

REGIONE



TOSCANA



**RISPOSTE A QUESITI IN MATERIA DI
LAVORI PUBBLICI E DI SERVIZI E
FORNITURE**

ANNO 2015

Risposte a Quesiti in materia di lavori pubblici e di servizi e forniture

Anno 2015

Regione Toscana Giunta Regionale
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti



Ulteriore documentazione
È reperibile all'indirizzo internet:

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

Giunta Regionale
Regione Toscana

2016

INDICE RISPOSTE A QUESITI

Generali

Affidamenti dei Comuni e ricorso al soggetto aggregatore	pag. 5
Applicazione della sanzione pecuniaria nel soccorso istruttorio	pag. 10
Dichiarazioni ex art. 38 dell'usufruttuario di quote maggioritarie di Srl	pag. 15
Esclusione in caso di mancata sottoscrizione digitale dell'offerta	pag. 20
Natura giuridica degli ATC ex L.R. n. 3/1994	pag. 28
Richiesta chiarimenti obbligo trasmissione varianti all'ANAC	pag. 33
Natura giuridica e soggezione degli ATC al Codice dei contratti pubblici	pag. 37
Natura giuridica e regolarità procedure di appalto degli ATC	pag. 42

Lavori pubblici

Accordo bonario e atto transattivo	pag. 48
Project financing per impianto sportivo	pag. 56
Appalto di categorie singolarmente inferiori a 150 mila euro	pag. 61
Avvisi esplorativi per procedure negoziate	pag. 68
Incentivi ai dirigenti per la progettazione di opere pubbliche	pag. 72
Modalità di trasmissione scheda varianti all'ANAC	pag. 78
Procedura per la realizzazione e la gestione del Polo digitale	pag. 82
Requisiti progettisti in RTI in gara sopra soglia	pag. 87
Risoluzione del contratto e concordato preventivo di impresa mandataria	pag. 97
Risoluzione in danno e mancato rilascio della DICO	pag. 103

Servizi e Forniture

Servizi accessori al conto corrente postale	pag. 111
Affidamento dei servizi alla persona. Applicazione Delibera CR n. 199/2001	pag. 115
Modalità di affidamento di beni e servizi e ricorso a START	pag. 121
Obbligatorietà acquisizione del CIG per le concessioni demaniali relative ai punti blu	pag. 125
Obblighi di pubblicità degli appalti allegato II B	pag. 131
Verifica anomalia del costo del lavoro	pag. 136



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

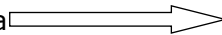
Settore Contratti

QUESITO

Affidamenti dei Comuni e ricorso al soggetto aggregatore

Data invio 18/03/2015

Soggetto richiedente
Ente di appartenenza COMUNE DI
Settore/Ufficio TECNICO
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 33, comma 3 bis; 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 checked="" type="checkbox"/> Servizi <input checked="" type="checkbox"/> 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> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		
		<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità X ACQUISIZIONE DI LAVORI BENI E SERVIZI ATTRAVERSO SOGGETTI AGGREGATORI</p>
		<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>

Quesito*

Con la presente siamo a chiedere un chiarimento interpretativo dell'art. 33, comma 3-bis, del D.Lgs 12 aprile 2006, n. 163, in ordine alla possibilità di ricorrere ad un soggetto aggregatore e alla possibilità di utilizzare gli strumenti elettronici di acquisto gestiti dal soggetto aggregatore di riferimento, anche alla luce della deliberazione di Giunta regionale 22 dicembre 2014 n. 1232. In particolare:

- 1) L'acquisizione di **lavori, beni e servizi** mediante ricorso a **"soggetto aggregatore"**, come intesa nella prima parte dell'articolo, è modalità diversa dall'acquisizione **di beni e servizi** attraverso **"gli strumenti elettronici di acquisto gestiti dal soggetto aggregatore"** di cui al secondo periodo dell'articolo?
- 2) Anche sulla base di risposta ad un precedente quesito, ci sembra di aver capito che l'utilizzo di START è considerato una modalità aggregata di acquisizione, ma valida solo per forniture e servizi. Se così è, l'acquisizione di lavori mediante ricorso al soggetto aggregatore per noi di riferimento (Regione Toscana), come si concretizza?
- 3) In merito all'acquisizione di lavori, quanto previsto per i comuni non capoluogo di provincia con popolazione inferiore a 10.000 abitanti vale anche per quelli con popolazione sopra tale soglia, per l'affidamento di lavori di importo superiore ad € 40.000,00?

Cordialità

** 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, in rapporto alle problematiche poste dal novellato comma 3 bis dell'articolo 33 preliminarmente si evidenzia che con l'articolo 8 comma 3 ter della legge 27 febbraio 2015, n. 11 "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 dicembre 2014, n. 192, recante proroga di termini previsti da disposizioni legislative" (c.d. legge Mille proroghe 2015), il termine per l'entrata in vigore delle disposizioni di cui al comma 3 bis prima richiamato è differito al 1 settembre 2015 sia per forniture e servizi che per lavori pubblici. Ciò posto si forniscono i seguenti chiarimenti:

Quesito 1

La risposta al primo quesito è affermativa in quanto si tratta di due diverse modalità per gli affidamenti. Infatti il ricorso al soggetto aggregatore è previsto nella prima parte della disposizione di cui al comma 3 bis per tutti i settori degli appalti e prevede sostanzialmente il ricorso ad una centrale di committenza esterna alla stazione appaltante, mentre l'acquisizione attraverso gli strumenti elettronici di acquisto, gestiti dal soggetto aggregatore, è prevista nella seconda parte del comma 3 bis ma solo per forniture e servizi, ponendo il legislatore sullo stesso piano – si ripete, solo per forniture e servizi – i quattro diversi modelli di aggregazione della gara previsti nella prima parte del comma 3 bis e l'utilizzo dei sistemi telematici per lo svolgimento delle gare. Detto in altre parole, il comma 3 bis solo per

fornite e servizi parifica diverse modalità per l'effettuazione delle gare pubbliche: le modalità aggregate della gara e gli strumenti telematici, questi ultimi attivabili anche singolarmente dalle stazioni appaltanti.

Entrambe le diverse modalità indicate nel quesito, previste nel comma 3 bis dell'articolo 33 del Codice, rispondono alla finalità di garantire la massima trasparenza e tracciabilità delle procedure di gara, ratio questa che sottende tutte le disposizioni di cui al richiamato comma 3 bis.

Pertanto l'acquisizione di lavori, beni e servizi mediante ricorso a soggetto aggregatore rappresenta una delle modalità previste dall'articolo 33 comma 3 bis del Codice dei Contratti pubblici, mentre per forniture e servizi - e solo per queste - "in alternativa, gli stessi Comuni possono effettuare i propri acquisti attraverso gli strumenti elettronici di acquisto gestiti da Consip S.p.A. o da altro soggetto aggregatore di riferimento".

Quesito n. 2

Come sopra precisato, si conferma che l'utilizzo del sistema telematico START rappresenta una modalità alternativa alla modalità aggregata della gara, ma soltanto per forniture e servizi. Per i lavori pubblici, le modalità sono quelle elencate nella prima parte del comma 3 bis dell'articolo 33, tra cui è previsto anche il ricorso al soggetto aggregatore.

A tale riguardo si evidenzia la necessità di una lettura coordinata con le disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 9 (*Acquisizione di beni e servizi attraverso soggetti aggregatori e prezzi di riferimento*) del DL 24 aprile 2014 n. 66, convertito dalla legge 23 giugno 2014 n. 89, secondo cui il soggetto aggregatore opera solo per le categorie di beni e servizi e al superamento delle soglie che saranno individuate dal Tavolo dei soggetti aggregatori di cui al comma 2 dello stesso articolo 9.

Pertanto, in conformità alla suddetta disposizione, la Regione Toscana come soggetto aggregatore opera solo per l'acquisizione di beni e servizi come previsto con la Delibera di Giunta regionale n. 1232 del 22 dicembre 2014.

Ciò posto occorrerà comunque attendere la completa attuazione delle disposizioni di cui al comma 3 dell'articolo 9 sopra richiamate, per definire le

possibilità per gli enti sul territorio di ricorrere all'aggregazione delle procedure di gara anche per i lavori pubblici.

Quesito 3

Relativamente al terzo quesito posto la risposta è affermativa, operando in entrambe le ipotesi da voi riportate (gare per lavori di qualsiasi importo per i comuni con popolazione inferiore a 10.00 abitanti e gare per lavori di importo superiore a 40.000 euro per i comuni con popolazione superiore a 10.00 abitanti) le opzioni previste dal comma 3 bis prima parte, dell'articolo 33 del Codice Appalti.

Data di invio della risposta scritta



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

**Direzione Generale
Organizzazione e Sistema
Informativo**

**Settore Contratti -
Osservatorio sui contratti
pubblici**

QUESITO

Applicazione della sanzione pecuniaria nel soccorso istruttorio

Data invio: 9/10/2015

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

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

Quesito*:

Il tenore letterale della parte iniziale dell'art. 38, c. 2-bis, D.Lgs. n. 163/2006 introdotto dall'art. 39, c. 1, D.L. n. 90/2014, che stabilisce una diretta connessione tra la mancanza di elementi e/o dichiarazioni essenziali ed il pagamento della sanzione pecuniaria ivi indicata, sembra prescrivere l'applicazione di quest'ultima indipendentemente dal fatto che i concorrenti nei confronti dei quali è attivato il soccorso istruttorio regolarizzino o meno le cause di esclusione sanabili.

Tuttavia sia l'ANAC nella propria Determinazione n. 1/2015 sia un crescente orientamento giurisprudenziale sostengono che detta sanzione pecuniaria non vada comminata nel caso in cui i concorrenti rinuncino alla regolarizzazione.

A fronte di quanto sopra si richiede a codesto rispettabile Osservatorio apposito parere sulla fattibilità di una soluzione operativa, di seguito illustrata, che possa rappresentare una sorta di sintesi tra le due posizioni in termini di garanzia per i partecipanti ma, al contempo, di rispetto delle esigenze di speditezza ed economicità delle Stazioni Appaltanti.

L'idea è quella di prevedere, all'interno del termine da assegnare per la regolarizzazione, un "sottotermine" entro il quale i concorrenti dovranno obbligatoriamente comunicare se intendono effettivamente regolarizzare e, nell'ipotesi di silenzio o di comunicazione di rinuncia a regolarizzare pervenuta in ritardo, verrà applicata la sanzione (oltre che, ovviamente, nel caso di risposta da cui si evinca la volontà di sanare); qualora la risposta di rinuncia fosse acquisita entro tale "sottotermine", invece, la sanzione non verrebbe comminata.

In pratica si chiede se, a Vostro avviso, possa essere inserita nei bandi di gara e nelle lettere di invito la seguente previsione:

“qualora insorgano una o più delle cause di esclusione ritenute sanabili si procederà come previsto dall'art. 38, c. 2-bis, D.Lgs. n. 163/2006 introdotto dall'art. 39, c. 1, D.L. n. 90/2014, assegnando al/i relativo/i partecipante/i, per provvedere alla regolarizzazione, un termine di x giorni, decorso infruttuosamente il quale lo/gli stesso/i sarà/anno escluso/i dalla gara. Nell'ambito del predetto termine i concorrenti nei confronti dei quali è attivato il soccorso istruttorio dovranno comunicare, entro il ridotto termine di x giorni, l'effettiva intenzione di regolarizzare; nel caso in cui la comunicazione non pervenga o quella di rinuncia alla regolarizzazione sia acquisita in ritardo si applicherà una sanzione pecuniaria pari al xxxx della sommatoria tra importo a base d'asta ed oneri per la sicurezza, mentre nell'ipotesi di comunicazione di rinuncia pervenuta in conformità a detto termine ridotto la sanzione pecuniaria non sarà irrogata”.

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

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti sul parere richiesto:

--

--

RISPOSTA AL QUESITO

Premesso

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

Relativamente al quesito posto ed in base di quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che le problematiche sottoposte attengono all'interpretazione del comma 2 bis dell'articolo 38 del D.Lgs 163/2006, norma questa che consente all'appaltatore - previo pagamento della sanzione - di poter integrare eventuali mancanze degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive necessarie (essenziali) per la partecipazione alla gara. Omologa previsione è prevista, sia pure sintetizzata, nel nuovo comma 1ter dell'articolo 46 del Codice. Questi due interventi hanno determinato un profondo cambiamento nella disciplina delle cause di esclusione e richiedono l'inserimento di una specifica clausola nel bando di gara o nella lettera di invito in cui, necessariamente, vengano indicati i vizi essenziali sanabili previo pagamento e quelli irrilevanti che verranno risolti autonomamente dal RUP.

Ciò posto, e considerato che relativamente alle leggi dello Stato soltanto il legislatore nazionale può indicare l'interpretazione autentica delle relative disposizioni, per le problematiche sottoposte si provvede a svolgere le seguenti considerazioni:

in base ad un'interpretazione di tipo "letterale" della norma in esame, in un primo momento è sembrato che la sanzione dovesse essere comminata dalla

stazione appaltante in ogni caso in cui si verifica l'omissione di tipo essenziale, a prescindere dalla volontà dell'appaltatore. Successivamente l'ANAC con la determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015, relativa a "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2 bis e dell'art. 46, comma 1-ter del D. Lgs. 12 aprile n. 163", ha invece affermato la limitazione nell'applicazione della sanzione - in realtà sui pagamenti - ai soli soggetti che accettano la proposta di soccorso istruttorio stabilita dal RUP. In sostanza, interpellato l'appaltatore, ed evidenziato che se vuole restare nella competizione dovrà pagare la sanzione, questi potrà decidere di non aderire alla proposta e di non pagare la sanzione accettando l'esclusione dalla gara. Parecchi sono stati i dubbi interpretativi espressi in dottrina e dalla stessa Corte dei Conti che invece ritengono che la sanzione debba essere pagata a prescindere e per il solo fatto di aver commesso la violazione, anche per evitare comportamenti o partecipazioni strumentali da parte dell'appaltatore. Tuttavia la recente giurisprudenza amministrativa sembra andare nella direzione indicata da A.N.A.C; infatti con l'ordinanza cautelare del Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, del 10 luglio 2015 n. 142, il giudice amministrativo ha condiviso l'interpretazione fornita da A.N.A.C. circa il pagamento della sanzione di irregolarità essenziali sanabili in cui sia incorso l'appaltatore in fase di presentazione della domanda ai fini della partecipazione alla gara, ritenendo "illogica e ingiustamente afflittiva la sanzione pecuniaria per il concorrente che, reso edotto dell'incompletezza o di altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive, scelga di ritirarsi dalla competizione (non avvalendosi del soccorso istruttorio) consentendo alla stazione appaltante di procedere celermente con le operazioni di gara senza strascichi giudiziari."

Pertanto, in base alle considerazioni sopra illustrate e considerata l'interpretazione prevalente della norma in esame, la risposta al quesito posto è negativa in quanto la clausola del bando come da voi elaborata determina il pagamento della sanzione anche per l'operatore economico che voglia rinunciare alla partecipazione e pertanto non appare del tutto coerente con l'indirizzo interpretativo sopra illustrato. Inoltre - dal punto di vista

strettamente giuridico - l'architettura della stessa clausola non trova riscontro in corrispondenti previsioni normative e determina un eccessivo aggravamento degli adempimenti per gli operatori economici, oltre a configurare quasi l'applicazione di una penalità per il mancato rispetto dell'ulteriore termine da voi previsto in assenza di specifiche previsioni di legge.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

Data di invio del parere scritto:



QUESITO

Dichiarazioni ex art. 38 dell'usufruttuario di quote maggioritarie di Srl

Data invio **16/07/2015**

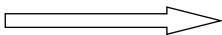
Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza

Settore/Ufficio

Sede

Tel. Fax Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 38 c. 1 lett b) e c); 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 X 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 Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		
		<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>
<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro : SOGGETTI TENUTI ALLA DICHIARAZIONE DI CUI ALL'ART. 38 C. 1 LEET B E C DEL D.LGS. 163/2006</p>		

Quesito*:

Con il presente quesito siamo a chiedere se l'usufruttuario di quote maggioritarie di società a responsabilità limitata, in quanto partecipante alla gestione societaria e quindi potendone disporre ed amministrarla, sia equiparato al socio di maggioranza tenuto a rendere la dichiarazione di cui all'art. 38 c. 1 lett b) e c) del D.lgs. 163/2006, oppure in quanto non espressamente menzionato nel citato articolo, non sia obbligato a rilasciare tale dichiarazione e qualora rilasciata, la stessa non debba essere oggetto di valutazione da parte della giuria di gara anche se contenente menzione di reati che potrebbero incidere sull'affidabilità morale e professionale del soggetto.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

in allegato al quesito e per quanto utile si trasmette

- 1) Parere su usufrutto di quote srl, rilasciato da commissione regionale per l'artigianato dell'Emilia Romagna.
- 2) Deliberazione n. 147 del 24/11/2015 commissione regionale per l'artigianato della regione Toscana.

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche in esame afferiscono alla posizione dell'usufruttuario detentore di quote di maggioranza di una s.r.l.; in particolare il quesito verte sul profilo delle prerogative e diritti spettanti all'usufruttuario con specifico riferimento alla partecipazione alle gare pubbliche ed alle dichiarazioni da rendere ex art. 38 del Codice dei Contratti pubblici.

Al riguardo si rileva che non si riscontra una specifica previsione normativa e pertanto occorre procedere ad una lettura coordinata delle disposizioni relative alle società per azioni e a responsabilità limitata del codice civile, nonché delle disposizioni del codice dei contratti pubblici relativi alla partecipazione alle gare, allo scopo di fornire indicazioni operative coerenti con la *ratio* delle suddette norme.

In generale si rileva che l'usufrutto di quote per la società a responsabilità limitata risulta configurabile tramite il rinvio contenuto nell'articolo 2471 bis del codice civile all'articolo 2352 c.c., articolo quest'ultimo dettato per le società per azioni che in caso di usufrutto sulle azioni riconosce il diritto di voto all'usufruttuario (salvo convenzione contraria), quale titolare di un diritto autonomo rispetto al (nudo) proprietario. Ed è sempre l'usufruttuario, secondo la suddetta norma, il referente x ogni azione ed effetto conseguente alle altre fattispecie ivi previste, ovvero il caso di aumento di capitale ai sensi dell'art 2442, di versamenti sulle azioni e di diritti amministrativi diversi. In più, l'usufruttuario ha diritto di cedere a terzi l'usufrutto.

Come evidenziato anche nella documentazione allegata al quesito, i diritti di voto e di partecipazione sono attribuiti all'usufruttuario delle quote e, senza

entrare nel merito alla questione relativa all'equiparazione o meno dell'usufruttuario alla qualità di socio, si rileva che è comunque l'usufruttuario a rivestire un ruolo sostanziale nella gestione della società. In questo senso la sentenza n. 7614 /96 della Corte di Cassazione richiamata nei pareri allegati, nella quale la Corte ha rilevato che è l'usufruttuario a godere della "res", ad usarla, possederla custodirla e ad amministrarla e quindi a trarne ogni possibile utilità sia pure con l'obbligo di non alterarne la destinazione economica. Infatti non deve votare in modo da compromettere il valore economico della partecipazione nella società e in caso contrario, il voto espresso è valido, ma egli risponde dei danni e l'usufrutto può estinguersi per l'abuso.

Limitando l'indagine ai i profili d'interesse, ovvero alla partecipazione alle gare pubbliche, si evidenzia che l'articolo 38 disciplina i requisiti di ordine generale che devono possedere gli operatori economici per partecipare alle procedure di evidenza pubblica e che devono sussistere fino alla conclusione della procedura, tra cui si ricorda: il requisito generale dell'affidabilità economica (lettera a, m quater), l'affidabilità morale e professionale (lett. b, c, d, e, g, h,l, m, m bis, m ter), e affidabilità contrattuale (lett. f). In rapporto ai suddetti requisiti gli operatori economici rendono dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atto notorio ai sensi del D.P.R. 445/200, a cui sono tenuti i soggetti indicati nello stesso articolo 38. Relativamente a quest'ultimo aspetto occorre evidenziare che le dichiarazioni prescritte nella suddetta norma sono disposte a tutela della stazione appaltante e sono prescritte a carico dei soggetti che rivestono un ruolo determinante nella società, che comunque hanno facoltà di incidere sulle decisioni regolanti la gestione societaria. Da questo punto di vista, in linea anche con l'interpretazione sostanzialistica della norma in esame, che valorizza una lettura teleologica della stessa, si può concludere che nel caso sottoposto effettivamente è l'usufruttuario il soggetto che ha il potere di esercitare i diritti amministrativi inerenti la partecipazione e di esercitare la legale rappresentanza della società; pertanto, in considerazione dell'ampiezza dei poteri gestionali riconducibili alla sua posizione - autonoma rispetto al

proprietario -, e non tanto perché equiparabile al socio di maggioranza, l'usufruttuario è tenuto a rendere le dichiarazioni ex articolo 38 del codice dei contratti pubblici, con tutte le conseguenze nel caso in cui questi non risultasse in possesso dei requisiti richiesti per contrattare con le PP.AA.

Infine, per completezza si ricorda che la nuova disciplina del soccorso istruttorio di cui all'art. 39 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 (Misure urgenti per la semplificazione e la trasparenza amministrativa e per l'efficienza degli uffici giudiziari), convertito, con modificazioni in legge 11 agosto 2014, n. 114, in nessun caso può essere utilizzata per il recupero di requisiti non posseduti al momento fissato dalla *lex specialis* di gara, quale termine perentorio per la presentazione dell'offerta o della domanda (A.N.A.C. Deliberazione n. 9 del 14/10/2014). Sull'argomento si rimanda alla Determinazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 dell'A.N.A.C. relativa a "Criteri interpretativi in ordine alle disposizioni dell'art. 38, comma 2-*bis* e dell'art. 46, comma 1-*ter* del D.Lgs. 12 aprile 2006, n. 163 (pubblicata nella Gazzetta Ufficiale n. 22 del 28 gennaio 2015).

Resta fermo il dovere della stazione appaltante di verificare l'effettiva sussistenza di tutti i requisiti dichiarati (cfr. Cons. Stato, sez. III, 7 aprile 2014 n. 1636). L'eventuale non corrispondenza tra una siffatta dichiarazione, (resa mediante ricopiatura e sottoscrizione della formula contenuta nel disciplinare di gara), e la formulazione alternativamente prescritta dall'art. 38, comma 2 del D. Lgs. n. 163/2006 (dopo le modifiche del D.L. n. 70 del 2011), non costituisce motivo di esclusione dalla gara.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

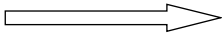
Data di invio della risposta scritta ...



QUESITO

Esclusione in caso di mancata sottoscrizione digitale dell'offerta

Data invio
22/10/2015
Soggetto richiedente.... ..
Ente di appartenenza ...COMUNE DI
Settore/Ufficio ...TECNICO.....
Sede ...
Tel..... ...Fax.....Indirizzo email.....

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 74 e 77.; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> Lavori X Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara X Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria X Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> Settori ordinari X Settori speciali Esclusi		<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....carenza sottoscrizione offerta economica
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando X Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*

A seguito di gara telematica effettuata tramite piattaforma START abbiamo escluso una ditta in quanto ha presentato offerta economica non firmata digitalmente, così come espressamente previsto dal bando di gara nei motivi di esclusione e ribadito, in sede di inserimento della gara all'interno della piattaforma, nella modalità di invio dell'offerta da parte del concorrente. Di seguito abbiamo proceduto ad aggiudicare provvisoriamente la gara ad altra concorrente ma, la ditta esclusa, ci contesta tale decisione in quanto ritiene che, secondo quanto previsto dalla determinazione della ANAC n.1/2015 Punto n 2.2 carenze ed irregolarità essenziali sanabili e non (che abbiamo comunque citato nel bando), la carenza di sottoscrizione dell'offerta economica è sì un elemento essenziale, ma risulta sanabile fermo restando la riconducibilità dell'offerta al concorrente. Nel caso di procedura telematica la non sottoscrizione digitale comporta un'incertezza sulla provenienza dell'offerta? E' possibile procedere con la linea presa in sede di apertura delle offerte o è necessario riammettere la ditta secondo quanto previsto dalla determinazione dell'ANAC?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto ed in base di quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che le problematiche sottoposte attengono all'interpretazione del comma 2 bis dell'articolo 38 del D.Lgs 163/2006 ed in particolare per quanto concerne "la mancanza, l'incompletezza e ogni altra irregolarità essenziale degli elementi e delle dichiarazioni sostitutive di cui al comma 2, che obbliga il concorrente che vi ha dato causa al pagamento, in favore della stazione appaltante, della sanzione pecuniaria stabilita dal bando di gara (...)". In particolare, il caso sottoposto concerne la mancanza della sottoscrizione digitale dell'offerta economica in un gara effettuata tramite il sistema telematico START, fattispecie per la quale è utile richiamare alcune considerazioni di contesto al fine anche di inquadrare la posizione espressa dall'ANAC da voi richiamata.

Riguardo alla mancanza della sottoscrizione, è noto quanto indicato da ANAC nella determinazione n. 1 dell'08.01.2015; infatti secondo l'Autorità "la sottoscrizione della domanda e dell'offerta da parte del titolare o del legale rappresentante dell'impresa o di altro soggetto munito di poteri di rappresentanza, prevista dagli artt. 73 e 74 del Codice costituisce un elemento essenziale di entrambe; inoltre la sottoscrizione dell'offerta ha la funzione di ricondurre al suo autore l'impegno di effettuare la prestazione oggetto del contratto verso il corrispettivo richiesto ed assicurare, contemporaneamente, la provenienza, la serietà e l'affidabilità dell'offerta stessa; la sottoscrizione della domanda di partecipazione è un elemento essenziale che attiene propriamente alla manifestazione di volontà di partecipare alla gara. In entrambe le ipotesi, la sottoscrizione costituisce,

pertanto, un elemento essenziale.”

Ciò posto, tuttavia a parere dell’Autorità espresso nella suddetta delibera n. 1/2015, la sua eventuale carenza è ritenuta sanabile in quanto non andrebbe ad impattare sul contenuto e sulla segretezza dell’offerta. Infatti, “ferma restando la riconducibilità dell’offerta al concorrente (che escluda l’incertezza assoluta sulla provenienza), dal combinato disposto dell’art. 38, comma 2-*bis* e 46, comma 1-*ter* del Codice, risulta ora sanabile ogni ipotesi di mancanza, incompletezza o irregolarità (anche) degli elementi che devono essere prodotti dai concorrenti in base alla legge (al bando o al disciplinare di gara), ivi incluso l’elemento della sottoscrizione, dietro pagamento della sanzione prevista nel bando.”

Riguardo alla suddetta posizione di ANAC, si evidenzia che la stessa Autorità nel testo della determinazione originariamente posto in consultazione riteneva invece non sanabile la mancata sottoscrizione dell’offerta e della domanda di partecipazione poiché la mancanza della predetta sottoscrizione (o l’impossibilità di attribuirlo a un soggetto specifico, per esempio perché illeggibile e priva della menzione della qualifica del sottoscrittore) sarebbe tale da inficiare la validità della manifestazione di volontà contenuta nell’offerta/domanda di partecipazione, determinandone la relativa nullità e la conseguente irricevibilità. Nell’originaria stesura dell’atto di regolazione, infatti, l’ANAC affermava che l’apposizione della sottoscrizione è funzionale al corretto svolgimento delle operazioni di gara e al corretto svolgimento del libero gioco della concorrenza, con la conseguente insanabilità della mancata sottoscrizione sia dell’offerta economica sia dell’offerta tecnica.

Nonostante un orientamento giurisprudenziale costante, espresso in modo dettagliato dal Consiglio di Stato nell’Ad. Plen n. 9 del 25.02.2014, e nonostante parere diverso della Corte dei Conti espresso in sede di apertura dell’anno giurisdizionale, con la determinazione n. 1/2015 la patologia è stata ricondotta nel novero delle patologie essenziali ma regolarizzabili attraverso l’integrazione (l’apposizione della firma) e previo pagamento da parte del soggetto che realmente intendesse avvalersene.

Riguardo alla questione posta e in rapporto alla posizione autorevolmente espressa da ANAC, si ricorda che nel comma 1-bis dell'articolo 46 del Codice dei Contratti "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti in caso di mancato adempimento alle prescrizioni previste dal presente codice e dal regolamento e da altre disposizioni di legge vigenti, nonché nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ovvero in caso di non integrità del plico contenente l'offerta o la domanda di partecipazione o altre irregolarità relative alla chiusura dei plichi, tali da far ritenere, secondo le circostanze concrete, che sia stato violato il principio di segretezza delle offerte; i bandi e le lettere di invito non possono contenere ulteriori prescrizioni a pena di esclusione. Dette prescrizioni sono comunque nulle." Dal tenore della norma risulta chiaramente che la mancata sottoscrizione è posta sullo stesso piano dell'incertezza assoluta del contenuto e/o della provenienza, circostanze queste, che comunque in nessun caso potranno essere sanate.

Inoltre si rileva, come del resto si evince dagli stessi documenti dell'ANAC sopra richiamati, che con la sottoscrizione non si è in presenza di una dichiarazione di scienza ma di una manifestazione di volontà ovvero quella di impegnarsi seriamente in relazione all'offerta presentata; ed il senso della norma (articolo 38, comma 2-bis) non sembra abbia questa latitudine che, altrimenti, finirebbe per comprendere qualsiasi elemento omesso nella presentazione dell'offerta. La sottoscrizione è parte integrante del documento e costituisce strumento d'imputazione all'autore del documento e della dichiarazione in esso contenuta.

Come precisato dal Consiglio di Stato nell'Ad. Plen. 9/2014, "nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il "potere di soccorso" sancito dall'art. 46, co.1, del medesimo codice (d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163) – sostanziandosi unicamente nel dovere della stazione appaltante di regolarizzare certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di completarli ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi, fornire

interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della *par condicio* dei concorrenti – non consente la produzione tardiva del documento o della dichiarazione mancante o la sanatoria della forma omessa, ove tali adempimenti siano previsti a pena di esclusione dal codice dei contratti pubblici, dal regolamento di esecuzione e dalle leggi statali”.

Si evidenzia, inoltre, che nel caso prospettato la sanatoria dell’offerta mediante il soccorso istruttorio determina una palese violazione della *par conditio* in quanto il soccorso istruttorio andrebbe ad intervenire successivamente all’apertura delle offerte e quindi in un momento in cui gli interessati possono valutare la propria convenienza al pagamento della sanzione in rapporto al proprio posizionamento in graduatoria nel senso che hanno già perfetta contezza di quante offerte valide rimangono nella competizione. In sostanza, nel momento di specie, l’appaltatore la cui offerta non sia stata sottoscritta è, con un certo margine di sicurezza, in grado di comprendere a quanti partecipanti, teoricamente, si restringe il lotto della offerte che proseguiranno nel procedimento. Ciò incide necessariamente sulla sua valutazione se procedere o meno a pagare la sanzione pecuniaria connessa al soccorso istruttorio considerato che secondo l’ANAC, sempre con la determinazione n. 1/2015, “la sanzione individuata negli atti di gara sarà comminata nel caso in cui il concorrente intenda avvalersi del nuovo soccorso istruttorio”. Sembra fin troppo evidente che, quindi, l’appaltatore si determina ad avvalersi del soccorso istruttorio ed a pagare la sanzione solo in presenza di circostanza a lui favorevoli (*rectius*: in presenza di evidenti possibilità di aggiudicarsi l’appalto per riduzione drastica dei competitori).

Sulla questione, la giurisprudenza amministrativa recentemente si è espressa in controtendenza rispetto alle indicazioni fornite dal ANAC con la deliberazione n. 1 dell'8 gennaio 2015 e confermando l’orientamento consolidato sul tema. Infatti il [Tar Lombardia, Milano, sezione 4, nella sentenza del 13 luglio 2015, n. 1629](#) ha affermato che “non è possibile consentire la sanatoria di un’offerta priva della sottoscrizione mediante il ricorso al nuovo soccorso istruttorio”. Secondo il TAR, infatti, “nelle procedure di affidamento dei contratti pubblici di appalto, assolvendo la sottoscrizione la

funzione di assicurare la provenienza, la serietà, l'affidabilità dell'offerta e costituendo elemento essenziale per la sua ammissibilità, ne consegue che la mancanza della firma non può considerarsi a guisa di mera irregolarità formale, sanabile nel corso del procedimento, inficiando, invece, irrimediabilmente la validità e la ricevibilità dell'offerta, senza che sia necessaria una espressa previsione della lex specialis e ciò, pertanto, preclude l'operatività dell'art. 46, comma 1 ter, del d.lgs. n. 163/2006 (risultante dalle modifiche operate dal d.l. n. 90/2014, convertito nella legge n. 114/2014)".

Nel richiamare esplicitamente la determinazione ANAC n. 1/2015, il Tribunale Amministrativo della Lombardia ritiene che il nuovo comma 1-ter dell'articolo 46 del Codice vada comunque letto in combinato disposto con il precedente comma 1-bis, ai sensi del quale "la stazione appaltante esclude i candidati o i concorrenti (..) nei casi di incertezza assoluta sul contenuto o sulla provenienza dell'offerta, per difetto di sottoscrizione o di altri elementi essenziali ...": il fatto che il legislatore non sia intervenuto anche su tale disposizione, peraltro, induce il Tar a ritenere che permangano, anche nell'attuale quadro normativo, alcune ipotesi di errori insanabili, tra i quali va ricompresa l'assenza di sottoscrizione, ai sensi del citato comma 1-bis dell'articolo 46, in quanto non può ritenersi certa la provenienza di una domanda non sottoscritta.

Per quanto concerne specificamente gli appalti pubblici, lo stesso Tribunale amministrativo ricorda che, ai sensi dell'articolo 74 del Dlgs 163/2006:

- le offerte hanno forma di documento cartaceo o elettronico e sono sottoscritte con firma manuale o digitale, secondo le norme di cui all'articolo 77 del medesimo Codice dei contratti;
- le offerte contengono gli elementi prescritti dal bando o dall'invito ovvero dal capitolato d'onori, e, in ogni caso, contengono gli elementi essenziali per identificare l'offerente, il suo indirizzo e la procedura cui si riferiscono, nonché le caratteristiche, il prezzo della prestazione offerta e le dichiarazioni relative ai requisiti soggettivi di partecipazione.

Secondo la giurisprudenza amministrativa, infatti, l'offerta è l'impegno

negoziale del concorrente ad eseguire l'appalto con prestazioni conformi al relativo oggetto (cfr. Consiglio di Stato n. 7987/2010); la relativa sottoscrizione costituisce garanzia di una sicura provenienza dell'offerta, poiché con essa l'impresa partecipante «fa propria la dichiarazione contenuta nel documento», vincolandosi alla stessa ed assumendo le conseguenti responsabilità (Consiglio di Stato Sez. V, 9 marzo 2015, n. 1195; 25 gennaio 2011 n. 528; 7 novembre 2008 n. 5547) ed è soltanto con la firma in calce che si esprime "il senso della consapevole assunzione della paternità di un testo e della responsabilità in ordine al suo contenuto" (Consiglio di Stato Sez. V, 20 aprile 2012 n. 2317). Mentre la mancanza della sottoscrizione inficia irrimediabilmente la validità e la ricevibilità della manifestazione di volontà contenuta nell'offerta, legittimando l'esclusione dalla gara anche in assenza di un'espressa previsione in tal senso nella lex specialis (Consiglio di Stato Sez. IV, 19 marzo 2015, n. 1425).

Relativamente al primo quesito posto, per le considerazioni sopra riportate pertanto la mancata sottoscrizione dell'offerta nella gara espletata con le modalità telematica determina l'esclusione dalla gara e conseguentemente, riguardo al secondo quesito posto, si conferma la linea presa in sede di apertura delle offerte.

Tuttavia si segnala che nella recente giurisprudenza il difetto della firma digitale nella sottoscrizione dell'offerta tecnica, in presenza di una sottoscrizione autografa della stessa, non possa costituire causa di esclusione, poiché in questo caso deve prevalere il principio del favor participationis (Consiglio di Stato, n. 4595/2014). Si ricorda infine che la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha di recente ammesso che la sottoscrizione possa essere apposta mediante la sola sigla, unitamente al timbro dell'impresa e alle generalità del legale rappresentante (Sez. V, 27 aprile 2015, n. 2063, § 28.1)

Data di invio della risposta scritta ...



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

*Osservatorio sui Contratti pubblici
Settore Contratti*

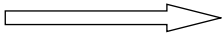
QUESITO

Natura giuridica degli ATC ex L. R. n. 3/1994

Data invio 08/07/15

Soggetto richiedente:
Ente di appartenenza: ATC
Settore/Ufficio
Sede

Tel Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u> x Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
<u>Appalti:</u> x Lavori x Servizi x Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> 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.....
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*

OGGETTO. Richiesta parere classificazione giuridica, ai fini degli appalti e dei contratti, degli Ambiti Territoriali di Caccia definiti dalla Legge R. n° 88/2014, comma 5;

Visto la Determinazione del Comitato di Gestione dell'Ambito territoriale di caccia XXX n° 4 del 7 luglio 2015;

Visto la Legge R. n° 88/2014 dove al comma 5 recita." Gli ATC sono strutture associative senza scopo di lucro, regolate con proprio statuto, a cui sono affidati compiti di rilevanza pubblicistica connessi all'organizzazione del prelievo venatorio e alla gestione faunistica del territorio di competenza finalizzati al perseguimento degli obiettivi stabiliti nel piano faunistico-venatorio";

Preso atto che la Legge Regionale n. 88/2014, all' art 14 comma 9, conferma l'applicabilità delle disposizioni dettate dal d.p.g.r. 33/R/2011, laddove compatibili con la l.r. 3/1994;

Verificato che la *Commissione di controllo sugli atti degli ATC*, di cui all'art. 7 della Legge R. n° 88/2014, non è stata costituita!!

Dato che vorremmo acquistare beni con bando aperto, per un impegno di spesa di di circa €

160,000,00, suddiviso in lotti funzionali diversificati per oggetto/specie, siamo a chiedervi:

a) il Comitato di Gestione ha una natura giuridica privatistica e quindi vincolata alla sola rendicontazione dell'Assemblea dei delegati (essendo in difetto la Commissione di controllo) oppure siamo di natura pubblicistica e quindi vincolati alla Legge sugli appalti pubblici?

b) il Bando predisposto, ma non ancora approvato e allegato alla presente, può essere considerato corretto visto la ristrettezza dei tempi?

In attesa di un Vostro sollecito riscontro, porgo i migliori saluti

Allegati 1: bozza di bando

A.T.C. XXX

IL Presidente

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

--

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente ai quesiti posti e per quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche in esame afferiscono alle disposizioni della legge regionale 12 gennaio 1994 n. 3 "Recepimento della legge 11 febbraio 1992 n. 157 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio", recentemente modificata con la legge regionale 30 dicembre 2014 n. 88; in particolare vengono in considerazione le disposizioni di cui agli articoli 11 comma 5, 11 ter, 11 quater, 11 quinquies, e 11 sexies della l.r. n.3/1994, le quali dispongono in merito alla natura e agli organi dell'ATC nonchè ai controlli da parte del Collegio dei revisori e della Commissione regionale di controllo.

Rispetto alle suddette modifiche, è necessario premettere alcune considerazioni di contesto, in analogia a quanto già espresso sull'argomento per altri ATC.

Come si ricava dalle disposizioni di legge regionale sopra richiamate, gli ATC sono qualificati come "strutture associative senza scopo di lucro regolate con proprio statuto a cui sono affidati compiti di rilevanza pubblicistica (..)" (art. 11 comma 5), provvedendo la stessa normativa a definirne in modo chiaro la natura di associazione di diritto privato. Ciò determina che difficilmente gli ATC possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici ai fini del Codice

dei Contratti pubblici, così come definite all'articolo 3 comma 25 del codice; ciò neppure ricorrendo alla categoria degli "organismi di diritto pubblico" definiti al comma 26 dello stesso articolo 3 del codice, in quanto gli ATC sono sprovvisti di personalità giuridica.

Ciò posto, tuttavia, è di tutta evidenza la rilevanza amministrativa del ruolo assegnato agli ATC nella governance della gestione faunistico-venatoria del territorio regionale come risulta dall'articolo 12 della legge regionale n. 3/1994, norma in cui sono elencate le numerose attività di rilievo amministrativo attribuite agli ATC, tra cui è ricompresa alla lettera l) "ogni altra attività di gestione del territorio a fini faunistici e di organizzazione del prelievo venatorio funzionale al perseguimento degli obiettivi programmati".

Al fine di fornire la risposta ai quesiti posti, occorre, inoltre, considerare che il suddetto quadro normativo (regionale) ad oggi è in corso di definizione, in quanto le suddette modifiche di legge attendono le necessarie disposizioni regolamentari, nonché la revisione dell'attuale regolamento attuativo della l.r. n. 3/1994, adottato con dpgr 33/R del 26 luglio 2011. Infine, occorre tener presente la natura giuridica della quota associativa che, senza entrare nel merito della questione in questa sede, sembra rivestire natura di vera e propria tassa sull'attività venatoria.

Pertanto, in base alle considerazioni sopra riportate e in attesa comunque che sia definita la normativa di settore, tenuto conto di quanto concordato con il Settore regionale competente per materia si forniscono le seguenti indicazioni interlocutorie:

relativamente alla natura giuridica degli ATC, definiti ai sensi dell'articolo 11 comma 5 della l.r. n. 3/1994 quali associazioni di diritto privato ai sensi dell'art. 14 e seguenti del Codice civile, si ritiene che ad oggi gli stessi ATC non possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui al Codice dei Contratti pubblici. Tuttavia, in considerazione della rilevanza amministrativa delle attività ad essi conferite e della natura giuridica della quota associativa quale tassa sull'attività venatoria, si ritiene che le procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture degli ATC debbano svolgersi nel rispetto dei principi di cui all'articolo 2 del Codice dei Contratti, ovvero economicità,

efficacia, tempestività, pubblicità, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, e proporzionalità, nonché garantire la qualità delle prestazioni. Ciò trova conferma nelle disposizioni di cui all'articolo 11 sexies in cui si fa riferimento a "procedure selettive per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture".

Da questo punto di vista, per i lavori e per le acquisizioni di servizi e forniture si suggerisce di fare riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non disciplinati in tutto o in parte dalle direttive appalti pubblici (ovvero gli appalti di importo inferiore alle soglie delle direttive "appalti pubblici" e gli appalti di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE).

Relativamente a quanto richiesto alla lettera a), come prima già indicato le previsioni di cui all'articolo 11 quinquies relative alla Commissione di controllo preventivo sull'attività degli ATC necessitano di disposizioni integrative del regolamento d'attuazione come espressamente disposto dal comma 5 dello stesso articolo 11 quinquies; si evidenzia, comunque, che si tratta di un controllo preventivo ed in quanto tale rileva a monte dell'attività degli ATC (comma 3), non incidendo sull'attività di rendicontazione cui è tenuto il comitato di gestione.

Relativamente a quanto richiesto alla lettera b), si rileva che non rientra tra le funzioni di supporto alle stazioni appaltanti del territorio regionale dello scrivente Osservatorio la verifica della documentazione delle procedure di affidamento. In ogni caso si fa presente che, considerata l'urgenza, per ulteriori aspetti occorre fare riferimento al Settore competente per materia.

Data di invio della risposta scritta:



QUESITO

Richiesta chiarimenti obbligo trasmissione varianti all'ANAC

Data invio 20/08/2015

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio Tecnico-Opere pubbliche

Sede

Tel Fax

Indirizzo e-mail

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; art. 37 comma 1DL 90/2014 convertito dalla L. 114/2014 e comunicato ANAC del 15/03/2015.....</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p> <p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p> <p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta 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.^{ne} diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-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 Tracciabilità Altro: obbligo di comunicazione dati sulle varianti all'ANAC.....</p>

Quesito*:

Salve,

sono a richiedere un chiarimento circa l'applicazione dell'obbligo di trasmissione all'ANAC delle varianti in corso d'opera previsto dall'art. 37 del D.L. 24/06/2014 n. 90 (convertito con legge 11/08/2014, n.114) e Comunicato dell'ANAC in data 17/03/2015.

La legge all'art.37, comma 1, per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria prevede l'obbligo di trasmissione delle varianti di cui all'art.132 comma 1, lett. b), c) e d) di importo eccedente il 10% dell'importo originario del contratto.

Il Comunicato ANAC relativamente all'ambito di applicazione di tale obbligo, aggiunge n.4 casistiche:

- a) cumulo di diverse fattispecie di varianti di importo superiore al 10%;
- b) contratti misti con importo lavori superiore alla soglia comunitaria;
- c) varianti nei settori speciali
- d) varianti ripetute con importo complessivo superiore al 10% dell'importo originario.

Domanda:

Relativamente alle 4 casistiche aggiuntive riportate nel Comunicato ANAC, è sempre valido il presupposto che l'importo dell'appalto a base di gara sia superiore alla soglia comunitaria oppure tali casistiche si applicano anche per appalti di importi inferiori alla soglia?

** 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

--

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto e per quanto ivi rappresentato, ai fini dell'obbligo di trasmissione delle varianti in corso d'opera ad ANAC il riferimento normativo è rappresentato dall'articolo 37 del D.L. D.L. 24/06/2014 n. 90 (convertito con legge 11/08/2014, n.114), a cui si aggiunge il Comunicato della stessa ANAC del 17/03/2015, come anche da voi indicato. Infatti l'Autorità competente per la questione in esame è ANAC, Autorità che, appunto, nel suddetto Comunicato provvede a definire le modalità di trasmissione della documentazione e a fornire alcuni importanti chiarimenti in ordine all'applicazione della norma sopra richiamata, rivedendo e aggiornando i precedenti comunicati (del 16.07.2014, del 17.09.2014 e 7.11.2014). In particolare, per le finalità d'interesse, viene in considerazione il paragrafo 3 relativo all'ambito di applicazione dell'obbligo di trasmissione della documentazione. A tale riguardo, si ribadisce che il suddetto obbligo nei confronti di ANAC scatta quando ricorrono le due condizioni indicate all'articolo 37, ovvero "qualora:

- l'importo dell'appalto a base di gara sia superiore alla soglia comunitaria di cui all'art.28 del d.lgs. n.163/2006;
- la variante sia superiore al 10 % dell'importo del contratto originario."

Di seguito l'Autorità provvede a indicare le fattispecie (n. 4) in cui il suddetto obbligo trova comunque applicazione, chiarendo alcuni dubbi applicativi in rapporto alle stesse. In ogni caso anche per le suddette fattispecie devono

ricorrere i due presupposti sopra indicati, ovvero dell'importo del contratto superiore alla soglia comunitaria e dell'importo della variante superiore al 10% dell'importo del contratto originario.

Pertanto la risposta al quesito posto è affermativa.

In sintesi: la lettera a) riguarda il caso in cui il superamento del 10% è determinato dal cumulo di più fattispecie di variante, chiarendo che almeno una deve essere riconducibile a quelle di cui all'articolo 37 comma 1 (art 132 del Codice Contratti, lett. b, c e d); la lettera b) riguarda i contatti misti, chiarendo che in questa fattispecie (prevalenza di servizi o forniture) la variante deve riguardare l'esecuzione dei lavori e l'importo di essi deve essere comunque superiore alla soglia comunitaria; la lettera c) sottopone all'obbligo gli appalti nei settori speciali e per interventi emergenziali o sottoposti a deroga, mentre la lettera d) contiene chiarimenti per l'ipotesi di varianti "ripetute", che considerate complessivamente determinino il superamento del 10% dell'importo originario, ferme restando le altre soglie e condizioni.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Natura giuridica e soggezione degli ATC al Codice dei contratti pubblici

Data invio 01/07/15

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza:

Settore/Ufficio

Sede

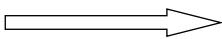
Tel

Fax

Indirizzo e-mail

Oggetto:

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

<p><u>Appalti:</u> x Lavori x Servizi x 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> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>			
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</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><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	

Quesito*

L'Ambito Territoriale di caccia Pisa istituito ai sensi della l. r. 3/94, come modificata dalla l. r. 88/2014, quale Struttura associativa senza scopo di lucro e precisamente come Associazione di diritto privato ai sensi dell'art. 14 e seguenti del Codice civile, ha acquisito mediante verbali di consegna sottoscritti tra le parti il 22/06/2015 il patrimonio e i rapporti giuridici attivi e passivi degli ex ATC 14 e ATC 15 della provincia di Pisa.

In applicazione dell'art. 11 sexies della l.r. n. 3/94 chiede di conoscere se per l'acquisizione di lavori, forniture e servizi è tenuto all'applicazione della normativa di cui al Codice dei Contratti pubblici essendo la propria gestione soggetta al controllo di amministrazioni pubbliche o il cui organo di amministrazione (Comitato di Gestione) è designato da Enti Pubblici territoriali rientrando o non rientrando affatto nella categoria degli "organismi di diritto pubblico" o degli "altri soggetti aggiudicatori".

In attesa di conoscere Vs. indicazioni in merito si inviano 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 al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, si rileva che le problematiche in esame afferiscono alle disposizioni della legge regionale 12 gennaio 1994 n. 3 "Recepimento della legge 11 febbraio 1992 n. 157 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio", recentemente modificata con la legge regionale 30 dicembre 2014 n. 88; in particolare vengono in considerazione le disposizioni di cui agli articoli 11 comma 5, 11 ter, 11 quater, 11 quinquies, e 11 sexies che dispongono in merito alla natura e agli organi dell'ATC, oltre ai controlli da parte del Collegio dei revisori e della Commissione regionale di controllo. Come si ricava dalle disposizioni sopra richiamate, gli ATC sono qualificati come "strutture associative senza scopo di lucro regolate con proprio statuto a cui sono affidati compiti di rilevanza pubblicistica (..)" (art. 11 comma 5), definendone in modo chiaro la natura di associazione di diritto privato come da voi indicato. Ciò determina che difficilmente gli ATC possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici ai fini del Codice dei Contratti pubblici, così come definite all'articolo 3 comma 25, neppure come organismi di diritto pubblico, definiti al comma 26 dello stesso articolo, in quanto sprovvisti di personalità giuridica.

Ciò posto, tuttavia è di tutta evidenza la rilevanza amministrativa del ruolo assegnato agli ATC nella governance della gestione faunistico-venatoria del territorio regionale, come risulta dall'articolo 12, norma in cui sono elencate le numerose attività dell'ATC di rilievo amministrativo tra cui è ricompresa alla lettera l) "ogni altra attività di gestione del territorio a fini faunistici e di organizzazione del prelievo venatorio funzionale al perseguimento degli obiettivi programmati".

Al fine della risposta al quesito posto, occorre anche considerare che il quadro normativo regionale ad oggi è in corso di definizione, in quanto il regolamento

attuativo della l.r. n. 3/1994, adottato con dpgr 33/R del 26 luglio 2011, dovrà essere rivisto alla luce delle recenti modifiche della legge n. 3/1994; infine, occorre tener presente la natura giuridica della quota associativa che, senza entrare nel merito della questione in questa sede, riveste sostanzialmente natura di tassa sull'attività venatoria.

Pertanto, in base alle considerazioni sopra riportate e in attesa comunque che sia definita la normativa di settore, tenuto conto di quanto concordato con il Settore regionale competente per materia si forniscono le seguenti indicazioni interlocutorie:

confermando quanto da voi indicato nel quesito riguardo alla natura giuridica degli ATC, definite ai sensi dell'articolo 11 comma 5 della l.r. n.3/1994 quali associazioni di diritto privato ai sensi dell'art. 14 e seguenti del Codice civile, si ritiene che ad oggi gli ATC non possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui al Codice dei Contratti pubblici. Tuttavia, in considerazione della rilevanza amministrativa delle attività ad essi conferite e della natura giuridica della quota associativa quale tassa sull'attività venatoria, si ritiene che le procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture degli ATC debbano svolgersi nel rispetto dei principi di cui all'articolo 2 del Codice dei Contratti, ovvero economicità, efficacia, tempestività, pubblicità, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, e proporzionalità, nonché garantire la qualità delle prestazioni. Ciò trova conferma nelle disposizioni di cui all'articolo 11 sexies in cui si fa riferimento a "procedure selettive per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture".

Da questo punto di vista, quindi si suggerisce di fare riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non disciplinati in tutto o in parte dalle direttive appalti pubblici ovvero gli appalti di importo inferiore alle soglie delle direttive "appalti pubblici" e gli appalti di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE di cui di seguito si riportano alcune specifiche:

“La Commissione di Giustizia della Comunità Europea ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE. I principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione. Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario. (...)

2.1.2 Forme di pubblicità

Spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato. Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura.(....)”.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Natura giuridica e regolarità procedure di appalto degli ATC

Data invio 4/09/2015

Soggetto richiedente: Presidente

Ente di appartenenza: Ambito territoriale di Caccia

Settore/Ufficio

Sede:

Tel.....Fax.....Indirizzo e-mail.....

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; </p>				
<p><u>Appalti:</u> X Lavori x Servizi X Forniture Misti</p>	<p><u>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> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>				
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>				
<p><u>Procedura di affidamento:</u></p> <table border="0"> <tr> <td> <p>Aperta Ristretta Negoziata → Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p> </td> <td> <p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p> </td> </tr> </table>			<p>Aperta Ristretta Negoziata → Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>
<p>Aperta Ristretta Negoziata → Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>			
<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....</p>				

Quesito*

A seguito dell'insediamento del proprio Comitato di Gestione, risalente al 13 luglio 2015, il neo costituito ATC Siena ha iniziato ad operare e svolgere le funzioni che gli competono a norma delle vigenti disposizioni di legge (in primo luogo le Leggi Regionali nn. 3/1994 e 88/2014).

L'ATC Siena ha dovuto affrontare, in primo luogo, le problematiche correlate alla necessità di assicurare il più velocemente possibile la propria operatività - considerato il fatto che i preesistenti ATC SI17, SI18 e SI19 cui è succeduto non disponevano di un proprio organigramma e di proprio personale e, tenuto conto, altresì, dell'esigenza di garantire prioritariamente la definizione delle situazioni contabili e patrimoniali derivanti dalle gestioni dei preesistenti ATC, onde poter addivenire all'approvazione di un documento di bilancio risultante dalle compensazioni delle partite dei precedenti documenti contabili e di una situazione patrimoniale anch'essa certa nella stima dei cespiti immobiliari dei disciolti ATC -, ed, in tale ottica, ha stabilito di procedere all'affidamento dei seguenti servizi ed incarichi professionali:

1. gestione dei servizi amministrativo-contabili, consistenti nel disbrigo dei vari adempimenti di ufficio necessari per garantire la quotidiana operatività della stessa ATC;
2. gestione dei servizi tecnico-faunistici indispensabili per garantire il corretto e regolare svolgimento dell'attività venatoria nel territorio della Provincia di Siena;
3. gestione delle attività inerenti l'approntamento, l'apposizione e la manutenzione delle tabelle con la dicitura "Divieto di caccia" - previste dal Titolo 4 della Legge Regionale 3/1994, e s.m.i. - nelle Zone di Ripopolamento e Cattura (ZRC) e nelle Zone di Rispetto Venatorio (ZRV);
4. inoltre, è emersa la necessità di dare priorità assoluta allo svolgimento delle procedure finalizzate a garantire il disbrigo delle pratiche per la stima del risarcimento dei danni alle produzioni agricole causati dalla fauna selvatica sul territorio a caccia programmata, nonché all'interno degli istituti faunistici di competenza, da liquidare in favore degli imprenditori agricoli di cui all'art. 2135 del Codice Civile, muniti di partita IVA, allo scopo di evitare il concretizzarsi di un contenzioso e di un susseguente (e tutt'altro che ipotetico) danno patrimoniale derivante da inerzia e dal mancato svolgimento, nel territorio provinciale, di attività che la normativa vigente riconduce senz'altro alle competenze dell'ATC Siena, prendendo quale parametro di riferimento sia l'importo risultante dall'esito della procedura di evidenza pubblica a suo tempo esperita dall'ATC SI17, sia, per quanto riguarda gli ATC SI18 e ATC SI19, attraverso l'affidamento degli incarichi professionali della tipologia in parola - da effettuare attenendosi al criterio della rotazione - a professionisti ricompresi nell'elenco definito dal Commissario all'esito della procedura di evidenza pubblica appositamente esperita, dando atto che, in tale ottica, per quanto riguarda tutti e tre gli ambiti, dovesse intendersi autorizzata la formalizzazione dei rapporti

instauratisi con i professionisti incaricati nel lasso temporale intercorrente tra la fine della gestione commissariale e l'adozione della relativa deliberazione.

A fronte delle suindicate esigenze, il Comitato di Gestione - volendo coniugare l'immediata necessità del disbrigo delle cennate attività di competenza con i principi di pubblicità, trasparenza, imparzialità ed efficienza dell'azione di competenza dell'ATC, tenuto conto che l'importo di ciascun affidamento dovrebbe risultare senz'altro inferiore a 40.000 euro, al netto di I.V.A. - ha ritenuto di procedere come di seguito indicato:

- per ciascuna delle tipologie di servizi/incarichi di cui ai precedenti punti 1), 2) e 3) i soggetti (due per ciascuna categoria di servizi) che già risultavano affidatari nei disciolti ATC SI17, SI18 e SI19, degli affidamenti giunti nel frattempo a scadenza, sono stati invitati con unica lettera indirizzata agli affidatari medesimi a rimettere in busta chiusa la propria offerta per un nuovo affidamento dei servizi stessi sino al 31 dicembre 2015;
- l'aggiudicazione per il lasso temporale sopra indicato, verrebbe disposta in favore dei soggetti consultati che avranno provveduto a rimettere la migliore offerta da un punto di vista economico;
- in questo periodo "transitorio", destinato, comunque, a non andare oltre la fine del corrente anno 2015, saranno avviate apposite procedure ad evidenza pubblica preordinate all'individuazione dei soggetti cui affidare, in un'ottica pluriennale, specifici incarichi per la gestione dei servizi avanti indicati.

In considerazione di tutto quanto sopra meglio rappresentato, pertanto, siamo a richiedere cortese sollecito riscontro in ordine alla regolarità delle procedure amministrative, così per come impostate, nonché degli atti amministrativi sin qui posti in essere.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente occorre considerare che nella fase attuale gli Ambiti Territoriali di Caccia devono confrontarsi con il nuovo modello di *governance* per la gestione del territorio agricolo-forestale, definito dalla legge regionale 12 gennaio 1994 n. 3 "Recepimento della legge 11 febbraio 1992 n. 157 "Norme per la protezione della fauna selvatica omeoterma e per il prelievo venatorio", recentemente modificata con la l.r. 30 dicembre 2014 n. 88 e con la l.r. 20 marzo 2015 n. 32, ma soprattutto con le novità relative alla definizione dei nuovi ambiti territoriali (art. 11), ridotti a nove con confini corrispondenti a quelli delle province (art. 11 comma 2).

Ciò posto, si rileva che le problematiche sottoposte allo scrivente Osservatorio implicano una valutazione sotto il profilo della regolarità delle procedure per gli affidamenti dei servizi sopra indicati per importi inferiori a 40.000 euro, ed a tale fine occorre effettuare un'indagine in primo luogo sulla natura giuridica degli ATC alla luce delle recenti modifiche della l.r. n. 3/1994 come sopra indicate, ed in secondo luogo occorre individuare l'eventuale normativa in rapporto alla quale effettuare la valutazione richiesta.

1) Dal primo punto di vista, ed in analogia a quanto già espresso sull'argomento per altri ATC del territorio regionale, occorre considerare le disposizioni di cui all'articolo 11 comma 5, 11 bis e 11 ter della l.r. n.3/1994, le quali dispongono in merito alla natura e agli organi dell'ATC definendo gli stessi come "strutture associative senza scopo di lucro regolate con proprio statuto, a cui sono affidati compiti di rilevanza pubblicistica (..)" (art. 11

comma 5). Pertanto gli ATC sono definiti in modo chiaro quali associazioni di diritto privato. Ciò determina che difficilmente possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui al Codice dei Contratti pubblici, così come definite all'articolo 3 comma 25 del codice, neppure ricorrendo alla categoria degli "organismi di diritto pubblico" definiti al comma 26 dello stesso articolo 3 del codice, in quanto gli ATC sono sprovvisti di personalità giuridica.

2) Ciò posto, ai fini del secondo punto della presente indagine, tuttavia è di tutta evidenza la rilevanza amministrativa del ruolo assegnato agli ATC nella *governance* della gestione faunistico-venatoria del territorio regionale, come risulta dall'articolo 12 della legge regionale n. 3/1994, norma in cui sono elencate le numerose attività di rilievo amministrativo attribuite agli ATC, tra cui è ricompresa alla lettera l) "ogni altra attività di gestione del territorio a fini faunistici e di organizzazione del prelievo venatorio funzionale al perseguimento degli obiettivi programmati".

A ciò si aggiunge che il quadro normativo regionale ad oggi è in corso di definizione, in quanto le suddette modifiche di legge n. 3/94 attendono le necessarie disposizioni regolamentari di attuazione, nonché la revisione dell'attuale regolamento attuativo della l.r. n. 3/1994 (dpgr 33/R del 26 luglio 2011).

Pertanto, in base alle considerazioni sopra riportate e in attesa comunque che sia definita la normativa di settore, allo stato attuale si ritiene di fornire le seguenti indicazioni, concordate con il Settore regionale competente per materia (Settore "Attività faunistico-venatoria, pesca dilettantistica, politiche ambientali"):

relativamente alla natura giuridica degli ATC, definiti ai sensi dell'articolo 11 comma 5 della l.r. n. 3/1994 quali associazioni di diritto privato ai sensi dell'art. 14 e seguenti del Codice civile, si ritiene che ad oggi gli stessi ATC non possano rientrare tra le amministrazioni aggiudicatrici di cui al Codice dei Contratti pubblici e pertanto non sono tenuti all'applicazione delle norme in materia di appalti. Tuttavia, in considerazione della rilevanza amministrativa delle attività ad questi conferite, si ritiene che le procedure per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture degli ATC debbano svolgersi nel rispetto dei

principi di cui all'articolo 2 del Codice dei Contratti, ovvero economicità, efficacia, tempestività, pubblicità, correttezza, libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, e proporzionalità, oltre che garantire la qualità delle prestazioni. Ciò trova conferma nelle disposizioni di cui all'articolo 11 sexies in cui si fa riferimento a "procedure selettive per l'acquisizione di lavori, servizi e forniture". Da questo punto di vista si suggerisce di fare riferimento alla Comunicazione interpretativa della Commissione 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non disciplinati in tutto o in parte dalle direttive appalti pubblici (ovvero gli appalti di importo inferiore alle soglie delle direttive "appalti pubblici" e gli appalti di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE).

Quindi relativamente al quesito posto, alla luce delle considerazioni sopra esposte, la risposta è affermativa in quanto, tenuto conto dell'esiguità degli importi degli affidamenti nonché della durata limitata (massimo 4 mesi) degli stessi e considerata l'urgenza di provvedere alla gestione unificata dei servizi, le procedure impostate dal nuovo ATC XX rispondono sostanzialmente ai principi di cui al D. Lgs 163/2006. Infatti lo stesso Codice dei Contratti per gli affidamenti di importo fino a 40.000 euro prevede procedure molto semplificate, e per le spese in economia prevede anche la possibilità dell'affidamento diretto da parte del RUP (art. 125).

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

Settore Contratti

QUESITO

Accordo bonario e atto transattivo

Data invio 06/05/2015

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), artt. 239 e 240-bis ;		
<u>Appalti:</u> Lavori	<u>Concessioni:</u>	<u>Fase temporale:</u> Esecuzione del contratto Eventuale pre-contenzioso
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> -
<u>Contratti:</u> Settori ordinari		
<u>Procedura di affidamento:</u> Negozziata	→	Senza bando

Quesito*

L'art. 240-bis del Codice "Definizione delle riserve", introdotto dal D.Lgs. n.152/2008, prevede al comma 1 come in ultimo modificato dalla legge n.106/2011 che: "1. L'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale.". In fase di esecuzione del contratto l'impresa esecutrice ha apposto riserve contabili per un importo complessivo pari a circa l'ottanta per cento dell'importo contrattuale. Le controdeduzioni della direzione dei lavori e le valutazioni del Responsabile Unico del Procedimento hanno portato a ritenere legittimo il riconoscimento di un importo pari a circa il trenta per cento dell'importo contrattuale. Il Codice prevede quindi l'attivazione del procedimento disciplinato dall'art.240 "Accordo Bonario" o la possibilità, comunque, di stipulare un atto transattivo, disciplinato dall'art. 239 "Transazione", al di fuori del procedimento di accordo bonario,. Si chiede quindi un parere in merito ai seguenti quesiti:

1. il limite del venti per cento stabilito dall'art. 240 bis comma 1 è un limite **inderogabile** per la conclusione di un accordo bonario ? E' disponibile giurisprudenza in merito ?
2. L'art. 239 del Codice "Transazione" prevede che: "1. Anche al di fuori dei casi in cui è previsto il procedimento di accordo bonario ai sensi dell'articolo 240, le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture, possono sempre essere risolte mediante transazione nel rispetto del codice civile.". E' pertanto ammissibile stipulare un **atto di transazione** ai sensi dell'art. 239, non quindi un accordo bonario disciplinato dal successivo articolo 240, che comporti il superamento del limite del 20% di cui all'art. 240bis poiché tale limite opera unicamente per il procedimento di accordo bonario e non anche per il distinto atto transattivo ?

Ringraziamo in anticipo e porgiamo cordiali 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 quesiti posti ed in base a quanto da voi rappresentato, preliminarmente si ritiene utile richiamare alcune brevi considerazioni sui seguenti istituti su cui vertono le problematiche poste, ovvero la transazione, disciplinata dall'articolo 239 del Codice dei Contratti pubblici, l'accordo bonario disciplinato dall'articolo 240 del Codice e la definizione delle riserve di cui all'articolo 240 bis dello stesso Codice. In generale si rileva che si tratta di norme straordinarie, dettate dal fatto che nei giudizi sia ordinari e sia - soprattutto - arbitrali le amministrazioni sono per lo più soccombenti, e pertanto sono dirette a ridurre d'imperio il danno per l'erario, basandosi sul principio che i danni superiori alla soglia rientrano nell'alea del rischio d'impresa.

L'art. 239, d.lgs. 163/06, annovera l'istituto della **transazione** nella Parte IV relativa al Contenzioso, quale strumento di composizione stragiudiziale di una lite, in aggiunta all'accordo bonario. La particolarità dell'istituto risiede nella possibilità di trovare applicazione anche a prescindere dall'accordo

bonario, ponendosi quale strumento alternativo di definizione del contenzioso in ipotesi di "controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (art. 239, comma 1, del Codice). Pertanto, presupposto per accedere all'istituto della transazione, è la sussistenza di una *res litigiosa*, da intendersi anche come mera esistenza di un dissenso anche solo potenziale non esteriorizzato in una rigorosa formulazione. E', altresì, necessaria la volontà di entrambe le parti del rapporto controverso di addivenire a reciproche rinunce e riconoscimenti.

L'art 240 (Accordo bonario) permette di definire bonariamente (*rectius*: in via stragiudiziale) le controversie che dovessero insorgere fra le parti durante la fase dell'esecuzione di un appalto lavori¹ a seguito di iscrizione di riserve sui documenti contabili, estendendone l'applicazione - nei limiti della compatibilità - anche agli appalti di servizi e forniture nonché ai settori speciali (comma 22).

Nel comma 1 è espressamente prescritto che "qualora a seguito dell'iscrizione di riserve sui documenti contabili, l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale, si applicano i procedimenti volti al raggiungimento di un accordo bonario, disciplinati dal presente articolo".

Si ricorda che secondo la giurisprudenza prevalente, per riserva si intende qualunque richiesta di maggior compensi concernenti l'appalto, quale che sia la loro natura; la medesima giurisprudenza esclude da tale concetto tutte le pretese dell'appaltatore che derivano da situazioni incidenti sulla vita stessa del contratto (quali risoluzione per inadempimento, recesso del contratto), i fatti illeciti dell'amministrazione fonte di responsabilità extra-contrattuale, nonché in particolare i fatti estranei a quella che sono le finalità proprie del registro di contabilità di documentazione dell'esecuzione dell'opera (quali ad es. la richiesta di interessi moratori e, per i debiti di valore, la rivalutazione monetaria).

Una fondamentale distinzione tra accordo bonario e transazione consiste nel

¹ Tale istituto era stato previsto, limitatamente all'appalto di lavori nei settori ordinari, dall'art. 31 bis della legge n. 109/94 (Merloni quater), disposizione introdotta dall'art. 9, d.l. 101/95 (convertito dalla legge n. 216/95) e poi modificata dall'art. 7, comma 1, lett. u), legge n. 166/02, nonché dall'art. 149, d.P.R. n. 554/99 (oggi abrogato dall'art. 256, comma 1, d.lgs. 163/06)

fatto che mentre l'accordo bonario permette la risoluzione del contenzioso nell'ambito della cornice definita dal contratto di appalto (con le limitazioni d'importo stabilite dal combinato disposto degli articoli 240 comma 1 e art. 240 bis comma 1 del Codice), la transazione ai sensi dell'art. 239 del Codice può avvenire anche al di fuori dei casi in cui è previsto l'accordo bonario.

Infatti, secondo autorevole dottrina "l'art. 239 del Codice ha [...] recepito l'istituto civilistico della transazione - seppure con alcuni connotati pubblicistici, quale ad esempio la forma scritta ad substantiam necessaria per tutti i contratti della P.A. - e lo ha elevato a strumento stragiudiziale di composizione di una lite insorta tra la p.a. ed un privato nella fase di esecuzione di un contratto di lavori pubblici. Tuttavia nella transazione di diritto pubblico, ai normali elementi del negozio transattivo ex art. 1966 C.C., si vengono ad affiancare e sovrapporre i citati principi pubblicistici che derivano dal suo collegamento con l'interesse generale e che ne alterano conseguentemente la facies giuridica (P. Stella Richter - P. Chirulli)".

Questo orientamento dottrinario è stato ripreso e fatto proprio anche dall'Autorità che nella Deliberazione n. 56 del 3/12/2008 relativa agli articoli 239 e 240 del Codice afferma:

"Pur dovendosi riconoscere il carattere transattivo dell'accordo bonario, si evidenzia come le procedure di affidamento siano rigorosamente soggette alla normativa comunitaria e nazionale a tutela della libera concorrenza e non possono essere oggetto di scambi transattivi in termini di "affidamento lavori/ rinuncia alle liti". L'amministrazione, in linea generale, può, pertanto, addivenire ad una transazione con l'appaltatore per dirimere controversie insorte in sede di esecuzione del contratto, fermo restando che la particolare natura giuridica del rapporto instaurato tra le parti, sorto a seguito di procedura di scelta del contraente soggetta al regime pubblicistico, **impone precisi limiti alla possibilità di modificare il contenuto delle rispettive prestazioni.** Così, mentre deve ritenersi praticabile in ambito pubblicistico una transazione c.d. "semplice", ossia semplicemente modificativa della situazione giuridica dedotta in lite, deve escludersi invece l'ammissibilità di una transazione "novativa", intesa come accordo mediante il quale si instaura

con l'appaltatore un nuovo e diverso rapporto contrattuale, per soddisfare un interesse diverso da quello dedotto nel contratto originario.

Quesito 1:

Per le considerazioni fin qui svolte, relativamente al primo quesito posto il limite previsto dall'art. 240 bis comma 1 del Codice, (comma così modificato dall'art.4, comma 2, lett.hh) del DL 13/05/2011 n. 70 in vigore dal 14/05/2011, convertito con la legge di conversione 12 luglio 2011, n. 106, in vigore dal 13/07/2011) per il quale "l'importo complessivo delle riserve non può in ogni caso essere superiore al venti per cento dell'importo contrattuale" risulta inderogabile non lasciando, d'altro canto, la lettera della norma spazi per altre interpretazioni. Da come è scritta la norma si potrebbe desumere che la soglia del 20% costituisca un limite inderogabile per l'impresa alle sue pretese; tuttavia considerato che le riserve non sono un titolo di credito ma solo delle pretese, che potrebbero anche non essere fondate, la richiesta può quindi essere anche superiore al suddetto limite. Infatti l'opinione prevalente è che il limite del 20% costituisca **un tetto di spesa** per la stazione appaltante da applicare nel caso in cui essa ritenesse di addivenire all'accordo bonario, essendo il committente obbligato ad esperire il tentativo ma non anche ad accogliere *in toto* le riserve dell'impresa, che potranno essere invece solo quelle fondate entro il suddetto limite.

Quesito 2

Per le considerazioni fino a qui svolte, per il caso in esame relativo a riserve iscritte pari a circa l'80% dell'importo contrattuale e comunque riconosciute per il 30% dello stesso importo la risposta al secondo quesito posto è negativa. Senza entrare nel merito dell'ampiezza delle riserve poste, si ribadisce che in caso di iscrizione di riserve nei documenti contabili, quando "l'importo economico dell'opera possa variare in misura sostanziale e in ogni caso non inferiore al dieci per cento dell'importo contrattuale" (art. 240 comma 1), si applicano i procedimenti e la disciplina dettati dagli articoli 240 e 240 bis, mentre la transazione permette la composizione nel rispetto del

Codice Civile di tutte "le controversie relative a diritti soggettivi derivanti dall'esecuzione di contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" (art. 239, comma 1 del Codice) che non trovino origine in riserve iscritte nei documenti contabili.

A tale riguardo l'ANAC, in base agli indirizzi espressi (deliberazione n. 249 del 17/09/2003 "Linee guida, conformi alle norme e ai principi, necessarie per assicurare l'esercizio dell'attività di accordo bonario", deliberazione n. 5 del 30/05/2007 recante "Contenzioso in fase di esecuzione: accordo bonario", parere di precontenzioso deliberazione n. 70 del 16/12/2010), nel parere di precontenzioso di cui alla Deliberazione n. 89 del 24/10/2012 ha precisato che l'istituto dell'accordo bonario "dovrebbe limitarsi alla risoluzione delle riserve e che non possono essere oggetto di accordo bonario la realizzazione di maggiori lavori non autorizzati. [..]"

Per completezza si ricorda che l'ANAC nella Deliberazione n. 249 del 17/09/2003, recante "Linee guida, conformi alle norme e ai principi, necessarie per assicurare l'esercizio dell'attività di accordo bonario" ha individuato - tra i capisaldi della relativa procedura - il ruolo svolto dal Responsabile del Procedimento (RUP). Successivamente nella Determinazione n. 5 del 30/05/2007 recante "Contenzioso in fase di esecuzione: accordo bonario" l'Autorità ha richiamato l'attenzione dei responsabili dei procedimenti sull'importanza di:

- valutare con attenzione, prima di attivare il procedimento dell'accordo bonario, la fondatezza delle riserve ai fini del raggiungimento del limite del 10% dell'importo contrattuale, avvalendosi anche di supporti professionali appropriati quando la specificità tecnica o giuridica delle riserve lo richieda;
- procedere, quando le riserve attengano a circostanze imprevedibili o ad errori o omissioni nella redazione del progetto, che impongono la modifica o integrazione dello stesso, a richiedere alle competenti figure istituzionali (progettista e direttore dei lavori) la redazione di una perizia di variante, essendo questa - e non l'accordo bonario - lo

strumento normativo previsto in tali circostanze (art. 132 del D.lgs. 163/2006);

- impedire che l'accordo bonario possa essere strumentalmente utilizzato dall'appaltatore per ottenere maggiori compensi per oneri già contemplati in sede di gara, alterando di fatto le condizioni economiche definite dalla gara stessa.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Project financing per impianto sportivo

Data invio 8/6/2015

Soggetto richiedente

Ente di appartenenza COMUNE DI

Settore/Ufficio

Sede

Tel

Fax

Indirizzo e-mail

Oggetto: Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; L 147/2013 art.1 co.304 lett a)		
Appalti: Lavori Servizi Forniture Misti	Concessioni: ✓ Lavori Servizi Altro	Fase temporale: ✓ Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
Importo: ✓ Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria		
Contratti: ✓ Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
Procedura di affidamento:		
Aperta Ristretta Negozziata Dialogo competitivo Accordo quadro ✓ Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	Tematiche specifiche: RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità ✓ Altro attività propedeutica alla proposta

Quesito*:

La legge di stabilità 2014, ha introdotto norme volte alla semplificazione delle procedure per la ristrutturazione e costruzione di impianti sportivi, anche di piccole e medie dimensioni, andando in parziale deroga all'art.153 D.Lgs.163/06 in materia di project financing.

In tale ambito, un soggetto privato (ovvero, una società sportiva nella forma della spa) sarebbe interessato alla presentazione di una proposta per l'ammodernamento e la gestione di un impianto sportivo di ns.proprietà. Poiché l'art.1 co.304 lett.a) L 147/2013, cita testualmente quanto segue:

*il soggetto che intende realizzare l'intervento presenta al comune interessato uno studio di fattibilità, a valere quale progetto preliminare, redatto tenendo conto delle indicazioni di cui all'articolo 14 del d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207, e corredato di un piano economico-finanziario e **dell'accordo** con una o più associazioni o società sportive utilizzatrici in via prevalente... omissis"*

Dato atto che la norma ci sembra piuttosto generica in merito sia alla forma che ai contenuti che l'accordo tra i due soggetti coinvolti dovrebbe avere, è possibile che possa essere sottoscritto tra le parti mediante una semplice scrittura privata? E tra i contenuti, è possibile che i due soggetti coinvolti disciplinino all'interno dell'accordo le competenze e le responsabilità di ognuno (Ovvero, il soggetto che intende realizzare l'intervento vorrebbe assumere esclusivamente l'onere e la responsabilità delle opere da realizzare, fino al loro collaudo, mentre la società sportiva interverrebbe al momento dell'avvio della gestione vera e propria dell'opera realizzata, assumendone quindi la responsabilità nella sua totalità. In sostanza, il costruttore sarà responsabile della parte "lavori" mentre la società sportiva della parte "gestione")?

* 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, preliminarmente si rileva che le problematiche sottoposte afferiscono all'interpretazione delle disposizioni introdotte con la legge finanziaria per il 2014, la legge 27 dicembre 2013 n. 147 (legge Stabilità 2014) ed in particolare all'articolo 1 comma 304 della stessa. Le suddette problematiche sono state già affrontate nella risposta ai quesiti da voi proposti allo scrivente Osservatorio un anno fa (luglio 2014), e nella suddetta occasione si è precisato che l'interpretazione "autentica" delle norme sopra richiamate compete soltanto al legislatore nazionale, potendo in questa sede condividere alcune riflessioni allo scopo di consentirne l'applicazione coerente con il complesso quadro normativo vigente in materia di contratti pubblici.

Ciò posto, si rileva che nell'ambito dei suddetti quesiti si faceva riferimento ad un impianto da realizzarsi su aree di proprietà del Comune, condizione che sembra permanere anche in questo caso, dato che nei quesiti in esame si continua a fare riferimento ad un impianto di proprietà del Comune e pertanto, da questo punto di vista, la fattispecie in esame ricade nella lettera d) comma 304 dell'articolo 1 a norma del quale "si applicano, in quanto compatibili, le previsioni del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, in materia di finanza di progetto". Quindi, in linea di principio, occorre fare riferimento alla disciplina di cui agli articoli 153 e seguenti del

Codice dei Contratti pubblici, a cui vanno aggiunte le disposizioni integrative del regolamento di attuazione del DPR 207/2010. Si ricorda, come sostenuto dalla giurisprudenza maggioritaria, che la finanza di progetto rappresenta una particolare procedura di affidamento di una concessione in cui assume un ruolo centrale la progettazione privata, a cui sono demandate le scelte strategiche dell'intervento seppur nell'ambito di un progetto parzialmente individuato dall'amministrazione. L'elemento che caratterizza il project financing e che lo differenzia dalla concessione tradizionale è dunque rinvenibile nel maggiore grado di coinvolgimento del privato nella progettazione dell'opera.

Riguardo al quesito 1, relativo alla formalità di stipula dell'accordo tra i soggetti privati proponenti, le disposizioni sopra richiamate non contengono effettivamente un richiamo alla necessità di rispettare specifiche modalità di stipula dell'accordo tra il soggetto promotore ed altri operatori economici, potendo questi ultimi costituirsi in RTI oppure in consorzio. Tuttavia, tenuto conto della *ratio* sottesa alle disposizioni relative alle modalità di stipula dei contratti con le PP.AA. (art. 11 comma 13), la risposta al suddetto quesito è negativa in quanto occorre tenere conto che le modalità di stipula costituiscono (anche) una garanzia per la stazione appaltante per l'esecuzione delle prestazioni ivi pattuite. Quindi è sicuramente interesse dell'Amministrazione che l'accordo tra il soggetto promotore e - nel caso in esame - una o più associazioni o società sportive, utilizzatrici dell'impianto in via prevalente, sia formalizzato con modalità idonee e adeguate a garantire l'identità dei contraenti e la serietà della proposta. Da questo punto di vista la "mera" scrittura privata non appare sufficiente e, quanto meno, si richiede che questa venga autenticata. In tal modo l'Amministrazione risulta tutelata in rapporto all'identità dei soggetti cui potersi rivolgere per ottenere lo svolgimento delle prestazioni contenute nell'offerta, in caso di inadempimenti e/o ritardi. Sotto quest'ultimo aspetto, riguardo al secondo quesito posto, le indicazioni da voi riportate sul contenuto dello stesso accordo non sembrerebbero sufficienti, in quanto occorre che siano comunque inserite le clausole a tutela della stazione appaltante, tra cui quella che vincola tutti i

soggetti coinvolti (promotore e associazioni sportive) allo svolgimento delle attività del project rispondendone ciascuno per intero salvo rivalsa, ovvero la responsabilità in solido nei confronti della stazione appaltante, oltre alla previsione di idonea clausola in caso di inadempimento/ritardo nell'esecuzione e gestione dell'impianto. In sostanza la prospettiva deve essere sempre quella di garantire alla stazione appaltante di ottenere un'opera effettuata da soggetti qualificati e quanto più possibile funzionale ad esigenze collettive e al contenimento della spesa pubblica, nel rispetto di quanto stabilito nel DPR 207/2010 agli articoli 79 comma 7, 95 e 96 comma 2, 115 e 116 in quanto come già indicato, il riferimento è costituito dalle disposizioni relative alla finanza di progetto di cui al Codice dei Contratti pubblici e del Regolamento di attuazione. L'art. 152 del D.Lgs 163/2006 inoltre, nel puntualizzare la disciplina comune applicabile alla finanza di progetto, richiama le disposizioni di cui al Titolo I, Parte II del Codice dei Contratti.

Infine, relativamente ai contenuti dell'accordo cui viene fatto cenno nei quesiti posti, si esprime qualche perplessità in merito alla struttura dello stesso, posto che deve essere comunque rispettato lo schema della concessione così come definito dall'articolo 3 del Codice dei Contratti pubblici e nella nuova direttiva UE 2014/UE/23, quale contratto a titolo oneroso mediante il quale una o più amministrazioni aggiudicatrici affidano l'esecuzione di lavori o la prestazione e gestione di servizi a uno o più operatori economici. Nel considerando 11 della nuova direttiva UE si precisa infatti che "tali contratti hanno per oggetto l'acquisizione di lavori o servizi attraverso una concessione il cui corrispettivo consiste nel diritto di gestire i lavori o i servizi o in tale diritto accompagnato da un prezzo." Ciò deve valere sia per la società sportiva che per il soggetto che esegue la parte delle opere, correndo altrimenti il rischio di alterare lo schema della concessione. Si resta a disposizione per eventuali ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta ...



QUESITO

Appalto di categorie singolarmente inferiori a 150 mila euro

Data invio 27 gennaio 2015

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio Appalti

Sede

Tel

Fax.....Indirizzo e-mail...

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 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> X Antecedente il bando o la lettera 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>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità X Altro: "requisiti di partecipazione/categorie a qualificazione obbligatoria.</p>
<p><u>Contratti:</u> 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>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	

Quesito*

Stiamo predisponendo la documentazione di gara per appaltare tramite procedura negoziata ex art. 122 c. 7 D. Lgs. 163/2006, lavori di manutenzione straordinaria per la messa in sicurezza della palestra di un edificio scolastico. L'importo dei lavori a base d'asta risulta così suddiviso:

€ 20.000 per lavori di rimozione vecchia copertura e smaltimento amianto (rientrante come tipologia nella categoria OG12) – interamente subappaltabile

€ 90.000 per nuove coperture (rientrante come tipologia nella OS33) – subappaltabile fino al 20%

€ 45.000 per lavori edili di tipo strutturale (rientrante come tipologia nella OG1) - interamente subappaltabile

€ 155.000 totale importo da ribassare

€ 14.000 per oneri di sicurezza da PSC non soggetti a ribasso

Per un totale di € 169.000.

Prima domanda: per definire i requisiti necessari alla partecipazione alla gara, occorre imputare gli oneri della sicurezza alle categorie? Nel caso specifico le abbiamo attribuite alla categoria prevalente OS33.

Seconda domanda: poiché l'importo totale dei lavori supera l'importo di € 150.000, ma le singole categorie sono tutte di importo inferiore, è corretto richiedere come requisito di partecipazione il possesso di attestazione SOA nella categoria prevalente OS33 nella classifica I o superiore, unitamente al possesso dei requisiti ex art. 90 DPR 207/2010 nelle categorie OG12 e OG1 oppure, se non in possesso, l'obbligo di subappaltare le suddette lavorazioni scorporate?

Terza domanda: sono corrette le possibilità di subappalto riferite alle varie categorie di lavorazioni?

Grazie.

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

--

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

--

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente ai quesiti posti e per quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che per la qualificazione degli esecutori negli appalti pubblici il riferimento è rappresentato dalla nuova formulazione dell'art. 12 decreto legge 28 marzo 2014, n. 47 convertito con modificazioni con legge 23 maggio 2014, n. 80, relativamente al quale occorre richiamare alcune precisazioni. Nella formulazione iniziale, infatti, l'art. 12 d.l. n. 47/2014 aveva introdotto in via d'urgenza una serie di principi e prescrizioni programmatiche per colmare, nelle more dell'emanazione delle disposizioni regolamentari sostitutive, il vuoto normativo derivante dall'annullamento degli artt. 107 comma 2 e 109 comma 2 del Regolamento appalti, disposto con il D.P.R. 30 ottobre 2013 n. 72173/13 (pubblicato in Gazz. Uff. 29 novembre 2013, n. 280) emanato a seguito all'accoglimento del Ricorso straordinario al Presidente della Repubblica proposto dall'Associazione imprese generali avverso alcune norme del D.P.R. n. 207 del 2010; annullamento, si ricorda, disposto perché si era ritenuto che la previgente disciplina regolamentare limitava in modo discriminatorio la qualificazione e la capacità operativa delle imprese generali a favore delle imprese speciali. In sede di conversione del D.L. 47, attraverso la nuova stesura dell'art. 12 si è provveduto invece a specificare in norma le categorie, nelle more dell'adozione delle nuove disposizioni regolamentari all'esito del procedimento di cui all'art. 5 comma 4 del Codice appalti, prevedendo che ai sensi dell'art. 37, comma 11, del

Codice appalti (di cui viene abrogato il comma 13) devono essere considerate strutture, impianti e opere speciali le opere corrispondenti alle categorie individuate nell'allegato A del Regolamento con l'acronimo OG o OS, ed elencate al comma 1 della suddetta disposizione, ovvero: OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30.

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

Per le previsioni sopra richiamate, la norma mantiene fermo il limite di cui all'art. 170, comma 1, (pari al 30%) del Regolamento per le categorie del comma 1 (OG 11, OS 2-A, OS 2-B, OS 4, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 21, OS 25, OS 30) di importo singolarmente superiore al 15% per cento, nonché le prescrizioni concernenti il possesso dei requisiti ed i limiti di subappaltabilità previsti dall'art. 92 del Regolamento, che viene tra

l'altro completamente riscritto e sostituito.

Ciò posto, riguardo ai quesiti in oggetto si rileva quanto segue

Quesito n. 1

La risposta è affermativa. A tale riguardo si precisa che gli oneri della sicurezza riguardano ciascuna delle categorie individuate dal progettista, prevalente e scorporabili, ma è rimessa al coordinatore della sicurezza in fase di progettazione la valutazione della relativa "sicurezza", ovvero la valutazione se le categorie individuate comportino o meno oneri sicurezza, provvedendo, in caso affermativo, alla rispettiva quantificazione.

Pertanto nel caso da voi prospettato sembrerebbe che gli oneri della sicurezza siano attribuiti solo alla categoria prevalente OS33, anche se è difficile che le altre categorie indicate OG1 e OG12 ne siano completamente esenti.

Quesito n. 2

Sul punto è intervenuta l'AVCP/ANAC con la Determinazione del 18 luglio 2001 n. 15 e più recentemente si ricorda il parere dell'ANAC n.86 del 30/05/2012, secondo cui "per poter affermare l'obbligatorietà dell'attestazione di qualificazione e ritenere legittimi eventuali provvedimenti di esclusione, occorre aver riguardo all'importo dei lavori e al soggetto esecutore di questi ultimi, nel senso che solo se i lavori oggetto di affidamento sono di importo superiore ai 150.000, l'attestazione in capo all'esecutore è condizione necessaria e sufficiente per la dimostrazione dell'esistenza dei necessari requisiti di capacità tecnica e finanziaria. Ma se l'importo dei lavori è inferiore a 150.000 euro, l'esecutore di questi non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 D.P.R. 207/2010 (art. 28 D.P.R. 34/2000). L'Autorità precisa poi che "tale conclusione si giustifica anche alla luce di una interpretazione dell'art. 90 D.P.R. 207/2011 (art. 28 D.P.R. 34/2000) in senso "comunitariamente orientato" e rivolto a rispettare il principio generale della massima partecipazione alle selezioni per

l'affidamento di appalti pubblici, tenuto conto altresì della circostanza che l'amministrazione, attraverso il deposito dell'equipollente certificazione, non viene a trovarsi in una posizione di rischio circa l'eventuale affidamento dell'appalto ad un soggetto professionalmente inadeguato, potendo pur sempre verificare la veridicità del contenuto di quanto attestato dalla concorrente. (TAR Toscana, Firenze, sentenza del 15 gennaio 2007 n. 12)"

Pertanto, ai fini della qualificazione per la procedura di gara in esame ed allo scopo di garantire la massima partecipazione degli operatori economici, non può essere richiesta solamente la certificazione SOA ma occorre consentire l'alternativa della qualificazione mediante SOA oppure in base ai requisiti ex art. 90 del DPR 207/2010, che pertanto devono essere indicati nel bando per tutte le categorie individuate dal progettista. Tale è la linea seguita da Regione Toscana, come risulta dagli atti di alcune procedure di gara pubblicati su START.

Quindi, in tale ottica, si suggerisce di rivalutare anche l'individuazione delle lavorazioni/categorie come riportate nel quesito in esame.

Per l'ultima parte del quesito 2, la risposta è affermativa per le considerazioni prima svolte e stante il disposto dell'articolo 12 comma 2 lettera a).

Relativamente al quesito n. 3, la risposta è affermativa. Infatti, per la prevalente il limite del subappalto del 20%, deriva dalla disposizione di cui all'articolo 122 comma 7, mentre per le altre categorie, si riporta quanto indicato dall'ANAC nel Parere n.6 del 29/07/2014 relativo a "Artt. 37, comma 11 e 118 d.lgs. n. 163/2006. Artt. 92, 107, 108, 109 d.P.R. 207/2010. Categorie prevalente e scorporabile. Qualificazione SOA e A.T.I. di tipo verticale", nel quale l'Autorità dopo aver esaminato le pertinenti disposizioni del Codice e del Regolamento attuativo così conclude:

"Ne deriva che:

- le opere scorporabili inerenti alle categorie di opere generali individuate nell'allegato A ovvero speciali a qualificazione obbligatoria, indicate nella

Tabella dell'allegato A e indicate all'articolo 12 comma 2 lett. b (OS 2-A, OS 2-B, OS 3, OS 4, OS 5, OS 8, OS 10, OS 11, OS 12-A, OS 13, OS 14, OS 18-A, OS 18-B, OS 20-A, OS 20-B, OS 21, OS 24, OS 25, OS 28, OS 30, OS 33, OS 34, OS 35) - se di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, ovvero di importo superiore a 150.000 euro - non possono essere realizzate direttamente dall'affidatario in possesso della qualificazione nella categoria prevalente, ma non qualificato per le singole categorie scorporabili; possono essere subappaltate al 100%;

- tra queste opere, l'art. 107, comma 2, del regolamento individua un ulteriore elenco di 24 categorie cc.dd. superspecialistiche - di importo singolarmente superiore al dieci per cento dell'importo complessivo dell'opera o lavoro, o di importo superiore a 150.000 euro - per le quali, se di importo singolarmente superiore al 15% del totale, il subappalto è consentito solo nei limiti del 30%, a impresa in possesso della qualificazione specifica; il che implica che, in presenza delle opere "speciali" individuate da tale disposizione, l'impresa munita della qualificazione nella categoria prevalente, già solo per partecipare alla gara, deve necessariamente costituire un'A.T.I. verticale con un'impresa qualificata nella categoria "speciale", ovvero fare ricorso all'istituto dell'avvalimento per integrare il requisito mancante."

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Avvisi esplorativi per procedure negoziate

9 Aprile 2015

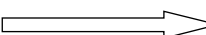
Soggetto richiedente

Ente di appartenenza Comune di

Settore Lavori Pubblici

Sede dell'Ufficio

Tel Fax Indirizzo e-mail

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

Quesito*:

In relazione al comma 8 dell'art.125 del codice degli appalti questo ufficio, per la individuazione degli operatori economici, si avvale di indagine di mercato tramite l'avviso esplorativo per manifestazione d'interesse. Fino ad oggi tutti i soggetti richiedenti, in possesso dei relativi requisiti sono stati invitati. Dato il cospicuo numero di ditte richiedenti (110 – 120 ditte a volta) vorrei sapere se è corretto inserire nell'avviso che in tal giorno alla tale ore si procederà pubblicamente al sorteggio di 10 soggetti che poi verranno invitati alla trattativa.

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:

In relazione al quesito posto e sulla base di quanto da voi rappresentato si evidenzia che la questione sottoposta afferisce alla speciale procedura negoziata di cottimo fiduciario prevista dall'art. 125 comma 8 del Codice dei contratti per lavori da eseguire in economia. A tale riguardo si ricorda che l'affidamento dei lavori attraverso la suddetta procedura richiede il preventivo

inserimento della stessa tipologia di opere nel provvedimento con il quale la stazione appaltante, in relazione alle proprie specifiche esigenze, individua i lavori da eseguire in economia ai sensi dell'art. 125 comma 6 del Codice

Ciò premesso, per quanto concerne le modalità di scelta degli operatori economici da invitare alla procedura in esame, posto che tale scelta è rimessa alla valutazione di ciascuna stazione appaltante nel rispetto delle Codice dei Contratti, si richiamano le considerazioni svolte dall'Autorità di Vigilanza nelle Determinazioni n. 2 del 6 aprile 2011 e n. 8 del 14 dicembre 2011 (quest'ultima recante specificatamente indicazioni operative relative all'art. 122 comma 7). Riguardo all'indagine di mercato l'Autorità, infatti, evidenzia che non esiste una definizione normativa della stessa e, pertanto, riaffermando la necessità del rispetto dei principi generali del codice - e cioè dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, concorrenza - che devono comunque essere rispettati anche nel caso particolare delle procedure negoziate, procede ad esaminare le diverse modalità di selezione degli operatori economici, tra cui la pubblicazione di specifico avviso per manifestazione di interesse.

A tale riguardo la stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare, ovvero:

a) invito di tutti gli operatori che hanno manifestato interesse. Questa soluzione che la Regione Toscana ha scelto di privilegiare per l'affidamento delle spese in economia e disciplinato all'art. 28 comma 2 e 34 del Regolamento attuativo della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38, emanato con DPGR 30/R del 27.05.2008;

b) sorteggio pubblico tra gli operatori che hanno manifestato interesse. Per selezionare i soggetti da invitare a presentare offerta, l'AVCP suggerisce anche il sorteggio pubblico. In tal caso, occorre garantire il rispetto dell'obbligo del differimento dell'accesso di cui all'art. 13 comma 2 lettera b) del Codice dei contratti, in quanto l'obbligo del differimento sopra richiamato potrebbe risultare pregiudicato a causa della visibilità degli operatori economici in occasione della seduta pubblica del sorteggio, e dei potenziali

accordi tra gli stessi in alterazione della concorrenza.

A tale scopo può essere opportuno collegare i nominativi degli operatori economici a numeri, e procedere in tal modo al sorteggio pubblico dei partecipanti, intendendo per sorteggio pubblico la pubblicità delle operazioni di sorteggio effettuate dal RUP alla presenza di testimoni e risultanti da relativo verbale. Invece l'abbinamento dei numeri estratti con i nominativi dei partecipanti viene effettuato successivamente dalla stazione appaltante in via riservata, al fine di ottemperare alla disposizione di cui all'articolo 13 comma 2 lettera b), e provvedendo alla redazione di relativo verbale delle operazioni da conservare agli atti.

Pertanto, per le argomentazioni sopra svolte, la risposta al quesito posto è affermativa, in quanto è corretto e doveroso ai fini del rispetto dei principi generali delle gare pubbliche (art. 2 del Codice dei Contratti) inserire nell'avviso le circostanze di luogo e tempo in cui si svolgeranno le operazioni di sorteggio a cui tutti gli interessati possono assistere. Comunque occorre, prima di tutto, che nell'avviso sia indicato il criterio con cui saranno selezionati i soggetti da invitare, se tutti coloro che risponderanno all'avviso oppure se, invece, un numero limitato, ed in quest'ultimo caso occorre indicare anche le modalità con cui il numero indicato degli operatori sarà scelto rispetto agli altri richiedenti.

In ogni caso si rinvia agli indirizzi dell'ANAC espressi nelle determinazioni citate, ricordando che l'Autorità consiglia di prendere a modello la disciplina prevista dall'art. 267 comma 7 del DPR 207/2010, per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura di valore economico inferiore a 100.000 euro.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Incentivi ai dirigenti per la progettazione di opere pubbliche

Data invio: 20/10/2015

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza:

Settore/Ufficio:

Sede:

Tel

- Fax

Indirizzo e-mail:

Oggetto:

Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art. 93, comma 7-ter, ultimo periodo, del D.Lgs. 163/2006, introdotto dall'art. 13-bis della Legge 114/2014.

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

Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;

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

Appalti:

Lavori

Servizi

Forniture

Misti

Importo:

Sotto soglia comunitaria

Sopra soglia comunitaria

Contratti:

Settori ordinari

Settori speciali

Esclusi

Procedura di affidamento:

Aperta

Ristretta

Negoziata

Dialogo competitivo

Accordo quadro

Project financing

Mercato elettronico

Concessioni:

Lavori

Servizi

Altro

Con bando

Senza bando

Cottimo fiduc.

Amm.^{ne} diretta

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito

Svolgimento gara

Controlli in gara

Controlli post gara

Stipula del contratto

Esecuzione del contratto

Collaudo

Eventuale pre-contenzioso

Altro.....

Tematiche specifiche:

RUP

SOA

DURC

DUVRI

Offerta economicamente più vantaggiosa

Composizione commissione aggiudicatrice

Accesso ai documenti di gara

Incentivo progettazione

Tracciabilità

Altro.....

Quesito*:**Oggetto: Incentivi ai dirigenti per la realizzazione di opere pubbliche.**

Questa Amministrazione deve ancora erogare gli incentivi al proprio personale dirigente (RUP e collaboratori) per la realizzazione della fase esecutiva del nuovo Ospedale XXXXXX. L'attività è stata svolta in epoca precedente all'entrata in vigore del D.L. n. 90/2014, ma la liquidazione ad opera del RUP è avvenuta solo dopo.

Stante l'importo dell'opera, gli incentivi - già stabiliti nel quadro economico dell'intervento - assumono una consistenza particolarmente rilevante e l'eventuale effettiva erogazione appare quantomeno degna della massima attenzione.

Tra l'altro, l'organo di controllo (Collegio Sindacale) si è pronunciato più volte in senso negativo su varie delibere di liquidazione non ancora portate in esecuzione.

Come ogni intervento normativo che riguarda voci stipendiali, anche la riscrittura della disciplina sui compensi per la progettazione comporta una serie rilevante di problematiche applicative. Come è noto, l'art. 13 del D.L. 90/2014 abroga la vecchia normativa (commi 5 e 6 dell'art. 92 D.Lgs. 163/2006), mentre il successivo articolo 13-bis, inserito in sede di conversione del provvedimento, detta nuove disposizioni che, per alcuni aspetti, differiscono in maniera sostanziale dalla disciplina ormai non più applicabile.

Limitatamente al merito del quesito, la novità più rilevante riguarda l'esclusione del personale con qualifica dirigenziale dai soggetti a cui è possibile erogare il compenso. Il nodo critico è quello della decorrenza. Vero è che per il principio che regge la successione delle leggi nel tempo, la nuova normativa si dovrebbe applicare solo alle attività effettuate dopo il 19 agosto 2014.

Ma è altrettanto risaputo che l'esclusione del personale della dirigenza è dovuta al principio dell'omnicomprensività della retribuzione dei dirigenti, come peraltro motivava la versione originaria dell'art. 13 del D.L. 90/2014 citato.

Va da sé che l'omnicomprensività della retribuzione dei dirigenti non costituisce una novità, bensì un principio consolidato dell'ordinamento del lavoro alle dipendenze delle pubbliche amministrazioni (D.Lgs. 165/2001).

Per tutto quanto sopra si chiede se la disposizione contenuta nell'art. 13-bis del D.L. 90/2014 (art. 93, comma 7-ter, ultimo periodo, del D.Lgs. 163/2006) possa avere valore di interpretazione autentica, e perciò valida anche per il passato.

Ringraziando, si porgono 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 al quesito posto ed in base di quanto da voi rappresentato, preliminarmente si rileva che la questione oggetto del quesito prende le mosse dall'abrogazione dei commi 5 e 6 dell'articolo 92 del Codice dei Contratti pubblici, disposta dall'art. 13 del decreto legge 24 giugno 2014, n. 90 convertito con la legge 11 agosto 2014, n. 114; con l'art. 13-bis dello stesso d.l.90/2014, introdotto in sede di conversione, che ha inserito i commi 7 bis e seguenti all'articolo 93 del Codice dei Contratti pubblici, è stata prevista a carico delle stazioni appaltanti l'istituzione di un fondo per la progettazione e l'innovazione destinato alle risorse umane e strumentali necessarie per tali finalità. In particolare, in base alle suddette disposizioni, le amministrazioni pubbliche destineranno risorse finanziarie in misura non superiore al 2 per cento degli importi posti a base di gara di un'opera o di un lavoro ad un fondo per la progettazione e l'innovazione, secondo modalità determinate da un regolamento adottato dalle stesse amministrazioni; inoltre

lo stesso regolamento dovrà definire i criteri di riparto di tali somme, ferme restando le ripartizioni direttamente disposte dalla norma in esame, posto che i progettisti dipendenti di una Pubblica Amministrazione possono percepire un incentivo fino al 50% dello stipendio annuo lordo mentre i dipendenti con qualifica dirigenziale sono esclusi da questo bonus.

La Corte dei Conti è intervenuta più volte per interpretare le norme sugli incentivi per la progettazione di lavori pubblici, da corrispondere ai tecnici dipendenti dalla Pubblica Amministrazione ai sensi dell'art. 93 del Codice dei contratti, in quanto il legislatore non ha regolamentato la fase di passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina ovvero la fase transitoria e di prima applicazione.

In particolare, relativamente al quesito posto, si rileva che la Corte dei Conti in più occasioni ha evidenziato che l'art. 93, comma 7-ter, ultimo periodo, del codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, come inserito dall'art. 13-bis "Fondi per la progettazione e l'innovazione" della legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90 costituisce una disposizione non applicabile retroattivamente, non essendo norma di interpretazione autentica. Infatti la Corte osserva che "la suddetta disposizione ha espunto dall'ordinamento il comma 5 (al quale il CCNL dell'Area II faceva richiamo) e il comma 6 dell'articolo 92 del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163; in base a tale nuova disciplina il riparto del fondo per la progettazione non trova più applicazione per il personale con qualifica dirigenziale. Si tratta di disposizioni che hanno profondamente innovato la disciplina in esame sotto diversi aspetti, che – ove interpretate in modo retroattivo, verrebbero ad incidere su posizioni giuridiche in atto senza che tale retroattività trovi giustificazione ragionevole ponendosi in contrasto anzi con il principio generale di uguaglianza e con l'affidamento legittimamente sorto negli interessati" (cfr. per tutti il parere Corte dei Conti – Sezione Autonomie n. 11/2015).

La nuova disposizione, quindi, non ha effetto retroattivo, né può considerarsi intervenuta quale norma di interpretazione autentica della precedente, e,

pertanto, dispone solo per il futuro. Di conseguenza "l'obbligo di non superare nella corresponsione di incentivi al singolo dipendente, nel corso dell'anno, l'importo del 50 per cento del trattamento economico complessivo annuo lordo, è applicabile al pagamento degli incentivi dovuti per attività tecnico-professionali espletate dai dipendenti individuati dalla norma a far data dall'entrata in vigore della legge di conversione del d.l. 24 giugno 2014, n.90".

Per quanto riguarda le problematiche relative alla fase transitoria, a cui viene fatto riferimento nel quesito, si evidenzia che con la deliberazione n. 183/PAR/2014 la Corte dei Conti - Sezione regionale di controllo per l'Emilia Romagna ha spiegato che le nuove regole sono operative dal 19 agosto 2014, cioè dal giorno in cui è entrata in vigore la Legge sulle semplificazioni rilevando che:

"a) l'ambito applicativo degli incentivi per la progettazione di cui agli artt. 92 del d.lgs. n. 163 del 2006 riguarda non un'attività di semplice pianificazione territoriale (come sembra avvenire nel caso all'esame), ma esclusivamente progettazione collegata direttamente con la realizzazione di un'opera pubblica;

b) fino all'entrata in vigore della legge di conversione 11 agosto 2014, n. 114 del decreto-legge 24 giugno 2014, n. 90, anche il dirigente di ruolo di un ufficio tecnico del Comune potrebbe beneficiare degli incentivi, in quanto il contratto collettivo nazionale di lavoro dell'Area II prevede espressamente quale deroga al principio dell'onnicomprendività la spettanza di incentivi per la progettazione (come detto, strettamente riferibile alla realizzazione di un'opera pubblica)".

È stato però necessario chiarire quale momento inerente alla progettazione dell'opera dovesse essere stato concluso entro questa data, cioè se il termine si riferisse al momento della progettazione, al pagamento del corrispettivo o all'approvazione e programmazione dell'intervento. Lo ha spiegato la Corte dei Conti, Sez. Controllo Toscana che, con la Deliberazione n. 12 del 05-03-2015, ha fatto chiarezza su tutti quei casi in cui la decisione di realizzare l'opera, lo svolgimento dell'incarico e il pagamento da parte della

Pubblica Amministrazione si sono trovati a cavallo dell'entrata in vigore della Legge sulle semplificazioni.

La Corte dei Conti ha spiegato che il termine si riferisce allo svolgimento delle attività di progettazione. Se queste sono state effettuate dopo il 19 agosto 2014 l'incentivo non può essere riconosciuto ai dirigenti e il suo importo non può superare il 50% dello stipendio annuo lordo.

Se la progettazione è avvenuta invece prima del 19 agosto 2014 si potranno far valere le vecchie regole, anche se le somme vengono liquidate in un momento successivo a questa data.

Per completezza, si rimanda alla deliberazione n.11/2015 della Corte dei conti, Sezione delle Autonomie sopra richiamata, nella quale si precisa che la linea di demarcazione fra la vecchia e la nuova regolamentazione della materia incentivante non sarebbe da ricercarsi nel momento in cui l'attività incentivata viene compiuta, tesi sostenuta dalla Sezione Emilia Romagna (delibera 183/2014) sulla scorta del criterio fissato nella delibera della Sezione delle autonomie n.7/2009; neppure nel momento in cui la prestazione resa viene remunerata, tesi della Sezione Lombardia (delibera n. 300/2014), bensì nel momento in cui l'opera o il lavoro sono approvati ed inseriti nei documenti di programmazione vigenti nell'esercizio di riferimento.

Data di invio della risposta scritta ...



QUESITO

Modalità di trasmissione scheda varianti all'ANAC

Data invio 23/01/2015

Soggetto richiedente

Ente di appartenenza : Azienda Sanitaria

Settore/Ufficio:

Sede:

Tel:

Fax:

Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> xCodice 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.....; x D.L. 90/2014 art. 37 comma 2 comunicazione varianti in corso d'opera, convertito con L. 114/2014</p>		
<p><u>Appalti:</u> x Lavori x Servizi x 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: approvazione varianti</p>
<p><u>Importo:</u> x Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		
<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>		<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....</p>

Quesito*

Visto l'obbligo, introdotto dall'art. 37 comma 2 del D.L. 90/2014 come modificato dalla Legge di conversione 114/2014, di comunicazione delle varianti in corso d'opera di cui all'art 132 del Codice appalti, all'Osservatorio dei contratti pubblici, entro trenta giorni dall'approvazione della Stazione Appaltante, si chiede a quale Ufficio deve essere trasmessa la documentazione e con quale formati e modalità.

Cordiali 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 al quesito proposto, si rileva che sull'argomento si è specificamente espressa l'A.N.A.C. con il comunicato del Presidente del 24.11.2014 "Applicazione dell'art. 37 del Decreto legge 24 giugno 2014 n. 90 come convertito dalla Legge n. 114/2014 - Modalità di trasmissione e comunicazione all'ANAC delle varianti in corso d'opera" che si allega in copia,

e di cui si anticipa sinteticamente il contenuto per quanto richiesto.

Preliminarmente si evidenzia che sono assoggettate all'obbligo in oggetto le varianti approvate a partire dal 25 giugno 2014, mentre ne restano escluse quelle approvate precedentemente.

In sintesi, come si ricava dal tenore della disposizione di cui all'articolo 37 comma 2 del D.L. 90/2014 come modificato dalla Legge di conversione 114/2014, per gli appalti **di importo pari o superiore alla soglia comunitaria** le varianti di cui all'art. 132, comma 1, lettere b), c) e d), del codice di cui al decreto legislativo n. 163 del 2006, di importo eccedente il 10 per cento dell'importo originario del contratto sono trasmesse all'ANAC entro trenta giorni dall'approvazione unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e ad apposita relazione del responsabile del procedimento. Le modalità di trasmissione e la documentazione da trasmettere, con particolare riferimento ai contenuti della perizia di variante, sono specificate nel suddetto comunicato dell'ANAC.

I dati sintetici devono continuare ad essere comunicati all'Osservatorio dei Contratti Pubblici, alla stregua di quanto è avvenuto sino ad oggi in osservanza ai Comunicati del Presidente della soppressa AVCP del 4 aprile 2008, del 14 dicembre 2010, del 22 ottobre 2013; ugualmente per le varianti di importo inferiore al 10% e per quelle inerenti tipologie diverse da quelle previste dall'articolo 37 comma 1.

Per gli appalti **di importo inferiore alla soglia comunitaria** di cui al comma 2 dell'art. 37 legge n. 114/2014, l'obbligo di comunicazione all'Osservatorio dei Contratti Pubblici dei dati sulle varianti si intende assolto mediante la compilazione delle scheda variante del sistema informativo, nei limiti e con le modalità indicate all'art. 7 comma 8 del Codice dei contratti pubblici e nei Comunicati della soppressa AVCP del 4 aprile 2008 e ssgg;

L'organo competente per la trasmissione delle varianti all'ANAC nei casi previsti dalla norma è il Responsabile del procedimento, che ne risponde ai sensi dell'art. 6 comma 11 del Codice.

Resta immutata la soglia minima di importo stabilita nel Comunicato della AVCP del 22 ottobre 2013, per cui le varianti da comunicare sono quelle

relative ad appalti di importo pari o superiore a Euro 40.000.

Si allega il Comunicato del Presidente ANAC del 19 settembre 2014.

Data di invio della risposta scritta ...



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

*Settore Contratti
Osservatorio sui Contratti pubblici*

QUESITO

Procedura per la realizzazione e la gestione del Polo digitale

Arezzo, 2 ottobre 2015

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: Comune di

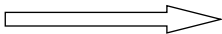
Settore/Ufficio:

Sede Arezzo –

Tel.

Fax

Indirizzo e-mail

<p><u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06); Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; X DPR 207/10</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture X Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> X Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u> X Sotto soglia comunitaria X Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> X Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		
		<p><u>Con bando</u> <u>Senza bando</u> <u>Cottimo fiduc.</u> <u>Amm.^{ne} diretta</u></p>
<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro: individuazione tipologia specifica di appalto</p>		

Quesito*:

Questa Amministrazione deve effettuare una gara con cui affidare la realizzazione di una struttura da adibire a "Polo del Digitale Applicato". Si prevede di finanziare quota parte dei lavori mediante la vendita di un'area e pertanto effettuare un appalto CONGIUNTO. Con la stessa procedura di gara s'intende, inoltre, affidare la gestione del realizzando Polo Digitale. Per cui si tratta di individuare un soggetto che, non solo realizzi l'opera (ed acquisisca l'area a scomputo di parte del pagamento) ma, gestisca il funzionamento della struttura (direttamente o dando in affitto gli spazi realizzati a ditte specializzate nel settore informatico). Si tratta di un'operazione per lo "start-up" di imprese del settore, anche giovanili, volta a favorire il tessuto imprenditoriale locale.

La realizzazione dell'opera è finanziata sia con risorse proprie dell'Amministrazione (inclusa la vendita dell'area) sia con risorse derivate da finanziamenti regionali. Mentre per la gestione del Polo non viene corrisposto da parte dell'Amministrazione alcun compenso; i gestori dovranno reperire gli introiti necessari (per manutenzione ordinaria, utenze, ecc.) dallo svolgimento nei suddetti locali della propria attività imprenditoriale se non quello derivante dalla gestione stessa dei locali, fatta salva la destinazione della struttura che non può essere cambiata. Inoltre, da parte dell'Amministrazione non sarà richiesto il pagamento di alcun canone. L'affidamento del servizio sarà effettuato nei confronti dell'appaltatore per la durata di 10 anni.

Premesso ciò, che tipo di procedura di appalto occorre attivare, non volendo ricorrere al project financing o alla concessione?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

--

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 linea di principio, si rileva che le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici sono tipiche e sono disciplinate nel Codice dei Contratti pubblici, ed è questo il perimetro entro cui le stazioni appaltanti devono individuare la procedura che meglio risponde alle proprie necessità. A tale riguardo si sottolinea l'importanza dell'istruttoria a monte (e alla base) del procedimento ed in particolare degli atti relativi alla programmazione e alla progettazione dell'opera, che devono evidenziare un'analisi dei profili economico-finanziari della medesima (art. 128 del Codice Contratti e artt. 14, 15 e 16 del Regolamento DPR 207/2010). Infatti i profili economico-finanziari hanno un peso rilevante nella scelta tra l'una o l'altra procedura, ed in particolare tra appalto o concessione in base all'allocatione del rischio di mercato (oltre al rischio proprio dell'appalto), che consiste quest'ultimo nel rischio di non riuscire a recuperare gli investimenti effettuati e i costi sostenuti per l'operazione.

Ciò posto, relativamente al quesito in esame e considerato che niente è indicato relativamente all'entità dei costi di realizzazione dell'opera e della gestione, né all'entità del flusso di cassa che può generare la relativa gestione, la procedura che meglio risponde alle necessità da voi descritte è rappresentato dalla concessione classica ad iniziativa pubblica disciplinata agli articoli 142 e segg. del Codice, che lega in unico contratto la realizzazione di un'opera pubblica e la relativa gestione, mediante utilizzo di risorse

totalmente o parzialmente a carico degli operatori economici.

In ogni caso vale la possibilità prevista dal comma 6 dell'articolo 53, ovvero che "in sostituzione totale o parziale delle somme di denaro costituenti il corrispettivo del contratto, il bando di gara può prevedere il trasferimento all'affidatario della proprietà di beni immobili appartenenti all'amministrazione aggiudicatrice, già indicati nel programma di cui all'[articolo 128](#) per i lavori, o nell'avviso di preinformazione per i servizi e le forniture, e che non assolvono più a funzioni di interesse pubblico."

Spunti interessanti sull'argomento si ritrovano anche nella recente determinazione di ANAC n. 10 del 23 settembre 2015 relativa alla concessione/project quali forme di partenariato pubblico/privato.

Tuttavia, per quanto da voi rappresentato sembra che il peso economico prevalente sia determinato dalla realizzazione dell'opera, mentre la relativa gestione non sembra avere un peso tale da remunerarne la realizzazione. Se questa circostanza risulta confermata, le procedure da seguire potrebbero diventare due: la prima per l'affidamento del contratto di appalto di lavori diretto a realizzare l'opera (art. 53), con risorse a totale carico dello scrivente Comune; la seconda per l'affidamento della concessione di servizi (art 30) relativa alle attività di gestione dell'opera, che sposta il rischio della gestione sul concessionario. Si ricorda che il ricorso alla concessione richiede un'attenta analisi dei flussi dei costi e dei ricavi, tenuto conto che l'assenza di previsione del pagamento di un canone da parte del concessionario deve essere congruamente motivata anche ai fini della responsabilità contabile.

In alternativa la gestione dell'opera può essere perseguita mediante un appalto di servizi, nel qual caso l'alea della gestione resta sulla stazione appaltante che è tenuta al pagamento di un corrispettivo.

Riassumendo, per le esigenze da voi rappresentate, nell'ambito delle procedure previste dal Codice dei Contratti lo strumento contrattuale che consente di gestire in un'unica procedura la realizzazione dell'opera e la relativa gestione è rappresentato dalla concessione di cui all'articolo 142 e segg.

In alternativa, tenuto conto delle variabili del caso in esame che dovranno

essere congruamente rappresentate nella motivazione degli atti, è possibile ricorrere a due strumenti contrattuali ovvero all'appalto per la realizzazione dell'opera e alla concessione di servizi per la relativa gestione, come sopra indicato.

Data di invio della risposta scritta ...



QUESITO

Requisiti progettisti in RTI in gara sopra soglia

Data invio

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio

Sede

Tel

Fax

Indirizzo e-mail: it

Oggetto:

~~C~~odice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 37;
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;
DPR 207/2010 art. 261 e 263

Appalti:

Lavori
~~S~~ervizi architettura e
ingegneria
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

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

Importo:

~~S~~otto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

Contratti:

Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

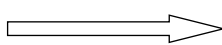
Tematiche specifiche:

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

Procedura di affidamento:

~~A~~perta
Ristretta
Negozziata
Dialogo competitivo
Accordo quadro
Project financing
Mercato elettronico
Asta elettronica

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



Quesito*:

Si chiede un parere in merito ai requisiti di qualificazione per gara di progettazione sopra soglia in caso di partecipazione alla gara di progettisti raggruppati in ATI verticale.

Si premette che trattandosi di gara sopra soglia si deve fare applicazione dell'art. 263 DPR 207/2010 che disciplina i requisiti speciali economico-finanziari e tecnico-organizzativi dei progettisti che partecipano a gare di questo tipo.

QUESITO 1

Il nostro dubbio riguarda proprio il caso di partecipazione di raggruppamenti temporanei di professionisti, che nel nostro caso dovrebbe essere di tipo verticale o misto, in quanto il bando prevede l'affidamento di servizi appartenenti a più classi e categorie. Dalle determinazioni ANAC n. 5 del 27/07/2010, nonché in vari pareri di precontenzioso della stessa (ma anche in giurisprudenza) risulta - quale principio consolidato - che in caso di ATI verticale si richiede soltanto per la qualificazione che la mandataria debba possedere i requisiti nella percentuale del 100% di quanto previsto nel bando con riferimento alla classe e categoria di servizi principale, ed ognuna delle mandanti nella misura del 100% di quanto previsto nel bando con riferimento alla classe e categoria di lavori che intende progettare. Questo perché la prescrizione contenuta nel comma 7 dell'art. 261 DPR 207/2010 secondo la quale "*in ogni caso la mandataria possiede i requisiti in misura percentuale rispetto a ciascuna delle mandanti*" troverebbe applicazione solo per le ATI di tipo orizzontale o misto (per la sub-associazione orizzontale), ma non per quelle di tipo verticale.

Allora, la nostra domanda è questa: ma il requisito del fatturato (lett.a) art. 263) e quello relativo all' organico medio (lett. d) art. 263), nel caso di ATI verticale, lo può apportare chiunque nel raggruppamento in qualunque percentuale? come deve essere conteggiato l'organico medio e fatturato in caso di ATI verticale?! non è necessario che la mandataria detenga un organico medio o un fatturato in misura maggioritaria rispetto alle altre mandanti nel computo totale?

Quesito 2 – integrazione del 20 aprile 2014

Con l'occasione approfitto per chiarire un ulteriore dubbio in materia di raggruppamenti temporanei professionisti, in particolare il ruolo del coordinatore della sicurezza in una gara di progettazione, direzione lavori e coordinamento in fase di sicurezza: in particolare si chiede se in un RTP di tipo verticale, dove ciascun partecipante al raggruppamento sia qualificato per la rispettiva categoria di servizi (per la progettazione), il ruolo di coordinatore per la sicurezza possa essere affidato ad altro soggetto (che figurerebbe come mandante del raggruppamento) - in possesso della relativa certificazione D. lgs. n. 81/2008 - ma che non rientrerebbe nel conteggio delle percentuali di copertura dei servizi, già coperti dagli altri raggruppati. Oppure, viceversa, se il coordinatore debba essere necessariamente individuato tra coloro che si qualificano per le rispettive categorie di servizi di progettazione.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Risoluzione del contratto e concordato preventivo di impresa mandataria

Data invio 19/05/2015

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza

Settore/Ufficio

Sede

Tel

Fax

Indirizzo e-mail...

Oggetto:

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

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

Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;

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

.....

Appalti:

X Lavori

 Servizi

 Forniture

 Misti

Concessioni:

Lavori

 Servizi

 Altro

Fase temporale:

Antecedente il bando o la lettera di invito

Svolgimento gara

 Controlli in gara

 Controlli post gara

 Stipula del contratto

X Esecuzione del contratto

 Collaudo

 Eventuale pre-contenzioso

 Altro.....

Importo:

X Sotto soglia comunitaria

 Sopra soglia comunitaria

Contratti:

X Settori ordinari

 Settori speciali

 Esclusi

Procedura di affidamento:

X Aperta

 Ristretta

 Negozziata

 Dialogo competitivo

 Accordo quadro

 Project financing

 Mercato elettronico

 Asta elettronica

Con bando

 Senza bando

 Cottimo fiduc.

 Amm.^{ne} diretta

Tematiche specifiche:

X RUP

 SOA

 DURC

 DUVRI

 Offerta economicamente più vantaggiosa

 Composizione commissione aggiudicatrice

 Accesso ai documenti di gara

 Incentivo progettazione

 Tracciabilità

 Altro.....

Quesito*

Premessa

La nostra Azienda, a seguito di bando pubblico, ha aggiudicato l'esecuzione di lavori ad una ATI di tipo verticale costituita da mandataria e una mandante.

Dopo una sospensione dei lavori, è stato impossibile procedere alla ripresa degli stessi tant'è che, il Direttore dei Lavori, considerati i ritardi nell'esecuzione che pregiudicavano la possibilità dell'impresa di rispettare i tempi contrattuali, riscontrando la grave negligenza, ha inoltrato specifica nota ai sensi del disposto di cui all'art. 136, c. 4 del D. Lgs. 163/2006 e dell'art. 21 del Capitolato Speciale d'Appalto.

La Mandataria ha risposto alla nota del Direttore dei Lavori con due missive in pari data; la prima con cui dichiarava che, a causa di un grave e irreversibile squilibrio finanziario, versando in uno stato di assoluta insostenibilità economico produttiva, restituiva le aree di cantiere non essendo più in grado di garantire la sicurezza dello stesso, la seconda con cui, richiamando la grave situazione economica e la incapacità di proseguire le attività di cantiere, auspicava una interruzione consensuale del rapporto di appalto indicando, inoltre, la disponibilità della mandante a proseguire l'intervento.

Volontà, quest'ultima, confermata dalla mandante con specifica nota protocollo.

Di fatto, successivamente il ricevimento delle missive è stato rilevato, mediante estratto di visura camerale, che la mandataria ha presentato presso il competente tribunale domanda per l'ammissione di concordato preventivo in bianco con riserva di presentazione di proposta piano. Tale circostanza, non è ancora rilevabile dalle verifiche della PA.

Quesiti

1. Nel caso di specie, considerata la domanda di concordato preventivo in bianco presentata dalla mandataria, nelle more di presentazione del piano e nello stato di fatto determinato dall'abbandono del cantiere, stante la volontà della mandante di proseguire l'esecuzione dei lavori proponendo una nuova mandataria, può il RUP applicare per analogia, considerate le modifiche introdotte alla Legge Fallimentare, quanto previsto dall'art. 37 comma 18 e 19, ritenendo particolarmente conveniente sia in punto tecnico che economico il prosieguo del contratto con recesso della mandataria originaria e nomina di nuova mandataria da parte della mandante, previo controllo da parte della stazione appaltante di tutti i requisiti di partecipazione ed esecuzione della nuova mandataria?
2. In caso di risposta affermativa qual è la procedura da seguire?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

--

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 di seguito gli aspetti che sembrano caratterizzano la situazione in esame:

- 1) l'esecuzione dei lavori in ritardo rispetto alle previsioni del programma, per negligenza della mandataria, ipotesi prevista dall'articolo 136 comma 4 del codice sui contratti pubblici;
- 2) la nota del Direttore dei lavori che prelude alla delibera di risoluzione del contratto qualora l'inadempimento permanga, fermo restando l'iter di cui ai commi 5 e 6 della stessa disposizione;
- 3) la seconda nota della mandataria, con cui ha espresso la volontà di interrompere il rapporto contrattuale seppure in modo "consensuale", richiamando "la grave situazione economica e l'incapacità di proseguire le attività di cantiere". La situazione di difficoltà economica della mandataria sembrerebbe trovare conferma nella domanda di ammissione al concordato preventivo c.d. "in bianco", circostanza peraltro da verificare da parte della scrivente stazione appaltante;
- 4) la nota della mandante con cui quest'ultima ha manifestato la propria disponibilità a proseguire l'intervento, proponendo una nuova

mandataria alla stazione appaltante.

Riguardo alle circostanze sopra evidenziate, si segnala che la grave situazione economica (punto 3) comunque non costituisce di per sé causa di risoluzione del contratto, come evidenziato da ANAC nella determinazione n. 5 del 9 aprile 2015. Infatti, diversamente da quanto espresso nella determinazione n. 3/2014 e al fine di evitare che le imprese in crisi si vedano preclusa la possibilità della continuità aziendale proprio nel momento in cui preannunciano la presentazione del relativo piano, ANAC ha evidenziato che "laddove sia stata presentata domanda "in bianco" con riserva espressa di produrre un piano recante proposta di prosecuzione dell'attività d'impresa, deve ritenersi che quest'ultima non costituisca (..) causa di risoluzione del contratto in quanto, non viene meno - durante la pendenza del termine per la presentazione del piano - il requisito di qualificazione che è necessario anche per l'esecuzione del contratto, come si evince dalla formulazione dell'art. 60, comma 2 del d.p.r. 5 ottobre 2010, n. 207".

Ciò posto, ne discende che la situazione di squilibrio finanziario denunciata dalla mandataria non dovrebbe comunque rappresentare il presupposto determinante la risoluzione del contratto, che invece nella situazione descritta è - e resta - il ritardo dell'esecuzione dei lavori contrattualizzati.

Riguardo alla circostanza indicata al punto 4, si richiama la sentenza del Consiglio di Stato sez. V del 2 marzo 2015 n. 986 che conferma l'orientamento costante della giurisprudenza secondo cui nella fase "post aggiudicazione alla gara d'appalto non è ammessa - salvo alcune eccezioni fissate dal Codice - la modifica della partecipazione concertata, nel senso che l'impegno viene assunto con un dato soggetto che non può subire modifiche *post* assegnazione. Le uniche eccezioni al principio consolidato in un orientamento univoco sono determinate da contingenze particolari che consentono la "presa" d'atto di necessità specifiche e la prosecuzione dell'appalto. Eccezioni (..) che sono ribadite nei commi 18 e 19 dell'art. 37 del Codice degli appalti."

Ciò posto, ai fini del quesito posto occorre chiarire che la disposizione di cui al

comma 18 dell'articolo 37 è norma di stretta interpretazione e prevede le uniche eccezioni alla regola generale del divieto di cui al comma 9 dello stesso articolo, secondo cui "salvo quanto disposto ai commi 18 e 19, è vietata qualsiasi modificazione alla composizione dei raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari di concorrenti rispetto a quella risultante dall'impegno presentato in sede di offerta". Le uniche eccezioni contemplate dal legislatore sono quindi rappresentate dalle due differenti ipotesi previste dai commi 18 e 19.

Come affermato dal Consiglio di Stato nell'Adunanza Plenaria n. 8 del 4 maggio 2012, "il principio di immodificabilità soggettiva dei partecipanti alle gare pubbliche, mira a garantire una conoscenza piena da parte delle amministrazioni aggiudicatrici dei soggetti che intendono contrarre con le amministrazioni stesse consentendo una verifica preliminare e compiuta dei requisiti di idoneità morale, tecnico-organizzativa ed economico-finanziaria dei concorrenti, verifica che non deve essere resa vana in corso di gara con modificazioni di alcun genere [Cons. St., sez. V, 7 aprile 2006, n. 1903; Cons. St., sez. V, 30 agosto 2006, n. 5081]. La tesi è stata però rimessa in discussione da altre pronunce, secondo cui sarebbe possibile, dopo l'aggiudicazione, il recesso di una o più imprese dell'a.t.i., se quelle rimanenti siano in possesso dei requisiti di qualificazione per le prestazioni oggetto dell'appalto: infatti il divieto legislativo riguarderebbe solo l'aggiunta o la sostituzione di componenti, non anche il venir meno, senza sostituzione, di taluno [Cons. St., sez. IV, 23 luglio 2007, n. 4101]. Si è osservato che il divieto di modificazione soggettiva non ha l'obiettivo di precludere sempre e comunque il recesso dal raggruppamento in costanza di procedura di gara. Il rigore di detta disposizione va, infatti, temperato in ragione dello scopo che persegue, che è quello di consentire alla stazione appaltante, in primo luogo, di verificare il possesso dei requisiti da parte dei soggetti che partecipano alla gara e, correlativamente, di precludere modificazioni soggettive, sopraggiunte ai controlli, e dunque, in grado di impedire le suddette verifiche preliminari. Tale essendo, dunque, la funzione di detta disposizione è evidente come le uniche modifiche soggettive elusive del dettato legislativo siano quelle che portano all'aggiunta o alla sostituzione delle imprese partecipanti e non anche

quelle che conducono al recesso di una delle imprese del raggruppamento, in tal caso, infatti, le esigenze succitate non risultano affatto frustrate poiché l'amministrazione, al momento del mutamento soggettivo, ha già provveduto a verificare i requisiti di capacità e di moralità dell'impresa o delle imprese che restano, sicché i rischi che il divieto mira ad impedire non possono verificarsi [Cons. St., sez. VI, 13 maggio 2009, n. 2964]. Tale soluzione va seguita purché la modifica della compagine soggettiva in senso riduttivo avvenga per esigenze organizzative proprie dell'a.t.i. o consorzio, e non invece per eludere la legge di gara e, in particolare, per evitare una sanzione di esclusione dalla gara per difetto dei requisiti in capo al componente dell'a.t.i. che viene meno per effetto dell'operazione riduttiva [Cons. St., sez. VI, 16 febbraio 2010, n. 842].”

Pertanto, ai fini del quesito posto, l'ipotesi di un'interpretazione analogica della disposizione alla fattispecie in oggetto, motivata sulla convenienza tecnica ed economica della prosecuzione del contratto, non appare in linea rispetto alle posizioni espresse da dottrina e giurisprudenza ed espone la stazione appaltante al forte rischio di impugnazioni.

Secondo l'orientamento della giurisprudenza meno restrittivo sopra riportato, le uniche modifiche soggettive (oltre i commi 18 e 19) che risultano consentite sono quelle rappresentate dal recesso di una delle componenti del RTI e nel caso sottoposto ciò potrebbe attuarsi per recesso della mandataria qualora la mandante risulti in possesso dei requisiti di qualificazione della mandataria, anche se in questo caso – sembra di capire – che non si tratterebbe più di RTI.

Infine il richiamo al comma 19 dell'articolo 37 non appare pertinente in quanto la norma dispone relativamente alle vicende del mandante mentre nel caso in esame i fatti riguardano la mandataria.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

Settore Contratti

QUESITO

Risoluzione in danno e mancato rilascio della DICO

Data invio 21/05/2015

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza: AZIENDA USL

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. 136 e seguenti; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....; D.M. 37 del 22.01.2008 art. 7;		
<u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro RISOLUZIONE IN DANNO
<u>Importo:</u> 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: RILASCIO DICO
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. ^{ne} diretta	

Quesito*:

E' stata fatta la risoluzione del contratto in danno ai sensi dell'art. 136 comma 1 e 4 del D.Lgs. 163/2006 per inadempimento contrattuale e grave ritardo dei lavori relativi ad una RSA di 40 pl i cui lavori erano iniziati il 01.09.2010.

I lavori non sono ultimati (essendone stato realizzato solo circa il 70%) pertanto non sono stati ultimati nemmeno gli impianti.
La ditta ha dichiarato di non rilasciare la DICO prevista dall'art. 7 del DM 37/2008 perché gli impianti non sono ultimati.

Avendo un contenzioso aperto con questa Azienda USL la ditta, si ritiene non abbia alcun interesse a risolvere il problema, al contrario sottolinea la sua l'impossibilità al rilascio della DICO, con conseguente ampliamento del problema in ordine all'enormità dei danni causati all'Azienda.

La nuova ditta a cui verranno affidati i lavori di completamento - in seguito a risoluzione contrattuale - non può certificare gli impianti da lei non realizzati, questa infatti, potrebbe certificare solo gli impianti da lei realizzati, né può ricorrere alla DIRI, essendo la parte degli impianti già realizzati, eseguiti dopo l'entrata in vigore del DM 37/2008.

Ai sensi del comma 1 dell'art. 7 del D.M. 37/2008 per avere la totalità degli impianti certificati bisogna che la certificazione venga rilasciata dalla ditta che li ha realizzati, ovvero la nuova ditta dovrebbe demolire tutti gli impianti e rifarli ex novo.

Ciò comporterebbe la demolizione di tutti gli impianti realizzati (elettrico, idrico sanitario, riscaldamento/condizionamento, antincendio, diffusione sonora, telefonico) e la loro totale ricostruzione ex novo, il tutto con un aumento esponenziale dei costi e aggravio delle spese a carico dell'ente pubblico, il quale avrà un esborso sicuro nell'immediato e un ristoro probabile al termine di un lungo percorso processuale.

Tale soluzione impone che anziché ultimare il 30% dei lavori e impianti ancora da realizzare, si proceda alla loro demolizione ovverosia alla demolizione del 70% degli impianti già realizzati.

Ma la demolizione degli impianti comporterebbe anche la demolizione di lavori realizzati regolarmente - si pensi a tutti i bagni completi non solo di piastrelle ma anche di sanitari e accessori, o all'impianto di riscaldamento che corre sotto i pavimenti già piastrellati.

Una volta effettuata la demolizione bisogna poi ricostruire nuovamente il 100% degli stessi impianti realizzati con le medesime modalità e con le medesime finiture.

Ciò premesso, in considerazione che tutto ciò appare perlomeno illogico si

chiede di sapere:

1. la soluzione prospettata – ovvero la demolizione degli impianti parzialmente eseguiti e la loro ricostruzione – in conseguenza dell'applicazione dell'art. 7 del D.M. 37/2008 è l'unica strada percorribile?
2. esiste altro riferimento normativo o giurisprudenziale a cui richiamarsi, diverso dall'art. 7 del DM 37/2008, che permetta di evitare di demolire per poi ricostruire gli stessi identici impianti evitando così uno spreco di risorse pubbliche?

* 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 rileva che le problematiche sottoposte afferiscono alla risoluzione del contratto per grave inadempimento prevista all'articolo 136 commi 1 e 4 del codice dei contratti pubblici, nonché alla dichiarazione di conformità degli impianti di cui all'articolo 7 comma 1 del D. M. 22 gennaio 2008 n. 37

(Regolamento concernente l'attuazione dell'[articolo 11-quaterdecies, comma 13, lettera a\) della legge n. 248 del 2005](#), recante riordino delle disposizioni in materia di attività di installazione degli impianti all'interno degli edifici). In particolare si rileva che la fattispecie non risulta disciplinata da una specifica disposizione e pertanto occorre effettuare una lettura coordinata delle norme sopra richiamate, diretta a sopperire all'*impasse* dovuta alla mancato rilascio della dichiarazione di conformità relativa agli impianti realizzati per il 70% dall'impresa appaltatrice.

Infatti, come evidenziato dalla scrivente stazione appaltante, l'impresa non intende rilasciare la DICO *in primis*, in quanto non ha terminato gli impianti ed *in secundis*, per il contenzioso aperto dal committente per risoluzione del contratto. Inoltre, come indicato per le vie brevi, la stessa impresa sembra versare in una situazione di grave difficoltà finanziaria che potrebbe preludere ad un possibile fallimento. Merita solo un accenno la posizione dell'impresa appaltatrice, responsabile di ritardo colposo e dannoso, che si inserisce in un contesto di rottura della rapporto contrattuale ed è evidentemente diretta a fare pressione sulla stazione appaltante.

Senza entrare nel merito degli istituti coinvolti, dalla normativa sopra richiamata sinteticamente deriva che:

- 1) gli impianti devono essere realizzati da imprese abilitate
- 2) le suddette imprese qualificate che realizzano gli impianti sono responsabili della corretta esecuzione degli stessi
- 3) al termine dei lavori l'impresa installatrice rilascia la dichiarazione di conformità degli impianti (art 7 comma 1)

L'aspetto critico è rappresentato proprio da quest'ultimo punto, in quanto nel caso sottoposto la ditta che ha realizzato gli impianti non è disponibile al rilasciare alcuna dichiarazione di conformità, posto che i lavori non sono stati terminati e - conseguentemente - gli impianti non sono stati completati, mentre il dettato della norma contiene letteralmente il riferimento al "termine dei lavori".

Tuttavia la disposizione in esame non può determinare un percorso senza

sbocco, ed il senso della stessa non può portare alla paralisi dell'attività amministrativa. Infatti da una lettura coordinata delle disposizioni di cui al DM 37/2008 emerge la *ratio* sottesa: il soggetto che realizza gli impianti e che è tenuto a rilasciare la DICO deve essere un soggetto qualificato. Ciò trova conferma nella disposizione di cui al comma 6, secondo cui "nel caso in cui la dichiarazione di conformità prevista dal presente articolo, salvo quanto previsto all'articolo 15, non sia stata prodotta o non sia più reperibile, tale atto è sostituito - per gli impianti eseguiti prima dell'entrata in vigore del presente decreto - da una dichiarazione di rispondenza, resa da un professionista iscritto all'albo professionale per le specifiche competenze tecniche richieste, che ha esercitato la professione, per almeno cinque anni, nel settore impiantistico a cui si riferisce la dichiarazione, sotto personale responsabilità, in esito a sopralluogo ed accertamenti (..)".

Inoltre si rileva che al comma 1 la disposizione contiene il riferimento letterale "al termine dei lavori", che non coincide esattamente con l'ultimazione complessiva dell'opera, offrendo così uno spazio per un'interpretazione estensiva della stessa.

Pertanto si riportano di seguito alcune considerazioni dirette a fornire indicazioni utili per la situazione prospettata, ferma restando l'autonomia decisionale della stazione appaltante.

1) soluzione prospettata nel quesito

Il percorso da voi riportato quale possibile soluzione del problema, ovvero la totale demolizione di opere e impianti già realizzati e nuovo affidamento della realizzazione completa delle stesse ad una nuova e unica ditta, non appare condivisibile, considerato che i lavori sono stati eseguiti al 70% e soprattutto considerando l'elevato costo che ne deriva. Non secondario anche il fattore temporale. A tale riguardo occorre anche tenere presente che nell'attuale momento storico la spesa pubblica in tutti i settori è rigidamente regolata in modo da preservare sprechi e aumenti ingiustificati dei costi, tant'è che con le leggi sulla spending review per forniture e servizi il legislatore è intervenuto

modificando le condizioni del contratto ex art 1374 del Codice Civile per ridurre in via autoritativa l'importo dei contratti. La soluzione da voi prospettata esporrebbe la stazione appaltante a gravi profili di responsabilità contabile facilmente rilevabili dalla Corte dei Conti.

2) soluzione nell'ambito contenzioso

Nell'ambito del contenzioso in corso, il rilascio della DICO entra nel "petitum" della causa, con la specifica richiesta della conclusione dei lavori e del rilascio del documento da parte dell'impresa appaltatrice, su ordine dell'autorità giudiziaria con sentenza. Si tratta di una soluzione che richiede una tempistica sicuramente lunga e che risente delle incertezze dell'esito delle valutazioni dell'autorità giudiziaria.

3) soluzione con professionista esterno

Si procede ad attivare - previa diffida - l'esecuzione in danno con le relative modalità; i costi di questa operazione dovranno quindi essere conteggiati nel danno da richiedere all'impresa appaltatrice.

Il D. M. 37/08 effettivamente non prevede alcuna norma nel caso prospettato, ovvero di una impresa che interrompa l'esecuzione dei lavori al 70%, prima del termine dei lavori e del completamento degli impianti, ed in questo la Dico effettivamente non può essere rilasciata in quanto devono essere effettuate le verifiche e prove di funzionalità che presuppongono il completamento dei lavori (art 7 del 37/08). Tuttavia in questo caso i lavori dovranno essere terminati da un'altra impresa e pertanto occorre attivare una procedura che consenta ad una nuova impresa di prendersi in carico il lavoro già eseguito al 70% e di giungere al rilascio della DICO a fine lavori.

A tale scopo soccorre un collaudo tecnico in corso d'opera, ovvero più precisamente occorre procedere ad un collaudo tecnico funzionale di quanto realizzato. In particolare il collaudatore incaricato dovrà procedere:

- ad effettuare delle prove al fine di accertare l'efficienza e la funzionalità della parte realizzata, anche con indagini e saggi distruttivi
- a trasferire su supporto grafico quanto realizzato (elaborati di impianto)

- a rilasciare il certificato di collaudo limitato a quanto realizzato, accertato e provato.

Infatti per collaudo tecnico-funzionale si intende il complesso delle verifiche che si conclude con un verbale di collaudo atto a stabilire se un impianto funzionalmente soddisfa determinate normative di legge o prescrizioni capitolari, e soprattutto è mediante il collaudo funzionale che in questo caso è accertata l' idoneità dell' impianto per il futuro collegamento alle parti mancanti.

Il collaudo tecnico-funzionale presuppone quindi l'effettuazione di prove e verifiche di funzionamento con strumentazioni appropriate e la redazione di verbali di prova.

In questa ipotesi l'impresa subentrante dovrà prendere atto del suddetto collaudo, accettandone le relative risultanze, e rimane sollevata da responsabilità derivanti da difetti occulti sull' impianto precedente non realizzato dalla stessa.

Quindi al termine dei lavori dovrà rilasciare una DICO con le prove di funzionalità ed efficienza relativa agli interi impianti, con allegato il Collaudo Tecnico Funzionale.

Questo percorso garantisce l' amministrazione appaltante e consente di proseguire con i lavori senza procedere alla demolizione di quanto realizzato, e potrebbe essere preventivamente condiviso dagli organi locali preposti al controllo, USL e l'Inail, in modo da sottoporlo anche al collaudatore amministrativo finale già incaricato, il quale si ritroverebbe quindi con un collaudo tecnico in corso d' opera degli impianti e una DICO finale dell' impresa che ha completato i lavori, non potendo quindi fare eccezione alcuna sulla certificazione di conformità per gli impianti.

Questa soluzione, adeguatamente motivata da punto di vista amministrativo, consente di superare l'attuale situazione di stallo ma comporta un'ulteriore spesa a carico della stazione appaltante, da conteggiarsi però nel danno emergente e da far valere in corso di causa.

4) soluzione extra contenzioso

Si tratta di una soluzione diretta a raggiungere un accordo di tipo stragiudiziale con l'impresa appaltatrice, per ottenere il completamento degli impianti ed - in tal modo - anche la dichiarazione di conformità degli stessi come prescritto dall'articolo 7 comma 1. Tale ipotesi comporta un'ulteriore spesa - pur dovendo rimanere nei parametri dei prezzi di gara - e richiede una forte azione di mediazione in quanto risente del contenzioso in corso. Inoltre lascia impregiudicati tutti i problemi relativi all'affidabilità e solvibilità dell'impresa, con necessità di sostenere tale ipotesi anche mediante un'adeguata motivazione nell'atto amministrativo di approvazione e di impegno della spesa.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Servizi accessori al conto corrente postale

Data invio 14/10/2015

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza ..Comune di

Settore/Ufficio ...

Sede

Tel

Fax...

Indirizzo e-mail

Oggetto:

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

Appalti:

Lavori
X Servizi
Forniture
Misti

Concessioni:

Lavori
Servizi
Altro

Fase temporale:

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.....

Importo:

X Sotto soglia comunitaria
Sopra soglia comunitaria

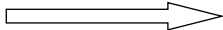
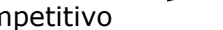


Contratti:

Settori ordinari
Settori speciali
Esclusi

Tematiche specifiche:

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

Procedura di affidamento:

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

Quesito*

Il Comune ha un conto corrente Poste Italiane per la riscossione della fatturazione relativa a mensa e trasporto scolastico.

Tra i servizi accessori collegati con il conto suddetto, Poste può svolgere l'attività di: stampa, imbustamento ed invio all'utenza della relativa fatturazione mensile.

Il prezzo offerto per tale attività accessoria è economicamente conveniente (circa 4.000,00 euro annui), in considerazione dei costi che il Comune dovrebbe sostenere per la stampa e l'imbustamento, tramite l'ufficio comunale competente, e l'invio tramite l'ordinario servizio postale.

Qualora il Comune intendesse avvalersi del servizio accessorio suddetto (riferito ovviamente ad un conto corrente già intestato all'Ente), si configura come affidamento di un servizio per cui si rende necessaria l'acquisizione del CIG, o, trattasi di un'attività collaterale riconducibile ad un rapporto bancario con Poste (il conto corrente) ed esclusa dall'ambito del C.I.G.?

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto ed in base di quanto da voi rappresentato, preliminarmente occorre precisare che il processo di liberalizzazione dei mercati dei servizi postali avviato dall'Unione europea con la direttiva 97/67/CE (da ultimo modificata con la direttiva 2008/6/CE) implica, per gli Stati membri, l'abolizione di qualsiasi forma di monopolio, di riserva e di diritti speciali nel settore. In Italia, come previsto dal decreto legislativo del 22 luglio 1999 n. 261, modificato dal D.Lgs 31 marzo 2011, n. 58,² ed in particolare dall'art. 23 comma 2, il servizio universale postale è affidato a Poste Italiane s.p.a. fino al 2026, che pertanto è tenuta a fornire alcuni servizi essenziali di consegna di lettere e pacchi ad un prezzo controllato. Ai sensi della norma sopra richiamata, si ricorda che i servizi di posta universale comprendono la raccolta, il trasposto, lo smistamento e la distribuzione degli invii postali fino a 2 Kg; la raccolta, il trasporto, lo smistamento e la distribuzione dei pacchi postali fino a 20 Kg; i servizi relativi agli invii raccomandati e agli invii assicurati.

A questo si aggiunge il servizio di posta massiva di cui al D. M. 12 maggio 2006.

Le prestazioni relative al servizio postale che non rientrano nel servizio universale, invece, possono essere svolte da tutti gli operatori economici rientranti nell'art. 34 del Codice dei Contratti pubblici, compresa quindi Poste Italiane s.p.a.

Relativamente alle problematiche oggetto del quesito, si rileva che si tratta di prestazioni diverse da quelle comprese nel servizio di posta universale, ed in quanto tali possono essere richieste agli operatori economici con le modalità previste dal Codice dei contratti pubblici.

Pertanto è rimesso alla stazione appaltante la valutazione, nell'ambito dell'istruttoria di cui all'articolo 279 del DPR 207/2010, circa le modalità di

² D.Lgs 31 marzo 2011, n. 58 concernente "Attuazione della direttiva 2008/6/CE che modifica la direttiva 97/67/CE, per quanto riguarda il pieno completamento del mercato interno dei servizi postali della Comunità"

effettuazione delle suddette prestazioni, ovvero se optare per la gestione in via autonoma oppure se affidarlo in appalto. In tale ultimo caso si configura come affidamento di un servizio in appalto e richiede l'acquisizione del CIG. Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta ...



QUESITO

Affidamento dei servizi alla persona. Applicazione della Delibera CR n. 199/2001

Data invio 16/07/2015

Soggetto richiedente:

Ente di appartenenza Comune di

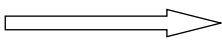
Settore/Ufficio Appalti

Sede Piombino -

Tel

Fax

Indirizzo e-mail

<u>Oggetto:</u>		
X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....;		
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;		
Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici;		
T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;		
X Delibera Consiglio Regionale n. 199/2001		
<u>Appalti:</u>	<u>Concessioni:</u>	<u>Fase temporale:</u>
Lavori	Lavori	X Antecedente il bando o la lettera di invito
X Servizi	Servizi	Svolgimento gara
Forniture	Altro	Controlli in gara
Misti		Controlli post gara
		Stipula del contratto
		Esecuzione del contratto
		Collaudo
		Eventuale pre-contenzioso
		Altro.....
<u>Importo:</u>		<u>Tematiche specifiche:</u>
Sotto soglia comunitaria		RUP
Sopra soglia comunitaria		SOA
		DURC
		DUVRI
<u>Contratti:</u>		X Offerta economicamente più vantaggiosa
Settori ordinari		Composizione commissione aggiudicatrice
Settori speciali		Accesso ai documenti di gara
X Esclusi		Incentivo progettazione
		Tracciabilità
<u>Procedura di affidamento:</u>		X Altro...Modalità affidamento servizi alla persona
X Aperta	Con bando	
Ristretta	Senza bando	
Negoziata 	Cottimo fiduc.	
Dialogo competitivo	Amm. ^{ne} diretta	
Accordo quadro		
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		

Quesito*

Dobbiamo procedere con l'affidamento di un servizio appartenente alla categoria 26 "Servizi ricreativi, culturali e sportivi" di cui all'allegato II B al Codice dei Contratti, la scelta è per una procedura aperta con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Trattandosi di "servizi alla persona", nello specifico dobbiamo affidare la gestione di un centro di aggregazione giovanile, la domanda è la seguente:

le direttive di cui alla Deliberazione del C. R. Toscana n. 199 del 31/10/2001, sono tuttora applicabili? Mi riferisco in particolar modo a quanto previsto all'art. 4.2.2. dell'allegato alla citata Deliberazione C.R., "Criterio di aggiudicazione". I dubbi principali riguardano la legittimità della valutazione del merito tecnico organizzativo (dopo la famosa "Circolare Bonino"), e la legittimità, relativamente alla valutazione dell'elemento prezzo, del seguente disposto:

Il punteggio massimo previsto dovrà essere attribuito rispetto a una percentuale di ribasso del 5,5%

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

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

Campi da compilarsi a cura della Regione Toscana

Data di ricezione della richiesta scritta

Annotazioni

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto e per quanto da voi indicato, si rileva che le problematiche sottoposte riguardano l'applicazione della deliberazione del Consiglio regionale 31 ottobre 2001 n. 199 recante "Approvazione direttive transitorie per l'affidamento dei servizi alla persona" per un'affidamento relativo a servizi di cui all'allegato II B del Codice dei contratti pubblici; in particolare il quesito verte sulla sopravvivenza o meno della stessa delibera n. 199, a seguito della successiva entrata in vigore del Codice sui contratti pubblici, approvato con il D. Lgs 163/2006, e del Regolamento di attuazione di cui al DPR 207/2010, provvedimento quest'ultimo con cui si è definito il complesso quadro normativo in materia di appalti.

Allo scopo di fornire una risposta al quesito, infatti, occorre fare il punto sulla normativa intervenuta successivamente alla suddetta delibera n.199 effettuando l'indagine anche a livello regionale, in quanto in materia di appalti pubblici la Regione Toscana ha approvato la legge regionale 13.07.2007 n. 38 relativa a "Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro" , che trova applicazione anche agli enti locali (art. 2 comma 2 lett. b). Riguardo al profilo regionale, in generale si ricorda che in base all'articolo 3 "Contratti esclusi", comma 2, la disciplina delle modalità di affidamento dei contratti pubblici esclusi di cui agli articoli 19, 20 e 22 del Codice dei contratti è rimessa alle stazioni appaltanti nei rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, disponendo la preventiva pubblicazione di un avviso pubblico sul profilo del committente e sul sito dell'Osservatorio regionale, per i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria e di

norma anche per i contratti di importo inferiore. A tale riguardo, ad esempio, la Regione Toscana ha provveduto a disciplinare i suddetti affidamenti con il regolamento approvato con il DPGR del 27.05.2008 n. 30/R (attuativo delle L.R. 38/2007).

Ciò posto, quindi, ogni stazione appaltante può dotarsi di una specifica disciplina al riguardo, in mancanza della quale si applicano "soltanto" le disposizioni del Codice dei contratti, ovvero l'articolo 20 del Codice, norma che richiama gli articoli 68, 65 e 225; in secondo luogo l'articolo 27 del Codice dei Contratti, che impone il rispetto dei principi economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Ritornando al quesito posto, si osserva che la suddetta delibera di Consiglio n. 199/2001 ad oggi non è stata formalmente abrogata, ma tenuto conto dell'evoluzione della normativa in materia di appalti pubblici - ed in particolare del Codice sui contratti pubblici nel 2006 e del relativo Regolamento di attuazione nel 2010 (entrata in vigore 8 giugno 2011) - occorre procedere ad una lettura coordinata della stessa, in modo da garantire che i relativi contenuti risultino in linea con il quadro normativo vigente, ove possibile.

Da questo punto di vista, infatti, alcune indicazioni risultano superate rispetto all'attuale normativa in materia di appalti; ad esempio nel paragrafo 4.2.2 relativo al criterio di aggiudicazione, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa non può essere inteso ad esclusione del massimo ribasso, ma in termini di preferenza. Riguardo alla valutazione del merito tecnico-organizzativo previsto nello stesso paragrafo 4.2.2, è necessario che gli indicatori rispettino le indicazioni di cui alla Circolare 1 marzo 2007, ovvero devono essere attinenti alla prestazione nonché avere "una connessione diretta con l'oggetto dell'appalto" e servire a misurarne il valore. In sostanza, occorre attenersi alla rigorosa distinzione tra criteri di idoneità, ovvero di selezione dei concorrenti, e criteri di aggiudicazione, ovvero di selezione delle offerte, cui la circolare Bonino richiama le stazioni appaltanti. Di conseguenza, anche le indicazioni relative all'attribuzione del punteggio massimo devono tenere conto delle disposizioni dettate dal Codice dei contratti e dal regolamento.

Le considerazioni sopra riportate valgono anche per il paragrafo 4.2.3 relativo alla valutazione del prezzo, e riguardo alle indicazioni relative all'attribuzione del punteggio massimo le stazioni appaltanti possono discostarsene nel rispetto di quanto disposto oramai dal Codice e dal Regolamento.

Inoltre occorre considerare che, a stretto rigore interpretativo, la delibera del Consiglio regionale n.199/2001 detta "direttive transitorie (..)" su aspetti disciplinati in modo esclusivo dal legislatore nazionale. Come sopra indicato infatti, a seguito del Codice dei Contratti e del Regolamento attuativo il legislatore nazionale ha completato la disciplina in materia di appalti pubblici in quanto afferente alla materia trasversale della trasparenza, demandando alle Regioni la regolamentazione dei soli aspetti di organizzazione amministrativa; come infatti è stabilito dall'art. 4 comma 3 del Codice, "le regioni, nel rispetto dell'art. 117 comma secondo, della Costituzione, non possono prevedere una disciplina diversa da quella del presente codice in relazione: alla qualificazione e selezione dei concorrenti; alle procedure di affidamento, esclusi i profili di organizzazione amministrativa; ai criteri di aggiudicazione; al subappalto; ai poteri di vigilanza sul mercato degli appalti affidati all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture; alle attività di progettazione e ai piani di sicurezza; alla stipulazione e all'esecuzione dei contratti, ivi compresi direzione dell'esecuzione, direzione dei lavori, contabilità, collaudo, ad eccezione dei profili di organizzazione e contabilità amministrative; al contenzioso. [..]".

Inoltre, successivamente la Corte Costituzionale con la sentenza n. 401 del 19 novembre 2007, rigettando a questo riguardo il ricorso presentato da alcune Regioni, tra le quali anche la Toscana, ha chiarito che "con riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 4, comma 3, del Codice, che ha già formato oggetto di esame, che la disciplina del procedimento di scelta del contraente, finalizzata alla stipulazione dei contratti della pubblica amministrazione, attiene, principalmente, alla materia di tutela della concorrenza di competenza legislativa esclusiva dello Stato. Siffatta competenza rende non costituzionalmente illegittima la disciplina normativa di quegli aspetti del procedimento amministrativo, delineata dal Codice sulla

base peraltro di precedenti fonti normative oggetto di reiterazione, che incidono direttamente sulle modalità di scelta del contraente e, dunque, sulla effettività della concorrenza tra i partecipanti alla gara.”

Infine, per completezza, si fa presente che sull'argomento specifico dell'affidamento dei servizi alla persona la Regione con la delibera n. 353 del 7.05.2012 ha adottato le “Linee guida per l'affidamento di servizi alle cooperative sociali di tipo B in applicazione del Protocollo di Intesa di cui alla D.G.R.T. n. 204/2010” , quale atto di indirizzo rivolto ad ESTAR e alla Aziende sanitarie della Toscana.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Modalità di affidamento di beni e servizi e ricorso a START

Data invio 16/03/2015

Soggetto richiedente:

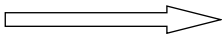
Ente di appartenenza: Autorità Idrica Toscana

Settore/Ufficio

Tel

Fax

Indirizzo e-mail:

<p><u>Oggetto:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 33, comma 3 bis; <input checked="" type="checkbox"/> 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 checked="" type="checkbox"/> Servizi <input checked="" type="checkbox"/> 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> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>		
		<p><u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità X ACQUISIZIONE DI LAVORI BENI E SERVIZI ATTRAVERSO SOGGETTI AGGREGATORI</p>
		<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>

Quesito*

Formulo la presente in seguito ai contatti intervenuti per vie brevi con XXXX, per richiedere informazioni circa l'obbligatorietà del nostro Ente di aderire al sistema telematico START istituito dalla Regione Toscana ai sensi della vigente normativa nazionale, in particolare modo art. 1 comma 450 L. 296/06, e regionale, e la conseguente indicazione degli eventuali costi di iscrizione/gestione del sistema.

Al fine del corretto inquadramento giuridico si fa presente che l'Autorità idrica Toscana (A.I.T), istituita con L.R. Toscana n. 69/2001 in ottemperanza all'art. 1 comma 186 bis della L. 191/2009, è un ente pubblico di nuova istituzione, dotato di personalità giuridica pubblica, autonomia organizzativa, amministrativa e contabile, rappresentativo di tutti i Comuni appartenenti all'ambito territoriale ottimale comprendente l'intera circoscrizione regionale, che svolge le funzioni di organizzazione, programmazione e controllo del servizio idrico integrato. Trattasi di una forma associativa obbligatoria diversa da quelle attualmente previste da Dlgs n. 267/2000.

Con parere del 29/05/2013 la Regione Toscana ha precisato che la natura giuridica di A.I. T è quella di Ente locale di secondo grado. L'Ente è inserito nell'elenco Istat delle pubbliche amministrazioni ed è da ricomprendere tra quelli di cui all'art. 1 comma 2 del Dlgs n. 165/2001. il CCNL applicato è quello delle Regioni /Autonomie locali.

** 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

--

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente alla vs.nota pervenuta il 16 marzo u.s., considerata la natura di ente pubblico dell'Autorità Idrica Toscana soggetto alla normativa sui contratti pubblici, si evidenzia che i chiarimenti richiesti riguardano due diversi aspetti: il primo concerne le modalità di affidamento di beni e servizi nel quadro normativo attuale; il secondo - conseguente al primo - attiene più specificamente alle informazioni relative alla piattaforma regionale START.

Per quanto riguarda il primo spetto, come già illustrato per le vie brevi e come da voi indicato nella stessa nota pervenuta, per gli acquisti di beni e servizi di importo inferiore alla soglia di rilievo comunitario il riferimento normativo è rappresentato dall'articolo 1 comma 450 L. n. 296/2006, secondo cui le amministrazioni pubbliche di cui all'articolo [1](#) del [decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165](#) sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

In sintesi, la suddetta norma prescrive l'obbligatorietà dell'alternativa costituita dal ricorso ad un mercato elettronico della P.A. oppure ad un sistema telematico di acquisto messo a disposizione dalla centrale di committenza regionale. Per quest'ultimo aspetto si chiarisce che la Regione Toscana è centrale di acquisto regionale di riferimento ai sensi dell'articolo 42 della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38, relativa a "Norme in materia di

contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro”, e mette a disposizione delle stazioni appaltanti del territorio il sistema telematico di acquisto di cui si è dotata, ovvero S.T.A.R.T. (art. 47). In generale l’istituto del sistema telematico di acquisto trova il suo unico riferimento normativo chiaro all’art. 289 del Regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010 n. 207 rubricato “Sistema informatico di negoziazione”, mentre START risulta disciplinato dalla legge regionale n. 38/2007 e dal relativo regolamento di attuazione adottato con decreto del Presidente Giunta regionale 24 dicembre 2009, n. 79/R (Regolamento per l’attuazione delle procedure telematiche per l’affidamento di forniture, servizi e lavori di cui al Capo VI della legge regionale 13 luglio 2007, n. 38 “Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro”).

Per gli acquisti di beni e servizi di importo superiore alla soglia di rilievo comunitario il riferimento normativo è rappresentato dall’articolo 1 comma 449 L. 296/2006.

Riguardo al secondo aspetto, per quanto concerne le indicazioni più strettamente operative di START si rimanda ad uno specifico incontro da concordare con l’ing. Marco Giovanetti, referente per il sistema telematico. In ogni caso si evidenziano le caratteristiche del sistema START accessibile dal sito www.e.toscana.it/start, ovvero: una piattaforma e un software di proprietà di Regione Toscana, presenza di un Gestore per l’assistenza a tutti gli utenti, sistema totalmente fruibile in modalità web, uso di firma digitale per la documentazione scambiata, comunicazioni effettuate interamente attraverso il Sistema e utilizzo per gli affidamenti ai sensi del Codice dei Contratti per qualsiasi importo.

SI restando a disposizione per ulteriori chiarimenti,

Data di invio della risposta scritta:



QUESITO

Obbligatorietà dell'acquisizione del CIG per le concessioni demaniali relative ai "punti blu"

Data invio 30/07/2015

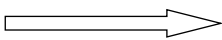
Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio ...

Sede

Tel Fax... ..Indirizzo e-mail

<p>Oggetto: Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art.....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....; Schede Osservatorio dei Contratti Pubblici; T.U. Sicurezza (D.lgs. 81/2008), art.....;</p>		
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori X Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> X Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>		
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>		
<p><u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negozziata  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 X Tracciabilità Altro.....</p>
		<p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>

Quesito*:

Nel Comune di XXXXX sono stati individuati n. 9 "punti blu" per garantire la sorveglianza dei bagnanti sugli arenili del territorio.

I punti blu insistono su aree demaniali intestate al Comune stesso e vengono, tramite avviso pubblico, assegnati in gestione a soggetti terzi in possesso di specifici requisiti (es. brevetto salvamento).

Il canone demaniale e le imposte regionali vengono pagati dal Comune.

Una volta assegnato il punto blu il soggetto privato rimborsa all'Ente solo le spese sostenute per l'istituzione degli stessi.

Ai soggetti assegnatari è consentito, all'interno dell'area demaniale, il noleggio di ombrelloni e lettini.

Quesito:

Alla luce di quanto sopra si richiede un parere per capire se tale procedura può rientrare nella disciplina degli appalti pubblici e pertanto sull'obbligo o meno di acquisizione del codice CIG.

** 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 osserva che la questione sollevata afferisce alla natura giuridica dei c.d. "punti blu", istituiti dal Comune su una determinata superficie del demanio marittimo con postazione di bagnino e la pulizia dell'arenile, al fine di garantire il servizio di sicurezza balneare. Considerato che le predette attività sono date in gestione ai privati, i punti blu sono regolati in base ad una concessione, che autorizza inoltre la distribuzione di ombrelloni e lettini per rendere il servizio sostenibile dal punto di vista economico. I punti blu sono quindi spiagge attrezzate rispetto alle quali l'Amministrazione concedente ha debito di vigilanza nei confronti dell'affittuario, ma si intende in ogni caso manlevata da qualsiasi responsabilità, di qualsiasi natura e genere, per eventuali pregiudizi in danno che dovessero maturare in forza dell'autorizzazione concessa.

Si rileva che sull'argomento ultimamente si è acceso un vivo dibattito tra la CNA dei balneari, i comuni di Portoferraio e di Campo dell'Elba e Legambiente Arcipelago Toscano, anche a seguito della recente sentenza del TAR Toscana n. 328 del 27 febbraio 2015, sentenza con cui il Tribunale Amministrativo ha consentito il subingresso non solo per le concessioni balneari "standard" ma anche per i punti blu, ponendosi nel solco di precedenti pronunce quali le sentenze del Consiglio di Stato n. 626 e n. 3196 del 2013 e della Cassazione n. 9935 del 2008, sembrando in tal modo consolidare un'ulteriore riduzione delle aree di accesso libero non a pagamento per i bagnanti. In questo senso si pone anche la sentenza del TAR Toscana Firenze, Sezione III n.822 del 27 maggio 2015.

Senza entrare nel merito del dibattito, si rileva pertanto che la delicatezza dell'argomento necessiterebbe uno specifico intervento dell'Agenzia del Demanio considerate le problematiche che ne scaturiscono, non ultima l'autorizzazione allo sfruttamento economico dell'arenile assegnato. Quest'ultimo aspetto infatti determina la necessità di una specifica istruttoria da parte del Comune concedente, nonché il rispetto dell'equilibrio economico tra le prestazioni che comunque entrano nella causa della convenzione, potendo questa circostanza determinare una diversa ricostruzione della fattispecie da atto (amministrativo) di concessione a contratto di appalto (di diritto privato).

In generale si evidenzia che mediante i punti blu, assegnati dal 2006 con carattere di provvisorietà, da anni il Comune assicura la sorveglianza alla balneazione sui tratti di spiaggia libera, cioè quelli non coperti da stabilimenti balneari, ed in attesa dell'evoluzione normativa sull'argomento, ad oggi per quanto consta a livello normativo e di giurisprudenza si rileva che l'affidamento a terzi di "punti blu" attrezzati per la balneazione dovrebbe ricadere nell'ambito della disciplina del demanio marittimo di cui al titolo II capo I del Codice della Navigazione, e segnatamente dell'art. 45 bis "Affidamento ad altri soggetti delle attività oggetto della concessione", norma che prevede una possibile (anche parziale) scissione tra titolarità e gestione della concessione e conseguente differenziazione dei corrispondenti rapporti giuridici.

Come evidenziato nella Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (Direzione generale delle infrastrutture per la navigazione marittima e interna) n. 141 del 30 settembre 2003, l'affidamento a terzi delle attività oggetto di concessione ex art. 45-bis cod. nav. risulta coerente con la *ratio* della norma, "costituita dall'intento di rendere possibile, anche nel settore speciale del diritto della navigazione e in applicazione di un principio ormai generale, la c.d esternalizzazione o outsourcing di parti del ciclo di impresa, con particolare riferimento alle attività svolgentesi sulla base di concessioni demaniali marittime. Si intende così derogare al principio generale della gestione diretta della concessione posto dall'art. 30 reg. nav. mar. 3, la cui

ratio è apertamente esposta nella relazione al regolamento stesso. A tal fine, la fattispecie di cui all'art. 45 bis cod. nav. concerne, previa autorizzazione dell'autorità concedente, l'affidamento, da parte del concessionario, a terzi della gestione delle attività oggetto della concessione o di attività secondarie nell'ambito della concessione. Dette attività si individuano in quanto costituiscono l'oggetto della concessione e come tali sono (in quanto lo devono essere) espressamente indicate nel titolo concessorio."

Riguardo ai punti blu, inoltre, si rileva che la disciplina è stata completata dallo scrivente Comune con la delibera del C.C. n. 20 del 27/03/2013, recante "Definizione dei criteri di utilizzazione degli arenili nel rispetto della direttiva regionale per la fascia costiera n. 47/90".

In merito alla soggezione degli affidamenti in concessione degli arenili alle norme del Codice della navigazione il TAR Toscana nella sentenza n. 822/2015 sopra richiamata ha ritenuto che "le disposizioni del [D.Lgs. n. 163 del 2006](#) non si applichino alle procedure ad evidenza pubblica riguardanti le concessioni demaniali marittime, le quali rientrano nella categoria dei contratti attivi, avendo come causa giuridica l'uso particolare di un'area demaniale dietro pagamento di un canone di concessione, e che restano regolate dalla disciplina speciale data dal codice della navigazione, dal relativo regolamento e dalle altre norme di legge relative al regime delle stesse concessioni".

Sulla base di quanto premesso ed argomentato si ritiene, quindi, che le procedure di affidamento relative a concessioni del demanio marittimo non rientrino nell'ambito di applicazione oggettivo del Codice dei contratti pubblici e di conseguenza non sia ad esse applicabile la disciplina relativa alla tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della legge 13 agosto 2010, n. 136.

Infatti la disciplina inerente la tracciabilità dei flussi finanziari di cui all'art. 3 della L. 13 agosto 2010, n. 136 trova applicazione per quanto concerne i pagamenti della Pubblica Amministrazione e dei soggetti concessionari di finanziamenti pubblici in esito alle procedure di affidamento previste dal Codice dei contratti e, come ha chiaramente indicato l'Autorità di Vigilanza

nella Determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 "Linee guida sulla tracciabilità dei flussi finanziari ai sensi dell'art. 3 della L. n.136/2010", tale normativa deve essere applicata esclusivamente in esito a pagamenti riconducibili alla fattispecie del contratto di appalto, come definito dall'art. 1655 del Codice civile e alla fattispecie del contratto di concessione come definito dall'art. 3 commi 11 e 12 del Codice dei contratti.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta



QUESITO

Obblighi di pubblicità per gli appalti di cui all'allegato II B

Data invio 12 agosto 2015

Soggetto richiedente.

Ente di appartenenza Comune di

Settore/Ufficio Appalti

Sede ...

Tel

Fax...

Indirizzo e-mail...

<p>Oggetto: <input checked="" type="checkbox"/> 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>Appalti: Lavori <input checked="" type="checkbox"/> Servizi Forniture Misti</p> <p>Importo: Sotto soglia comunitaria <input checked="" type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria</p> <p>Contratti: Settori ordinari Settori speciali <input checked="" type="checkbox"/> Esclusi</p> <p>Procedura di affidamento: <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negoziata → Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica</p>	<p>Concessioni: Lavori Servizi Altro</p> <p>Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm.^{ne} diretta</p>	<p>Fase temporale: <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.....</p> <p>Tematiche specifiche: RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità <input checked="" type="checkbox"/> Altro: obblighi di pubblicità</p>

Quesito*

Stiamo predisponendo la documentazione di gara per appaltare tramite procedura aperta servizi appartenenti all'allegato II B al Codice dei Contratti.

A norma dell'art. 20 del Codice, l'aggiudicazione di tali servizi è soggetta solamente agli artt. 68, 65 e 225, mentre l'art. 27 del Codice richiama il rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità.

Nonostante l'importo dei servizi da appaltare sia superiore alla soglia comunitaria, mi confermate che non sussiste alcun obbligo di pubblicità ai sensi dell'art. 66 del Codice? E' sufficiente pubblicare il bando di gara completo di tutta la documentazione sul profilo committente, all'albo pretorio e sulla piattaforma START (che utilizziamo per tutte le gare di appalto)?

Nel caso specifico il valore a base di gara supera di poco il limite di soglia europea e l'oggetto non dovrebbe essere di interesse "transfrontaliero".

Grazie.

** 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 rileva preliminarmente che la questione sollevata riguarda l'affidamento dei servizi elencati nell'allegato II B del Codice dei contratti, di cui agli articoli 20 e 21 dello stesso Codice. Riguardo a tali servizi, esclusi in parte dalla disciplina degli appalti, si rileva preliminarmente che, oltre alle disposizioni specificamente richiamate dall'articolo 20 comma 1, questi servizi sono soggetti comunque ai principi generali delle gare, così come previsto dall'art. 27 del Codice recante "principi relativi ai contratti esclusi". Infatti l'articolo 27 del Codice, quale norma di chiusura della Parte Prima, stabilisce che l'affidamento dei contratti esclusi deve avvenire nel rispetto degli stessi principi che presiedono alle gare pubbliche tra cui i principi di imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità.

Riguardo ai contratti esclusi in oggetto si segnala, inoltre, che a livello regionale la normativa di riferimento è costituita dall'articolo 3 della legge regionale 13 luglio 2007 n. 38 "Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro", secondo cui "le stazioni appaltanti disciplinano le modalità di affidamento dei contratti esclusi di cui agli articoli 19, 20 e 22 del Codice dei Contratti, nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità, disponendo la preventiva pubblicazione di un avviso sul profilo del committente e sul sito dell'Osservatorio regionale per i contratti aventi un importo pari o superiore alla soglia comunitaria e, di norma, anche per i contratti di importo inferiore (comma 2)".

In attuazione del suddetto disposto, la Regione Toscana ha provveduto a disciplinare gli affidamenti dei contratti esclusi con il regolamento approvato con il DPGR del 27.05.2008 n. 30/R.

Quindi, riassumendo, relativamente agli appalti di servizi di cui all'allegato IIB

si evidenzia che ogni stazione appaltante si deve dotare di una specifica disciplina per l'affidamento (art. 3 L.R. n. 38/2007). In mancanza di apposita disciplina, soccorrono l'articolo 20 del Codice - che richiama l'articolo 68, 65 e 225 - e l'articolo 27 del Codice dei Contratti, che impone il rispetto dei principi economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza e proporzionalità. Tali principi determinano non solo l'applicazione della Parte Prima, Titolo I "Principi e parti comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall'ambito di applicazione del codice" ma anche dei principi generali che sottendono allo svolgimento stesso delle procedure di gara, quali - ad esempio - l'articolo 38 "Requisiti di ordine generale", l'articolo 39 "Requisiti di idoneità professionale", l'articolo 86 "Criteri di individuazione delle offerte anormalmente basse (in particolare il comma 3) e di numerosi altri istituti tra cui l'avvalimento di cui all'articolo 49 del Codice.

Relativamente ai quesiti posti, confermando che per gli affidamenti in esame non sussiste alcun obbligo di pubblicità ai sensi dell'articolo 66 del Codice, tuttavia si precisa che, qualora Codesta stazione appaltante non abbia provveduto ad approvare l'apposita disciplina prevista ai sensi dell'art. 3 della LR n. 38/2007, per gli di pubblicità soccorrono l'articolo 20 nonché i principi generali del Codice e segnatamente i principi di trasparenza, parità di trattamento, di non discriminazione e proporzionalità, che impongono di commisurare il livello di pubblicità all'importo ed alla natura dell'attività oggetto dell'appalto. Al riguardo si rimanda alla **Comunicazione interpretativa (2006/C 179/02) della Commissione Europea**, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici.

La Commissione, nel ribadire l'obbligo di trasparenza che consiste "nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura al mercato e alla concorrenza", prescrive anche che "quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura: "spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati

membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario. (...)

Ancora, nel paragrafo 2.1.2 dedicato alle forme di pubblicità, la Commissione precisa che "spetta alle amministrazioni aggiudicatrici scegliere il mezzo più adeguato a garantire la pubblicità dei loro appalti. La loro scelta deve essere guidata da una valutazione dell'importanza dell'appalto per il mercato interno, tenuto conto in particolare del suo oggetto, del suo importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato. Quanto più interessante è l'appalto per i potenziali offerenti di altri Stati membri, tanto maggiore deve essere la copertura.(....)". Infine secondo la Commissione, "un'adeguata trasparenza per gli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE il cui importo superi le soglie di applicazione di tali direttive implica di solito la pubblicazione in un mezzo di comunicazione largamente diffuso" (internet, profilo del committente), e la pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione Europea pur non essendo obbligatoria può costituire un'opzione interessante, in particolare quando si tratta di appalti d'importo elevato.

Data di invio della risposta scritta



REGIONE TOSCANA
Giunta Regionale

*Direzione Generale
Organizzazione e Risorse*

*Osservatorio sui Contratti pubblici
Settore Contratti*

QUESITO

Verifica dell'anomalia del costo del lavoro

Data invio 08/07/2015

Soggetto richiedente

Ente di appartenenza

Settore/Ufficio

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.....; appalto pulizie, costi minimi.....</p>																										
<p><u>Appalti:</u> Lavori Servizi Forniture Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....</p>																								
<p><u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria Sopra soglia comunitaria</p>																										
<p><u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi</p>																										
<p><u>Procedura di affidamento:</u></p> <table border="0"> <tr> <td>Aperta</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Ristretta</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Negoziata</td> <td>→</td> </tr> <tr> <td>Dialogo competitivo</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Accordo quadro</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Project financing</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Mercato elettronico</td> <td></td> </tr> <tr> <td>Asta elettronica</td> <td></td> </tr> <tr> <td></td> <td>Con bando</td> </tr> <tr> <td></td> <td>Senza bando</td> </tr> <tr> <td></td> <td>Cottimo fiduc.</td> </tr> <tr> <td></td> <td>Amm.^{ne} diretta</td> </tr> </table>			Aperta		Ristretta		Negoziata	→	Dialogo competitivo		Accordo quadro		Project financing		Mercato elettronico		Asta elettronica			Con bando		Senza bando		Cottimo fiduc.		Amm. ^{ne} diretta
Aperta																										
Ristretta																										
Negoziata	→																									
Dialogo competitivo																										
Accordo quadro																										
Project financing																										
Mercato elettronico																										
Asta elettronica																										
	Con bando																									
	Senza bando																									
	Cottimo fiduc.																									
	Amm. ^{ne} diretta																									
<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 costo orario pulizie</p>																										

Quesito*

Nella RdO che ho fatto su MEPA per l'affidamento del servizio pulizie (preciso che la Convenzione Consip per la mia zona è scaduta nel febbraio 2014 e non più rinnovata e quindi siamo al momento scoperti), mi è stato proposto un costo orario di 13 euro . Il proponente è una cooperativa sociale, regolarmente iscritta al MEPA e che ho invitato in quanto ho invitato tutte le imprese iscritte al Mepa della Regione Toscana, il prezzo però mi sembra troppo basso. So che le coop sociali hanno costi inferiori per il personale e agevolazioni, chiedo se si può considerare che il prezzo sia regolare ai fini delle tabelle vigenti, tanto più che nel capitolato di gara avevo precisato che "L'impresa appaltatrice si obbliga ad applicare il C.C.N.L. per i lavoratori delle imprese di pulizia, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione e ad osservare i conseguenti accordi sindacali provinciali e locali di natura normativa e retributiva anche se scaduti fino alla loro sostituzione per tutta la durata dell'appalto.

L'impresa appaltatrice avente configurazione giuridico-sociale di cooperativa deve applicare ai soci impiegati nell'appalto condizioni normative e retributive non inferiori a quelle risultanti dai C.C.N.L. (ed eventuali accordi provinciali e locali) per i lavoratori delle imprese di pulizia, disinfezione, disinfestazione e derattizzazione"

Resto in attesa di risposta e ringrazio fin d'ora 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 al quesito posto e per quanto da voi indicato, preme evidenziare che la questione sottoposta non concerne specifiche problematiche giuridiche relative alle norme in materia di appalti pubblici, ma piuttosto verte sulla gestione della procedura di gara, eventualmente riguardando l'applicazione delle norme di cui all'art. 86 comma 3 e agli artt. 87 e 89 del codice dei contratti pubblici. Inoltre la questione sollevata, trattandosi in particolare di una procedura negoziata senza bando, riguarda attività che caratterizzano il ruolo specifico del dirigente responsabile del contratto ovvero la valutazione della congruità dell'offerta, che spetta esclusivamente alla stazione appaltante nel rispetto delle norme di cui al codice dei contratti. Pertanto la questione in esame non sembra rientrare strettamente nella funzione di supporto che lo scrivente Osservatorio svolge nei confronti delle amministrazioni aggiudicatrici soggette alla legge regionale legge regionale 13 luglio 2007, n. 38 "Norme in materia di contratti pubblici e relative disposizioni sulla sicurezza e regolarità del lavoro", provvedendo comunque a fornire le indicazioni operative di seguito descritte.

Relativamente al quesito in oggetto, in primo luogo si rileva che soccorre il disposto del comma 3 dell'articolo 86 sopra richiamato, secondo cui "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Infatti la stazione appaltante, oltre all'anomalia, può procedere a verificare la congruità dell'offerta che - come nel caso da voi descritto - appaia eccessivamente bassa richiedendo all'offerente i giustificativi del prezzo offerto, attivando lo specifico procedimento di controllo previsto nel disciplinare di gara. In

particolare la stazione appaltante potrà chiedere i giustificativi sulle voci di prezzo che concorrono a determinare il ribasso percentuale indicato nell'offerta economica, nonché - nel caso in esame - le informazioni relative alle condizioni economiche praticate ai dipendenti, con l'indicazione della retribuzione, costi ed eventuali agevolazioni fiscali/tributarie. Restano ferme le disposizioni di cui all'articolo 89 del Codice dei Contratti nonché quanto disposto all'articolo 279 del DPR 207/2010, riguardo alla necessità di effettuare l'istruttoria per una stima congrua del prezzo a base di gara; in tal senso anche l'articolo 15 della legge regionale n. 38/2007, al rispetto della quale sono tenute anche le Camere di Commercio.

Sul punto si riporta la [sentenza 3 luglio 2015, n. 3329](#) del Consiglio di Stato, sez. III, secondo cui quando un'offerta non è rilevata come troppo bassa, la verifica di congruità prevista dall'[art. 86, comma 3 del Codice degli appalti](#) come ulteriore strumento di analisi non è obbligatoria. Nel caso di specie, l'offerta dell'operatore economico oggetto del ricorso non rientrava in uno dei casi nei quali, ai sensi dell'[art. 86, comma 2 del Codice degli appalti](#), è prevista la verifica obbligatoria, e l'amministrazione ha ritenuto di non dover procedere nemmeno a quella facoltativa. I giudici del Consiglio di Stato hanno precisato che la scelta della stazione appaltante di attivare il procedimento di verifica della congruità dell'offerta è ampiamente discrezionale e può essere sindacata davanti al giudice amministrativo solo in caso di evidente irragionevolezza o di decisivo errore di fatto. Nel caso in cui l'amministrazione decida di procedere alla verifica di congruità, le relative valutazioni devono essere compiute in modo globale e sintetico, con riguardo alla serietà dell'offerta nel suo complesso e non con riferimento alle singole voci. Infine, circa il tema del rispetto dei minimi salariali, richiesto nelle gare con il prezzo più basso dall'[art. 82, comma 3-bis del Codice](#), affrontato nella [sentenza](#), i giudici hanno ribadito che i valori del costo del lavoro risultanti dalle tabelle ministeriali non costituiscono un limite inderogabile ma semplicemente un parametro di valutazione e l'eventuale scostamento da questi parametri non legittima di per sé un giudizio di anomalia.

Si resta a disposizione per ulteriori chiarimenti.

Data di invio della risposta scritta