre che alla Procura della Repubblica, **all'Autorità di Vigilanza.**

Per l'invio delle segnalazioni all'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici occorre mandare un fax all'Autorità compilando il modulo allegato A alla Determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 1 del 2005.

Documentazione allegata:

- Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 16/23 del 2001 sui requisiti per la partecipazione alle gare di appalto e di concessione di lavori pubblici;
- Determina dell'Autorità di Vigilanza n. 56 del 2000;
- Determinazione dell'Autorità di Vigilanza n. 1 del 2005 e allegati A e B;

Data di invio del parere scritto 25/05/2009



- RICHIESTA PARERE -
Verifica di conformità certificato di esecuzione lavori

10/11/2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza: *Omissis* S.p.a.
Settore Area Tecnica
Sede dell'Ufficio
Tel Fax
Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; X Decreto 21 dicembre 2007 n° 272 art. 4		
<u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale contenzioso X Certificato esecuzione lavori
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione X Procedura per la verifica dei certificati dei lavori pubblici

Quesito*:

Ai sensi dell'art.4 del Decreto 21 dicembre 2007 n° 272 per verifica e attestazione della «veridicità dei seguenti dati : 1) data del contratto di appalto; 2) oggetto del contratto di appalto [...] etc. » si intende la verifica di conformità del certificato esecuzione lavori rispetto all'originale conservato negli archivi della Stazione Appaltante?

* 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 12/11/2009

Annotazioni

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono; si risponde al quesito nei suddetti termini:

Alla domanda " se per verifica della veridicità dei dati di cui all'art. 4 del D.M. n. 272 del 2007 si intende la verifica di conformità del certificato di esecuzione lavori rispetto all'originale conservato negli archivi della Stazione Appaltante" la risposta è sì. **La stazione appaltante deve controllare quanto ha agli atti in relazione allo specifico appalto.**

Il Decreto Ministeriale n. 272 del 21 dicembre 2007, pubblicato nella Gazzetta ufficiale n. 35 del 2008, dà attuazione alla previsione di cui all'art. 253 comma 21 del D.lgs. n. 163 del 2006 che stabilisce " In relazione alle attestazioni rilasciate dalle SOA dal 1° marzo 2000 alla data di entrata in vigore del codice, con decreto del Ministro delle infrastrutture sentita l'Autorità, emanato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, sono stabiliti i criteri, le modalità e le procedure per la verifica dei certificati dei lavori pubblici e delle fatture utilizzati ai fini del rilascio delle attestazioni SOA...".

La Circolare del Ministero delle Infrastrutture n. 2169 del 2008 ha fornito chiarimenti in ordine a detta verifica straordinaria limitandosi, però, all'analisi dell'art. 2 rubricato "Adempimenti a

carico delle SOA”.

La previsione di adempimenti a carico delle stazioni appaltanti -come previsto all’art. 4 comma 1 lettera a) dal punto 1) al punto 8)- e precisamente la verifica e attestazione della veridicità di una serie di dati (data del contratto di appalto, oggetto del contratto con riferimento alle categorie, denominazione e composizione del soggetto aggiudicatario, inizio e ultimazione dei lavori, ecc.)nasce dalla volontà di verificare, come previsto dall’art. 1 del suddetto decreto, la veridicità degli atti (certificati di lavori pubblici e fatture) che le imprese hanno utilizzato per il conseguimento delle attestazioni rilasciate dalle SOA.

Si tratta, in conclusione, di un controllo sull’operato delle SOA che comporta adempimenti a carico di altri soggetti (amministrazioni aggiudicatrici e provveditorati regionali e interregionali per le opere pubbliche).

Data di invio del parere scritto 24/11/2009



- RICHIESTA PARERE -
Verifica requisiti per affidamento in house

10/11/2009

Soggetto richiedente....
Ente di appartenenza ...COMUNE
Settore...SERVIZIO AFFARI GENERALI
Sede dell'Ufficio...
Tel... Fax...
Indirizzo e-mail...

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

Quesito*:

Il Comune di _____ ha disposto, con apposita deliberazione consiliare, l'affidamento *in house* alla soc. _____ S.p.A. (Società a prevalente capitale pubblico di cui il Comune di _____ è socio azionista) la realizzazione e la gestione di un impianto di teleriscaldamento a biomasse (costo complessivo di euro 286.634,00). Dovendo provvedere alla stipula della convenzione chiedo se occorra procedere alla verifica dei requisiti generali ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 (quindi casellario giudiz., carichi pendenti, DURC, regolarità fiscale, cert. Antimafia), dei requisiti di capacità tecnica previsti dall'art. 48 dello stesso D.Lgs. 163/2006, nonché alle verifiche di cui agli art. 16 e 17 della L.R. 38/2007.

** 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 10/11/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico con _____ in data _____ ;
 - ulteriori contatti telefonici con _____ ;
 - colloquio telefonico del _____ con anticipo risposta scritta

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, si risponde al quesito nei suddetti termini:

Visto che il Codice sui contratti pubblici all'art. 38 indica i requisiti di ordine generale che devono possedere le imprese per la partecipazione alle procedure di affidamento delle concessioni e degli appalti di lavori, servizi e forniture e che all'art. 48 è disposto il controllo da parte delle stazioni appaltanti del possesso dei requisiti tecnico organizzativi ed economico finanziari da parte delle imprese; considerato che la legge regionale n. 38 del 2007 all'art. 16 prevede che la stazione appaltante verifichi l'idoneità tecnico professionale di cui all'originario art. 7 comma 1 lett. a) del D.lgs. n. 626 del 1994 e all'art. 17 che la stazione appaltante verifichi la regolarità contributiva e assicurativa dell'impresa; alla domanda "se occorra procedere alla verifica dei requisiti generali ex art. 38 D.Lgs. 163/2006 (quindi casellario giudiz., carichi pendenti, DURC, regolarità fiscale,

cert. Antimafia), dei requisiti di capacità tecnica previsti dall'art. 48 dello stesso D.Lgs. 163/2006, nonché alle verifiche di cui agli art. 16 e 17 della L.R. 38/2007 nei confronti della Soc. ..omissis.. S.p.A a seguito di “*affidamento in house*” **la risposta è che, essendo i controlli ex artt. 38 e 48 del D.lgs. n. 163 del 2006 ed ex artt. 16 e 17 della legge regionale n. 38 del 2007 previsti per permettere alla stazione appaltante il controllo sull'impresa, non sembrano necessari nel caso di “affidamento in house”.**

Come chiarito dalla giurisprudenza (in tal senso, ex multis, Consiglio di Stato n. 1514 del 2007, n. 5781 del 2008, n. 591 del 2009) nell'affidamento in house il soggetto affidatario è una sorta di “longa manus” dell'amministrazione, non può ritenersi terzo rispetto all'amministrazione controllante, ma deve considerarsi uno dei servizi propri dell'amministrazione.

La società in house agisce come un vero e proprio organo dell'amministrazione “dal punto di vista sostanziale” (in ragione del controllo analogo a quello esercitato dall'amministrazione sui propri servizi e della destinazione prevalente dell'attività dell'ente in house in favore dell'amministrazione stessa).

Data di invio del parere scritto 22/12/2009



- RICHIESTA PARERE -

Vicende giudiziarie del vincitore e aggiudicazione definitiva

13/12/2009

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza: Comune
Settore: Tecnico Manutentivo
Sede dell'Ufficio:
Tel: Fax:
Indirizzo e-mail:

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

Quesito*:

Il legale rappresentante di una impresa risultata aggiudicataria di una gara di appalto, indetta da questo ente, dopo lo svolgimento delle procedure di gara, ma prima che l'aggiudicazione divenisse definitiva, ossia nella fase di verifica dei requisiti, veniva coinvolto in una vicenda relativa ad appalti illeciti e in qualità di indagato era sottoposto agli arresti domiciliari. Questa stazione appaltante procedendo alla verifica dei requisiti da questi autodichiarati in sede di gara, richiedeva il casellario giudiziale ed il certificato dei carichi pendenti del medesimo e consultava la annotazioni sul casellario informatico dell'Autorità; da tale documentazione non risultava, in riferimento alla data dell'autodichiarazione, alcuna pendenza a carico dello stesso soggetto. In seguito, dal certificato camerale, si rilevava che, in data successiva a quella dell'autodichiarazione e prima dell'aggiudicazione definitiva, la rappresentanza legale della suddetta impresa veniva assunta da un altro soggetto i cui requisiti erano già stati verificati in quanto direttore tecnico dell'impresa. Pertanto, non sussistendo in base alla documentazione pervenuta, alcun impedimento si provvedeva alla aggiudicazione definitiva in favore della suddetta impresa in data 09.09.2009. In data odierna ed in pendenza di stipula del contratto di appalto, si veniva a sapere che era stata irrogata nei confronti della impresa in questione una misura interdittiva della capacità a contrattare con la P.A., comminata in data 29.07.2009 e ad oggi revocata. Si chiede se la sussistenza di questa misura interdittiva transitoria possa incidere sulla legittimità della aggiudicazione definitiva.

** 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 13/11/2009

Annotazioni

- colloquio telefonico con la del con richiesta da parte dell'Ufficio scrivente di precisazione del contenuto del quesito in ordine alla sanzione interdittiva genericamente richiamata;

- colloquio telefonico con la del a seguito di controllo da parte del Comune in ordine alla procedura penale pendente a carico dell'impresa risultata aggiudicataria in via definitiva.

Parere

Premesso che i pareri forniti da questo Ufficio non sono né obbligatori nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che li richiedono, tenuto conto di quanto appreso dal colloquio telefonico con del , si risponde al quesito nei suddetti termini:

Visto che, contrariamente al tenore del quesito formulato, non risulta essere stata applicata all'impresa aggiudicataria alcuna sanzione interdittiva cautelare del divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, viene meno qualsivoglia dubbio in ordine alla stipula da parte della stazione appaltante del relativo contratto.

L'art. 38 del D.lgs. 163 del 2006, che al comma 1 lettera m) esclude la possibilità di stipulare contratti con soggetti nei cui confronti sia stata applicata la sanzione interdittiva di cui all'art. 9, comma 2, lett. c) del D.lgs. n. 231 del 2001 o altra sanzione che comporta il divieto di contrarre con la pubblica amministrazione, non può per ovvi motivi trovare applicazione.

La mera richiesta di sanzione interdittiva avanzata dal pubblico ministero (come appreso dal colloquio telefonico) non ha alcuna rilevanza giuridica ove non venga accolta dal giudice. E' il giudice che, ove accolga la richiesta del pubblico ministero, decide sull'ampiezza e la durata della sanzione interdittiva.

Si fa presente come, invece, nel caso di reale sussistenza della sanzione interdittiva di natura cautelare di cui sopra, ci fossero- ad avviso di questo Ufficio, tenuto conto del dettato normativo (ovvero del D.lgs. n. 231 del 2001 e in particolare degli artt. 9 e 45 e dell'art. 38 del Codice dei contratti) e della giurisprudenza in materia- non pochi dubbi sulla legittimità da parte della stazione appaltante nello stipulare il relativo contratto.

Data di invio del parere scritto 20/11/2009