

Aspetti vari in materia di contratti pubblici

*Chiedi a
Battista BOSETTI*

08 marzo 2019 dalle ore 12:00 alle ore 13:00

Argomenti diversi

01. Quali sono le caratteristiche essenziali delle procedure telematiche?

Le caratteristiche essenziali sono sostanzialmente le seguenti:

- 1. la certezza e la sicurezza nello scambio di informazioni e di comunicazioni tra stazione appaltante e operatori economici (candidati e offerenti), con la garanzia dell'invio e della ricezione, condizioni che si estendono alla presentazione delle candidature e delle offerte;*
- 2. la segretezza dell'individuazione del numero e dell'identità dei concorrenti, fino alla scadenza per la presentazione delle offerte;*
- 3. l'accesso pubblico ai quesiti e alle relative risposte (in forma anonima);*
- 4. la segretezza e l'inviolabilità della documentazione amministrativa dei concorrenti, fino all'apertura della prima sessione pubblica della gara;*

Argomenti diversi

5. *la tempestività nella conoscenza dei provvedimenti di ammissione ed esclusione;*
6. *la segretezza e l'inviolabilità delle offerte e della sequenza della loro apertura;*
7. *la non accessibilità a terzi delle offerte fino all'aggiudicazione;*
8. *la possibilità di poter ricostruire a posteriori le attività e le sequenze svolte sulla piattaforma tramite la produzione di appositi «log» ostensibili anche in giudizio;*
9. *la possibilità di svolgere gare e sedute pubbliche anche senza la presenza fisica dei concorrenti in virtù delle garanzie di immutabilità, di conservazione e delle altre condizioni di cui ai numeri precedenti (giurisprudenza largamente prevalente);*
10. *se la piattaforma lo prevede, la possibilità per gli offerenti di partecipare a «sedute virtuali» ovvero on-line mediante collegamento telematico alla piattaforma.*

Argomenti diversi

02. La piattaforma telematica produce una reportistica sul numero di partecipanti a un avviso di manifestazione di interesse?

La risposta è affermativa; tuttavia tale reportistica non è disponibile fino alla scadenza prevista per la presentazione delle offerte, per ovvie ragioni, non ultima la previsione di cui all'articolo 53, comma 2, lettera b).

Prima della scadenza la reportistica è disponibile riservatamente alla sola Stazione appaltante. Sempre prima della scadenza, il singolo candidato è portato a conoscenza (tramite la piattaforme e comunicazione individuale) della propria ammissione o mancata ammissione.

Argomenti diversi

03. Per l'affidamento diretto, l'obbligo di comunicazioni elettroniche può essere assolto anche tramite l'uso di posta elettronica ordinaria o è necessaria la PEC? Se si devono richiedere più preventivi a 2 o più operatori basta la PEC?

Alla prima domanda la risposta è affermativa ma solo nel senso dell'uso della PEC; l'affidamento diretto non richiede un procedimento sequenziale con le garanzie previste per le procedure competitive e concorrenziali, quindi è sufficiente lo scambio di posta tramite PEC. L'uso della posta elettronica ordinaria è tollerato ma è suscettibile di inconvenienti se una delle parti (stazione appaltante o affidatario) intendesse contestarne il ricevimento o il contenuto. Pertanto è sempre consigliabile l'utilizzo della piattaforma elettronica o almeno della PEC.

Argomenti diversi

Alla seconda domanda la risposta è affermativa ma solo nel caso di cui all'art. 1, comma 912, della legge n. 145 del 2018 (affidamento «diretto» di lavori fino a 150.000 euro previa «consultazione di tre operatori economici»), dove malgrado la formulazione contraddittoria ed equivoca della norma, la «consultazione» è diversa dal formale «invito a presentare offerta». Tuttavia anche questa procedura apparentemente «semplificata» espone a problemi circa la scelta dei 3 soggetti da consultare, per cui normalmente è svolta secondo il procedimento di negoziato di cui all'art. 36, comma 2, lettera b), con la sola riduzione dei soggetti da 10 a 3, rendendo inidoneo il semplice scambio di corrispondenza ma rendendo necessario (o quantomeno opportuno) il ricorso alla piattaforma telematica per la selezione degli operatori da consultare (rectius: invitare) e la gestione delle offerte.

Argomenti diversi

04. In merito ai requisiti professionali per assolvere le funzioni di RUP, l'iscrizione all'Albo è obbligatoria ad eccezione dei geometri?

Si l'iscrizione all'albo (Ordine) per il RUP tecnico con laurea magistrale è obbligatoria.

Per i geometri pubblici (diplomati o geometri laureati secondo il recente ordinamento) il regolamento professionale preclude l'iscrizione all'albo; pertanto agli stessi non è richiesta l'iscrizione all'Albo, almeno fino a quando l'ordine professionale non procederà all'istituzione di sezioni speciali riservate ai tecnici delle pubbliche amministrazioni.

Al RUP geometra non è richiesta l'iscrizione nemmeno quando egli sia dipendente a tempo parziale non superiore alla metà del tempo pieno, in questo caso l'iscrizione è ammessa ma solo per esercitare la professione privata nei limiti di compatibilità con l'impiego pubblico.

Argomenti diversi

05. Una lavorazione di importo inferiore a 150.000 euro, individuata quale scorporabile in quanto appartenente alle categorie di cui all'art. 89, c.11 del codice appalti, può essere oggetto di avvalimento, visto il limite del 10% dettato dallo stesso comma 11?

L'articolo 89, comma 11, del Codice si applica quando la categoria scorporabile rientra tra quelle elencate nel d.m. n. 248 del 2016 (che attua la norma primaria) ed è di importo superiore al 10% dell'importo totale dell'appalto.

*Il suo valore assoluto, ai fini delle norme citate e del divieto di avvalimento, **non** ha alcuna rilevanza; l'unico valore di riferimento è quello percentuale (appunto del 10%) che, se non raggiunto, permette il ricorso all'avvalimento.*

Argomenti diversi

06. Quali principi bisogna seguire per garantire la rotazione negli affidamenti in economia?

Più che di principi si tratta di modalità operative che, anche per i lavori in economia sono le medesime previste per gli affidamenti mediante procedura negoziata (articolo 36, comma 2, lettere a), b) e c)) seguendo, per quanto possibile, le indicazioni delle Linee guida n. 4 di ANAC. Per ridurre l'eccessiva parcellizzazione, proliferazione degli adempimenti e frequenza dei procedimenti (e quindi della problematica applicazione della «rotazione») si dovrebbero privilegiare gli accordi quadro (art. 54 del Codice dei contratti) nell'ambito delle soglie di cui all'articolo 36, comma 2, in modo che la rotazione sia applicata all'accordo quadro e non ai singoli interventi, diminuendo sensibilmente la problematica della rotazione.

Argomenti diversi

07. Nel caso di avvalimento l'impresa esecutrice deve disporre direttamente del personale qualificato per l'esecuzione di alcune opere?

In astratto sì, ma solo se tale condizione è imposta mediante prescrizione motivata nella documentazione a base di gara, ai sensi dell'art. 89, comma 4, del Codice.

In pratica questo non accade quasi mai, sia perché trattandosi di opere la qualificazione mediante attestazione SOA assorbe ogni altro requisito e di norma preclude richieste ulteriori (art. 60, commi 3 e 4, del d.P.R. n. 207 del 2010) sia perché obbligare l'esecutore a disporre direttamente del personale qualificato per l'esecuzione di alcune opere è una condizione eccezionale che deve essere motivata sotto il profilo tecnico esponendosi a contestazioni, oltre ad essere di difficile verifica in fase esecutiva.

Argomenti diversi

08. Se nei lavori in affidamento è prevista l'attività di cui alla White List "lettera c)- estrazione trasporto terra", è corretto chiedere all'Operatore Economico la specifica iscrizione alla White List per quella attività (lettera c) e non accettare Operatori Economici con iscrizione ad altra lettera?

*L'iscrizione nella white list tiene luogo della comunicazione e dell'informazione antimafia liberatoria anche ai fini della stipulazione, approvazione o autorizzazione di contratti o subcontratti relativi **ad attività diverse** da quelle per le quali essa è stata richiesta e disposta. Pertanto **non è corretto** richiedere la perfetta coincidenza tra l'attività in affidamento o in esecuzione e l'attività in relazione alla quale è avvenuta l'iscrizione nella white list.*

Argomenti diversi

09. Il costo per il conferimento dei rifiuti in discarica deve essere previsto tra i lavori o può essere considerato come costo distinto dai lavori e previsto tra le somme a disposizione dell'Amministrazione?

Ambedue le soluzioni sono possibili.

Se previsto come obbligazione contrattuale il relativo costo può essere adeguato in corso di esecuzione se si tratta di un costo determinato in via amministrativa, al mutamento dei provvedimenti dell'autorità che impongono tale costo come tariffa o canone obbligatorio.

Se si tratta di un costo stabilito dal mercato rientrerà nel normale rischio di impresa, fatto salvo il sopravvenire delle condizioni di eccessiva onerosità previste dal codice civile.

Argomenti diversi

10. Quando sussiste l'obbligatorietà del MEPA e/o dei sistemi alternativi con procedure di e-procurement?

Praticamente sempre, per le prestazioni che eccedono i 5.000 euro.

Si deve tuttavia notare che il MEPA (e i diversi Mercati elettronici analoghi, non necessariamente quello gestito da CONSIP) oltre che un mercato elettronico è anche una piattaforma di e-procurement e le due cose costituiscono ambiti diversi.

Quindi non può essere utilizzato il MEPA (o altri mercati elettronici) se questi non dispongono dei prodotti/lavori/servizi che si intendono affidare, o se il mercato offre condizioni migliori, tuttavia anche in questi casi è necessario il ricorso alle procedure di e-procurement tramite piattaforme telematiche.

Argomenti diversi

11. In merito ai Lavori aggiuntivi, come affrontare le questioni concrete tenuto conto delle lacune dell'art. 106 lett. b) e c) e del Comunicato di Cantone che individua come variante tutto quanto supera il 10%?

Premesso che i Comunicati di ANAC in materia sono più di uno (probabilmente il riferimento è a quello del 23/11/2016) e, per unanime riconoscimento in sede giurisdizionale non sono vincolanti, premesso altresì che non si comprende cosa si intenda con «lavori aggiuntivi», espressione ambigua, non definita normativamente e che può corrispondere a troppe situazioni pratiche, il regime dei rapporti tra «varianti» e ANAC è il seguente, tutto incardinato sul «Modulo di trasmissione delle “varianti in corso d’opera” dei contratti sopra-soglia di lavori ex art. 106, comma 14, secondo periodo, del d.lgs. n. 50/2016 e dei precedenti comunicati nonché alcune informazioni sulle “modifiche”» allegato al comunicato del 23/11/2016.

Argomenti diversi

Si tratta di un doppio binario previsto dall'art. 106 del Codice:

- *Trasmissione ad ANAC (comma 14, secondo periodo): varianti in corso d'opera di **importo eccedente il 10% per cento** dell'importo del contratto per contratti pubblici di **importo pari o superiore alla soglia comunitaria**, vanno trasmesse unitamente al progetto esecutivo, all'atto di validazione e a una relazione del RUP;*
- *Comunicazione ad ANAC (comma 8 e comma 14, primo periodo), modifiche di cui:*
 - *al comma 1, lettera b) (lavori supplementari, non superiori al 50% dell'importo del contratto, resi necessari se un cambiamento del contraente produca entrambi i seguenti effetti: 1) risulti impraticabile per motivi economici o tecnici; 2) comporti per l'amministrazione notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi);*
 - *al comma 2 (importo superiore al 10% del contratto o superiore alle soglie comunitarie).*

Argomenti diversi

Mentre la prima fattispecie (trasmissione ad ANAC) comporta la compilazione integrale del modulo predisposto da ANAC, con l'allegazione di tutta la documentazione richiesta, la seconda fattispecie (comunicazione ad ANAC) comporta la compilazione del solo punto 7-bis del modulo ANAC (dove si specifica che non deve essere trasmessa alcuna altra documentazione) o del solo punto 9-ter.

La prima e terza casella del punto 7-bis, così come il punto 9-bis si riferiscono a modifiche per le quali il Codice non richiede la comunicazione ad ANAC ma all'osservatorio.

Argomenti diversi

12. Quali novità ha apportato nel settore degli appalti il Decreto “Semplificazioni”, D.L. 14 dicembre n° 135/2018?

*Premesso che malgrado la rubrica dell'articolo 5 del decreto-legge citato sia così formulata «Norme in materia di semplificazione e accelerazione delle procedure negli appalti pubblici **sotto soglia comunitaria**», la norma è incorporata nell'articolo 80, comma 5, del Codice, quindi si applica a tutte le gare (anche in soglia comunitaria) e non comporta alcuna semplificazione né accelerazione.*

Inoltre la nuova disposizione comporta la prossima revisione delle Linee guida n. 6 di ANAC e potrebbe essere prossimamente modificata in quanto la versione previgente è oggetto di procedura di infrazione da parte della Commissione europea (e la nuova versione non «rimedia» completamente alla procedura di infrazione)



Argomenti diversi

Detto questo non è possibile riassumere in poche righe la questione, considerata la notevole giurisprudenza, contraddittoria, formatasi sulla versione previgente della norma e l'assenza di pronunciamenti in relazione alla norma riformata.

L'operatore deve districarsi autonomamente tra la predetta giurisprudenza e le predette linee guida, adattandone l'interpretazione alla nuova formulazione che ha scomposto la causa di esclusione ex art. 80, comma 5, lettera c), in tre subordinate c), c-bis) e c-ter), in ordine alle quali non si possono dare indirizzi precisi, affidabili e soprattutto incensurabili.

Argomenti diversi

13. In un affidamento di servizi di architettura di importo ricompreso tra 40.000 e 100.000 euro per la redazione del progetto definitivo/esecutivo, è possibile invitare alla negoziata con 5 operatori anche il progettista che ha redatto il preliminare in ossequio al principio di continuità?

Il principio di continuità (in realtà di omogeneità e coerenza) sussiste solo tra definitivo ed esecutivo e non si estende al progetto di fattibilità (ex preliminare), così l'articolo 23, comma 12, del Codice. L'affidamento al progettista del livello precedente è possibile a due condizioni:

- che sia rispettata la rotazione (sic!);*
- che sia assicurato che il progettista precedente non goda di una posizione anticoncorrenziale di privilegio nella conoscenza di elementi che gli consentano un vantaggio competitivo.*

Come si vede si tratta di risposte che volgono al negativo.

Argomenti diversi

14. È corretto che in un Raggruppamento Temporaneo Orizzontale per attività di progettazione un mandante dichiara esclusivamente di svolgere "attività di editing"?

Premesso che l'attività di «editing» è un parto della fantasia dei professionisti ma non è definita tra i canoni delle prestazioni tecniche.

Comunque considerato che nei raggruppamenti temporanei di professionisti non possono essere richiesti requisiti minimi ai mandanti e a questo possono essere affidate prestazioni ancillari e accessorie, non si vedono ostacoli a quanto rappresentato nel quesito, ovviamente a condizione che gli altri componenti del raggruppamento nel loro insieme abbiano in capo tutte le prestazioni obbligatorie richieste dal bando.

Il mandante, così come configurato nel quesito, appare più come «cooptato»

Argomenti diversi

15. Un geometra che assolve le funzioni di RUP e riveste il ruolo di Posizione Organizzativa di Area Tecnica può svolgere le funzioni di presidente/commissario nelle commissioni di gara?

L'orientamento prevalente (ex multis: Consiglio di Stato, Sez. III, n. 2835 del 2018) è il seguente:

- il RUP può svolgere le funzioni di presidente o commissario nelle commissioni giudicatrici a condizione che il suo coinvolgimento nella predisposizione della documentazione di gara sia stato meramente burocratico e istituzionale, non in grado di influenzare o condizionare il successivo giudizio;*
- cessato il periodo transitorio (oggi al 15 aprile 2019), dovrà essere iscritto nell'apposita sezione e sottosezione dell'Albo formato e conservato da ANAC;*
- se geometra, la possibilità è condizionata dal fatto che l'oggetto della gara non richieda competenze ed esperienze che esulano o sono superiori rispetto a quelle tipiche dei geometri.*

Argomenti diversi

16. Nel caso dell'affidamento di lavoro di importo inferiore a 150.000 euro come si concilia la possibilità di procedere ad affidamento diretto fino al 31/12/2019 e il contestuale obbligo di richiedere 3 preventivi?

Se ne è già parlato in precedenza, la conciliazione tra i due concetti ontologicamente contraddittori non è possibile (né suggerita da ANAC nelle nuove linee guida in consultazione). Comunque si ritiene che la «consultazione» sia diversa dal formale «invito a presentare offerta» e il procedimento rituale dell'art. 36, comma 2, lettera b) è richiamato solo per gli affidamenti da 150.000 a 350.000 euro e, in realtà, non coincide nemmeno con la «richiesta di preventivi». Quindi non si può escludere in assoluto la semplice richiesta di 3 preventivi (ovviamente corredata dalle informazioni necessarie alla formulazione della risposta da parte degli operatori economici «consultati»).

Argomenti diversi

Tuttavia, considerato l'orientamento nettamente restrittivo della giurisprudenza amministrativa circa la scelta dei soggetti da invitare (che si riflette anche sulla scelta dei soggetti da consultare), la quale ammette la partecipazione di operatori non invitati e non iscritti negli elenchi, considerato altresì che anche questo procedimento apparentemente semplificato soffre dell'applicazione della «rotazione» degli inviti (estensibile probabilmente alle consultazioni) che potrebbe estromettere da successivi appalti soggetti invitati (o consultati) a loro insaputa in quanto non hanno sollecitato l'invito o la consultazione, ecco che il tutto si traduce quasi sempre nella procedura negoziata rituale, con la sola riduzione dei soggetti invitati da 10 a 3.

Argomenti diversi

17. La scelta della procedura dell'affidamento diretto nell'ambito dei 150.000,00 ha bisogno di una motivazione particolare o ha carattere di ordinarietà?

Mi rendo conto che la mia opinione non è condivisa, ma ritengo che non sia necessaria una motivazione per il ricorso al procedimento di cui all'art. 1, comma 912, della legge n. 145 del 2019. Peraltro non si comprende come si potrebbe fornire una motivazione se non puramente formale, apodittica, con rinvio alla norma e quindi una «non motivazione».

L'unica motivazione possibile, per quanto banale, è il principio di proporzionalità espresso dal perseguimento della celerità del procedimento e della sua semplificazione in relazione alla modestia dell'importo da affidare.

Argomenti diversi

18. Nel caso dell'affidamento di lavoro di importo inferiore a 150.000 euro l'acquisizione dei 3 preventivi deve avvenire in modalità telematica? È possibile parlare ancora di affidamento diretto?

La risposta è affermativa: se sono acquisiti 3 preventivi, la stazione appaltante deve ricorrere alla modalità telematica mediante utilizzo di piattaforme di e-procurement.

Quanto al fatto se si possa parlare ancora di «affidamento diretto», se la lingua italiana ha ancora un significato, non si tratta affatto di affidamento diretto.

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**