

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	AVVALIMENTO NELLA PROCEDURA NEGOZIATA
QUESITO/I	E' possibile invitare ad una procedura negoziata senza bando un'impresa priva di qualificazione che ricorrerà per formulare l'offerta all'istituto dell'avvalimento?
RIFERIMENTI NORMATIVI	Artt. 57, comma 6, 49 e 62, comma 5 del D.Lgs n. 163/2006, codice dei contratti pubblici.
<p>RISPOSTA:</p> <p>Anzitutto, va considerato che l'articolo 49, in tema di avvalimento, non contiene alcun divieto in merito alla sua utilizzazione nelle procedure negoziate senza bando.</p> <p>Tuttavia, va altresì rilevato che, ai sensi dell'articolo 57, comma 6 del codice dei contratti la stazione appaltante dovrebbe individuare gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti <i>"le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa desunte dal mercato"</i>. Da ciò si dovrebbe dedurre che, in linea di principio, per tali procedure, i criteri di scelta del possibile contraente dovrebbero essere posseduti già "a monte" dell'invito.</p> <p>A ciò si aggiunga che l'articolo 62, comma 5, del Codice dei contratti dispone per le stazioni appaltanti il divieto di <i>"invitare candidati che non hanno i requisiti richiesti"</i>.</p> <p>Da quanto sopra consegue che dovrebbe darsi preferibilmente prevalenza al principio che impone alla stazione appaltante di invitare alle procedure negoziate senza bando soggetti qualificati <i>ex se</i>, in virtù di una sua maggiore aderenza al criterio di buona amministrazione, di cui all'art. 97 della Costituzione. Va tuttavia considerato che il quesito posto non può avere una univoca risposta, stante la nota portata generale dell'utilizzazione dell'istituto dell'avvalimento e considerata l'assenza di precedenti giurisprudenziali consolidati sul punto.</p>	

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	BANDO DI GARA DA AGGIUDICARE CON IL CRITERIO DELL'OFFERTA ECONOMICAMENTE PIÙ VANTAGGIOSA.
QUESITO/I	<p>A) è da considerare corretta la scelta dei seguenti parametri per la valutazione dell'offerta:</p> <p>1) Offerta tempo: max punti 60</p> <p>2) Offerta economica: max punti 40?</p> <p>B) In caso negativo è possibile chiedere l'annullamento in autotutela del bando?</p>
RIFERIMENTI NORMATIVI	Art. 83 Codice Appalti
<p>RISPOSTA:</p> <p>Ad avviso dell'ANCE, la scelta di questi unici parametri di valutazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa potrebbe essere eccessivamente riduttiva, al fine dell'individuazione dell'offerta secondo il criterio in esame ; normalmente, infatti, non può prescindere anche da una valutazione delle migliori tecniche del progetto a base di gara.</p> <p>Peraltro, nel caso di specie, si evince anche l'incongruità del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa scelto dalla stazione appaltante rispetto all'oggetto dell'appalto.</p> <p>Si condivide, quindi, che detta scelta possa risultare censurabile sul piano dell'opportunità (più che su quello di una palese illegittimità), e pertanto si potrebbe invitare la stazione appaltante ad una revoca del bando di gara, indirizzata alla sua riemissione, e volta ad una implementazione dei criteri di valutazione (nel caso in cui si optasse per il mantenimento dell'offerta economicamente più vantaggiosa), ovvero, all'adozione del diverso criterio del prezzo più basso, verosimilmente più adatto al caso di specie.</p>	

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	CONTRATTO DI SPONSORIZZAZIONE
QUESITO/I	<p>A)previsione di sponsorizzazione quale accessorio del contratto di lavori</p> <p>B)prezzo della sponsorizzazione quale criterio di aggiudicazione</p>
RIFERIMENTI NORMATIVI	Art. 26, art. 53 d. lgs. n. 163/2006
<p>RISPOSTA:</p> <p>In un bando di gara per il recupero e la valorizzazione delle aree del centro storico del Comune appaltante, è stata inserita una clausola con la quale si prevede, quale” accessorio al contratto principale ed in conformità a quanto previsto dall’art. 26 del codice dei contratti pubblici”, che l’aggiudicatario si impegna a versare una somma minima di 350.000 euro a titolo di sponsorizzazione. In sostanza, a fronte di tale cifra, l’affidatario dei lavori potrà esporre la propria insegna dinanzi al cantiere per la durata dei lavori stessi, una targa lapidea o metallica sui fabbricati oggetto di ristrutturazione nei dieci anni successivi, nonché un cartellone in luogo da definire per i due anni successivi all’ultimazione dei lavori.</p> <p>Si prevede, di conseguenza, che, nell’ambito dell’offerta economicamente più vantaggiosa, costituisca criterio di valutazione l’eventuale rialzo sul prezzo di base sopra indicato, previsto per la sponsorizzazione.</p> <p>Al riguardo, si evidenzia che, come chiarito dall’Autorità di Vigilanza con la deliberazione n. 9 del 2012, esistono due tipologie di sponsorizzazione: quella c.d. pura o di puro finanziamento, in cui lo sponsor si impegna ad effettuare un contributo finanziario a fronte del diritto di sfruttare spazi per fini pubblicitari; e quella c.d. tecnica, in cui lo sponsor realizza lavori, servizi o forniture a fronte del suddetto diritto di sfruttamento. La prima tipologia è soggetta alla disciplina dei contratti attivi stipulati dalla pubblica amministrazione, contenuta nel R.D. n. 827/1924; la seconda invece è prevista dall’art. 26 del codice dei contratti pubblici, che disciplina le fattispecie di contratti passivi stipulati dall’amministrazione.</p> <p>Ora, deve rilevarsi che nel bando di specie è stata innestata una clausola di sponsorizzazione pura nell’ambito dell’affidamento di un appalto di lavori, ossia invece che prevedere la sponsorizzazione come corrispettivo dell’attività da svolgere, si è previsto che l’impresa debba fornire un finanziamento ottenendo in cambio gli spazi per farsi pubblicità.</p> <p>Ora, in linea di principio, non è precluso all’amministrazione concludere un contratto di sponsorizzazione pura, purché la stessa rispetti le norme di contabilità di Stato che richiedono procedure trasparenti ed il rispetto dei principi generali di buon andamento dell’amministrazione. Nel caso di specie, la stazione</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

appaltante sembra rispettare tali regole, poiché ha proceduto all'indizione di una gara ad evidenza pubblica.

Ciò che invece non convince pienamente è il fatto di avere richiesto un finanziamento attraverso la sponsorizzazione, nell'ambito di un contratto di appalto. Trattandosi infatti di eseguire lavori sugli edifici, sarebbe stato più logico ricorrere eventualmente ad una sponsorizzazione tecnica ai sensi dell'art. 26 del codice dei contratti pubblici. È evidente tuttavia che, in tale ipotesi, sarebbe stato impossibile compensare interamente i lavori, ammontanti a circa 1,7 milioni di euro, attraverso il diritto di sfruttamento degli immobili a fini pubblicitari.

Né d'altra parte, sembrerebbe ammissibile compensare i lavori in parte con detto diritto di sfruttamento, ed in parte con il corrispettivo in denaro, poiché il contratto di appalto è configurato dal codice come prestazione di attività a fronte del solo corrispettivo in denaro o eventualmente del trasferimento in proprietà di immobili (art. 53, comma 6). Ciò peraltro sembrerebbe confermato dall'art. 53, comma 1 che distingue il contratto di sponsorizzazione da un lato, rispetto ai contratti di appalto o di concessione, dall'altro, quali sistemi di affidamento dei lavori pubblici.

In definitiva, dunque, la figura del c.d. sponsor finanziario dovrebbe essere separata dal soggetto che realizza i lavori. Quest'ultimo potrebbe, invece, essere parte di un contratto di sponsorizzazione tecnica, mentre si nutrono forti dubbi in ordine alla possibilità di configurare un corrispettivo misto del contratto di appalto, parte in denaro e parte in sfruttamento degli spazi a fini pubblicitari.

Quanto infine al criterio di aggiudicazione, è evidente che se si ritiene non corretto l'utilizzo del contratto di sponsorizzazione nell'ambito dell'appalto in esame, conseguentemente ne deriva l'inadeguatezza della previsione del criterio di valutazione relativo al prezzo della sponsorizzazione nell'ambito dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	DIVIETO DI INTESTAZIONE FIDUCIARIA
QUESITO/I	<p>Nel caso di un'impresa A che ceda il 10% delle sue quote ad altra impresa B, la quale, a sua volta, intesti fiduciariamente la propria partecipazione alla fiduciaria C:</p> <p>A) Ai fini della partecipazione ad una gara d'appalto pubblico i rapporti tra la società A e B e la fiduciaria C come si conciliano con l'art. 38 comma 1 lett D) del codice dei contratti?</p> <p>B)..Le identità dei fiducianti devono essere comunicati alle amministrazioni appaltanti?</p>
RIFERIMENTI NORMATIVI	<p>Art 38, 1 dlgs 163/2006 Art. 17 L 19 marzo 1990 n. 55</p>
<p>RISPOSTA</p> <p>Ai sensi dell'art. 38 comma 1 lett.d) del d.lgs 163/2006, la violazione del divieto di intestazione fiduciaria <u>costituisce causa d'esclusione del soggetto dalla gara</u> a meno che tale intestazione sia stata effettuata nei confronti di una società autorizzata a norma della legge 23 novembre 1939, n. 1966, con la condizione che tale società fiduciaria <u>provveda</u> entro trenta giorni, su richiesta dell'aggiudicatario, <u>a comunicare al soggetto aggiudicatore l'identità dei fiducianti.</u></p> <p>Ciò risulta dal combinato disposto del comma 1 lett. d) del citato art. 38 e dell'articolo 17 della legge 19 marzo 1990 n. 55 (come novellato dall'articolo 9, comma 63, della legge n. 415 del 1998), a norma del quale "sono vietate intestazioni <u>ad interposte persone(.....) salvo le intestazioni a società fiduciarie autorizzate ai sensi della legge 23 novembre 1939, n. 1966,</u> a condizione che queste ultime provvedano, entro trenta giorni dalla richiesta effettuata dai soggetti aggiudicatari, <u>a comunicare alle amministrazioni interessate l'identità dei fiducianti</u>".</p> <p>Tale disciplina risulta applicabile <u>anche in caso d'intestazione fiduciaria di quote di partecipazione societaria</u>, ove l'interposto, per via del negozio fiduciario, è tenuto ad esercitare, in nome proprio e nell'interesse del fiduciante, i diritti connessi alla qualifica di socio, in misura proporzionale alla partecipazione posseduta, venendo dunque in rilievo l'esigenza dell'amministrazione appaltante all'effettiva conoscenza dei soggetti aggiudicatari di contratti pubblici.</p> <p>Si ricorda, inoltre, che ai fini della partecipazione di entrambe le società ad una medesima procedura di gara l'intestazione di quote ad una società fiduciaria non è idonea ad eliminare gli obblighi connessi alla presenza tra le stesse di una eventuale situazione di controllo ex art. 2359 c.c., che può sussistere anche possedendo una partecipazione del capitale minoritaria.</p> <p>In tale ipotesi, l'art 38, comma 1 <i>lett m-quater</i>) del codice dei contratti sanziona con l'esclusione il</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

concorrente che si trovi, rispetto ad un altro partecipante alla stessa gara, in situazioni di controllo ex art. 2359 c.c. qualora tale situazione comporti l'imputabilità delle offerte presentate ad un unico centro decisionale (art. 38 comma 1 lett. *m-quater*).

Per ovviare a ciò le società partecipanti alla medesima gara dovranno allegare all'offerta la dichiarazione di cui all'art. 38 comma 2, che nel caso di specie dovrebbe consistere nella dichiarazione di cui alla lettera c), ossia di essere a conoscenza della partecipazione alla gara di soggetti in situazione di controllo ex art. 2359 c.c. e di aver formulato l'offerta in modo autonomo.

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	GARA PER AFFIDAMENTO DELLA PROGETTAZIONE, FORNITURA E POSA IN OPERA DI PREFABBRICATI MODULARI ABITATIVI RIMOVIBILI (PMAR) E CONNESSE OPERE DI URBANIZZAZIONE.
QUESITO/I	A) adeguatezza categoria richiesta B) individuazione categoria prevalente e scorporata
RIFERIMENTI NORMATIVI	Art. 108, comma 1, art. 357, commi 12, 13 e 16 D.P.R. n. 207/2010; all. A D.P.R. n. 34/2000
<p>RISPOSTA:</p> <p>Il bando esaminato prevede un affidamento, suddiviso in una pluralità di lotti, della progettazione, fornitura e posa in opera di prefabbricati modulari abitativi rimovibili, nonché la sistemazione delle aree complete delle opere di urbanizzazione per consentire gli allacciamenti alle reti comunali di distribuzione idrica, fognaria, elettrica, telefonica e delle relative pertinenze e la manutenzione ordinaria e straordinaria dei prefabbricati, per i quali l'amministrazione richiede la qualificazione SOA nella categoria prevalente OS18 (in alternativa OS32, OS18A o OS18B) e nella categoria scorporata OG1, adeguate rispettivamente per classifica ai valori indicati per ciascun lotto (cfr. disciplinare di gara, pag. 8, punto d).</p> <p>Al riguardo, deve rilevarsi che la declaratoria della categoria OS18 – componenti strutturali in acciaio o metallo - prevede, secondo la dicitura dell'allegato A del D.P.R. n. 34/2000 tuttora vigente, “la produzione in stabilimento ed il montaggio in opera di strutture in acciaio e di facciate continue costituite da telai metallici ed elementi modulari in vetro o altro materiale”, mentre la declaratoria della categoria OS32 – strutture in legno – riguarda “la produzione in stabilimenti industriali ed il montaggio in sito di strutture costituite di elementi lignei pretrattati”.</p> <p>Ora, l'indicazione delle categorie descritte sembrerebbe coerente con la descrizione dell'oggetto dell'appalto contenuta negli atti di gara. Trattandosi, infatti, di fornire e mettere in opera dei prefabbricati in acciaio o legno, la disciplina vigente individua categorie <i>ad hoc</i> inerenti a tale tipologia di interventi.</p> <p>Per quanto attiene all'indicazione della categoria OS18 o OS32 come categoria prevalente, questa scelta deriva naturalmente dal fatto che la stessa risulta, in base agli atti di gara, di importo più elevato rispetto alla categoria prevista per le urbanizzazioni. Di conseguenza, dunque, queste ultime sono indicate come categoria scorporabile OG1, considerato che il relativo importo è indicato in misura pari al 45% dell'intervento complessivo proprio di ciascun lotto, sulla base della quantificazione operata in sede di progettazione.</p> <p>Tale scelta potrebbe essere censurata soltanto laddove, sul piano squisitamente tecnico, dovesse appurarsi una diversa quantificazione dei lavori, tale da individuare le opere di urbanizzazione di importo</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

prevalente rispetto alla fornitura e posa in opera dei prefabbricati.

Si rileva, infine, che la scelta dell'amministrazione di affidare con un unico appalto sia la realizzazione dei prefabbricati che le relative urbanizzazioni non appare facilmente censurabile, trattandosi all'evidenza di lavorazioni strettamente connesse sul piano tecnico.

Pertanto, in base agli atti di gara esaminati, non sembrerebbero sussistere evidenti profili di censura da sollevare nei confronti del bando in oggetto, salvo che non emerga dall'analisi progettuale una diversa quantificazione delle lavorazioni rispetto a quella indicata.

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	OBBLIGO AUTORIZZAZIONE SUBAPPALTO SOTTO IL 2%
QUESITO/I	E' possibile subappaltare lavori sotto il 2% dell'importo complessivo, anche se il concorrente all'atto dell'offerta non abbia indicato i lavori o le parti di opere che intende subappaltare?
RIFERIMENTI NORMATIVI	Art. 118, commi 2, n. 1, e 11.
<p>RISPOSTA:</p> <p>Come noto la disciplina del subappalto risulta contenuta nell'art. 118 codice dei contratti pubblici, d.lgs n. 163/2006, che contiene al comma 2 n. 1) la medesima disciplina introdotta dall'art. 9, comma 65, della legge 415/1998, contemplando l'obbligo di indicazione preventiva dei lavori o delle opere che si intendono subappaltare.</p> <p>Stando al dato letterale dell'art. 118 citato la mancata indicazione dei lavori oppure la mancata specificazione della categoria di lavori a qualificazione obbligatoria che si intendono subappaltare, implicano l'impossibilità di avvalersi del subappalto.</p> <p>Si ricorda in merito, che, nel caso di forniture con posa in opera e noli a caldo - in cui ricorrono le condizioni di incidenza non superiore al 2% dell'importo dei lavori affidati o a 100 mila euro, oppure, nel caso di incidenza superiore a tali soglie, qualora il peso della mano d'opera sia non superiore al 50% dell'importo totale del contratto – l'appaltatore può affidare a terzi dette attività, semplicemente comunicando alla stazione appaltante il nome del sub - contraente, l'importo del contratto, l'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (cfr. art. 118, comma 11, primo periodo e determinazioni AVCP nn. 6/2003 e 7/2003).</p> <p>Al di fuori di questi casi, il Consiglio di Stato ha precisato che il subappalto di lavorazioni pubbliche è soggetto ad autorizzazione indipendentemente dall'importo delle opere, rilevando, quest'ultimo, ai soli fini della durata massima del procedimento autorizzatorio di 30 giorni per gli importi più elevati e di 15 giorni per quelli sotto il 2% o 100 mila euro (art. 118, comma 8, ultimo periodo).</p> <p>A tale conclusione si perviene tenuto conto sia della formulazione della norma sia dalla semplice constatazione che la rilevanza degli interessi pubblici coinvolti non può restare influenzata dall'importo delle lavorazioni da subappaltare, anche perché esentare da autorizzazione una fascia di subappalti renderebbe di difficile controllo il fenomeno dei frazionamenti abusivi (Consiglio di Stato, Sez. V, 21 novembre 2007 n. 5906).</p> <p>Ne consegue che non è possibile subappaltare lavori sotto il 2% dell'importo complessivo, se il concorrente all'atto dell'offerta non ha indicato i lavori o le parti di opere che intende subappaltare.</p>	

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	ENEL: MODIFICA CLAUSOLE CONTRATTUALI
QUESITO/I	Polizze Fideiussorie ENEL Spa
RIFERIMENTI NORMATIVI	Articolo 206 D.LGS. 163/2006
<p>RISPOSTA:</p> <p>Con riferimento alla richiesta si ricorda, in primo luogo, che Enel Spa, in quanto soggetto operante nell'ambito dei settori speciali, non è tenuta al rispetto della disciplina in materia di garanzie e coperture assicurative contenuta nell'ambito del codice degli appalti.</p> <p>Infatti, nessuna delle norme riguardanti tale tematica, ed in particolare gli articoli 75 (cauzione provvisoria), 113 (cauzione definitiva) e 129 (garanzie assicurative per i lavori pubblici,) è richiamata dall'articolo 206 del codice, tra le disposizioni applicabili ai contratti pubblici stipulati nell'ambito dei settori speciali.</p> <p>Ciò comporta che, in linea generale, per i soggetti operanti in tale ambito, la disciplina sulle garanzie fideiussorie trova quale unica fonte di regolamentazione la <i>lex specialis</i> della gara, nella quale la stazione appaltante può discrezionalmente decidere se intenda recepire la normativa prevista per i settori ordinari, in ossequio al comma 3 dell'articolo 206, ovvero prevedere una regolamentazione ad hoc.</p> <p>Per quanto riguarda specificamente Enel spa, risulta adottato nel 2011 il nuovo Capitolato d'Appalto il quale, all'articolo 13, contiene la disciplina delle polizze assicurative, che comprendono:</p> <ul style="list-style-type: none"> - una polizza per "Responsabilità civile del datore di lavoro verso i propri dipendenti" e/o comunque incaricati nell'esecuzione delle prestazioni, con massimale pari a 15 milioni per evento/anno - nonché, una polizza per "Responsabilità civile verso terzi", con massimale pari a 10 milioni sinistro/anno. <p>La norma prevede, inoltre, che l'appaltatore si obbliga ad inserire nell'ambito dei contratti con i propri subappaltatori la richiesta di analoghe polizze a loro carico.</p> <p>L'importo dei massimali risulta indubbiamente elevato e, dunque, critico soprattutto per i subappaltatori che, in quanto imprese di minori dimensioni, spesso non hanno requisiti strutturali sufficienti ad accedere a polizze di tale portata.</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Il problema è noto in ANCE ed, in particolare, è seguito dall'ANICLE, che è una Associazione Nazionale di settore, collegata ad Ance, costituita tra imprese costruttrici di linee elettriche. ANICLE sta, infatti, portando avanti un lavoro di confronto con Enel finalizzato ad evidenziare alcune criticità presenti nella disciplina del Capitolato, tra le quali rientra il problema delle polizze.

Pertanto, sarà nostra cura monitorare la questione e fornirvi ogni eventuale aggiornamento che dovesse intervenire su tale problema.

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	PRESA VISIONE DEI LUOGHI
QUESITO/I	Si chiede se una presa visione effettuata da un procuratore speciale estraneo alla ditta partecipante alla gara (in quanto soggetto che svolge tali prestazioni per conto terzi e titolare di un servizio on-line di prese visioni http://presevisioni.altervista.org/) è da considerarsi illegittima ed inammissibile a fronte delle prescrizioni tassative del bando e dell'art. 106 del DPR 207/2010 e dell'art. 46 del Codice dei Contratti Pubblici.
RIFERIMENTI NORMATIVI	<ul style="list-style-type: none"> - art. 106, comma 2, DPR 207/2010 - Bando-tipo Autorità Vigilanza (det. n. 4/2012)
<p>RISPOSTA</p> <p>Con riferimento al quesito, relativo alla possibilità di conferire la delega ai fini dello svolgimento del sopralluogo ad un soggetto esterno all'impresa, che svolga professionalmente tale attività per conto terzi, si evidenzia che tale ipotesi non appare in linea con la normativa vigente e, dunque, appare fortemente rischiosa per l'impresa che, assumendo tale condotta, potrebbe esporsi seriamente al pericolo di una esclusione dalla gara.</p> <p>Come noto, l'articolo 106, comma 2, del Regolamento n. 207/2012, prevede esplicitamente che l'attività di "presa visione" dei luoghi ed elaborati progettuali, possa essere effettuata dal legale rappresentante dell'impresa, sia direttamente che con delega a personale dipendente.</p> <p>Tale previsione del nuovo Regolamento generale risulta di particolare importanza, in quanto ha consentito di superare un problema, ricorrente nella prassi operativa anteriore al Regolamento, consistente nel fatto che spesso le amministrazioni pretendevano che il sopralluogo venisse effettuato unicamente dall'imprenditore titolare o dal legale rappresentante, con notevoli disagi ed aggravio di costi soprattutto per le imprese medio-piccole.</p> <p>La possibilità di ricorrere allo strumento della delega per lo svolgimento dell'attività di "presa visione" ha rappresentato, dunque, un'importante semplificazione per le imprese, che tuttavia può essere utilizzata entro limiti rigorosi, derivanti dal fatto che il soggetto delegato deve necessariamente essere legato da un rapporto di lavoro dipendente all'impresa medesima.</p> <p>Ciò comporta che, sulla base della normativa vigente, non risulta possibile delegare un incarico estraneo all'impresa o avente con questa un rapporto di collaborazione saltuaria o occasionale.</p> <p>Il bando di gara da voi citato prevede che l'attività di "presa visione" possa essere effettuata esclusivamente dal rappresentante legale dell'impresa, dal direttore tecnico risultante dall'attestazione SOA, ovvero da altro soggetto dipendente specificamente delegato.</p> <p>Rispetto ai soggetti delegabili il bando di gara appare, quindi, in linea con la normativa vigente. Qualche</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

considerazioni ulteriore va, invece, spesa rispetto alla previsione del bando che consente la “presa visione” anche al direttore tecnico dell’impresa risultante dall’attestazione SOA, visto che tale soggetto non risulta esplicitamente citato dall’articolo 106, comma 2, del Regolamento sopra richiamato.

Tale previsione, infatti, appare mutuata dalle indicazioni inserite nel Bando-Tipo dell’Autorità di Vigilanza (Determinazione n. 4 del 10 ottobre 2012, punto 6.1), in cui si prevede espressamente che *“Le stazioni appaltanti sono tenute ad indicare chiaramente nella lex specialis di gara quali soggetti debbano effettuare il sopralluogo, consentendo alle imprese - per favorire la partecipazione alle gare e limitare le spese connesse - di delegare detto adempimento a soggetti diversi dal legale rappresentante o direttore tecnico, purché dipendenti del concorrente. Inoltre, è da ritenersi consentita la delega plurima ad un medesimo soggetto da parte di più imprese, purché appartenenti allo stesso raggruppamento, anche se non costituito”*.

Dunque, l’Autorità di Vigilanza, nella predisposizione del bando-tipo cui devono attenersi le stazioni appaltanti ai fini dello svolgimento delle gare, sembra aver allargato il novero dei soggetti che possono, in via diretta e cioè in assenza di delega, effettuare il sopralluogo, inserendo accanto al legale rappresentante anche il direttore tecnico risultante dal certificato SOA.

Si tratta di una estensione importante e senz’altro positiva per le imprese partecipanti alle gare, che, probabilmente, trova la sua *ratio* nel ruolo svolto da tale figura professionale all’interno dell’impresa.

Va ricordato, infatti, che ai sensi dell’articolo 87 del Regolamento generale, il direttore tecnico, cui competono tutti gli adempimenti tecnico-organizzativi finalizzati alla realizzazione dei lavori, qualora diverso dal titolare dell’impresa o dal legale rappresentante, deve essere dipendente dell’impresa stessa o in possesso di contratto d’opera professionale regolarmente registrato; questi, in ogni caso, non può svolgere analogo incarico per conto di altre imprese e, a tal fine, deve produrre una dichiarazione di unicità di incarico.

Si tratta, quindi, di una figura professionale che, anche in caso di rapporto di lavoro non subordinato ma autonomo, risulta strettamente legato all’impresa, per la quale svolge il proprio incarico in via esclusiva. Tali caratteristiche hanno evidentemente indotto l’Autorità a ritenere tale soggetto legittimato in via diretta all’espletamento dell’attività di sopralluogo, al pari del legale rappresentante dell’impresa indicato dall’articolo 106.

Tutto ciò premesso, si conferma che l’attività di sopralluogo, in conformità alla normativa vigente e alle indicazioni del Bando-tipo dell’Autorità di Vigilanza, può essere effettuata, in via diretta, dal legale rappresentante e dal direttore tecnico dell’impresa e, tramite conferimento di specifica delega, da soggetti terzi purché legati all’impresa da un rapporto di lavoro dipendente.

Pertanto, l’ipotesi da voi prospettata, riguardante la possibilità di delegare un soggetto terzo non dipendente dell’impresa, che svolga professionalmente tale servizio per conto terzi, non sembra attuabile, essendo contraria alle indicazioni che emergono dalla legge e dal bando-tipo dell’Autorità di Vigilanza, al cui rispetto le amministrazioni sono tenute. Essa, dunque, laddove attuata, potrebbe configurare un serio rischio di esclusione dalla gara e, pertanto, si suggerisce all’Associazione richiedente di scoraggiare l’impresa dal porre in essere una delega di tale tipo.

PARERE "FLASH"

<p>ARGOMENTO</p>	<p>ASSIMILABILITÀ AL SUBAPPALTO DELLA FORNITURA E POSA IN OPERA DI BITUMI</p>
<p>QUESITO/I</p>	<p>A) La fornitura con posa in opera di conglomerato bituminoso è assimilabile al subappalto? B) E, in questo caso, a cosa va incontro l'appaltatore per il superamento delle quote previste per il subappalto? C) Tutte le imprese che eseguono opere di pavimentazione sono obbligate ad avere un impianto di bitumazione e macchinari per la posa in opera?</p>
<p>RIFERIMENTI NORMATIVI</p>	<p>Artt. 118, commi 2, 8 e 11, e 122, comma 7 del d.lgs. n. 163/2006, codice dei contratti pubblici, nonché art. 170 del d.P.R. n. 207/2010, regolamento di esecuzione sui contratti pubblici.</p>
<p>La norma di riferimento per il subappalto è contenuta nell'art. 118 del D.Lgs. 163/2006 che distingue tra:</p> <ul style="list-style-type: none"> - <u>contratti di subappalto</u> in senso stretto (intesi come contratti derivati con cui l'appaltatore affida a terzi l'esecuzione, in tutto od in parte, dell'opera da esso assunta) sottoposti all'obbligo autorizzativo; - altri <u>subcontratti "assimilabili"</u> (forniture con posa in opera e noli a caldo) che sono soggetti alla medesima disciplina del subappalto qualora ricorrano i presupposti previsti dal comma 11 del citato art. 118, ossia che il costo della manodopera incida più del 50% dell'importo del subcontratto e questo ultimo sia singolarmente superiore al 2% dell'importo dell'intera lavorazione, oppure sia superiore a 100.000 euro. <p>A tale proposito, sotto il profilo logico, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici (delib. n. 108/2004) chiarisce che si applicano le disposizioni sui contratti di fornitura, nel caso in cui con un'obbligazione s'intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, un prodotto, che autonomamente soddisfano il bisogno per loro stessa natura. In questo caso, gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso.</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

Il contratto di fornitura ad oggetto del quesito, oltre a presupporre una prestazione verosimilmente rientrante nei parametri previsti per i subcontratti "assimilabili" (e salvo riscontro contrario), si ritiene sia strettamente legato alla messa in opera del bitume che non ha "valenza di autonoma prestazione rispetto ai lavori", ma è strumentale all'uso del bene oggetto del contratto (cfr. delibera Avcp cit.),

L'applicazione di conglomerato bituminoso integra, infatti, gli estremi dell'appalto dei lavori, poiché, come rilevato dalla stessa Autorità, con deliberazione n. 35 del 3 settembre 2008, questa è comprensiva di una serie di lavorazioni, tutt'altro che accessorie e/o complementari rispetto al bene fornito, riconducibili a lavori e in relazione alle quali si pone l'esigenza che siano eseguite da soggetti in possesso di idonea qualificazione nella categoria OG3 delle lavorazioni previste dall'allegato "A" del d.P.R. n. 34/2000.

Ne discende che la fornitura e posa in opera di conglomerati bituminosi deve considerarsi sempre soggetta alla disciplina del subappalto, anche nel caso in cui l'incidenza della manodopera sia inferiore al 50%, non avendo il bitume di per sé, una specifica destinazione d'uso indipendente dalla posa in opera, necessitando, infatti, di essere steso e lavorato.

In risposta al primo quesito, si può quindi affermare che il subcontratto in esame deve considerarsi un affidamento rientrante nella disciplina del subappalto. Pertanto, il concorrente ora affidatario, già all'atto dell'offerta, avrebbe dovuto indicare i lavori o le parti di opere che intendeva sub affidare in tal modo.

Per quanto riguarda il secondo quesito, la quota parte subappaltabile, nei termini sopra detti, della categoria prevalente (nel caso specifico unica categoria prevista nella gara) è autorizzata dalla stazione appaltante nei limiti del 30% della stessa oppure del 20%, nel caso in cui quest'ultima abbia fatto ricorso alla procedura negoziata senza bando (art. 122, comma 7, del d.Lgs. n. 163/06 e Consiglio di Stato, Sez. V - Sent. n. 5906 del 21.11.2007).

Il superamento di questa soglia o l'aumento della quota subappaltata, rispetto a quanto previsto all'atto dell'offerta, integra la fattispecie prevista dall'art. 21 della legge n. 646 del 1982. Tale norma vieta all'appaltatore di opera pubblica di cedere in subappalto o a cottimo l'esecuzione delle opere stesse o di una loro parte senza l'autorizzazione dell'"autorità competente", prevedendo, a carico del contravventore, la sanzione penale dell'arresto e dell'ammenda. Una tale disposizione - che è inserita in una legge contenente anche norme di prevenzione di carattere patrimoniale per la lotta contro la criminalità organizzata e mafiosa - è chiaramente in funzione di tutela preventiva della collettività dall'ingerenza mafiosa (o della criminalità organizzata) nell'esecuzione di opere pubbliche. In mancanza di una tale preventiva autorizzazione, il contratto di subappalto di opera pubblica, o di parte di essa, è - dunque - in contrasto con una norma imperativa, e tale contrasto determina la nullità del contratto, ai sensi dell'art. 1418 cod. civ., che, appunto, sancisce la nullità (virtuale) dei contratti contrari a norme imperative, quando dalla legge - come in questa previsione - non sia diversamente disposto (Cass. Pen. Sez. II, sent. n. 11450/1997).

In risposta al terzo quesito, si evidenzia che, per la qualificazione nelle gare in cui è prevista la categoria OG3, non è necessario altro requisito oltre che la presentazione, assieme all'offerta, di un attestato SOA in corso di validità nella predetta categoria.

Più in generale, né il possesso di macchinari specifici né, tanto meno, il possesso di un impianto di bitumazione sono richiesti per la qualificazione o, in sede di stipula del contratto, per l'esecuzione

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

dell'opera. E', tuttavia, scontato che per la realizzazione della pavimentazione stradale sia, comunque, necessario che l'impresa abbia la disponibilità di tutti i mezzi e materiali necessari per l'espletamento dell'incarico.

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	TRANSITORIO E QUALIFICAZIONE SOA NELLA CATEGORIA VARIATA OG11
QUESITO/I	<p>Durante il periodo transitorio del D.P.R. n. 207/2010 sono validi gli attestati nella categoria OG11, rilasciati ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, qualora l'impresa non abbia provveduto ad effettuare la verifica triennale, ma solo il rinnovo del primo attestato, ai sensi del D.P.R. n. 207/2010, nell'altra categoria in cui era qualificata l'impresa ovvero la OG1?</p> <p>Il regime di proroga agisce anche sulla scadenza triennale dell'attestato?</p>
RIFERIMENTI NORMATIVI	Artt. 75, comma 5, 77 comma 1 e 357 commi 12, 13, 14-bis e 16 del D.P.R. n. 207/2010.
<p>RISPOSTA:</p> <p>Il combinato disposto dei commi 12, 13 e 16 dell'art 357 del Regolamento sui contratti pubblici, D.P.R. n. 207/2010, ha introdotto una <i>prorogatio ope legis</i> della naturale scadenza quinquennale delle attestazioni relative alle categorie che, rispetto alla previgente disciplina prevista dal D.P.R. n. 34/2000, sono "variate" nel loro contenuto (tra cui la OG11, ma anche OS2, OS7, OS8, OS12, OS18 e OS21).</p> <p>La <i>prorogatio</i> della scadenza naturale di queste attestazioni – che perdurerà fino al termine del periodo transitorio intercorrente tra la piena vigenza del D.P.R. n. 207/2010 e quella del D.P.R. n. 34/2000, ossia fino al 4 dicembre 2012 - non può, tuttavia, comportare un diverso regime giuridico delle regole che disciplinano la qualificazione (<i>cfr.</i> Com. Pres. AVCP 10/6/2011 e News Ance n. 1122 dell'8/7/ 2011).</p> <p>Ciò significa che tutte le attestazioni, incluse quelle in <i>prorogatio</i>, soggiacciono alle regole generali previste per l'efficacia delle attestazioni, tra cui l'obbligo di effettuare la verifica triennale, al cui superamento è legata la persistenza della validità dell'attestazione di qualificazione per altri due anni (art. 76, comma 5, del citato Regolamento). Ne consegue che la <i>prorogatio non ha effetti sulla scadenza triennale intermedia dell'attestato SOA, ma solo sulla sua validità quinquennale.</i></p> <p>In ogni caso, nel periodo transitorio, e ai fini della partecipazione alle gare per appalti di lavori contenenti categorie "variate", è irrilevante che la stessa impresa "Alfa" abbia ottenuto una nuova qualificazione in OG1 ai sensi del nuovo Regolamento. L'impresa "Alfa" deve, infatti, presentare nelle gare che richiedano entrambe le categorie (OG11 e OG1), sia il vecchio attestato in corso di validità, per la categoria variata, sia la nuova attestazione, per l'altra categoria (<i>cfr.</i> il c.d. regime di doppia attestazione).</p> <p>Da quanto sopra, ne consegue che nel caso di specie, la qualificazione nella categoria OG11 conseguita ai sensi D.P.R. n. 34/2000 non è valida, fino a che l'impresa "Alfa" non si sottoporrà alla verifica triennale, necessaria per il riscontro del mantenimento dei requisiti di qualificazione, e, quindi, indispensabile per la validità stessa dell'attestazione SOA. Tale attestazione avrà valore solo fino al 4 dicembre p.v. dopodiché l'impresa potrà concorrere alle gare di appalto solo con attestati in OG11 rilasciati ex D.P.R. n. 207/2010.</p>	

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	Transitorio e qualificazione SOA nella categoria variata OSO8
QUESITO/I	<ol style="list-style-type: none"> 1. Durante il periodo transitorio sono validi gli attestati in OS 8, rilasciati ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, anche se nel frattempo è stato rilasciato, ai sensi del D.P.R. n. 207/2010, un nuovo attestato nella stessa categoria? 2. Dopo il periodo transitorio quali concorrenti possono partecipare alle gare in OS8? 3. Dopo il periodo transitorio in quali gare possono concorrere le imprese qualificate in OS 8 ai sensi del D.P.R. n. 34/2000? 4. Dopo il periodo transitorio chi è in possesso della categoria OS7, è abilitata a concorrere alla gare dove è richiesta la categoria OS8?
RIFERIMENTI NORMATIVI	Art. 357 commi 12, 13 e 16 del D.P.R. n. 207/2010, come modificato dalla L. 119/2012.
<p>RISPOSTA:</p> <p>L'art. 357 del nuovo Regolamento sui contratti pubblici (D.P.R. n. 207/2010), ha introdotto una <i>prorogatio ope legis</i>, fino al 4 dicembre 2012, della scadenza della qualificazione nelle categorie che, rispetto al previgente D.P.R. n. 34/2000, sono "variate" nel loro contenuto (tra cui la OS8). La <i>prorogatio</i> comporta l'applicazione del c.d. "regime della doppia attestazione", che consente alle imprese di possedere al contempo due diversi attestati: uno rilasciato secondo il nuovo e uno secondo il vecchio regime.</p> <p>La peculiare disciplina di questi attestati, che possono essere singolarmente utilizzati per partecipare alle gare, secondo un preciso ordine logico-temporale (<i>cf.</i> com. Pres. AVCP del 10/06/2011 e 22/07/2011 e com. alle SOA n. 74/2012), comporta che:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. fino al 4 dicembre p.v. tutte le attestazioni in OS8 rilasciate, ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, sono efficaci indipendentemente dall'anticipato rilascio, ai sensi del D.P.R. n. 207/2010, di un nuovo attestato nella stessa categoria; 2. a partire dal 5 dicembre solo le imprese qualificate in OS8, ai sensi del D.P.R. n. 207/2010, potranno partecipare ad una gara in cui sia prevista tale categoria; ciò in quanto, al contrario di quanto accade per altre nuove categorie (OS2-A, OS 7, OS12-A, OS18-A, OS21), non sussiste alcun automatismo che consentirà di utilizzare il vecchio attestato per partecipare, a partire dal 5 dicembre p.v., a gare in cui sia prevista la categoria OS8 di cui al D.P.R. n. 207/2010; 3. a partire dal 5 dicembre le imprese qualificate in OS 8, ai sensi del D.P.R. n. 34/2000, potranno concorrere, per effetto dal principio dell'equivalenza, a gare bandite in OS7, sempre che non sia stato rilasciato un nuovo attestato nella categoria OS8; 4. non essendo confluita alcuna lavorazione della categoria OS7 nella categoria OS8, ma il contrario, anche nel nuovo regime continua ad essere interdotta la partecipazione, a imprese qualificate nella categoria OS7, in gare dove è richiesta la categoria OS8. 	

PARERE "FLASH"

ARGOMENTO	VARIANTI PROGETTUALI MIGLIORATIVE
QUESITO/I	<p>Si chiede se in una gara per l'affidamento di "Lavori di ripristino e ricostruzione di infrastrutture a rete e scopertura del fiume Giano", aggiudicata con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, sia legittimo aggiudicare l'appalto ad una impresa che ha previsto, quale variante migliorativa, la sostituzione dei parapetti di progetto, mentre il bando prevedeva la possibilità di proposte migliorative solo con riferimento alle sponde del fiume.</p>
RIFERIMENTI NORMATIVI	artt. 76 e 83 D.lgs. n. 163/2006
<p>RISPOSTA:</p> <p>Per affrontare il quesito occorre richiamare, in primo luogo, l'articolo 76 del codice appalti ai sensi del quale, quando il criterio di aggiudicazione è quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la stazione appaltante deve specificare nel bando se autorizza la presentazione di varianti e, in caso positivo, descrivere i requisiti minimi che queste devono rispettare e le relative modalità di presentazione. Possono essere prese in considerazione dall'amministrazione soltanto varianti conformi ai requisiti minimi prescritti <i>ex ante</i> nella <i>lex specialis</i>.</p> <p>In conformità ai principi sanciti dalla giurisprudenza in materia e ribaditi dall'Autorità di Vigilanza nel Bando-tipo di cui alla Determinazione. n. 4/2012 (punto 10.1), in linea generale l'autorizzazione alla presentazioni di varianti migliorative comporta la possibilità per i concorrenti di modificare il progetto proposto dalla stazione appaltante, purché non si alterino i caratteri essenziali delle prestazioni richieste, snaturando l'oggetto del contratto, con violazione della <i>par condicio competitorum</i>.</p> <p>Proprio per scongiurare tale rischio, la normativa impone alle stazioni appaltanti di stabilire nel bando i "requisiti minimi" delle varianti definendo, in positivo o in negativo, le caratteristiche fondamentali che queste devono incarnare e gli aspetti sui quali possono andare ad incidere. Ciò consente di creare una cornice di certezza che chiarisce preventivamente i limiti di interesse dell'amministrazione garantendo, al contempo, un confronto alla pari tra le diverse offerte presentate, fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.</p> <p>Nel caso di specie, la stazione appaltante nel bando ha chiaramente autorizzato la presentazione di varianti progettuali, indicando altresì i requisiti minimi cui queste devono attenersi. Si precisa, infatti, che le proposte migliorative possono riguardare:</p>	

Direzione Legislazione Opere Pubbliche

1. impianto di pubblica illuminazione
2. pavimentazioni stradali
3. rivestimento delle sponde del fiume

Per quanto riguarda poi la variante di cui al punto 3, l'amministrazione descrive dettagliatamente gli ambiti di elaborazione della stessa, chiarendo che potranno essere proposte migliorie riguardanti la qualità estetica e le caratteristiche tecniche dei materiali di rivestimento delle sponde, al fine di ottenere un risultato il più possibile integrato con l'ambiente storico nonché idoneo ad ottimizzare i costi globali di manutenzione e gestione.

Ora, da quanto è dato comprendere, l'impresa risultata aggiudicataria avrebbe presentato delle varianti migliorative non riguardanti esclusivamente le sponde del fiume, ma anche i parapetti soprastanti, per i quali sarebbe stata prevista una copertura con il medesimo materiale proposto per le sponde (cioè acciaio corten) in sostituzione del ferro previsto in progetto.

Al riguardo si evidenzia che, sulla base di una valutazione strettamente giuridica, la variante presentata sembrerebbe ultronea rispetto alle indicazioni contenute nella *lex specialis*, intervenendo in un ambito del progetto (i parapetti) non menzionato dalla stazione appaltante. Pertanto essa, in conformità a quanto statuito al comma 4 dell'articolo 76, non sembrerebbe suscettibile di valutazione da parte dell'amministrazione ai fini dell'individuazione della migliore offerta.

Ciò detto, occorre tuttavia evidenziare che, andrebbe approfondito se, da un punto vista tecnico-ingegneristico, la modifica in questione costituisca realmente una variante diversa ed aggiuntiva rispetto alle indicazioni del bando e non, piuttosto, una variazione intrinsecamente collegata alla modifica formulata rispetto alle sponde del fiume e, come tale, essenziale ed inevitabile.

Si tratta, naturalmente, di una valutazione di ordine strettamente tecnico, rispetto alla quale non è possibile fornire indicazioni, esulando tali tipo di conoscenze dalle competenze dello scrivente Ufficio giuridico.

In ogni caso, va segnalato che l'allegato A del bando prevede espressamente che la presentazione di varianti tecniche e qualitative peggiorative o comunque non migliorative, ritenute quindi non accettabili dall'amministrazione, non costituirà di per sé causa di esclusione, ma verrà tenuto in considerazione nell'assegnazione dei coefficienti numerici, con l'effetto che, in caso di aggiudicazione, il concorrente eseguirà l'intervento nel rispetto delle indicazioni e prescrizioni del progetto esecutivo.

Pertanto, anche laddove la variante in questione non dovesse essere ritenuta meritevole di valutazione dall'amministrazione, in quanto ultronea rispetto ai requisiti minimi del bando, non è detto che ciò escluda in automatico la possibilità di un'aggiudicazione, laddove i punteggi ottenuti rispetto agli altri criteri di valutazione risultino essere particolarmente elevati.