

**REGIONE**



**TOSCANA**



## **RISPOSTE A QUESITI IN MATERIA DI LAVORI PUBBLICI**

**ANNO 2013**

## **Risposte a Quesiti relativi a lavori pubblici**

**Anno 2013**

Regione Toscana Giunta Regionale  
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti



Ulteriore documentazione  
È reperibile all'indirizzo internet  
[www.e.toscana.it/e-toscana/it/appalti.wp](http://www.e.toscana.it/e-toscana/it/appalti.wp)

Giunta Regionale  
Regione Toscana

2014

## **INDICE RISPOSTE A QUESITI**

Manutenzione e Concessione locali a ONLUS	pag. 5
Categorie di Qualificazione	pag. 11
Controllo dei requisiti per le micro e le PMI	pag. 17
False dichiarazioni ai fini SOA in appalto inf a 150 mila	pag. 25
False fatturazioni dell'appaltatore verso terzi	pag. 27
Forma atto di sottomissione per varianti	pag. 35
Problematiche generali relative alla Procedura negoziata senza bando	pag. 40
Procedura negoziata senza bando per lavori d'importo inferiore a 500 mila euro	pag. 48
Richiesta di Subappalto ad impresa dello stesso raggruppamento	pag. 52
Richiesta di partecipazione a Procedura negoziata di operatore economico non invitato	pag. 58
Valutazione offerte anomale e riparametrazione con criterio OEPV	pag. 61
Partecipazione consorzio a procedura negoziata	pag. 66



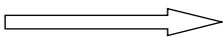


## QUESITO

### Manutenzione e Concessione locali a ONLUS

Data invio 22/10/2013

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

<u>Oggetto:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art...125.; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; <input checked="" type="checkbox"/> T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; <input checked="" type="checkbox"/> L 266/91 (legge quadro volontariato) e LRT 28/93		
<u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Lavori (di manutenzione) Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità <input checked="" type="checkbox"/> <b>Altro lavori di manutenzione svolti da volontari</b>
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  Con bando Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta		

### **Quesito\***

Il nostro comune intende assegnare (in locazione, comodato oneroso o altra forma contrattuale da valutare) immobili di proprietà ad associazioni di volontariato del territorio, regolarmente iscritte nel registro regionale delle ONLUS, per lo svolgimento delle proprie finalità statutarie.

Gli immobili individuati necessitano però di interventi di manutenzione ordinaria e straordinaria e di messa in sicurezza.

Le associazioni si sarebbero rese disponibili ad effettuare tali lavori con i propri associati a scomputo dell'eventuale canone richiesto dall'ente.

E' possibile che i suddetti lavori, su patrimonio pubblico, siano svolti "in economia" dalle suddette associazioni oppure devono comunque essere appaltati a ditte qualificate?

Qualora fosse possibile, tutte le tipologie o solo i piccoli interventi? (se si prega indicare quali)

Per quegli impianti dove è necessaria la certificazione di conformità (elettrici, idraulici etc) è altresì consentito?

E' applicabile il DLGS 81/08 anche per i volontari alla stregua del personale dipendente ?

Se gli interventi fossero di importo inferiore ad € 50.000,00, potrebbe farli l'ente in

"amministrazione diretta" utilizzando, oltre al proprio personale, anche i suddetti volontari sotto la supervisione del Responsabile del Procedimento, il quale avrebbe anche l'onere delle sottoscrizione delle certificazioni di conformità necessarie? Nel rispetto delle norme sulla sicurezza è consentito (vedi rischi da interferenza etc)?

Qualora invece fosse necessario che i suddetti lavori siano svolti da ditte qualificate, potrebbero essere individuate direttamente dalle Associazioni interessate o dovrebbe essere il comune ad appaltarli? E' possibile che tali ditte possano utilizzare, all'interno dei suddetti cantieri ed insieme al proprio personale, anche i volontari delle associazioni in modo che quest'ultime possano conseguire minori spese? Ai fini della sicurezza è possibile che ci siano queste interferenze tra operai della ditta e volontari delle associazioni?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

**RISPOSTA al quesito**

**Premesso**

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

Relativamente ai quesiti posti ed in base a quanto da voi rappresentato, si ritiene opportuno svolgere alcune considerazioni preliminari.

Innanzitutto, per quanto riguarda le Associazioni di volontariato ONLUS preme evidenziare che la giurisprudenza comunitaria ha affermato che per "impresa", pur in mancanza di una sua definizione nel Trattato, va inteso *qualsiasi soggetto che eserciti attività economica, a prescindere dal suo stato giuridico e dalle sue modalità di finanziamento* (Sentenza Corte di giustizia 1.7.2008, causa C-49/07, e richiami ivi indicati); che costituisce attività economica *qualsiasi attività che consiste nell'offrire beni o servizi su un determinato mercato* (Corte di giustizia 10.1.2006, causa C-222/04 relativa a una fondazione bancaria che sia stata autorizzata dal legislatore nazionale a effettuare operazioni necessarie per la realizzazione degli scopi sociali, tra i quali anche la ricerca, l'educazione, l'arte e la sanità); ed, infine, che *l'assenza di fine di lucro non esclude che un soggetto giuridico che esercita un'attività economica possa essere considerato impresa* (Corte di giustizia 29.11.2007, causa C-119/06, relativa a organizzazioni sanitarie che garantiscono il servizio di trasporto d'urgenza di malati e che possono concorrere con altri operatori nell'aggiudicazione di appalti pubblici, *a nulla rilevando che i loro collaboratori agiscono a mezzo di volontari ed esse possono presentare offerte a prezzi notevolmente inferiori a quelli degli altri concorrenti*). Da quanto premesso si evince, pertanto, che la definizione comunitaria di impresa non discende da presupposti soggettivi, quali la pubblicità dell'ente o l'assenza di lucro, ma da elementi puramente oggettivi quali l'offerta di beni e servizi da scambiare con altri soggetti, nell'ambito quindi di un'attività di impresa anche quando non sia l'attività principale dell'organizzazione. Ciò considerato le associazioni di volontariato, anche se ONLUS, quando prestano attività relative a lavori beni e servizi alle Amministrazioni pubbliche sono considerate alla stregua della generalità degli operatori economici.

Ciò posto, si rileva che i quesiti posti attengono alle problematiche relative

*Data di invio della risposta scritta 7/11/2013*

---

<sup>1</sup> Si tratta infatti di beni destinati ad un pubblico servizio, per i quali sussiste un limite alla alienabilità solo fino a quando dura la destinazione per fini pubblici.



## QUESITO

### Categorie di qualificazione

23 Ottobre 2013

Soggetto richiedente  
Ente di appartenenza Comune di  
Settore Lavori Pubblici  
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> 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 Negozziata 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.<sup>ne</sup> 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\*:**

Entro breve termine dovrò redigere un bando di gara il cui quadro economico, ancora da consegnare formalmente al sottoscritto, è così composto:

OG2 Categoria prevalente: €. 389.725,34 (subappaltabile nella misura del 30%) percentuale 54,51%.

OS21 Categoria non scorporabile e non subappaltabile: €. 139.850,97 percentuale 19,56%.

OS25 Categoria non scorporabile e non subappaltabile: €. 185.428,65 percentuale 25,93%.

Totale (389.725,34+139.850,97+185.428,65) = €. 715.004,96 percentuale 100%

Oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta €. 93.995,30

Totale lavori €. 809.000,26

Domande:

- 1) Va bene la dicitura "scorporabile e non subappaltabile" nelle Categorie OS21 e OS25?
- 2) Va bene che gli importi delle categorie (OG2-OS21-OS25) sono calcolate al netto degli oneri per la sicurezza non soggetti a ribasso d'asta?

Grazie per la collaborazione

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

*Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana*

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### **Premesso**

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

Relativamente ai quesiti posti e in base a quanto da voi rappresentato, si rileva quanto segue, tenuto conto che la genericità dei dati forniti non consente un esame della giurisprudenza prevalente.

Quesito n. 1)

Le problematiche da voi indicate nel primo quesito attengono alla qualificazione degli operatori economici nei lavori pubblici, in base al sistema di categorie e classifiche di previsto dal DPR 5 ottobre 2010 n. 207, Regolamento di attuazione del codice dei contratti pubblici, ed in particolare alla qualificazione nelle categorie di opere generali (OG) e nelle categorie di opere specializzate (OS).

A tale riguardo occorre richiamare, in primo luogo, il principio di cui all'articolo 118 comma 2 del codice dei contratti, secondo cui tutte le prestazioni nonché lavorazioni a qualsiasi categoria appartengano - che devono essere previste tutte nel progetto con i relativi importi -, sono subappaltabili e affidabili in cottimo. Per quanto riguarda la categoria prevalente, si rinvia al regolamento per la definizione della quota parte subappaltabile, in misura eventualmente diversificata a seconda delle categorie medesime, ma in ogni caso non superiore al trenta per cento. In secondo luogo, occorre richiamare le disposizioni del Regolamento attuativo del codice, tra cui gli articoli 107 "Categorie di opere generali e specializzate - strutture, impianti e opere speciali", 108 "Condizioni per la partecipazione alle gare", 109 "Criteri di affidamento delle opere generali e delle opere specializzate non eseguite direttamente", 170 "subappalto e cottimo" nonché l'allegato A "Categorie di opere generali e specializzate".

Senza entrare nel merito delle problematiche che attengono al suddetto sistema di qualificazione, si rileva che le categorie specialistiche da voi indicate sono a qualificazione obbligatoria, e, come previsto all'articolo art. 109 comma 2 del Regolamento, "non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione per la sola categoria prevalente, se privo delle relative adeguate qualificazioni, le lavorazioni indicate nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera d'invito, d'importo superiore ai limiti indicati dall'art. 108 comma 3, relative a:

- a) Categorie di opere generali individuate nell'allegato A;
- b) Categorie di opere specializzate individuate nell'allegato A come categorie a qualificazione obbligatoria.

Esse sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni. [...]"

Inoltre, ai sensi dell'art. 108 comma 3, le ulteriori categorie generali e specializzate che il comma 2 dello stesso articolo prevede come scorporabili e subappaltabili a scelta del concorrente, "sono quelle che, a scelta del progettista in sede di redazione del progetto a base di gara, sono di importo singolarmente superiore al 10% dell'importo complessivo dell'opera o del lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro." Resta fermo il limite di cui all'articolo 170 comma 1 per le categorie di cui all'articolo 107 comma 2 di importo singolarmente superiore al 15%.

Con ciò premesso, entrando nel merito del caso specifico oggetto del primo quesito, le categorie di lavorazioni OS 21 e OS 25 secondo quanto prescritto dall'Allegato A del Regolamento sono entrambe categorie specialistiche a qualificazione obbligatoria, scorporabili in quanto rispondono alle prescrizioni di cui all'articolo 108 comma 3, e dunque subappaltabili. Infatti le suddette categorie di lavorazioni non possono essere eseguite direttamente dall'affidatario in possesso della sola qualificazione per la categoria generale prevalente ma "sono comunque subappaltabili ad imprese in possesso delle relative qualificazioni" come espressamente previsto dall'art. 109 comma 2.

Per limiti d'importo inferiori al 10% dell'importo complessivo e a 150.000 euro, "l'affidatario in possesso della qualificazione di opere generali [...] può,

fatto salvo quanto previsto dal comma 2, eseguire direttamente tutte le lavorazioni di cui si compone l'opera o il lavoro, anche se non è in possesso delle relative qualificazioni, oppure subappaltare dette lavorazioni specializzate esclusivamente ad imprese in possesso delle relative qualificazioni" ai sensi dell'art. 109 comma 1 del Regolamento.

#### Quesito n. 2

Per quanto concerne il secondo quesito, inerente alle modalità di calcolo degli importi relativi alle singole categorie individuate per l'appalto del lavoro "al netto degli oneri per la sicurezza non soggetti al ribasso d'asta", se per tali si intendono i costi della sicurezza necessari per l'eliminazione dei rischi da interferenze che derivano dalla stima effettuata nel Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC) ai sensi dell'art. 100 del D.Lgs. 81/2008 s.m.i. (o nel DUVRI secondo l'art. 26), sicuramente questi non entrano nel calcolo degli importi delle singole categorie di lavori a base di gara. Per completezza si rinvia alla nota metodologica allegata alla delibera della Giunta regionale relativa al prezzario dei lavori pubblici, la DGR n. 402 del 03.06.2013, al paragrafo 13 d a pag. 17.

Solo per i costi della sicurezza necessari per l'eliminazione dei rischi da interferenze, la stazione appaltante è tenuta ad effettuare una stima e ad indicarli nei bandi di gara, procedendo ad una loro quantificazione sulla base delle misure individuate nei documenti di progetto (PSC - DUVRI o analisi della Stazione appaltante quando il PSC non sia previsto - rif. punto 4.1.2. dell'Allegato XV). Questi costi (costi della sicurezza necessari per l'eliminazione dei rischi da interferenze) devono essere tenuti distinti dall'importo soggetto a ribasso d'asta in quanto rappresentano la quota da non assoggettare a ribasso, ai sensi dell'art. 131, comma 3 del d.lgs. 163/2006 s.m.i. nonché dell'art. 16 del D.P.R. 207/2010 s.m.i. (Quadro Economico) e non sono soggetti ad alcuna verifica di congruità essendo stati quantificati e valutati a monte dalla stazione appaltante e, pertanto, congrui per definizione.

In conclusione è opportuno evidenziare, per completezza, che tale disposizione è strettamente connessa con quella recentemente introdotta dal cosiddetto decreto del "fare" (DL. 21 giugno 2013 n. 69, convertito, con modificazioni, dalla L. 9 agosto 2013, n. 98) all'art. 82 comma 3 bis del Codice dei contratti, secondo la quale "Il prezzo più basso è determinato al netto delle spese relative al costo del personale, valutato sulla base dei minimi salariali definiti dalla contrattazione collettiva nazionale di settore tra le organizzazioni sindacali dei lavoratori e le organizzazioni dei datori di lavoro comparativamente più rappresentative sul piano nazionale, delle voci retributive previste dalla contrattazione integrativa di secondo livello e delle misure di adempimento alle disposizioni in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro."

Per l'applicazione del nuovo art. 82 comma 3 bis, si rimanda al documento "Prime indicazioni per l'applicazione delle modificazioni introdotte all'art. 82 del codice dei contratti pubblici dalla legge 9 agosto 2013, n. 98, di conversione del dl 69/2013" predisposto dall'Associazione ITACA, organismo di coordinamento tecnico tra Regioni e province autonome, teso assicurare il miglior raccordo con le istituzioni statali, enti locali e operatori del settore, rinvenibile all'indirizzo <http://www.itaca.org>.

*Data di invio della risposta scritta 04/11/2013*

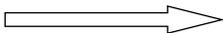


## QUESITO

### Controllo dei requisiti per le micro e le PMI

Data invio 10/10/2013

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

<u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), artt.38, 39 e 48.; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; .....		
<u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti  <u>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	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro          Con bando X Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	<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 pre-contenzioso Altro.....  <u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità X Altro Scelta procedura

**Quesito\***:

Con riferimento ai controlli di cui agli artt.38 e 48 del Codice durante la gara e post gara, si chiede se e quali controlli di cui sopra non devono essere effettuati sulle MPMI ai sensi della L.180/2011.

Inoltre è importante sapere dove e come si può individuare se l'impresa eventualmente sottoposta ai controlli in gara o post gara, appartiene alle categorie delle MPMI o meno. A tal proposito, il sottoscritto ha osservato le visure della Camera di Commercio delle imprese rilevando in alcune (poche) nel paragrafo "Informazioni costitutive" la dicitura "iscritta con la qualifica di PICCOLO IMPRENDITORE (sezione speciale); in altre è riportato "iscritta nella sezione ORDINARIA, annotata con la qualifica di IMPRESA ARTIGIANA (sezione speciale). Non so se le suddette diciture o eventualmente solo la prima, individuano l'impresa come MPMI.

Infine si chiede se, nelle gare di esecuzione lavori d'importo inferiore ad € 150.000, oltre ai requisiti speciali di cui all'art.90 del DPR 207/2010, la stazione appaltante debba verificare anche che l'impresa sia iscritta alla Camera di Commercio per attività uguali a quelle oggetto dell'appalto.

Ringraziandovi anticipatamente e restando in attesa di riscontro, porgo distinti saluti

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

***Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana***

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

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

Relativamente ai tre quesiti posti ed in base a quanto da voi indicato, si rileva che i primi due attengono alle problematiche relative alle micro, piccole e medie imprese (MPMI), per tali intendendo le imprese che rientrano nella definizione di cui alla Raccomandazione 2003/361/CE della Commissione europea del 6 maggio 2003 (testo integrale dell'atto in Gazzetta ufficiale L 124 del 20.05.2003), secondo cui le microimprese, le piccole o medie imprese vengono definite in funzione del loro organico e del loro fatturato ovvero del loro bilancio totale annuale. In base al combinato disposto dell'[art. 5, comma 1, lett. a\), della stessa L. 180/11](#) e dell'art. 2 della raccomandazione della Commissione europea 2003/361/CE, le MPMI sono quelle che occupano meno di 250 persone, il cui fatturato annuo non supera i 50 milioni di euro, oppure il cui totale del bilancio annuo non supera i 43 milioni di euro.

Il riferimento normativo principale nel nostro ordinamento è costituito dalla Legge 11.11.2011, n. 180 "Norme per la tutela della libertà d'impresa. Statuto delle imprese" (G.U. 14.11.2011, n. 265), ed in particolare dagli articoli 13 "Disciplina degli appalti pubblici" e art. 17 "Garante per le micro, piccole e medie imprese", che mirano a garantire la piena applicazione alla Comunicazione UE n. 394 del 25 giugno 2008 diretta a favorire l'introduzione di un regime di favore per le piccole imprese. Infatti le piccole e medie imprese (PMI) svolgono un ruolo decisivo nella competitività e nella dinamicità dell'economia europea, e per sostenerle nella realizzazione del loro potenziale di crescita, l'UE si impegna a promuovere l'imprenditorialità e a creare un ambiente commerciale più adeguato alle esigenze delle piccole imprese. Si ricorda il [portale europeo sulle PMI della Direzione Generale](#)

## Imprese e industria.

1) Relativamente al primo quesito relativo ai controlli di cui agli artt.38 e 48 del Codice durante la gara e post gara, l'articolo 13 comma 4 dispone che "la pubblica amministrazione e le autorità competenti, nel caso di micro, piccole e medie imprese, chiedono solo all'impresa aggiudicataria la documentazione probatoria dei requisiti di idoneità previsti dal codice di cui al [decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163](#). Nel caso in cui l'impresa non sia in grado di comprovare il possesso dei requisiti si applicano le sanzioni previste dalla [legge 28 novembre 2005, n. 246](#), nonché la sospensione dalla partecipazione alle procedure di affidamento per un periodo di un anno".

Riguardo alla suddetta disposizione, la cui formulazione non risulta chiara, in via di prima interpretazione sembra che l'intento della norma sia quello di evitare il cosiddetto controllo a campione previsto dall'articolo 48 del D. Lgs 163/2006, che impone di richiedere a un numero di offerenti non inferiore al 10% delle offerte presentate - scelti mediante sorteggio - di comprovare il possesso dei requisiti autodichiarati in sede di gara. Tuttavia, non è chiaro in che termini tale esonero dall'applicazione della norma dovrebbe operare. Infatti, la disposizione introdotta dall'articolo 13 si riferisce solo alle medie, piccole, e micro imprese, quasi che il controllo a campione non dovesse operare solo in relazione ad esse, mentre potrebbe rimanere fermo qualora alla gara abbiamo partecipato altre imprese (diverse dalle medie, piccole e micro). A tale riguardo l'Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici nella determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 precisa che "l'art. 48, comma 1, esplica i propri effetti nei confronti di tutti i partecipanti, ivi incluse le micro, piccole e medie imprese (MPMI). Deve ritenersi, infatti, che il comma 4 dell'art. 13 della l. 11 novembre 2011, n. 180 (cd. Statuto delle imprese) (...) non abbia inteso modificare l'ambito soggettivo di operatività della verifica a campione, né sottrarre a tale verifica le MPMI. La norma, nel fare riferimento alla "impresa aggiudicataria", non può che riguardare i controlli esercitati ai sensi del comma 2 dell'art. 48 e, cioè, quelli che regolarmente la stazione appaltante effettua nei confronti del primo e del secondo graduato. Essa non attiene, invece, ai controlli a campione svolti ai sensi del precedente comma

1, perché gli stessi vengono posti in essere in una fase antecedente all'apertura delle offerte presentate e, quindi, all'individuazione dell'aggiudicatario. In sintesi, la deroga di cui all'art. 13, comma 4, incide soltanto sull'operatività del comma 2 dell'art. 48, con l'effetto di esentare il secondo classificato, qualora non sorteggiato in sede di verifica a campione ed appartenente alla categoria delle MPMI, dal produrre la documentazione probatoria (adempimento che dovrebbe effettuare soltanto in caso di effettiva aggiudicazione a seguito di mancata comprova dei requisiti da parte del primo aggiudicatario)".

Per completezza occorre richiamare la recente sentenza del TAR Lazio Roma Sez. I Sent 17.09.2013 n. 8314, secondo cui ai concorrenti diversi dall'aggiudicatario, e che rientrano nella categoria delle piccole e medie imprese (Pmi), la stazione appaltante non può richiedere di comprovare i requisiti di idoneità ai fini della partecipazione alla gara d'appalto.

La disposizione di cui all'articolo 13 comma 4, osserva il Tar Lazio-Roma, "vieta alle stazioni appaltanti di controllare se il concorrente, rientrante nell'ambito soggettivo di applicazione della norma, posseda effettivamente i requisiti dichiarati con la domanda di partecipazione alla gara, e ciò fino all'esito della stessa, se a quegli favorevole". La norma speciale riguarda anche le imprese di progettazione, ed è finalizzata ad esonerare le imprese minori dall'onere economico che la dimostrazione dei requisiti comporta, e trova applicazione anche nella fase di verifica.

Si ricorda che ai sensi dell'articolo 17 della L. 180/2011 è stato istituito il Garante per le micro, piccole e medie imprese, per le funzioni elencate al comma 1, tra cui il monitoraggio dell'attuazione della comunicazione della Commissione europea COM (2008) 394 del 25 giugno 2008, recante «Una corsia preferenziale per la piccola impresa – Alla ricerca di un nuovo quadro fondamentale per la Piccola Impresa (uno "Small Business Act" per l'Europa)» e della sua revisione, di cui alla comunicazione della Commissione europea COM (2011) 78, del 23 febbraio 2011, recante «Riesame dello "Small Business Act" per l'Europa»;

2) Per quanto concerne quesito n. 2, relativo alle modalità che permettono di

individuare se l'impresa eventualmente sottoposta ai controlli in gara o post gara, appartenga o no alle categorie delle MPMI, un importante riferimento è sicuramente costituito dai certificati camerali e anche dalle visure. Queste ultime infatti, seppure prive di valore legale di certificazione, riportano le principali informazioni legali, economiche ed amministrative di una azienda così come risulta dal Registro delle Imprese tenuto dalla Camera di Commercio, tra cui il numero degli addetti. Tuttavia si suggerisce che tale qualifica sia autodichiarata dall'operatore economico, nella modulistica predisposta per la partecipazione alla gara.

3) Relativamente al terzo quesito posto, si rileva che questo prescinde dalle MPMI e riveste carattere generale. A tale riguardo, l'AVCP ha precisato che "per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del Regolamento, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti. Quindi, per gli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro, la stazione appaltante deve prevedere nel bando di gara i requisiti di ordine tecnico-organizzativo indicati dall'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento. I requisiti sono documentati mediante dichiarazione sostitutiva e verificati dalla stazione appaltante secondo quanto previsto dagli artt. 38 e 48 del Codice."

A tale riguardo si riporta di seguito il parere n. 195 del 21/11/2012 dell'Autorità Vigilanza sui contratti pubblici "Iscrizione alla C.C.I.A.A., oggetto sociale ed attività effettivamente esercitata", reso relativamente ad una procedura di gara per il servizio di raccolta integrata dei rifiuti solidi urbani ed altri servizi connessi, gestione area attrezzata per lo stoccaggio e trasferimento di rifiuti raccolti in modo differenziato e gestione del cimitero e dei servizi cimiteriali. Osserva l'Autorità che, nel caso in esame il riferimento alla manutenzione e gestione del "verde pubblico, privato e cimiteriale" non è oggettivamente idoneo a coprire l'oggetto dell'appalto che ricomprendeva l'integrale gestione del cimitero comunale e dei servizi cimiteriali (inumazione, esumazione, tumulazione, estumulazione). Inoltre, l'assenza di

qualsivoglia riferimento allo svolgimento dei servizi cimiteriali, nella sezione del certificato camerale relativa all'attività effettivamente svolta, è di per sé sufficiente a precludere l'ammissione della società alla gara.

"(...) Le richiamate clausole del bando e del disciplinare devono intendersi come volte ad accertare, attraverso la certificazione camerale, il concreto ed effettivo svolgimento da parte delle ditte concorrenti di determinate attività, adeguate e direttamente riferibili al composito servizio da appaltare. Non varrebbe a colmare la lacuna così emergente il richiamo all'oggetto sociale che, sebbene segni il campo delle attività che un'impresa può astrattamente svolgere e delimiti la capacità di agire dei suoi legali rappresentanti, non equivale però ad attestare l'effettivo e concreto esercizio dell'attività. Oggetto sociale ed attività effettivamente esercitata, quest'ultima da comprovare mediante la dichiarazione verificabile in base alla certificazione camerale, non possono essere considerati come concetti coincidenti ai fini dell'ammissione alla gara, atteso che un'attività può ben essere prevista nell'oggetto sociale, risultante dall'iscrizione nella voce dei dati identificativi dell'impresa, senza essere attivata poi in concreto (cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 febbraio 2003 n. 925). Pertanto, la prescrizione del bando di gara con la quale si richiede ai concorrenti l'iscrizione alla C.C.I.A.A. per una definita attività da appaltare non può che essere finalizzata a selezionare ditte che abbiano un'esperienza specifica nel settore interessato, poiché diversamente il bando richiederebbe la mera iscrizione alla C.C.I.A.A. ovvero un'attestazione camerale circoscritta all'inclusione dei servizi da appaltare nell'oggetto sociale: viceversa, in fattispecie come quella qui in esame, non è sufficiente la verifica condotta sull'oggetto sociale dell'impresa concorrente, quando il certificato camerale nulla riporti sull'effettivo svolgimento dell'attività (così, su vicenda analoga, Cons. Stato, sez. VI, 20 aprile 2009 n. 2380)."

Quindi, come si evince dal parere sopra riportato concernente una ipotesi specifica, la valutazione deve essere effettuata in base alle singole fattispecie, posto che la corrispondenza con le prestazioni oggetto dell'appalto dovrà riguardare comunque categorie di attività generali. In ogni caso le S.A. sono

tenute al rispetto del disposto di cui all'articolo 46 comma 1 bis, secondo cui i bandi e le lettere di invito non possono stabilire, a pena di esclusione, prescrizioni ulteriori rispetto a quelle individuate nella predetta disposizione normativa e, in particolare, non risulta possibile prescrivere requisiti ed imporre oneri diversi da quelli prescritti dal codice dei contratti, dal regolamento attuativo del codice e da altre disposizioni di legge vigenti. Conseguentemente, stante la tassatività delle cause di esclusione, l'esclusione disposta per inosservanza di tali obblighi ulteriori è illegittima.

*Data di invio della risposta scritta 17/10/2013*



**- Quesito -**

**False dichiarazioni ai fini SOA in appalto inf. a 150 mila euro**

24 aprile 2013

Soggetto richiedente Ufficio Gestione Amministrativa Opere Pubbliche

Ente di appartenenza

Settore Direzione Servizi

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. 59;  Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....;  Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;  T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;  D.P.R. 207 del 5.10.2010 art. 287- Regolamento di esecuzione ed attuazione del DLgs 163/06</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>  Lavori  Servizi  Altro</p> <p><input checked="" type="checkbox"/> Con bando  <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando  <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc.  <input type="checkbox"/> Amm.<sup>ne</sup> diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u>  Antecedente il bando o la lettera di invito  Svolgimento gara  <input checked="" type="checkbox"/> Controlli in gara  <input checked="" type="checkbox"/> Controlli post gara  Stipula del contratto  Esecuzione del contratto  Collaudo  Eventuale contenzioso  Altro.....</p> <p><u>Tematiche specifiche:</u>  RUP  <input checked="" type="checkbox"/> SOA  DURC  DUVRI  Offerta economicamente più vantaggiosa  Composizione commissione aggiudicatrice  Accesso ai documenti di gara  Incentivo progettazione  Altro:</p>

## **Quesito\*:**

A seguito di procedura di gara ed in fase di verifica dei requisiti ai fini dell'aggiudicazione definitiva, è risultata nel casellario presso il sito dell'AVCP a carico dell'impresa aggiudicataria provvisoria (Comic Srl) la seguente annotazione: *"La Soa Quadrifoglio s.p.a. con nota prot. Autorità n. 8667 del 27.01.2011 ha comunicato la decadenza dell'attestazione di qualificazione n. 5541/45/00 del 26.08.2010 e precedenti nn. 1108/45/00, 2443/45/00, 2733/45/00, 2881/45/00 e 3762/45/00 emessa in favore dell'impresa COMIC S.r.l. (C.F. 03251901215), in quanto rilasciata sulla base di documentazione che non ha trovato riscontro oggettivo in atti o attestazioni della Pubblica Amministrazione o committenza privata."*

In sede di gara, tale impresa ha dichiarato che, ai sensi dell'art. 40, comma 9 *quater*, D.Lgs. 163/06, a carico dell'impresa, non risulta l'iscrizione del casellario informatico di cui all'art. 7, comma 10 del medesimo D.Lgs. , per aver presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA.

Si precisa che l'appalto in esame è di importo inferiore a € 150.000 e che l'impresa Comic srl ha dichiarato di non essere in possesso dell'attestazione SOA.

Si chiede se è legittima l'esclusione della concorrente, ai sensi dell'art. 38, comma 1, lett. m-bis del D.Lgs. 163/06.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **Risposta al Quesito**

### ***Premesso***

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

Relativamente al quesito posto e sulla base di quanto da voi rappresentato per le problematiche in esame il riferimento è al combinato disposto dell'art. 38 comma 1 lettera m-bis) e dell'art. 40 comma 9 quater del Codice dei contratti.

La questione è stata affrontata dall'Autorità di Vigilanza nella Determinazione n. 1 del 16 maggio 2012 recante "indicazioni applicative sui requisiti di ordine generale per l'affidamento dei contratti pubblici".

Secondo l'Autorità la disposizione di cui all'art.38 comma 1 lett. m-bis "circoscrive la causa di esclusione all'esistenza di una specifica iscrizione nel casellario informatico dell'Osservatorio di cui all'art. 7, comma 10, del Codice a carico dell'operatore, per aver questi presentato falsa dichiarazione o falsa documentazione ai fini del rilascio dell'attestazione SOA, ai sensi dell'art. 40 comma 9 quater del Codice. Quest'ultimo stabilisce che in caso di presentazione di falsa dichiarazione o falsa documentazione, ai fini della qualificazione, le SOA ne danno segnalazione all'Autorità la quale, se ritiene che le stesse siano state rese con dolo o colpa grave in considerazione della rilevanza o della gravità dei fatti oggetto della falsa dichiarazione o della presentazione della falsa documentazione, dispone l'iscrizione nel casellario informatico per l'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto,[..] per un periodo di un anno, decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia."

Con ciò premesso venendo al caso specifico oggetto del quesito, si ritiene che Codesta stazione appaltante debba anzitutto verificare se l'operatore economico risultato aggiudicatario provvisorio sia ancora nel periodo di decorrenza dell'anno di esclusione dalla gare comminato dall'AVCP, ed in caso

affermativo successivamente provvedere all'esclusione dalla gara.

Infatti, come precisato dall'AVCP, non rileva l'eccezione secondo cui, trattandosi di una procedura per l'aggiudicazione di un contratto d'importo inferiore a 150 mila euro, gli operatori economici non sono obbligati a qualificarsi mediante attestazione SOA e si qualificano invece per lavori analoghi, costo complessivo sostenuto per il personale dipendente e adeguata attrezzatura tecnica ai sensi dell'art. 90 comma 1 del Regolamento di attuazione di cui al DPR 207/2010, in quanto la sanzione comminata dall'Autorità per dolo o colpa grave inficia l'idoneità morale dell'operatore economico a sottoscrivere qualsiasi contratto pubblico per la durata di un anno.

*Data di invio del parere scritto ...06/05/2013*



REGIONE TOSCANA  
Giunta Regionale

*Direzione Generale  
Organizzazione e Risorse  
Settore Contratti*

## **QUESITO**

### **False fatturazioni dell'appaltatore verso terzi**

Data invio 15/03/2013

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

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 136 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.;	
<u>Appalti:</u> Lavori	<u>Fase temporale:</u> Esecuzione del contratto
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria	<u>Tematiche specifiche:</u> Risoluzione contratto
<u>Contratti:</u> Settori ordinari	
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta	

### **Quesito\*:**

L'amministrazione comunale di Grosseto ha affidato un appalto per lavori di riqualificazione urbana.  
Alla data odierna sono stati eseguiti dall'appaltatore una parte dei lavori, per i

quali i sono stati emessi e liquidati n. 3 certificati di pagamento.

Il certificato di pagamento n. 4 non è ancora stato emesso né liquidato, in quanto il relativo S.A.L. contiene categorie di lavoro inserite nella seconda perizia di variante in corso d'opera, il cui atto di sottomissione è in corso di perfezionamento da parte di questa Amministrazione comunale.

Il funzionario della filiale di un un istituto bancario ha richiesto, con e-mail diretta al Responsabile del Procedimento, la conferma dell'emissione dei certificati di pagamento n. 5 e 6, a fronte dei quali la ditta appaltatrice ha rimesso, per l'anticipazione da parte della banca, due fatture di pari importo.

Questo ente, con successiva e-mail, ha rappresentato allo stesso funzionario che i certificati di pagamento n. 5 e 6 non sono mai stati emessi dalla stazione appaltante, né risultano allibrate le partite contabili giustificative di tali crediti; inoltre che le due fatture sopra citate, relative alle predette rate d'acconto, non risultano essere mai pervenute a questa Amministrazione comunale.

Da quanto sopra emerge, quindi, che i certificati di pagamento n. 5 e 6, della cui emissione è stata richiesta conferma, nonché le relative due fatture, sono riferite a lavori non contabilizzati dal Direttore dei Lavori (professionista esterno all'Ente) e mai eseguiti dall'impresa appaltatrice.

Inoltre, l'esame visivo dei certificati di pagamento n. 5 e 6 (ricevuti in allegato alla e-mail del funzionario della banca) evidenzia:

- l'apposizione di una sottoscrizione, in corrispondenza allo spazio previsto per il Direttore Lavori, non corrispondente alla firma autografa dello stesso, il quale ha disconosciuto tale sottoscrizione in quanto da lui mai apposta in tale documento, che mai è stato redatto;
- l'assenza di sottoscrizione nello spazio destinato alla firma del Responsabile del Procedimento, in difetto della quale il documento risulta privo di validità.

In sintesi:

- l'Impresa appaltatrice ha chiesto alla banca l'anticipo del pagamento delle due fatture allegando, come giustificativi, due certificati di pagamento, vantando di averli ottenuti dall'Amministrazione comunale quali corrispettivi per i lavori da essa svolti.

Viene fatto presente che :

1. l'Amministrazione comunale non ha mai ricevuto le sopraddette fatture;
2. i documenti definiti "certificato di pagamento n. 5" e "certificato di pagamento n. 6" della cui emissione ha chiesto conferma la banca:
  - non sono stati redatti né dal *Direttore dei Lavori*, né dal *Responsabile del Procedimento*;
  - presentano una firma che non apposta dal *Direttore dei Lavori*;
  - sono privi, per i motivi esposti, della benché minima validità;
  - non possono essere stati emessi ed infatti non sono mai stati emessi, dalla Stazione Appaltante in quanto non risultano allibrate sul registro di contabilità le partite contabili giustificative dei crediti su di essi riportate.

Si rappresenta che questo Ente, unitamente al Direttore dei Lavori, ha tempestivamente sporto denuncia presso le competenti autorità in merito ai fatti sopra esposti.

Ciò premesso si chiede se in tale fattispecie sia ravvisabile o meno una della cause risolutive del contratto di appalto, previste dall'art. 136 del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i. o se, eventualmente, ai fini della risoluzione contrattuale, si possa fare riferimento ad altro disposto normativo.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

***Premesso***

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

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, tenuto conto della complessità delle problematiche sottese preme svolgere alcune considerazioni preliminari riguardo alle fattispecie previste nel Codice dei Contratti per la risoluzione del contratto di appalto.

La risoluzione del contratto nell'appalto pubblico è disciplinata specificamente con le disposizioni di cui agli articoli 135 e 136 del Codice. Le suddette norme si riferiscono a diverse tipologie risolutorie, ed in particolare: l'articolo 135, comma 1, fa discendere la risoluzione del contratto dall'accertamento, con sentenza passata in giudicato, di taluni reati commessi dall'appaltatore,

mentre il comma 1-*bis*, dalla intervenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione, dalla produzione di documentazione falsa o da dichiarazioni mendaci. L'articolo 136, invece, fa conseguire la risoluzione del contratto di appalto ai casi di grave inadempimento, di grave irregolarità e di grave ritardo dell'appaltatore.

La definizione fornita dall'articolo 136 di grave inadempimento si specifica nell'attitudine dello stesso a compromettere la buona riuscita dei lavori. Il che significa che tale forma di risoluzione contrattuale non opera in tutti quei casi in cui, pur in presenza di un grave inadempimento, esso, tuttavia, non è in grado di incidere negativamente sulla regolare realizzazione dei lavori pubblici. Al contrario, è ragionevole ritenere che inadempimenti minori dell'appaltatore possano essere rilevanti ai fini della durata della vicenda contrattuale. Dunque, ciò che rileva non è soltanto la gravità dell'inadempimento ma anche l'impatto che questo è in grado di produrre sulla buona riuscita dell'opera.

L'art. 136, infatti, fa riferimento a fattispecie di inadempimento e grave irregolarità legate a comportamenti dell'appaltatore che possano compromettere la buona riuscita dei lavori e che sono legate alla corretta esecuzione del contratto ed al rispetto delle norme vigenti.

Anche la procedura di risoluzione del contratto, imperniata sulle figure del responsabile del procedimento e sul direttore dei lavori, fa riferimento alla contestazione di inadempimenti e gravi irregolarità legate alla conduzione dell'appalto ed al rispetto delle norme del Codice, di quelle comunque collegate alla realizzazione di appalti pubblici e di quelle inerenti la responsabilità dell'appaltatore nei confronti del personale dipendente. Come evidenzia infatti autorevole dottrina "la gravità dell'inadempimento, la valutazione di esso è rimessa in prima battuta al direttore dei lavori" (Caringella-Protto 2011).

Riguardo al caso in esame, invece, il comportamento dell'appaltatore - così come prontamente denunciato da Codesta stazione appaltante - sembra compromettere addirittura il possesso dei requisiti generali stabiliti dall'art. 38 che sono da ritenersi inderogabili ai fini della partecipazione alle procedure di

affidamento e della stipula dei relativi contratti.

Infatti, secondo il Cons. Stato Sez. V, Sent., 21-06-2012, n. 3666, l'esclusione dalla gara pubblica, disposta dall'art. [38 lett. f\)](#) del [D.Lgs. 12 aprile 2006 n. 163](#), si fonda sulla necessità di garantire l'elemento fiduciario nei rapporti contrattuali della Pubblica Amministrazione fin dal momento genetico; di conseguenza, ai fini dell'esclusione di un concorrente da una gara, non è necessario un accertamento della responsabilità del contraente per l'inadempimento in relazione ad un precedente rapporto contrattuale, quale sarebbe richiesto per l'esercizio di un potere sanzionatorio, ma è sufficiente una motivata valutazione dell'Amministrazione in ordine alla grave negligenza o malafede nell'esercizio delle prestazioni affidate dalla stazione appaltante che bandisce la gara, che abbia fatto venir meno la fiducia nell'impresa. (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 22 febbraio 2011, n. 1107).

Relativamente al caso in esame, i fatti da voi indicati sembrerebbero consentire una ricostruzione dei comportamenti del privato contraente tali da minare effettivamente la fiducia necessaria - e garantita dal possesso dei requisiti di cui all'articolo 38 del Codice - per la stipula dei contratti pubblici. Infatti l'operatore economico si è dimostrato gravemente inadempiente rispetto all'obbligo di uniformare il proprio comportamento durante la fase dell'esecuzione del contratto al principio di buona fede, principio questo che impegna reciprocamente l'appaltatore e la stazione appaltante già dalla fase precontrattuale ai sensi dell'art. 1337 del Codice Civile.

In base alle informazioni fornite, i fatti da voi riportati potrebbero integrare le fattispecie previste all'articolo 135 del Codice dei Contratti, come sopra richiamate, ma ciò che rileva è che nella fase attuale non hanno ancora ottenuto l'accertamento in giudizio: quindi non appaiono ancora idonee ad interrompere il rapporto contrattuale mediante risoluzione. Infatti solo a seguito di reati accertati si può attivare la disposizione di cui all'articolo 135 del codice.

Pertanto nel caso sottoposto, tenuto conto delle azioni promosse dalla stazione appaltante, occorre distinguere l'esecuzione del contratto dall'accertamento in corso dei comportamenti dell'appaltatore, comportamenti

che - si ripete - al momento non sono ancora idonei a produrre riflessi sul svolgimento dell'appalto.

Infatti, se non si riscontrano inadempimenti in rapporto allo svolgimento dell'appalto, l'esecuzione del contratto può proseguire in attesa dell'accertamento dei reati, a cui consegue, in caso di esito positivo, l'applicazione dell'articolo 135 ovvero la risoluzione del contratto.

Qualora invece l'appaltatore si sia reso inadempiente, può essere applicata la procedura dell'articolo 136 del Codice, ovvero la risoluzione per inadempimento, a prescindere dall'accertamento in corso della responsabilità penali.

*Data di invio della risposta scritta .....12/04/2013*



## QUESITO

### Forma atto di sottomissione per varianti

30/04/2013

Soggetto richiedente

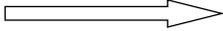
Ente di appartenenza COMUNE DI

Settore/Ufficio UFFICIO CONTRATTI – SERVIZIO AFFARI INTERNI

Sede

Tel Fax

Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> x Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 132; D.P.R. n. 207/2010 art. 161		
<u>Appalti:</u> <b>x Lavori</b> Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso <b>x Altro: varianti in corso d'opera – atto di sottomissione</b>
<u>Importo:</u> <b>Sotto soglia comunitaria</b> <b>Sopra soglia comunitaria</b>		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità <b>x Altro: varianti in corso d'opera – atto di sottomissione</b>
<u>Contratti:</u> <b>x Settori ordinari</b> Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	<b>xCon bando</b> <b>xSenza bando</b> <b>xCottimo fiduc.</b> <b>xAmm.<sup>ne</sup> diretta</b>	

**Quesito\***:

Si chiede se gli atti di sottomissione per le varianti in corso d'opera disposte ai sensi dell'art. 132 del D.Lgs. n. 163/2006, che non eccedano il quinto dell'importo originario del contratto, debbano essere adottati in forma pubblica amministrativa (e registrati) se questa era la forma del contratto originario o, invece, non comportando la costituzione di un nuovo rapporto negoziale, non occorra la redazione dell'atto in forma pubblica amministrativa (e quindi anche il pagamento dell'imposta di registro).

Quest'ultima lettura sembra avvalorata da quanto disposto dell'art. 161, comma 4, del regolamento di esecuzione del Codice, D.P.R. n. 207/2010, che parla di necessità di un "atto aggiuntivo al contratto principale" solo in caso di eccedenza rispetto a tale limite del quinto.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Si allega parere in materia espresso da ANCI RISPONDE e dall'Osservatorio Regionale degli Appalti del Veneto

---

***Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana***

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

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

Relativamente al quesito posto e sulla base di quanto da voi rappresentato, si ritiene che per la stipula di un atto di sottomissione non occorra la redazione dell'atto in forma pubblica amministrativa (e quindi anche il pagamento dell'imposta di registro) e pertanto di confermare quanto risposto dal servizio di consulenza dell'Osservatorio regionale degli appalti della Regione Veneto (quesito 2004-25-734V) e dal servizio di consulenza ANCI - Risponde in data 30/09/2010, pur rilevando rispetto a quest'ultimo un'importante inesattezza in quanto la seconda fattispecie ivi indicata attiene propriamente all'atto aggiuntivo e non all'atto di sottomissione.

Relativamente alle problematiche sottoposte, come si ricava dalla normativa vigente qualora ricorrano le fattispecie di cui all'art. 132 comma 1 del Codice e nel caso in cui l'importo delle varianti in aumento non superi il quinto d'obbligo, l'art. 161 commi 4 e 12 del Regolamento di cui al DPR 207/2010 prevede che la perizia di variante sia accompagnata da un "atto di sottomissione" che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere in segno di accettazione o di motivato dissenso.

Autorevole dottrina (Caringella - Protto 2011) sottolinea sul punto come sia da considerarsi "un ulteriore elemento di novità introdotto dal nuovo Regolamento, sempre al comma 4 dell'art. 161, [...] la netta distinzione tra "atto di sottomissione" (che l'esecutore è tenuto a sottoscrivere quando l'importo della variante non si estende oltre un quinto dell'importo dell'appalto) e "atto aggiuntivo" (che l'esecutore ha facoltà di sottoscrivere quando l'importo della variante ecceda il limite del quinto)".

Come chiarito recentemente nella sentenza del TAR Campania Napoli Sez. VIII, Sent., 23-05-2012, n. 2401, "qualora l'amministrazione richieda

l'esecuzione di lavori diversi da quelli indicati nel contratto originario ed in variante ad essi, per un importo superiore al c.d. quinto d'obbligo, detta richiesta non trova fondamento nell'originario contratto di appalto e ad essa, pertanto, non corrisponde alcun obbligo da parte dell'appaltatore, con la conseguenza che il successivo accordo intervenuto tra le parti per l'esecuzione di nuovi lavori in variante [...] deve essere considerato come un nuovo contratto, autonomo rispetto a quello originario, che non può essere escluso per la mera circostanza che l'appaltatore abbia convenuto di eseguire i nuovi lavori agli stessi patti e condizioni del precedente. (..)”, dovendo la stazione appaltante formalizzare tale contratto di variante secondo una delle modalità previste a pena di nullità dall’art. 11 comma 13 del Codice, come da ultimo novellato dall’art. 6 co. 3 del DL n. 179/2012 convertito con modificazioni dalla L. 17 dicembre 2012 n. 221.

Invece nel caso di varianti fino alla concorrenza del quinto d’obbligo, l’atto di sottomissione che l’appaltatore deve sottoscrivere non costituisce un atto di natura contrattuale poiché non comporta alcuna modifica del contratto originario e l’appaltatore “ha l’obbligo di eseguire tutte le lavorazioni ritenute opportune dalla stazione appaltante” e che “non mutino sostanzialmente la natura dei lavori oggetto dell’appalto” (art. 161 comma 4), senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo ai nuovi lavori (art. 161 comma 12). Pertanto la sottoscrizione dell’appaltatore ha valore di accettazione limitata ai nuovi quantitativi da eseguirsi agli stessi prezzi, patti e condizioni del contratto originario, salvo quanto disposto al comma 6 dell’articolo 161.

Considerata proprio l’obbligatorietà dell’esecuzione, l’esame delle disposizioni del codice e del regolamento evidenzia che l’atto di sottomissione – a differenza dell’atto aggiuntivo – non costituisce nella sostanza un atto di natura contrattuale ma piuttosto si configura come un negozio unilaterale a valenza di accettazione delle nuove lavorazioni, ed in quanto tale non risulta soggetto alle stringenti modalità di sottoscrizione formale del contratto richiamate dal citato art. 11 comma 13 del Codice previste a pena di nullità dell’atto.

La differenza tra le due tipologie è anche chiarita dalla giustizia arbitrale secondo la quale, mentre l'atto aggiuntivo è un negozio bilaterale, con il quale committente ed appaltatore concordano lavori complementari o propedeutici a quelli previsti dal progetto, fissando natura, quantità, prezzi e tempo di esecuzione in totale autonomia rispetto al rapporto obbligatorio originario, l'atto di sottomissione è la dichiarazione dell'appaltatore di voler adempiere all'obbligo, imposto dalla legge, di dare esecuzione alle variazioni in aumento o in diminuzione non eccedenti il quinto d'obbligo, ordinate dall'amministrazione committente e si configura, perciò, come negozio unilaterale che non dà vita ad un rapporto distinto dall'appalto in corso e che, anzi, si inserisce nell'ambito del contratto originario, del quale diventa parte integrante.

Pertanto la stazione appaltante dovrà procedere all'adozione dell'atto amministrativo mediante il quale si dispone l'esecuzione delle ulteriori lavorazioni, a cui dovrà essere allegata la perizia di variante e l'atto di sottomissione, e, come evidenziato dalle considerazioni sopra riportate, non occorrendo la redazione dell'atto in forma pubblica amministrativa, è rimessa alla stazione appaltante la valutazione delle modalità per l'acquisizione della firma dell'appaltatore, utilizzando preferibilmente le tecnologie informatiche (firma digitale) secondo quanto previsto dal combinato disposto degli artt. 5 bis e 48 del Dlgs 7 marzo n. 82, recante Codice dell'amministrazione digitale.

*Data di invio della risposta scritta ...15/05/2013*



## QUESITO

### Problematiche generali relative alla procedura negoziata senza bando

Data invio 4/01/2013

Soggetto richiedente  
Ente di appartenenza Consorzio di Bonifica  
Settore/Ufficio Tecnico-Amministrativo  
Sede  
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), artt. 91 e 124.;          Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 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>Concessioni:</u>  <input type="checkbox"/> Lavori  <input type="checkbox"/> Servizi  <input type="checkbox"/> Altro</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 pre-contenzioso  <input type="checkbox"/> 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></p> <table border="0"> <tr> <td> <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                 </td> <td> <input type="checkbox"/> Con bando  <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando  <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc.  <input type="checkbox"/> Amm.<sup>ne</sup> diretta                 </td> </tr> </table>			<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	<input type="checkbox"/> Con bando <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc. <input type="checkbox"/> Amm. <sup>ne</sup> diretta
<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	<input type="checkbox"/> Con bando <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc. <input type="checkbox"/> Amm. <sup>ne</sup> diretta			
<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"/> Tracciabilità  <input checked="" type="checkbox"/> Altro Scelta procedura</p>				

### **Quesito\*:**

Questo Ente si appresta a redigere un avviso per istituire un elenco di operatori economici, suddiviso in categorie, per l'anno 2013 inerente le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando fino ad un milione di euro (art.122 c.7). Tale procedura, ammessa dalla determina dell'AVCP n.2 del 6/04/2011 e contenuta già nel documento di consultazione dell'AVCP del 2010, è già stata applicata da questo ente negli anni 2011 e 2012. In particolare l'avviso precedente, pubblicato sul sito informatico dell'ente e sul sito dell'osservatorio regionale, aveva validità annuale e prevedeva un aggiornamento semestrale. Inoltre la selezione degli operatori economici da invitare era effettuata dal Dirigente dell'ente in base al criterio della rotazione, ai requisiti richiesti per lo specifico appalto ed alle informazioni desunte dai moduli di domanda per iscriversi nell'elenco. Nei suddetti moduli, questo ente, unitamente al possesso della SOA o dei requisiti di cui all'art.90 del DPR 207/2010, chiedeva anche le attrezzature possedute dall'impresa ed un elenco dei lavori degli ultimi 5 anni. Queste ultime informazioni risultano necessarie soprattutto per particolari appalti periodici (manutenzione ordinaria suddivisa in zone funzionali) che, oltre alla qualificazione nella categoria OG8, richiedono il possesso di attrezzature speciali per il taglio della vegetazione nell'alveo dei corsi d'acqua. Infatti nella gran parte dei casi, le imprese con SOA in OG8, possiedono solo mezzi per il movimento terra ecc. ma non attrezzature per il taglio della vegetazione in alveo. Peraltro, leggendo alcune sentenze di TAR e Consiglio di Stato e pareri dell'AVCP, è ammesso chiedere ulteriori requisiti, oltre a quelli previsti dalla legge, nel caso di specifici appalti quando tali requisiti non appaiano irragionevoli, illogici e siano connessi alle caratteristiche dell'appalto. Dall'esperienza degli ultimi due anni, è emerso che, dato il limitato numero di imprese in OG8 dotate di attrezzatura per il taglio della vegetazione, non risulta possibile rispettare il criterio della rotazione per questi particolari appalti che si ripetono ogni anno. Tutto ciò premesso, si chiedono i seguenti chiarimenti:

- 1) Le forme di pubblicità dell'avviso seguite negli anni precedenti sembrano corrette (sito ente e sito osservatorio regionale), tuttavia si

chiede se sarebbe opportuno un altro tipo di pubblicità.

- 2) Per rendere più trasparente la selezione degli operatori economici, oltre alla rotazione, si vorrebbe introdurre il sorteggio pubblico tra le imprese iscritte nell'elenco in possesso dei requisiti richiesti per ogni singolo appalto. Questo però crea il problema della segretezza dei soggetti selezionati fino alla scadenza delle offerte (Art.13 del D.Lgs 163/2006). Come può essere risolto tale aspetto?
- 3) Il criterio della rotazione è stato applicato, indipendentemente dagli importi dei lavori, a tutti i soggetti invitati e non solo all'aggiudicatario, seguendo il principio di dare a tutti una chance; si chiede se vi sono modalità migliori per applicare la rotazione
- 4) Infine, per quanto riguarda i suddetti lavori di manutenzione ordinaria, nei quali è necessario il possesso di attrezzatura adeguata per il taglio della vegetazione, come può essere risolto il problema della rotazione? E' corretto invitare i soggetti degli anni precedenti se non vi sono altre imprese dotate delle attrezzature di cui sopra? Ciò anche alla luce della determina AVCP n.4 del 10/10/2012 nella quale, a differenza delle sentenze di cui in premessa, non sembra possibile, chiedere ulteriori requisiti oltre alla SOA. Purtroppo i lavori di manutenzione ordinaria costituiscono l'attività istituzionale dell'ente che deve essere svolta in un ristretto periodo dell'anno (estate) ed a rete sull'intero comprensorio di competenza, pena rischio eventi alluvionali. In passato, imprese qualificate in OG8 ma carenti di adeguate attrezzature per il taglio della vegetazione hanno causato grossi problemi all'ente.  
Ringraziandovi anticipatamente e restando in attesa di riscontro, porgo distinti saluti

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

--

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

Ricevuta telefonata di chiarimento dei quesiti posti

## **RISPOSTA al quesito**

***Premesso***

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

Relativamente ai quesiti posti, premesso che le problematiche da voi sollevate possono trovare adeguata soluzione nell'interpretazione autentica delle disposizioni di cui all'articolo 122 comma 7, propriamente ascrivibile alle competenze del legislatore nazionale, si rinvia alle Determinazioni dell'Autorità di Vigilanza n. 2 del 6 aprile 2011 e n. 8 del 14 dicembre 2011 che contengono le indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara per i contratti inferiori alla soglia comunitaria dopo le modifiche di cui al DL 70/2011.

In ogni caso si precisa inoltre che tutte quante le questioni sollevate dovrebbero essere preventivamente regolamentate dalla Stazione Appaltante con apposita disciplina.

Riguardo alle questioni poste si rileva quanto segue:

1) Per quanto attiene alle forme di pubblicità attivabili per la formazione degli elenchi aperti di operatori economici ai fini degli affidamenti ex art. 122 comma 7 del Codice, come precisato dall'AVCP nella Determinazione n. 8/2011, la pubblicità viene considerata un'esplicitazione del canone di trasparenza, finalizzata pertanto a consentire il controllo ex post della regolarità dell'azione amministrativa sia a garantire concretezza ed effettività

al principio di concorrenza. Il legislatore non ha previsto per le stazioni appaltanti l'obbligo di adottare necessariamente forme di pubblicità preventiva nella procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara, tuttavia ogni decisione a riguardo deve essere parametrata in funzione della tipologia di appalto e dell'ammontare dell'importo.

Per quanto riguarda gli elenchi, l'Autorità di Vigilanza nella Determinazione n. 2 del 6 aprile 2011, ha specificato che "gli elenchi [...] devono presentare caratteristiche tali, da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: gli elenchi in commento devono, quindi, essere aperti al mercato. Pertanto, in primo luogo, occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante la pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'art. 66, comma 7 del Codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio)". Si sottolinea inoltre che l'Autorità nella Determina richiamata, indica - in riferimento alle modalità di pubblicazione dell'avviso preventivo di manifestazione d'interesse - che "vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua appetibilità per i potenziali concorrenti". A tale riguardo può essere presa a modello la disciplina degli elenchi previsti dall'articolo 267 del DPR 207/2010 per l'affidamento dei servizi di ingegneria e di architettura, norma questa che - rinviando all'articolo 124 comma 5 del Codice - prevede anche la pubblicazione dell'avviso in Gazzetta Ufficiale e nell'albo della stazione appaltante, ovvero nel BURT. In conclusione, ai fini della costituzione di elenchi aperti di operatori economici, si possono prevedere forme di pubblicità anche aggiuntive ai sensi dell'art. 66 comma 15, proporzionate all'importo dei lavori (500 mila ed 1 milione di euro) e ed efficaci ai fini del rispetto del principio di trasparenza e concorrenza.

2) Per quanto concerne il secondo quesito si evidenzia che i principi che presiedono allo svolgimento delle procedure di gara - ovvero la pubblicità

della seduta, la trasparenza e la partecipazione alla gara - devono essere temperati con la prescrizione di cui all'articolo 13 comma 2 del Codice, ovvero con il differimento del diritto di accesso, diretto a garantire la segretezza dell'offerta e la leale concorrenza. Infatti il legislatore ha ritenuto che fino alla decorrenza del termine (per la presentazione delle offerte) è fatto divieto di divulgare l'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito, l'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e l'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte (lettera b).

A tale riguardo, tuttavia si fa presente che l'AVCP nella Determina n. 2/2011, al punto 2.5., per la procedura negoziata senza bando di cui all'articolo 122 indica il sorteggio pubblico per selezionare i candidati da invitare.

Pertanto nell'individuazione della soluzione più opportuna, scelta che è indubbiamente rimessa alla valutazione della stazione appaltante, occorre individuare una soluzione che consenta di temperare i contrapposti interessi e, come anche indicato da alcuni autori a mero titolo esemplificativo, si può ipotizzare di procedere ad abbinare i nomi a numeri, abbinamento da effettuare in via riservata, e di procedere quindi ad effettuare il sorteggio pubblico con i numeri. Tali modalità consentono, infatti, di garantire la pubblicità e trasparenza delle operazioni di gara nel rispetto dei divieti di cui all'articolo 13 del Codice.

In questo modo, solo dopo la scadenza prevista per la presentazione delle offerte, tramite i verbali della seduta pubblica e del sorteggio pubblico, unitamente alla documentazione a comprova dell'abbinamento nomi/numeri tutto il procedimento seguito è ripercorribile e verificabile.

3) Per quanto concerne il terzo quesito, riguardante le diverse modalità con cui dare attuazione al principio di rotazione, si ricorda che ai sensi dell'art. 57 comma 6 del Codice il principio di rotazione si riferisce espressamente all'individuazione degli operatori economici da consultare ai fini dell'esperimento della procedura negoziata e che tale principio si presenta come diretta conseguenza del rispetto del principio di tutela della concorrenza. Infatti come afferma il T.A.R. Lombardia Milano Sez. I, Sent.,

06-12-2012, n. 2952, "in generale, la procedura di affidamento di cui all'art. 122, comma 7 del D.Lgs. n. 163 del 2006, anche in esito ai recenti interventi di riforma, costituisce una delle possibili opzioni per le stazioni appaltanti, essendo diretta a garantire la semplificazione ed efficienza dell'azione amministrativa in stretta osservanza dei principi comunitari di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità, trasparenza e rotazione degli operatori;[..] tale ultimo principio si sostanzia nell'obbligo della stazione appaltante, delineato dall'art. 57, comma 6 del D.Lgs. n. 163 del 2006, di selezionare gli operatori da invitare mediante specifiche indagini di mercato; di disporre un continuo aggiornamento degli elenchi dei soggetti da invitare alle procedure di affidamento, e, non ultimo, di garantire un costante rinnovamento degli operatori selezionati, diversamente prospettandosi il consolidamento di situazioni di ingiusto privilegio incompatibili con la tutela della concorrenza".

4. Riguardo al quarto quesito si rileva, come indicato nella Determinazione dell'AVCP n. 4/2012 da voi richiamata, che nel settore dei lavori pubblici "per i contratti di importo superiore a 150.000 euro ed inferiore a 20.658.000 euro (art. 40, del Codice ed art. 60 del Regolamento), non è ammissibile richiedere requisiti ulteriori rispetto al possesso della attestazione SOA per categorie e classifiche adeguate ai lavori da affidare".

Per i contratti di lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro, si applicano le disposizioni di cui all'art. 90 del Regolamento, fermo restando che, qualora il concorrente sia comunque in possesso della attestazione SOA per categoria analoga ai lavori indicati nel bando di gara, la stessa è sufficiente a comprovare il possesso dei requisiti (comma 1). Quindi, per i suddetti appalti occorre indicare nel bando/avviso i requisiti di ordine tecnico-organizzativo indicati dall'art. 90, commi 1 e 3 del Regolamento, documentati mediante dichiarazione sostitutiva.

Infatti, come specificato dall'AVCP, le stazioni appaltanti anche nel mutato quadro normativo individuano i requisiti speciali, ovvero le caratteristiche di professionalità necessarie per contrarre con la pubblica amministrazione in

relazione ad un determinato affidamento, tenendo conto della natura del contratto ed in modo proporzionato al valore dello stesso; in ogni caso detti requisiti non devono essere manifestamente irragionevoli, irrazionali, sproporzionati, illogici ovvero lesivi della concorrenza, come affermato da costante giurisprudenza.

*Data di invio della risposta scritta 15/01/2013*

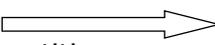


## QUESITO

### Procedura negoziata senza bando per lavori d'importo inferiore a 500 mila euro

Data invio 07/01/2013

Soggetto richiedente:  
Ente di appartenenza Comune di  
Ufficio Patrimonio  
Sede  
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 13 luglio 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 pre-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 X 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 Tracciabilità Altro.....</p>
<p>Con bando X Senza bando Cottimo fiduc. Amm.<sup>ne</sup> diretta</p>		

**Quesito\*:**

In merito all'applicazione dell'art. 122 comma 7 del Codice, si chiede se per un appalto di lavori di importo a base di gara inferiore a 500.000 € si possa procedere, con invito rivolto ad almeno 5 ditte, a prescindere dalle casistiche di particolarità dei casi indicate dall'art. 57 c. 2 e 5 del codice.

Dalla lettura del codice infatti, sembra di capire che l'applicazione della procedura negoziata art. 57, per i lavori, sia chiaramente fattibile a condizione che ricorrano i vari casi indicati dai commi 2 e 5, ma qualora ricorrono le condizioni economiche di cui all'art. 122, c. 7 (importo inferiore a 1.000.000 o 500.000) l'unico rispetto debba essere quello dell'art. 57, c 6 (quindi escludendo i casi specifici di cui ai commi 2 e 5 dell'art. 57 stesso).

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

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

In riferimento all'argomento oggetto del quesito preme evidenziare che su tale specifico tema è intervenuta l'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici con la Determinazione n. 8 del 14 dicembre 2011 recante "Indicazioni operative inerenti la procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara nei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria dopo le modifiche introdotte dal decreto-legge 13 maggio 2011, n. 70 convertito in legge dalla legge 12 luglio 2011, n. 106".

Già in precedenza l'AVCP aveva chiarito, nella Determinazione n. 2 del 6 aprile 2012, che "la procedura negoziata prevista dall'art. 122, comma 7 bis (poi abrogato dal DL n. 70/2011 che ha modificato il comma 7 dello stesso art. 122 portando la possibilità di esperire la procedura negoziata per lavori fino ad un massimo di 1 milione di euro con l'invito di almeno 10 soggetti) è legittimata dal legislatore sulla base dell'importo, specificando inoltre che "le norme di cui all'art. 122 del Codice soggiacciono comunque all'applicazione dei principi generali del diritto amministrativo: la stazione appaltante nella delibera a contrarre fornisce una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo esprime a riguardo una possibilità, non certo un obbligo di utilizzo della procedura negoziata. Ciò non significa che la motivazione deve far riferimento alla sussistenza delle circostanze esplicitate dal legislatore negli art. 56 e 57 del Codice: se si verificasse una di quelle situazioni, infatti, il ricorso alla negoziata sarebbe giustificato ex se dagli art. 56 e 57, mentre è chiaro che l'art. 122, comma 7 bis si riferisce a presupposti diversi".

Ciò è stato poi confermato dalla stessa AVCP nella Determinazione n. 8/2011 citata, nella quale si evidenzia che "la motivazione non deve far riferimento

alla sussistenza delle circostanze esplicitate dal legislatore negli art. 56 e 57 del Codice perché altrimenti si cadrebbe nella superflua ripetizione di quanto già valutato dal legislatore al fine di consentire il ricorso alla negoziata”.

Con ciò premesso si rammenta che la stessa AVCP ha ritenuto mettere in rilievo che, come emerge dalla lettura della Relazione di accompagnamento al decreto legge n. 70/2011, “lo scopo della novella va ricercato nell’esigenza di semplificare le procedure di affidamento dei contratti pubblici..[..] *considerato* che l’attuale fase di crisi economica rende indispensabile l’adozione di misure di semplificazione ed accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti [..]”.

In conclusione, evidenziata la diversità dei presupposti che legittimano le procedure negoziate in materia di lavori pubblici di cui all’art. 57 rispetto a quelli previsti all’art. 122 comma 7 del Codice, dalla lettura combinata delle suddette disposizioni si conferma che le modalità di affidamento sono quelle previste dall’art. 57 comma 6, espressamente richiamato dall’art. 122 comma 7, nel rispetto dei principi generali ivi indicati.

Per tutte le altre questioni inerenti le procedure negoziate si rimanda alle indicazioni operative ed ai chiarimenti forniti dall’Autorità di Vigilanza nelle Determinazioni precedentemente richiamate.

*Data di invio della risposta scritta 11/01/2013*



## QUESITO

### Richiesta di subappalto ad impresa dello stesso raggruppamento

Data invio 3/01/2013

Soggetto richiedente  
Ente di appartenenza COMUNE di  
Settore/Ufficio LAVORI PUBBLICI  
Sede  
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. 37 e 118;          Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 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 type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria  <input checked="" type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u>  <input 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 checked="" type="checkbox"/> Con bando  <input type="checkbox"/> Senza bando  <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc.  <input type="checkbox"/> Amm.<sup>ne</sup> 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 type="checkbox"/> Controlli post gara  <input type="checkbox"/> Stipula del contratto  <input checked="" type="checkbox"/> Esecuzione del contratto  <input type="checkbox"/> Collaudo  <input type="checkbox"/> Eventuale pre-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"/> Tracciabilità  <input checked="" type="checkbox"/> Altro: SUBAPPALTO</p>

### Quesito\*:

Con determinazione n. XX/2010 è stato provveduto all'aggiudicazione definitiva all'ATI da costituire composta da:

XXX. SAS (Mandataria);

YYY SCARL (Mandante);

www SRL (Mandante), ;

dei lavori di realizzazione della cassa d'espansione denominata zzzzz e sistemazione del reticolo idraulico di pertinenza – I lotto.

Gara con bando pubblico con criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

A base di gara vi era un'unica categoria, OG8.

Il quadro economico di aggiudicazione è il seguente:

LAVORI A BASE D'ASTA 8.000.000,00

di cui ONERI SICUREZZA 266.311,94

BASE D'ASTA -ONERI 7.733.688,06

RIBASSO D'ASTA 30,302%

RIBASSO IN € 2.343.462,16

RIBASSO su (BASE D'ASTA - ONERI ) 5.390.225,90

PREZZO CON ONERI 5.656.537,84 + IVA allora AL 20% 1.131.307,57

PREZZO COMPLESSIVO € 6.787.845,41

La quota di partecipazione delle tre imprese in sede di gara e poi formalizzata nell'atto di costituzione dell'ATI definitiva è la seguente:

PERCENTUALE e IMPORTO SINGOLE DITTE

XXX S.A.S 70% € 3.959.576,49

YYY Scarl 20% € 1.131.307,57

WWW Srl 10% € 565.653,78

IMPORTO MASSIMO SUBAPPALTO (30 % DELL'IMPORTO AGGIUDICATO): € 1.696.961,35

SUBAPPALTI FINORA AFFIDATI: DITTA EUROSOL PALIMODENA € 240.000,00

IMPORTO ANCORA SUBAPPALTABILE € 1.456.961,35

Sono stati finora emessi 3 STATI DI AVANZAMENTO

PRIMO SAL DETERMINA N. zz DEL 13.10.2011 DELL'IMPORTO DI € 437.119,97  
ESCLUSO IVA

SECONDO SAL DETERMINA N. vvv DEL 05.04.2012 DELL'IMPORTO DI €  
286.928,37 ESCLUSO IVA

TERZO SAL DETERMINA N. xxx DEL 16.11.2012 DELL'IMPORTO DI €  
576.589,95 ESCLUSO IVA

IMPORTO DEI SAL DIVISO PER			
SINGOLE DITTE	XXX SAS	YYY SCARL	WWW SRL
			€
PRIMO SAL	€ 133.000,00	€ 60.119,97	244.000,00
			€
SECONDO SAL	€ 85.142,37	€ 61.786,00	140.000,00
TERZO SAL	€ 270.000,00	€ 306.589,95	
			€
TOTALE LIQUIDATO	€ 488.142,37	€ 428.495,92	384.000,00
			€
IMPORTO RIMANENTE DA	€	€ 137.157,86	€
LIQUIDARE	3.471.434,12		747.307,57

In data 21.12.2012 la capogruppo XXX SAS ha inoltrato un'ulteriore richiesta di subappalto: € 650.000,00 di lavori alla WWW SRL, cioè a una delle mandanti. La WWW SRL ha la SOA per la OG8 classifica III.

Siccome non mi è mai capitato che un'impresa volesse subappaltare verso un'altra impresa appartenente allo stesso suo raggruppamento, la mia domanda è: è ammissibile questo subappalto? Può essere autorizzato?

Grazie

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

--

## **RISPOSTA al quesito**

### **Premesso**

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

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato si rileva che le problematiche sollevate afferiscono alla partecipazione di un operatore economico ad un R.T.I. quale mandante. A tale riguardo si evidenzia che la facoltà degli operatori economici di costituirsi in raggruppamento temporaneo ai sensi dell'art. 37 del Codice dei contratti e la facoltà del soggetto risultato aggiudicatario (ev. un R.T.I.) di affidare in subappalto una quota non superiore al 30 % delle lavorazioni rientranti nella categoria prevalente come previsto dall'art. 118, sono riconducibili ad istituti che rispondono ad esigenze diverse e per questo non sovrapponibili.

Infatti, mentre il raggruppamento temporaneo di imprese consente di costituire un'unione tra più soggetti mediante accordo contrattuale, caratterizzata dalla occasionalità e temporaneità, con la finalità di partecipare alla procedura di affidamento mediante la presentazione di un'unica offerta, il subappalto invece è un contratto in forza del quale l'appaltatore (sub-committente) affida ad un terzo (subappaltatore) l'esecuzione di determinate prestazioni che si è impegnato a realizzare nei confronti di un soggetto committente principale (stazione appaltante), con organizzazione dei messi necessari e gestione a proprio rischio. Come specificato da autorevoli commentatori [Caringella- Protto 2011] "il contratto di subappalto crea di fatto (e di diritto) un nuovo rapporto giuridico bilaterale tra subappaltante e subappaltatore – lasciando inalterato quello tra committente e appaltatore – al quale si applica nella normalità dei casi la stessa disciplina del contratto base..[.].

Relativamente ai RTI nei lavori pubblici, con D.L. 6 luglio 2012 n. 95,

convertito con modifiche con la legge 7 agosto 2012 n. 135, concernente "Disposizioni urgenti per la revisione della spesa pubblica con invarianza dei servizi ai cittadini, nonché misure di rafforzamento patrimoniale delle imprese del settore bancario" il comma 13 dell'articolo 37 è stato modificato (art. 1, comma 2-bis, lettera a) determinando che "nel caso di lavori, i concorrenti riuniti in raggruppamento temporaneo devono eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento". Infatti come affermato dalla giurisprudenza, e da ultimo dal TAR Lazio Roma sez. II ter, Sent. 10/12/2012, n. 10277 "la giurisprudenza, in proposito, ha chiarito che, per indirizzo consolidato, l'associazione temporanea offerente deve indicare sia le quote di partecipazione di ciascun componente sia le quote di esecuzione dell'appalto e che vi deve essere corrispondenza tra le stesse trattandosi di un principio generale che prescinde dalla morfologia del raggruppamento e dalla tipologia delle prestazioni (ex multis: Cons. St., III, 8 ottobre 2012, n. 5238). Va da sé, pertanto, che la quota di partecipazione al raggruppamento deve essere indicata in modo irreversibile e vincolante al momento della presentazione della domanda di partecipazione alla gara, atteso che in tale momento le imprese costituite o da costituirsi in associazione manifestano la volontà di competere per l'aggiudicazione dell'appalto e la loro posizione si differenzia da quella della generalità dei consociati. D'altra parte, l'esigenza che le quote di partecipazione all'associazione temporanea e le quote di esecuzione delle prestazioni siano specificate in sede di domanda di partecipazione alla gara e di presentazione dell'offerta è finalizzata a consentire alla stazione appaltante, durante lo svolgimento della gara, la verifica del possesso dei requisiti di qualificazione dei concorrenti in relazione all'effettiva quota delle prestazioni che ciascuno dei partecipanti al raggruppamento si è impegnato ad eseguire. [...] In definitiva, il Collegio ritiene che non possa sussistere alcun dubbio sul fatto che la forma, orizzontale o verticale della costituenda associazione, nonché le quote di partecipazione alla stessa con le corrispondenti quote di esecuzione delle prestazioni dovessero essere indicate, a pena di esclusione, nella domanda di partecipazione alla gara e, quindi, al momento della

presentazione dell'offerta e non potessero essere successivamente modificate”.

Pertanto, per quanto sopra riportato, si ritiene che nel caso sottoposto il subappalto non possa essere autorizzato in quanto il subappalto comporta un'alterazione dell'originaria ripartizione delle quote di esecuzione delle lavorazioni dichiarate dall'aggiudicatario in sede di offerta.

*Data di invio della risposta scritta 11/01/2013*



## QUESITO

### Richiesta di partecipazione a Procedura negoziata di operatore economico non invitato

Data invio 15 luglio 2013

Soggetto richiedente -

Ente di appartenenza - Comune di

Settore/Ufficio

Sede -

Tel. Fax

Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 122 c 7 e art. 57 c. 6; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; .....		
<u>Appalti:</u> <b>Lavori</b> Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito <b>Svolgimento gara</b> Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> <b>Sotto soglia comunitaria</b> Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI <b>Offerta economicamente più vantaggiosa</b> Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....
<u>Contratti:</u> <b>Settori ordinari</b> Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta <b>Negoziata</b> Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	

### **Quesito\***

Si è deciso di affidare un lavoro ai sensi dell'art. 122 c. 7 del D.Lgs 163/2006 secondo la procedura prevista all'art. 57 c. 6 e si è quindi provveduto - nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza - a svolgere un'accurata indagine di mercato e a selezionare ed invitare gli operatori economici nel numero minimo richiesto dalla norma. Si chiede se la stazione appaltante sia obbligata ad accettare l'offerta di un altro operatore economico che faccia richiesta di essere invitato successivamente alla spedizione delle lettere di invito agli altri operatori selezionati.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

---

### **Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

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

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, si evidenzia che la situazione da voi richiamata concerne l'ipotesi speciale di procedura negoziata senza bando di gara di cui all'art. 122 comma 7 del Codice dei contratti, prevista per l'esecuzione di lavori pubblici di importo complessivo inferiore al milione di euro.

La suddetta procedura negoziata è stata oggetto di due interventi chiarificatori dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici, che con le Determinazioni n. 2 del 6 aprile 2011 e n. 8 del 14 dicembre 2011 ha fornito importanti indicazioni operative per le stazioni appaltanti.

In particolare, per quanto concerne le modalità di selezione degli operatori

economici da invitare, l'AVCP ha indicato le modalità di scelta che appaiono maggiormente rispettose dei principi di non discriminazione e parità di trattamento, proporzionalità, concorrenza e rotazione, tra cui anche la formazione di elenchi di operatori economici aperti al mercato.

Per una più approfondita disamina delle Determinazioni dell'AVCP si rimanda alla risposta fornita da questo Ufficio ad uno specifico quesito posto da Codesta stazione appaltante in data 4 giugno 2012.

Per quanto concerne specificamente la questione posta, ovvero se la stazione appaltante nell'ambito della negoziata di cui all'articolo 122 comma 7 sia obbligata o meno ad accettare la richiesta di partecipazione di un operatore economico non precedentemente invitato, successiva al formale invio delle lettere di invito ad operatori economici già selezionati, si ritiene che la stazione appaltante non possa accettare tale nuova richiesta di partecipazione per non contravvenire, da un lato, al rispetto del principio di parità di trattamento per gli operatori economici già selezionati, e dall'altro al rispetto dei termini e alle condizioni stabilite dalla lettera d'invito. Come ribadito dal Consiglio di Stato, infatti, nella sentenza Sez. VI n. 5712 dell'1/10/2003, la lettera d'invito è un atto amministrativo le cui prescrizioni sono assimilabili alle disposizioni del bando in quanto costituiscono *lex specialis* della procedura di gara, e pertanto sono vincolanti non solo per i partecipanti ma anche per la stazione appaltante.

In alternativa, qualora Codesta stazione ritenga di dover interrompere la procedura già avviata "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", può provvedere a revocare la determina a contrarre e di tutti gli atti conseguenti (art. 21 quinquies della Legge 241/1990). Resta fermo il potere di annullare l'intera procedura in sede di autotutela, ai sensi dell'art. 21 octies della Legge 241/1990 per vizi di legittimità.

*Data di invio della risposta scritta 17/07/2013...*



## QUESITO

### Valutazione offerte anomale e riparametrazione con criterio OEPV

Data 4/9/2013

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio Servizio Tecnico – U.O. Lavori pubblici

Sede

Tel Fax

Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> <b>X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06),</b> Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; <b>X Regolamento ex DPR n. 207/2010 Allegato G.....</b>		
<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 X Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> X Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro: Valutazione anomalia offerta
<u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> X Aperta Ristretta Negozziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	

### Quesito\*:

Nell'ambito di una procedura di scelta del contraente di lavori con l'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, alla quale partecipano e sono stati ammessi n. 2 concorrenti, è previsto ai fini dell'attribuzione del punteggio a ciascun criterio dell'offerta tecnica, come indicato nel disciplinare di gara, il ricorso al *metodo della media dei coefficienti, variabili tra zero ed uno* ( e da esprimersi con un solo decimale), *attribuiti discrezionalmente da ogni singolo commissario* ai sensi dell'allegato G al D.P.R n. 207/2010, nonché la successiva riparametrazione della media dei coefficienti più alta ottenuta al valore "1" e la proporzione alla media massima delle altre medie calcolate.

Ai fini dell'assegnazione dei punteggi alle offerte economiche si prevede l'utilizzo della seguente formula (similare a quella da applicarsi per le offerte tecniche):

$$(P_i) = R_i / R_{max} \rightarrow (P_i) \cdot 20$$

dove  $(P_i)$  è il coefficiente da moltiplicare per il punteggio massimo attribuito all'offerta economica (max 20 punti),  $R_i$  è il ribasso percentuale dei singoli concorrenti –  $R_{max}$  è il miglior ribasso percentuale offerto.

In conformità all'art. 86 co. 2 Dlgs n. 163/2006 insorge l'obbligo della valutazione dell'anomalia per quelle offerte che ottengono un punteggio sia pari o superiore ai 4/5 della somma di quelli massimi attribuibili all'offerta tecnica sia pari o superiore ai 4/5 del punteggio massimo attribuibile all'offerta economica.

- Interpretazione n. 1: ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta si tiene conto dei punteggi per come indicati nel bando di gara: dall'applicazione delle suddette formule deriva il fatto che ci sarà sicuramente un concorrente che otterrà il punteggio massimo per l'offerta tecnica ed uno che otterrà un punteggio massimo per l'offerta economica, ed in questo caso, visto il ristrettissimo numero dei partecipanti, è molto probabile che nella situazione descritta nella parte iniziale del presente punto si trovi lo stesso concorrente, per il quale si

dovrebbe quindi procedere ai sensi degli artt. 87 ed 88 del Dlgs n. 163/2006.

- Interpretazione n. 2 (sostenuta da questa stazione appaltante): ai fini della valutazione dell'anomalia dell'offerta si tiene conto dei coefficienti attribuiti discrezionalmente dai singoli Commissari in quanto esprimono la "vera" valutazione di quanto offerto per la parte tecnica; dal momento che le medie di tali coefficienti riparametrate a "1" (equivalente al punteggio massimo attribuibile all'offerta tecnica) sono, per ciascuna offerta, tutte inferiori ai 4/5 del punteggio stesso, non risulta l'obbligo di valutare l'anomalia.

Si chiede a codesto rispettabile Ente quale delle due interpretazioni sia ritenuta maggiormente corretta.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

---

**Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana**

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

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

Relativamente al quesito posto ed in base a quanto da voi rappresentato, per quanto concerne le modalità di effettuazione della valutazione delle offerte tecniche con il metodo della media dei coefficienti di cui all'Allegato G del DPR 207/2010, si evidenzia che Codesta stazione appaltante è tenuta ad applicare quanto stabilito nel bando e nel disciplinare di gara. Infatti questa è l'indicazione contenuta nello stesso Allegato G, alla lettera a) secondo cui la valutazione degli elementi di natura qualitativa deve avvenire "attraverso il metodo indicato nel bando di gara o nell'avviso di gara o nella lettera di invito [...]". Pertanto appare sicuramente più corretta l'interpretazione da voi indicata al n. 1) del quesito.

Inoltre, riguardo le problematiche in esame - concernenti in particolare le modalità di svolgimento del procedimento della riparametrazione delle offerte dopo la valutazione della loro congruità e l'individuazione delle offerte anomale ex artt. 86 e 87 del Codice - , si segnala la "Guida operativa per l'utilizzo del criterio OEPV" del 24 gennaio 2013 dell'Associazione ITACA (Istituto per l'Innovazione e la Trasparenza degli Appalti e la Compatibilità Ambientale) delle Regioni, nella quale trova conferma quanto sopra indicato. Si riporta di seguito quanto indicato al punto 3.2 della documento citato:

"3.2 La c.d. riparametrazione

***IN EVIDENZA:***

*1. In caso di scelta dell'applicazione della c.d. riparametrazione, è necessario che essa sia disciplinata nella documentazione di gara.*

Per quanto la c.d. "riparametrazione dei punteggi" non sia espressamente prevista nel D. Lgs. n. 163 del 2006 e nel D.P.R. n. 207/2010, se non nell'Allegato M per i contratti relativi a servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, l'Autorità di

Vigilanza, nel caso di suddivisione dei criteri di valutazione in sub-criteri e sub-pesi, ne sostiene la necessità al fine di garantire che il rapporto fra il prezzo e la qualità dell'offerta, fissato nel bando di gara, non venga alterato nella sua concreta applicazione in sede di attribuzione dei punteggi.

Del resto la giurisprudenza da anni riconosce l'opportunità di procedere alla riparametrazione dei punteggi nel caso di aggiudicazione secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infatti, mentre all'offerta che presenta il più alto ribasso/prezzo minore è sempre attribuito il punteggio massimo previsto nel bando, non è detto che all'offerta, ritenuta migliore delle altre a livello tecnico e qualitativo, sia attribuito il punteggio massimo previsto nel bando di gara.

Nell'ambito dell'attribuzione dei punteggi relativi ai criteri valutazione di natura tecnico-qualitativa, l'offerta migliore potrebbe non ottenere il massimo punteggio previsto per i criteri medesimi.

Con la sentenza n. 5754 del 14.11.2012 la VI sezione del Consiglio di Stato ha definitivamente chiarito che, "nelle gare da aggiudicarsi con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa la c.d. riparametrazione ha la funzione di ristabilire quanto voluto dalla stazione appaltante nel bando e, quindi, l'equilibrio fra i diversi elementi qualitativi e quantitativi previsti per la valutazione delle offerte" e ancora "il corretto *modus procedendi* per rispettare la *lex specialis* consiste nell'attribuire a ciascun elemento qualitativo il punteggio massimo previsto dal bando e poi, individuata sulla base di questa **prima riparametrazione** l'offerta migliore dal punto di vista tecnico, effettuare una **seconda riparametrazione** volta ad assicurare che l'incidenza relativa della voce qualità tecnica sul punteggio finale sia sempre in grado di rispecchiare la proporzione voluta dalla stazione appaltante".

Per completezza si provvede ad allegare alla presente risposta l'intera Guida, che ad ogni buon conto è consultabile all'indirizzo [www.itaca.org](http://www.itaca.org), in Tematiche "Appalti pubblici".

*Data di invio della risposta scritta 09/09/2013*



## Quesito

### Partecipazione Consorzio stabile a Procedura negoziata

7 febbraio 2013

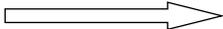
Soggetto richiedente

Ente di appartenenza Comune di  
Settore Direzione Servizi alla Città  
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. 59;  Legge Regionale n. 38 del 2007, art.....;  Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;  T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;  D.P.R. 207 del 5.10.2010 art. 287- Regolamento di esecuzione ed attuazione del DLgs 163/06</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>  Aperta  Ristretta  X Negoziata   Dialogo competitivo  Accordo quadro  Project financing  Mercato elettronico  Asta elettronica</p>	<p><u>Concessioni:</u>  Lavori  Servizi  Altro</p> <p>Con bando  X Senza bando  Cottimo fiduc.  Amm.<sup>ne</sup> diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u>  Antecedente il bando o la lettera di invito  Svolgimento gara  X Controlli in gara  X 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: <b>requisiti società consortile a.r.l. che partecipa come impresa singola</b></p>

### **Quesito\*:**

Questa stazione appaltante, nel corso della procedura negoziata ex art. 122 c. 7 Dlgs 163/06, ha riscontrato che una impresa nella forma delle Società Consortile ex art. 2602 del Codice Civile (e pertanto secondo noi rientrante nella tipologia di cui all'art. 34 c. 1 lettera e del DLgs 163/06) intende partecipare alla procedura come "impresa singola" e titolare di attestazione SOA per la categoria richiesta dall'avviso di gara.

Tra le dichiarazioni rese dalla suddetta impresa, risulta che vuole fare eseguire i lavori da due "consorziate" di cui non fornisce indicazioni. Le "consorziate esecutrici" non hanno fornito alcuna dichiarazione in merito al possesso dei requisiti per la partecipazione alle gare d'appalto.

La stazione appaltante ha richiesto al concorrente chiarimenti in merito. Quest'ultimo ha risposto quanto segue: *"il concorrente è una società consortile che si prefigura come impresa singola, essendo in possesso direttamente dell'attestazione SOA richiesta. Una volta ricevuta l'eventuale aggiudicazione, il concorrente affida direttamente il lavoro a uno o più dei propri consorziati, attraverso un ordine diretto, non prefigurandosi perciò la condizione di subappalto, in quanto le aziende consorziate che andranno ad espletare le attività, sono socie del consorzio e non ditte esterne. Per quanto riguarda infine il possesso dell'attestato di denuncia dell'attività di centro di trasformazione, tale requisito è posseduto dall'azienda consorziata che andrà materialmente ad effettuare il lavoro in nome e per conto della società concorrente"*

Dalla visura camerale effettuata dalla stazione appaltante, risulta che le imprese socie del concorrente non hanno partecipato alla gara in altra forma e pertanto è stata esclusa l'ipotesi di partecipazione plurima e/o di collegamento

Si chiede un parere se, per quanto sopra, il concorrente deve essere o meno ammesso alla procedura in quanto la sua "condizione" è compatibile con quanto previsto dal codice degli appalti in materia di partecipazione alle procedure di appalto.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

--

Data di ricezione della richiesta scritta .....

Annotazioni

--

## **RISPOSTA al quesito**

### **Premesso**

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

Relativamente al quesito posto, preliminarmente si rileva che in base alle indicazioni fornite alcuni aspetti non risultano sufficientemente chiari, anche in rapporto alla valutazione della veridicità o meno delle dichiarazioni fornite dal concorrente in gara. Per quanto consta, le problematiche sollevate trovano adeguato collocamento nell'ambito di applicazione dell'articolo 36 del Codice dei Contratti relativo ai "ConSORZI stabili" ex art. 2615 del Codice civile.

Ciò si deduce dai "chiarimenti" forniti dal concorrente, ed in particolare dalla qualificazione che l'operatore fornisce di sé stesso quale "impresa singola", nonché dalla titolarità della SOA per la categoria richiesta dal bando di gara direttamente in testa allo stesso soggetto, circostanza quest'ultima preclusa per i consorzi ordinari per i quali invece (art. 37 comma 3) i requisiti fanno capo ai singoli imprenditori (consorzati). Nel senso del consorzio stabile anche le altre indicazioni fornite, ovvero l'intenzione di "affidare direttamente il lavoro ad uno o più dei propri consorzati" attraverso ordine diretto, qualificando le consorziate come "socio del consorzio".

Senza addentrarsi nelle specifiche problematiche relative alla diversa natura dei consorzi stabili e ordinari, si ricorda brevemente che nei consorzi ordinari costituiti ex art. 2602 codice civile manca quella struttura comune di impresa e quella autonoma struttura aziendale che caratterizza i consorzi stabili;

questi ultimi, inoltre, devono essere già costituiti al momento dell'offerta contrariamente a quanto previsto per i consorzi ordinari, i quali possono presentare le loro offerte anche se ancora non costituiti.

Qualora, invece, in base ad altre informazioni in possesso della scrivente stazione appaltante il soggetto concorrente sia da inquadrare come consorzio ordinario ex art. 2602 del Codice Civile, la normativa di riferimento diventa l'articolo 37 del Codice dei Contratti con le conseguenti problematiche derivanti dal mancato rispetto della medesima evidenziate dalle indicazioni fornite. Infatti in questo caso, ciascuna delle partecipanti doveva produrre, oltre alla propria SOA, le dichiarazioni di cui all'articolo 38 del Codice dei Contratti e provvedere a firmare l'offerta singolarmente qualora non ancora costituito il consorzio/RTI.

Ciò posto, considerando quindi che ai fini della risposta al quesito l'inquadramento giuridico più idoneo del concorrente risulta il consorzio stabile, si osserva quanto segue:

- 1) ai fini della partecipazione alla gara, soccorre il disposto di cui al comma 2 dell'articolo 36, in base al quale si rinvia al Regolamento per "le condizioni e i limiti alla facoltà del consorzio di eseguire le prestazioni anche tramite affidamento ai consorziati, fatta salva la responsabilità solidale degli stessi nei confronti del soggetto appaltante o concedente";
- 2) ai sensi dell'articolo 94 del Regolamento, "i consorzi stabili di cui agli articoli 34, comma 1, lettera c), e 36 del codice, eseguono i lavori o con la propria struttura o tramite i consorziati indicati in sede di gara senza che ciò costituisca subappalto, ferma la responsabilità solidale degli stessi nei confronti della stazione appaltante". Inoltre "i consorzi stabili conseguono la qualificazione a seguito di verifica dell'effettiva sussistenza in capo alle singole consorziate dei corrispondenti requisiti";
- 3) ai sensi del comma 5 dell'articolo 36, i consorzi stabili sono tenuti ad indicare in sede di offerta per quali consorziati il consorzio concorre. A questi ultimi è fatto divieto di partecipare, in qualsiasi altra forma, alla medesima gara ed in caso di violazione sono esclusi dalla gara sia il consorzio sia il consorziato, trovando applicazione l'articolo 353 del codice penale. È vietata

la partecipazione a più di un consorzio stabile<sup>2</sup>.

Quindi, dal combinato disposto delle suddette disposizioni si ricava, in primo luogo, che il consorzio deve indicare in sede di offerta se intende partecipare come impresa autonoma oppure se partecipa per conto di alcune consorziate. Infatti il consorzio si configura come un soggetto diverso dalle imprese consorziate, dotato di autonoma ed esclusiva legittimazione e nella prima ipotesi (partecipazione come impresa autonoma) sfrutta la "comune struttura d'impresa" senza coinvolgere i consorziati nell'esecuzione ed il consorzio medesimo risponde delle obbligazioni assunte in nome proprio a mezzo del fondo consortile. In secondo luogo, il consorzio deve indicare in sede di offerta se invece partecipa per conto di alcuni consorziati (comma 5), al fine di evitare che anche tali consorziati possano partecipare alla gara alterando così la stessa procedura. In questo caso il consorzio affida l'esecuzione dei lavori ai singoli consorziati - non configurandosi tale affidamento come subappalto -, i quali rispondono in solido nei confronti della stazione appaltante.

Relativamente al quesito posto, non risulta - per quanto sopra riportato - che i chiarimenti forniti dall'operatore economico siano esaustivi ai fini dell'ottemperanza delle prescrizioni normative d'interesse, in quanto non vengono specificamente indicate le imprese consorziate esecutrici. Tale adempimento risulta strumentale alla verifica del divieto di partecipazione plurima delle stesse.

Come già indicato, quindi ai sensi dell'articolo 36 comma 5 i consorzi stabili sono obbligati ad indicare alla stazione appaltante i consorziati per i quali intendano eventualmente concorrere. Tale obbligo dichiarativo, come ribadito dal Consiglio di Stato, risulta funzionale al divieto di partecipazione congiunta sancito dallo stesso comma 5 dell'articolo 36 e sanzionato con l'esclusione.

A parere della Consulta, equivalente rigore - ovvero l'espulsione dalla gara - deve presidiare la violazione dell'obbligo strumentale. Ciò vale anche nel caso in cui nessun consorziato ha in concreto partecipato alla stessa procedura,

---

<sup>2</sup> comma sostituito dall'art. 2, comma 1, lettera f), d.lgs. n. 152 del 11/09/2008 in vigore dal 17/10/2008, e così modificato con l'abrogazione del terzo periodo dall'art.17 della Legge 69/2009 a decorrere dal 1° luglio 2009.

come ribadito dal Consiglio di Stato, Sez. V nella sentenza n. 569 del 2.10.2012 e nella sentenza n. 5171 del 2.10.2012, in quanto l'obbligo dichiarativo è incondizionatamente prescritto e va adempiuto al momento dell'offerta, "essendo preordinato a stabilire in capo a chi -oltre al consorzio stabile -deve essere accertata tra i consorziati la titolarità dei requisiti di ammissione di ordine generale, il possesso dei quali si impone -appunto - anche in capo ai consorziati designati per l'esecuzione dell'appalto", mentre per i requisiti di idoneità tecnica vale il regime dettato dall'articolo 35 del Codice (cfr. CdS, Sez. VI, 7 aprile 2010 n. 1964).

Per completezza si riporta di seguito il Parere di Precontenzioso dell'Autorità di Vigilanza sui Contratti Pubblici n. 91 del 13/05/2010 - rif. PREC 175/09/L d.lgs 163/06 Articoli 36, 38 - Codici 36.1, 38.1. Con riferimento ai consorzi stabili, il possesso dei requisiti generali di partecipazione alla gara d'appalto, relativi alla regolarità della gestione delle singole imprese sotto il profilo dell'ordine pubblico, di quello economico, nonché della moralità, va verificato non solo in capo al consorzio ma anche alle singole imprese "designate quali esecutrici del servizio". Diversamente opinando, la normativa sui consorzi finirebbe per tradursi oggettivamente in uno strumento idoneo a consentire - mediante aggregazione in forma consortile di società prive dei requisiti di legge per la partecipazione alle gare e confluenti in un distinto soggetto dotato di esigua struttura ed (esso solo) in regola con detti requisiti - l'aggiramento di inderogabili prescrizioni normative discendenti dai principi generali delle procedure ad evidenza pubblica."

Pertanto, ai fini del quesito posto, sulla base di quanto sopra riportato emerge la necessità per la Stazione appaltante di presidiare con rigore il rispetto dell'obbligo di cui al comma 5 dell'articolo 36, nell'ambito della propria autonomia di valutazione. A tale riguardo si riporta quanto precisato dall'Autorità di Vigilanza della Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012 nelle "Indicazioni generali":

"Tutti i comportamenti prescritti/vietati dal Codice o dal Regolamento (ovvero da altre norme rilevanti) devono essere considerati imposti a pena di esclusione sia qualora venga comminata espressamente la sanzione di

esclusione sia qualora, pur mancando tale previsione esplicita, la norma di riferimento sancisca un obbligo ovvero un divieto o, più in generale, prescriva un adempimento necessario ad assicurare il corretto svolgimento del confronto concorrenziale (in tal senso, cfr. da ultimo, Cons. St., ad. plen., n. 21 del 7 giugno 2012, secondo cui è evidente che l'esclusione dalle gare può intervenire «oltre che nei casi in cui disposizioni del codice o del regolamento la prevedano espressamente, anche nei casi in cui dette disposizioni impongano adempimenti doverosi ai concorrenti o candidati, o dettino norme di divieto, pur senza prevedere una espressa sanzione di esclusione»; in senso conforme, già Cons. St., n. 1471 del 16 marzo 2012).

La dizione utilizzata dall'art. 46 («mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti») deve, quindi, essere considerata come autonoma ed alternativa rispetto a quanto previsto nella seconda parte del medesimo articolo («nonché nei casi di incertezza assoluta (...)»). Si tratta, cioè, di una disposizione generale, posta a chiusura del sistema, la quale comprende in sé tutte le ipotesi in cui sia riscontrabile una violazione del Codice o del Regolamento (o di altre leggi aventi contenuto prescrittivo), senza la necessità che la prescrizione violata si esprima esplicitamente in termini di un dover essere o di un obbligo e senza che sia espressamente comminata l'esclusione.”

*Data di invio del parere scritto 15/02/2013*