



Regione Toscana



RISPOSTE AI QUESITI

ANNO 2021



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

Anno 2021

Regione Toscana Giunta Regionale
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti - Osservatorio sui contratti pubblici

Ulteriore documentazione è reperibile all'indirizzo:

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

Giunta regionale - febbraio 2022

INDICE

Generali

- 1) Immobile comunale – affidamento diretto agli ETS *pag. 4*
- 2) Obblighi di pubblicità - SITAT-SA *pag. 7*

Lavori pubblici

- 3) Affidamento lavori su immobile vincolato:criterio aggiudicazione pag. 9

Servizi e Forniture

- 4) Incentivi direttore esecuzione per ffss di importo inferiore a 500.000€ pag. 11

Generali

QUESITO n. 1) - Immobile comunale – affidamento diretto agli ETS

Il comune diè proprietario di un immobile inutilizzato in parte riqualificato ed in parte da riqualificare destinato secondo le norme di piano alla realizzazione di un Ostello per la gioventù e la contestuale sistemazione di un'area a parcheggio;

In detti edifici potranno altresì trovare collocazione attività direzionali e/o tecnologiche relative alla gestione delle infrastrutture a rete, attrezzature amministrative, attrezzature logistiche per la difesa e la protezione civile, attrezzature sportive, sanitarie, per attività ricreative, culturali, sociali e socio-sanitarie;

Premesso quanto sopra, si chiede se il comma 6 dell'art. 11-bis della legge regionale 28 dicembre 2005, n. 73 possa essere interpretato nel senso che sulla base della proposta presentata dalla Cooperativa l'ente Locale può procedere all'affidamento diretto, quindi senza osservare i principi dell'evidenza pubblica, dell'immobile di cui si dispone per i fini di cui alla stessa legge?

In caso di risposta affermativa:

- Ciò può essere effettuato anche se il regolamento comunale non lo prevede?
- Se sì, il Comune può concederlo in modo gratuito?
- Il contratto deve avere una durata min o max?

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente alla questione sottoposta, si procede a svolgere alcune considerazioni preliminari allo scopo di inquadrare la problematica nell'ambito della normativa vigente, anche a livello regionale. Infatti occorre, innanzi tutto, fare un breve riferimento al tema degli affidamenti al c.d. Terzo settore, realtà nella quale opera una variegata pluralità di soggetti (tra cui organismi no-profit e cooperative sociali) che si avvalgono di volontari, dipendenti e lavoratori esterni. Senza entrare nel merito, al riguardo si rimanda al D.lgs. n. 117 del 2017 ed in particolare al Titolo VII dello stesso (artt. 55 e 56), in cui si affronta il tema dei rapporti tra enti del terzo settore (e.t.s.) ed enti pubblici in deroga alla disciplina dei contratti pubblici, ma pur sempre nel rispetto dei principi di cui alla L. 241/1990 e prevedendo la necessità di effettuare procedure comparative tra gli stessi e.t.s. Sul tema si rimanda alla recente sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020.

In secondo luogo, si provvede a chiarire che, laddove venisse in considerazione un affidamento di appalto di lavori o di servizi in forma

sinallagmatica, la normativa di riferimento è rappresentata invece dal codice dei contratti pubblici di cui al d. lgs. n. 50/2016. Infatti, in base alle indicazioni fornite, la questione in esame non sembra del tutto esclusa dall'applicazione del codice dei contratti pubblici ed in particolare potrebbe ricadere nella disciplina della Parte III relativa alle concessioni; in ogni caso il riferimento all'evidenza pubblica e all'affidamento diretto non risulta appropriato. Per questo aspetto si suggerisce un approfondimento istruttorio.

Infine, seppur considerato il carattere sintetico delle informazioni fornite, preme evidenziare che la questione sottoposta riguarda un'immobile "in parte riqualficato ed in parte da riqualficare", il cui utilizzo tuttavia risulta (già) determinato dalle norme del piano regolatore. Pertanto il suddetto immobile non sembra privo di destinazione e perciò "inutilizzato", in quanto la scrivente Amministrazione comunale lo ha formalmente destinato ad un uso specifico.

Ciò chiarito, si fa presente che - a livello regionale - per gli immobili giuridicamente "inutilizzati" occorre fare riferimento non solo all'art. 11-bis "Cooperazione di comunità" della l.r. 28 dicembre 2005, n. 73, modificato con la legge regionale 14 novembre 2019, n. 67 da voi richiamato, ma anche all'art. 18 "Concessione in comodato di beni immobili e mobili di proprietà regionale e degli enti locali in attuazione dell'articolo 71 del d.lgs. 117/2017" della legge regionale 22 luglio 2020 n. 65 (Norme di sostegno e promozione degli enti del Terzo settore toscano). Si ricorda che le suddette disposizioni trovano applicazione a prescindere dall'adeguamento dei regolamenti comunali rispetto alle disposizioni ivi previste.

Dall'esame degli articoli sopra richiamati in estrema sintesi si ricava che:

- 1) il presupposto è rappresentato da immobili inutilizzati (l.r. 73/2005) e beni mobili ed immobili non utilizzati per fini istituzionali (l.r. n. 65/2020);
- 2) i suddetti beni devono essere di proprietà dei seguenti enti: Regione toscana ed enti dipendenti; aziende ed enti del servizio sanitario regionale; enti locali;
- 3) la finalità: recupero e riuso degli immobili, con finalità di interesse generale (l.r. 73/2005); svolgimento di attività di interesse generale (l.r. 65/2020).
- 4) strumento contrattuale: concessione (l.r. 73/2005); comodato (l.r. 65/2020)

5) beneficiari: cooperative di comunità (lr 73/2005); enti del Terzo settore, ad eccezione delle imprese sociali per il comodato gratuito (lr 65/2020).

Si evidenzia che l'articolo 11 bis da voi richiamato rimanda alle procedure della legge regionale n. 77/2004 e del relativo regolamento di attuazione, approvato con dpgr n. 61/R/2005, in base ai quali per la scelta del concessionario è prevista una specifica procedura comparativa con avviso pubblico (art. 40 dpgr 61/R/2005).

Per quanto riguarda il beneficiario, ovvero la cooperativa di comunità, si rileva che in base alla Codice del Terzo Settore e alla normativa regionale il comodato è possibile solo a favore degli enti del Terzo settore, ovvero associazioni di volontariato e promozione sociale ad eccezione delle imprese sociali quali sono, invece, le cooperative di comunità. In particolare, per una disamina della configurazione delle cooperative di comunità si rimanda anche alla sentenza della Corte Costituzionale n. 131/2020 già richiamata.

Ciò posto, per gli immobili inutilizzati, ovvero per i beni rispetto che non risultano destinati ad utilizzo alcuno, la scrivente amministrazione può:

1) procedere ai sensi dell'articolo 11 bis comma 6 della legge regionale n. 73/2005, mediante una concessione previa procedura comparativa con avviso pubblico, ad una cooperativa di comunità. E' comunque rimessa alla scrivente stazione appaltante la valutazione relativa alla sussistenza o meno dei presupposti per l'applicazione della suddetta norma, da riportare nella motivazione dell'atto di affidamento, nonché per quanto riguarda l'individuazione del beneficiario;

2) procedere ai sensi dell'articolo 18 della legge regionale 65/2020, mediante comodato agli enti del Terzo Settore ad esclusione delle imprese sociali. Come sopra indicato, le cooperative di comunità rientrano tra le imprese sociali, ma occorre comunque esaminare il relativo statuto.

In conclusione, tenuto conto del quadro normativo vigente e delle informazioni sintetiche fornite, si suggerisce alla scrivente amministrazione di approfondire e valutare opportunamente il profilo delle attività da svolgere nella porzione di immobile oggetto del quesito, al fine di determinarne l'applicazione del Codice dei contratti pubblici oppure del Codice del Terzo Settore. In ogni caso è

necessario procedere mediante procedura comparativa con avviso pubblico rivolto agli Enti del Terzo Settore presenti nella comunità locale.

Infine, per quanto riguarda le domande indicate ai punti 1, 2 e 3:

per il punto 1, la risposta è affermativa come sopra indicato e in questo caso trovano applicazione le disposizioni delle leggi regionali di riferimento, nel rispetto dell'ordinamento della scrivente amministrazione.

Per quanto riguarda il punto 2, si ricorda che, come già sopra illustrato, il comodato è escluso per le imprese sociali, e le cooperative di comunità sono così configurabili. Infine, per quanto riguarda il punto 3, si suggerisce di indicare una durata massima. A tale riguardo si rimanda a quanto disposto dall'articolo 18 comma 2 della l.r. 65/2020.

QUESITO n. 2) - Obblighi di pubblicità SITAT-SA

Stiamo preparando determina con oggetto: Procedura aperta telematica per l'affidamento dei servizi assicurativi.

Gli obblighi di pubblicità impongono il Sito Web del MIT il quale ci ha risposto che a decorrere dal 1 luglio 2019, gli obblighi di pubblicità di cui al comma 2 dell'articolo 29 ed al comma 7 dell'articolo 21 del Codice dei contratti pubblici sono assolti utilizzando le nuove modalità rese disponibili dal Sistema a rete MIT (SCP) -Regioni/Province autonome.

Per quanto riguarda la Regione Toscana dobbiamo quindi pubblicare sul sito dell'Osservatorio regionale. Come fare? Quale l'iter?

Ulteriori informazioni o chiarimenti inerenti il quesito:

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, sul tema degli adempimenti inerenti la pubblicazione degli atti di gara previsti all'art. 29 e 213 comma 9 del D. Lgs n. 50/2016 nonché nella legge regionale 13 luglio 2007 n. 38, si ricorda che

l'Osservatorio Regionale sui Contratti Pubblici, anche in qualità di sezione regionale dell'Osservatorio dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, attraverso le diverse applicazioni del Sistema Informativo Telematico Appalti Toscana (Sitat) fornisce alle stazioni appaltanti strumenti e servizi per la pubblicazione online degli atti e documenti e per la trasmissione delle informazioni utili al monitoraggio degli appalti pubblici. Per le modalità operative si rimanda alle istruzioni pubblicate sul sito di Regione toscana al seguente link:

<https://www.regione.toscana.it/documents/10180/1180207/Manuale+SITAT+SA+settembre+2018.pdf/73455f78-a603-4932-b861-c4868ac61ac4>

Si resta a disposizione per eventuali necessità, e potete contattare direttamente l'Osservatorio.

LAVORI

QUESITO n. 3) - *Affidamento lavori su immobile vincolato: criterio aggiudicazione*

Dobbiamo procedere all'espletamento di una gara di appalto per l'affidamento dei lavori di restauro, risanamento conservativo e consolidamento strutturale del fabbricato " ".

L'importo complessivo dei lavori ammonta a euro 846.564, 50 di cui euro 18.931,60 per oneri per la sicurezza.

Le categorie di cui si compone l'opera sono:

OG2 euro 679.285,95

OG11 euro 167.283,55

Avremmo bisogno di sapere: essendo l'importo della categoria OG2 superiore a € 500.000,00, si può procedere comunque all'aggiudicazione con il criterio del minore prezzo alla luce di quanto stabilito dall'art. 36, comma 9-bis, del D. Lgs. 50/2016?

RISPOSTA al quesito

Premesso

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

Relativamente al quesito posto ed in base alle informazioni da voi fornite, occorre premettere alcune considerazioni di carattere generale. Infatti si ricorda che il D.lgs. 42/2004, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, modificato dalla Legge 18 novembre 2019, n. 132 individua quei beni tutelati che costituiscono il patrimonio paesaggistico e culturale del nostro Paese. Gli appalti che rientrano nel settore dei beni culturali pertanto sono disciplinati nella Parte II, Titolo VI, Capo III (artt. 145 e ss.) del D.lgs. 50/2016 nonché all'interno del relativo Regolamento D.M. 22 agosto 2017 n. 154, che stabilisce i requisiti di qualificazione che le imprese devono possedere per

partecipare agli appalti pubblici di lavori rientranti in questa tipologia.

La *ratio* di una disciplina "speciale" in relazione ai suddetti contratti pubblici trova fondamento nella finalità del regime giuridico dei beni culturali, ossia la tutela e la valorizzazione degli stessi. Obiettivo primario è quello di ridurre al minimo il rischio di deterioramento di tutti quei beni mobili e immobili elencati agli artt. 10 e ss. del D.lgs. 42/2004. Questo rappresenta il motivo principale per cui il Codice dei contratti pubblici individua una serie di disposizioni *ad hoc* da applicarsi nel caso in cui una Stazione Appaltante debba pubblicare una procedura di gara avente ad oggetto lavori da svolgersi presso determinati edifici, siti, luoghi aventi interesse storico-artistico.

L'esigenza di garantire che tali interventi vengano eseguiti soltanto da soggetti con peculiari competenze ed esperienze in materia è rafforzata dall'art. 146 del D.lgs. 50/2016 e dagli artt. 4 e ss. del D.M. 22 agosto 2017, n. 154 in tema di qualificazione: sono infatti individuati i requisiti generali e speciali di idoneità tecnica ed organizzativa a cui è necessario ricorrere per l'espletamento di una procedura di gara.

Da questo punto di vista si ricorda che i lavori di cui all'art. 145 e segg. del Codice sono appaltati, di norma, a misura e che possono essere affidati con il criterio del minor prezzo qualora di importo dei lavori sia pari o inferiore a 500.000,00 €. Dal tenore letterale di tale ultima specificazione, contenuta nell'art. 148 co. 6, 2 cpv, si ricava che la stessa rappresenti un'eccezione e che pertanto, nei casi in cui l'importo dei lavori in questione risulti superiore al suddetto importo, si debba ricorrere, invece, alla regola generale di affidamento con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Per le considerazioni sopra riportate, pertanto, sulla base della lettura coordinata delle disposizioni del Codice dei Contratti si ritiene che la risposta al quesito sia negativa in ragione della natura vincolata del bene immobile oggetto dell'intervento della S.A. e del carattere speciale delle disposizioni di cui al Capitolo III del Titolo VI del Codice.

FORNITURE E SERVIZI

QUESITO n. 4) - Incentivi direttore esecuzione per ffss di importo inferiore a 500.000€

L'ufficio tecnico da tempo chiede la liquidazione degli incentivi per funzioni tecniche di cui all'art. 113 del d.lgs. 50/2016 al dipendente nominato direttore dell'esecuzione nell'affidamento delle forniture di energia elettrica e gas e per importi inferiori € 500.000,00. La questione verte soprattutto nella legittimità di nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal RUP, cui è collegata il diritto o meno agli incentivi, e che Anac, nelle linee guida n. 3, consente solo in casi particolari, tra cui affidamenti superiori a € 500.000,00. Tra gli orientamenti letti la delibera della Corte dei Conti Veneto del 15/09/2020 che appare opportuno richiamare laddove recita:

"La circostanza che la rubricazione del richiamato punto 10 delle linee guida cit. contiene il riferimento all' "importo massimo e tipologia di servizi e forniture per i quali il RUP può coincidere con il progettista o con il direttore dell'esecuzione del contratto", lungi dal giustificare la diversa interpretazione che consentirebbe, al di sotto dell'importo massimo di cui sopra e per qualsivoglia tipologia di servizio e fornitura, di nominare come direttore dell'esecuzione un dipendente diverso dal RUP, così realizzando il presupposto previsto dal citato art. 113, comma 2, ultima parte, per il riconoscimento degli incentivi in questione, ne avvalorata, in diritto, la tesi contraria.

Infatti, la determinazione dell'importo massimo individua con chiarezza il confine che impone la differenziazione delle due figure professionali. Al di sotto di detta soglia la nomina disgiunta delle stesse non è né necessaria, né tantomeno prevista, in quanto "il responsabile del procedimento svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di progettista e direttore dell'esecuzione del contratto" (par. 10.1): solo al superamento della stessa si impone la scissione delle due figure. (cfr. Sezione regionale di controllo Veneto deliberazione N.107/2019)".

Anche la [sez. Controllo Emilia Romagna della Corte dei Conti, con la deliberazione n. 120 del 14 dicembre 2020](#), è intervenuta per chiarire l'ambito operativo dell'incentivo, di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, in sede di esecuzione negoziale.

Il punto 10.2. delle Linee Guida ANAC n. 3, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti «Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni» stabilisce che il direttore dell'esecuzione del contratto è soggetto diverso dal responsabile del procedimento nei casi:

- prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
- interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impon-

gano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

A parere di chi scrive sembra di poter sostenere che tali presupposti non devono essere tutti concorrenti ma alternativi tra loro.

Pertanto si chiede un vs. cortese parere circa la possibilità di nominare il direttore per l'esecuzione (e riconoscerne l'incentivo) anche in prestazioni inferiori a 500.000,00 purché con adeguata motivazione si dimostri la presenza di almeno di questi ulteriori presupposti:

interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;

prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;

per ragioni concernente l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

Grazie per l'attenzione.

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 tema oggetto del quesito posto, come anche da voi indicato occorre fare riferimento alla linea guida ANAC n. 3 recante "Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni", secondo cui, di norma, negli appalti di forniture e servizi di importo inferiore ai 500mila euro le funzioni del direttore dell'esecuzione devono essere svolte dal RUP e la nomina del DEC, in base al punto 10 della stessa Linea guida n. 3, esige un appalto di forniture o servizi di importo almeno pari a 500mila euro ovvero di particolare complessità.

Si concorda con quanto da voi ricostruito in rapporto ai casi in cui il direttore dell'esecuzione del contratto può essere soggetto diverso dal responsabile del procedimento, elencati al punto 10.1. della suddetta Linea guida Anac n. 3, da intendersi alternativi tra loro. Si evidenzia che la sussistenza degli stessi

richiede un onere motivazionale adeguato ex art. 3 della legge n. 241/1990, a sostegno della regolarità (legittimità) della previsione del compenso e della connessa responsabilità del contenuto, ovvero del pagamento dell'incentivo.

Sul tema si richiama la deliberazione n. 11 del 3 febbraio 2021 sez. Controllo Emilia - Romagna della Corte dei Conti, che interviene a chiarire l'ambito operativo dell'incentivo di cui all'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016, l'incentivo che - si ricorda - è diretto a remunerare una prestazione che va oltre le comuni attività, compensando un *quid* di operosità del personale dipendente ad accrescimento dell'efficienza dell'Amministrazione e di riduzione della spesa (esterna per incarichi), consentendo, allo stesso tempo, di derogare il principio di onnicomprensività del trattamento economico. Il Collegio ritiene che la particolare complessità richiesta per la nomina del direttore dell'esecuzione potrebbe caratterizzare anche appalti di importo inferiore ad € 500.000. "Tale parametro numerico può rappresentare tuttavia un criterio di orientamento, in quanto solo in circostanze davvero eccezionali le funzioni tecniche associate ad un appalto di forniture e di servizi di importo più esiguo potranno dirsi caratterizzate da quella particolare complessità che rappresenta il presupposto che consente di derogare, in via eccezionale, al principio di onnicomprensività della retribuzione; ciò coerentemente con la *ratio* della norma, data dall'esigenza di accrescere l'efficienza della spesa attraverso il risparmio che deriva dal ricorso a professionalità interne per lo svolgimento di attività funzionali alla realizzazione di appalti in circostanze che altrimenti richiederebbero il ricorso a professionisti esterni, con possibili aggravii di costi per il bilancio dell'ente interessato. (..)”. Il RUP, quindi, secondo il collegio è chiamato ad una attenta valutazione nel caso in cui, trattandosi di appalto di servizio o di fornitura di importo inferiore ai 500mila euro, ritenga di ravvisare quella complessità di funzioni tali da giustificare la nomina di un direttore dell'esecuzione diverso dal responsabile unico del procedimento e quindi consente di accedere all'incentivo ex art. 113 del Codice.

Ancora *ex multis* la deliberazione n. 178/2019 della Corte dei Conti Sez. Controllo Abruzzo, con la quale i magistrati contabili hanno ricordato che gli

enti possono erogare incentivi per funzioni tecniche nei casi di appalti relativi a servizi o forniture in cui è nominato il direttore dell'esecuzione, ex art. 113, comma 2 del d.lgs. 50/2016. La Corte dei Conti ha ricordato altresì che, secondo quanto previsto dalle Linee Guida Anac n. 3/2016, punto 10, il direttore dell'esecuzione può essere nominato soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore a 500.000 euro ovvero di particolare complessità sotto il profilo tecnologico, di competenze o di utilizzo di componenti o processi innovativi. In tali casi il direttore dell'esecuzione potrà essere un soggetto diverso dal RUP (Corte dei Conti, Sez. Contr. Lazio, del. 57/2018; Corte dei Conti, Sez. Contr. Veneto, del. 107/2019).

“L'applicabilità degli incentivi, nell'ambito dei contratti di affidamento di servizi e forniture, è, quindi, contemplata soltanto “nel caso in cui sia nominato il direttore dell'esecuzione” (parte finale del comma 2, come modificata, in senso limitativo, dall'art.76, comma 1, lett. b, del D. Lgs. n.56/2017), inteso quale soggetto autonomo e diverso dal RUP. Tale figura interviene soltanto negli appalti di forniture o servizi di importo superiore a 500.000 euro, ovvero di particolare complessità così come specificato al punto 10 delle citate Linee guida n. 3/2016, emanate dall'ANAC, in attuazione dell'art. 31, comma 5, Codice, con delibera n. 1096 del 26 ottobre 2016, per disciplinare in modo più dettagliato “Nomina, ruolo e compiti del RUP, per l'affidamento di appalti e concessioni”, ed aggiornate con la delibera n.1007 dell'11 ottobre 2017. (SRC Lazio, deliberazione n. 57/2018/PAR; SRC Veneto n. 107/2019/PAR).”