



**Regione Toscana**



# **RISPOSTE AI QUESITI**

## **ANNO 2019**



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

**Anno 2019**

Regione Toscana Giunta Regionale  
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

Settore Contratti - Osservatorio sui contratti pubblici

*Ulteriore documentazione è reperibile all'indirizzo internet:*

<https://www.regione.toscana.it/-/l-osservatorio-regionale-contratti-pubblici-risponde>

## INDICE

### Generali

- |  |         |
|--|---------|
| 1) Cause esclusione art. 80 comma 5 lettera fter)                              | pag. 4  |
| 2) Cause esclusione art 80 comma 5 lettera m)                                  | pag. 7  |
| 3) Avvalimento – onerosità contratto per ausiliaria                            | pag. 12 |
| 4) Accordo quadro. Obbligo tracciabilità – necessità acquisizione Cig derivato | pag. 17 |
| 5) Pubblicità appalti sotto soglia- pubblicazione sui quotidiani               | pag. 22 |

### Lavori pubblici

- |  |         |
|--|---------|
| 6) Procedura negoziata appalti lavori pubblici-riserva imprese locali                              | pag. 25 |
| 7) Art. 106 D. Lgs n. 50/2016, comma 8. Comunicazione Anac-adempimenti                             | pag. 28 |
| 8) Affidamento ex art. 36 comma 2 lett.d) -<br>Calcolo soglia anomalia in caso di inversione buste | pag. 31 |

### Servizi e Forniture

- |   |         |
|---|---------|
| 9) Subappalto- art 105 comma 3 lettera a)-attività specifiche           | pag. 35 |
| 10) Servizi sociali nei settori ordinari – subappalto e avvalimeto      | pag. 39 |
| 11) Servizio cassa- criterio di aggiudicazione                          | pag. 44 |
| 12) Servizio vigilanza armata – Soggetto aggregatore – obbligo adesione | pag. 48 |
| 13) Servizi educativi infanzia – utilizzo del PPP                       | pag. 51 |

# GENERALI

## QUESITO n.1

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016 e s.m.i.), art. 80, comma 5,lett. F - ter).....; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007		
<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 <b>Controlli post gara</b> Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> <b>Sotto soglia comunitaria</b> Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> <b>Settori ordinari</b> Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta <b>Negoziata</b>	<b>Con bando - offerta economicamente più vantaggiosa</b> Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità <b>Altro: art.80,comma 5,lett. F ter del D.Lgs50/2016 e s.m.i.</b> .....

### Quesito\*:

Nell'ambito della procedura negoziata avente ad oggetto l'affidamento dei servizi tecnici di ingegneria e architettura per progettazione definitiva ed esecutiva relativi alla realizzazione del museo della collezione Mitoraj, un operatore economico componente del raggruppamento temporaneo di professionisti, in sede di dichiarazione di assenza dei motivi di esclusione di cui all'art.80 del D.Lgs 50/2016, ha certificato, barrando la relativa casella,l'assenza del motivo di esclusione di cui alla lettera f. ter) del comma 5 dell'art.80. Tale disposizione prevede espressamente che “il motivo di esclusione perdura fino a quando opera l'iscrizione nel Casellario informatico”.

A seguito di verifica del possesso dei requisiti, è risultata dall'esame del casellario informatico dell' Anac, un'annotazione a carico del suddetto operatore, avvenuta in data 19/11/2009, per provvedimento di sospensione di un mese conseguente ad una falsa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di capacità dichiarati in una procedura di gara. Dall'esame del Regolamento per la gestione del Casellario informatico approvato dall' Anac il 06/06/2018, risulta che le annotazioni di natura interdittiva sono pubblicate per anni 5 (Art.38, comma 2) e dopo il decorso del termine confluiscono nella sezione C del Casellario (art.38, comma 5), che, a quanto sembrerebbe risultare dalla lettura del Regolamento, assume valore meramente informativo e di raccolta dati. (art.9).

Alla luce di quanto sopra, si chiede se tale annotazione doveva o meno essere dichiarata dall'operatore economico e se tale mancata dichiarazione comporti l'obbligo della Stazione appaltante di procedere all'esclusione dell'operatore economico.

Si ringrazia per l'attenzione collaborazione.  
Distinti saluti

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

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto, si rileva che la problematica in esame attiene agli effetti giuridici delle annotazioni iscritte nel Casellario Informatico istituito presso l'Osservatorio centrale ai sensi dell'art. 213, comma 10, del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50, gestito dall'Autorità Nazionale Anti Corruzione (Anac). Il relativo regolamento è stato adottato con delibera ANAC del 6 giugno 2018, pubblicata sulla Gazzetta ufficiale n. 148 del 28 giugno 2018. Pertanto si rileva che l'autorità competente a fornire idonea risposta al presente quesito è ANAC, a cui quindi lo stesso deve essere inoltrato.

In ogni caso si fa presente che le iscrizioni nel Casellario correlate a false dichiarazioni di operatori economici, sono disposte, ai sensi dell'art. 80 comma 12 al preciso scopo di impedire a quello stesso operatore la partecipazione a gare pubbliche per il periodo determinato dall'ANAC, periodo che non può essere superiore a due anni, "decorso il quale l'iscrizione è cancellata e perde comunque efficacia". Ciò risulta ribadito anche dall'articolo 84 (Sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici) comma 4 bis, secondo cui "Gli organismi di cui al comma 1 segnalano immediatamente all'ANAC i casi in cui gli

*operatori economici, ai fini della qualificazione, rendono dichiarazioni false o producono documenti non veritieri. L'ANAC, se accerta la colpa grave o il dolo dell'operatore economico, tenendo conto della gravità del fatto e della sua rilevanza nel procedimento di qualificazione, ne dispone l'iscrizione nel casellario informatico ai fini dell'esclusione dalle procedure di gara e dagli affidamenti di subappalto, ai sensi dell'articolo 80 , comma 5, lettera g), per un periodo massimo di due anni. Alla scadenza stabilita dall'ANAC, l'iscrizione perde efficacia ed è immediatamente cancellata."*

Come ribadito da ANAC nella delibera n.1029 del 11 ottobre 2017, nel vigente art. 80 d.lgs. 50/2016 risulta che il motivo di esclusione di cui al comma 5 lettera f-ter) perduri fino a quando opera l'iscrizione nel Casellario Informatico e ai sensi dell'art. 80, comma 12, è previsto che l'iscrizione sia disposta per un massimo di due anni, decorso il quale la stessa è cancellata e perde comunque efficacia. "Deve quindi ritenersi che (..) la annotazione in questione abbia perso la propria efficacia e quindi debba intendersi *tamquam non esset*, risultando essere stata iscritta nell'anno 2006, con la conseguenza che l'operatore economico interessato non fosse tenuto alla relativa indicazione nella propria dichiarazione".

Ciò posto, si rileva che nel caso sottoposto attiene ad un'annotazione a carico di un operatore economico, avvenuta in data 19/11/2009 per un provvedimento di sospensione di un mese conseguente ad una falsa dichiarazione circa il possesso dei requisiti di capacità dichiarati in una procedura di gara. In sostanza si tratta di una misura datata e che ha già esplicitato gli effetti interdittivi.

## QUESITO n. 2

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture D.lgs. 50/2016, art 80 comma 5 lett m .....		
<u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> 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.....
<u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria <input type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari <input type="checkbox"/> Settori speciali <input type="checkbox"/> Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negoziata Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro.....

### Quesito\*:

Durante l'apertura della documentazione amministrativa in una gara in corso, relativa lavori pubblici, con aggiudicazione al minor prezzo, con la previsione dell' esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata ai sensi dell'art.97, comma 2, del D.Lgs. n. 50/2016, due operatori economici

concorrenti hanno dichiarato di avere come direttore tecnico la stessa persona. Tale soggetto, inoltre, risulta, in una delle due società, anche socio accomandatario. Si chiede un parere sulla legittimità di una eventuale determinazione di esclusione di entrambe le concorrenti dalla procedura per situazione di collegamento/controllo.

Si confida in una Vostra celere risposta, in quanto la procedura di gara è in corso.

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

---

Annotazioni

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto, in generale si rileva che la questione afferisce ai presupposti per l'applicazione della causa di esclusione di cui all'art.80 comma 5 lettera m del D. Lgs n. 50/2016. Come affermato dal TAR Cagliari nella sentenza n. 163 del 27.02.2018, la disposizione rinviene il suo fondamento nell'esigenza di tutelare la trasparenza, la correttezza e la buona fede dell'azione amministrativa nonché la libera concorrenza tra gli operatori; pertanto l'ambito applicativo della stessa deve essere circoscritto alle ipotesi in cui gli indici rivelatori del collegamento sostanziale concorrono a manifestare in modo univoco e concordante l'esistenza di un unico centro decisionale nella formazione delle offerte. Infatti, secondo la recente giurisprudenza non basta che le società siano in rapporto tra loro per poter procedere all'esclusione delle stesse dalla procedura di gara; ciò in quanto il collegamento è anzitutto un fenomeno di natura meramente economico-funzionale tra imprese, finalizzato all'utilizzo del potenziale di ciascuna in una logica di gruppo, e dunque non comporta necessariamente la nascita di un autonomo centro di interessi poiché

le società collegate mantengono la propria personalità giuridica e la propria autonomia.

In altri termini, (tar Basilicata 28 settembre 2017 n. 614) la previsione codicistica è infatti volta ad evitare che talune relazioni tra imprese partecipanti allo stesso appalto possano condizionare i rispettivi comportamenti e precludere il rapporto concorrenziale che costituisce la stessa ragion d'essere delle procedure di gara, così da assicurare l'effettiva ed efficace tutela della regolarità della gara e, in particolare, la par condicio fra tutti i concorrenti, nonché la serietà, completezza, completezza ed indipendenza delle offerte, evitando che, attraverso meccanismi di influenza societari, pur non integranti collegamenti o controlli di cui all'art. 2359 cod. civ., possa essere alterata la competizione, mettendo in pericolo l'interesse pubblico alla scelta del giusto contraente.

Sul punto si riporta l'orientamento consolidato giurisprudenziale del Consiglio di Stato sulla scorta della disciplina comunitaria, secondo cui il collegamento sostanziale ricorre nel caso in cui le offerte, seppure provenienti da imprese diverse, siano riconducibili ad un medesimo centro di interessi (Consiglio di Stato, Sezione Sesta, sentenza 22 febbraio 2013, n. 1091). "La fattispecie di collegamento sostanziale è qualificabile come di "pericolo presunto", in coerenza con la sua funzione di garanzia di ordine preventivo rispetto al superiore interesse alla genuinità della competizione che si attua mediante le procedure a evidenza pubblica (Consiglio di Stato, sez. V, 24 novembre 2016, n. 4959). Pertanto la valutazione da compiere sull'unicità del centro decisionale postula che sia provata l'astratta idoneità della situazione a determinare un concordamento delle offerte, e non anche necessariamente che l'alterazione del confronto concorrenziale vi sia stata effettivamente e in concreto" (cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 febbraio 2017, nr. 496; sez. V, 7 agosto 2017 n. 3914; id., sez. III, 23 dicembre 2014, nr. 6379; id., sez. V, 18 luglio 2012, nr. 4189 e da ultimo TAR Napoli, 05.10.2018 n. 5800).

Secondo la Corte di Giustizia, il rispetto del principio di proporzionalità richiede che l'amministrazione aggiudicatrice sia tenuta a esaminare e valutare i fatti, al fine di accertare se il rapporto sussistente tra due entità abbia esercitato un'influenza concreta sul rispettivo contenuto delle offerte depositate

nell'ambito di una medesima procedura di aggiudicazione pubblica.

A tal fine occorre l'utilizzo di una serie di indici rivelatori quali l'intreccio parentale tra organi rappresentativi o tra soci o direttori tecnici, la contiguità di sede, utenze in comune (indici soggettivi), oppure, anche in aggiunta, identiche modalità formali di redazione delle offerte, strette relazioni temporali e locali nelle modalità di spedizione dei plichi, significative vicinanze cronologiche tra gli attestati SOA o tra le polizze assicurative a garanzia delle offerte (indici oggettivi).

La ricorrenza di questi indici, in un numero sufficiente legato da nesso oggettivo di gravità precisione e concordanza, tale da giustificare la correttezza dello strumento presuntivo, è stato ritenuto sufficiente a giustificare l'esclusione dalla gara dei concorrenti che si trovino in questa situazione.

Occorre quindi "che tale partecipazione determini di per sé il rischio di una turbativa della gara, e ciò accade quando sia stata accertata la riconducibilità delle offerte ad un unico centro decisionale, dal momento che tale situazione compromette, di per sé sola, le esigenze di segretezza delle offerte e di par condicio dei concorrenti che caratterizzano la gara (TAR Sicilia, Catania, 23 giugno 2017, n. 1543).

Secondo il Consiglio di Stato, sezione quinta, Sentenza 3 gennaio 2019, n. 69, l'accertamento della causa di esclusione di cui all'art. 80, comma 5, lett. m) del D.Lgs. 50/2016 passa attraverso un preciso sviluppo istruttorio: a) la verifica della sussistenza di situazione di controllo sostanziale ai sensi dell'art. 2359 Cod. civ.; b) esclusa tale forma di controllo, la verifica dell'esistenza di una relazione tra le imprese, anche di fatto, che possa in astratto aprire la strada ad un reciproco condizionamento nella formulazione delle offerte; c) ove tale relazione sia accertata, la verifica dell'esistenza di un "unico centro decisionale" da effettuare ab externo e cioè sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, ovvero, ove per tale via non si pervenga a conclusione positiva, mediante un attento esame del contenuto delle offerte dal quale si possa evincere l'esistenza dell'unicità soggettiva sostanziale.

Infine l'ANAC in due pareri di precontenzioso, n. 508 del 30 maggio 2018 e n.

540 del 6 giugno 2018, si pronuncia sui collegamenti che devono esistere tra le imprese affinché si possa pervenire ad una esclusione ex. art. 80, comma 5, lett. m), d.lgs. n. 50/2016 per esistenza di un unico centro decisionale. L'autorità precisa che l'interpretazione giurisprudenziale della norma adeguata agli indici comunitari è univoca nel ritenere che l'applicazione della norma, specie con riferimento alla ipotesi della "relazione anche di fatto" deve basarsi su rigorosi, obbiettivi e comprovanti elementi, tali da non incidere sulla libertà del diritto di impresa. In particolare deve essere provata in concreto l'esistenza di elementi oggettivi e concordanti tali da ingenerare pericolo per il rispetto dei principi di segretezza, serietà delle offerte e par condicio tra i concorrenti (cfr. Cons. Stato, VI, n. 6469 del 2010; n. 844 del 2012; n. 6469 del 2010; n. 1091 del 2013; sez. V 20 agosto 2013 n. 4198).

Detto in altro modo, affinché la procedura di gara possa ritenersi inquinata dalla partecipazione di imprese collegate in via di fatto è sufficiente, da un lato, che tale partecipazione determini di per sé il rischio di una turbativa della gara intesa quale "pericolo presunto" e, dall'altro, che le imprese interessate non dimostrino in concreto l'assenza di qualsiasi incidenza di detto collegamento sull'esito della procedura. Pertanto, una volta ricostruiti gli elementi indiziari gravi e precisi di collegamento sostanziale in un quadro complessivo tale da ritenere provata questa situazione, l'alterazione del risultato della gara è legittimamente presunta dalla stazione appaltante (Tar Sicilia, Catania, Sez. I, 23 giugno 2017, n. 1543) (parere n. 508/2018).

Infine, è stata ritenuta sussistente, in astratto, una situazione di centro unico decisionale nel caso di due imprese in presenza dei seguenti indici:

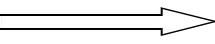
- a) gli stessi soggetti sono soci di entrambe le società;
- b) gli amministratori unici delle due società sono fratelli;
- c) l'amministratore unico di una società il procuratore speciale dell'altra società hanno legame di parentela diretta;
- d) le due società possiedono il medesimo certificato di conformità alle norme ISO 9001:2008, rilasciato dallo stesso soggetto certificatore in pari data
- e) le due società hanno sede legale presso il medesimo indirizzo.

Nel suddetto caso, i rapporti di parentela tra i titolari delle due imprese

partecipanti alla procedura selettiva, accompagnati dalle significative circostanze di fatto, costituiscono elementi che – per la loro consistenza e gravità – possono considerarsi astrattamente idonei e sufficienti a denunciare l’esistenza di una relazione tra i concorrenti interessati, tale da far ritenere che le rispettive offerte possano provenire da un unico centro decisionale, con potenziale violazione dei principi di segretezza delle offerte e di par condicio fra i concorrenti (parere n. 540/2018).

Pertanto, in base alle considerazioni fino qui svolte, occorre che la stazione appaltante proceda ad effettuare le necessarie verifiche e le valutazioni del caso, dirette ad accertare l’esistenza o meno di un “unico centro decisionale” sulla base di elementi strutturali o funzionali ricavati dagli assetti societari e personali delle società, nonché tramite un attento esame del contenuto delle offerte.

### **QUESITO n. 3**

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/16), art. 89 Codice Contratti - <b>AVVALIMENTO</b>		
<u>Appalti:</u> Lavori	<u>Concessioni:</u> Lavori	<u>Fase temporale:</u>  Controlli in gara
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> Avvalimento
<u>Contratti:</u> Settori ordinari		
<u>Procedura di affidamento:</u>  Negoziata 		
	Senza bando	

### **Quesito\***

Nella documentazione prodotta da un operatore economico, per la partecipazione ad una procedura negoziata, è stato allegato un contratto di avvalimento, sottoscritto da entrambe le parti, privo dell'indicazione del compenso per l'ausiliaria. Vi chiediamo se è necessario che tale elemento sia presente ed eventualmente, in caso positivo, se sia possibile una integrazione mediante attivazione del soccorso istruttorio. Si specifica che nel contratto si fa riferimento alla circostanza che lo stesso è assoggettato all'IVA e che le parti si impegnano ad osservare gli obblighi in materia di tracciabilità, elementi che sembrerebbero ricondurre alla onerosità dello stesso contratto. Si richiede, inoltre, se nella prassi esiste una percentuale minima alla quale è opportuno attenersi nella determinazione del compenso.

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

### **RISPOSTA al quesito**

Relativamente alla questione in esame, in breve si ricorda che l'origine dell'avvalimento risale alle sentenze degli anni '90 della Corte di Giustizia, che hanno ammesso alle gare imprese facenti parte di un gruppo o holding sulla base dei requisiti e capacità di una società controllata non partecipante alla gara. In seguito l'istituto è stato regolamentato dalle direttive UE in materia di appalti, e la *ratio* sottesa è quella di favorire la partecipazione alle gare delle micro e medie imprese anche quando sono carenti dei requisiti di partecipazione richiesti dalla stazione appaltante, mediante l'utilizzo dei requisiti economico-finanziari e/o tecnico-organizzativi di un'altra impresa.

Per quanto riguarda il quesito posto, ai fini della validità del contratto di avvalimento di cui all'art. 89 d.lgs. n. 50 del 2016 la previsione di un

corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria non costituisce elemento necessario. A ciò ostano sia il tenore letterale dell'art. 89 stesso, sia l'orientamento prevalente della giurisprudenza formatasi sul punto, secondo cui occorre unicamente che il contratto di avvalimento specifichi in modo chiaro le risorse relative al requisito di capacità economico-finanziaria apportate dall'ausiliaria in favore dell'ausiliata, mentre non viene richiesta - ai fini della validità del contratto stesso - l'indicazione di un corrispettivo economico in favore dell'ausiliaria.

Come affermato nella sentenza del Consiglio di Stato Sez. V del 20.7.2016 n. 3277, la mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario non è indice di per sé d'inefficacia del contratto d'avvalimento, una volta individuato l'interesse patrimoniale che ha indotto l'ausiliario ad assumere senza corrispettivo le obbligazioni derivanti dal contratto d'avvalimento e le relative responsabilità (cfr., C.G.A., 21 gennaio 2015 n. 35). La sentenza puntualizza che "per condivisibile giurisprudenza, la previsione di un corrispettivo in favore dell'ausiliaria non è necessaria ai fini della validità del contratto di avvalimento" (cfr. ex multis Tar Lazio, sentenza n. 30033/2010; Tar Lecce, sentenza n. 659/2014).

Sulla questione del corrispettivo, l'ANAC nello schema di linee guida in tema di avvalimento definisce l'avvalimento come il caso in cui "un operatore economico (impresa ausiliata) ottiene da un altro soggetto (impresa ausiliaria) la messa a disposizione dei requisiti richiesti per la partecipazione a una procedura di affidamento di un contratto di appalto o di concessione di lavori, servizi o forniture in cambio di un corrispettivo in denaro oppure di altra utilità di natura direttamente o indirettamente patrimoniale".

Come specificato nella sentenza CGA Reg. Sic., 21.01.2015 n. 35 sopra richiamata, "o il contratto di avvalimento è a titolo oneroso, oppure, in mancanza di corrispettivo in favore dell'ausiliario, deve emergere chiaramente dal testo contrattuale l'interesse, direttamente o indirettamente patrimoniale, che ha guidato l'ausiliario nell'assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le relative responsabilità. Tutto questo per realizzare quel controllo sulla meritevolezza che il codice espressamente

prevede all'articolo 1322, comma 2, c.c., tenendolo ben distinto dal giudizio di liceità, e allo scopo di evitare che, come detto dalla dottrina, gli interessi perseguiti dalle parti contrastino con gli interessi generali della comunità e dei terzi maggiormente meritevoli di tutela”.

Sul punto il Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2018, n. 2953, a proposito dell'onerosità del contratto di avvalimento, richiama il precedente dell'Adunanza Plenaria n. 23 del 2016. L'Adunanza Plenaria, infatti, ricorda che il contratto di avvalimento è un contratto atipico che presenta tratti propri del contratto di mandato di cui agli articoli 1703 e seguenti del codice civile, dell'appalto di servizi, nonché aspetti di garanzia atipica nei rapporti fra l'impresa ausiliaria e l'amministrazione aggiudicatrice per ciò che riguarda l'assolvimento delle prestazioni dedotte in contratto. E' tipicamente oneroso tanto che, in sede contrattuale, ove non venga espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria, deve comunque emergere dal testo contrattuale l'interesse - di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale - che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere senza corrispettivo gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità. Dal tenore dell'accordo deve dunque potersi desumere l'interesse patrimoniale, che può avere carattere diretto (cioè consistere in un'utilità immediata) o anche solo indiretto, purché effettivo, in quanto “il contratto di avvalimento ha natura onerosa, posto che altrimenti non sarebbe comprensibile il motivo per cui l'ausiliata mette a disposizione di altra impresa le proprie capacità tecniche e economiche, anziché partecipare singolarmente alla procedura di gara. Tuttavia, in mancanza di previsione di corrispettivo, deve emergere dal regolamento contrattuale l'interesse patrimoniale dell'ausiliaria verso il quale essa si è mossa nell'assunzione senza corrispettivo degli obblighi e delle responsabilità generate dal negozio stipulato. D'altronde, essendo l'avvalimento un contratto stipulato tra operatori economici mossi da scopo di lucro, non sarebbe condivisibile la natura puramente liberale dell'atto attraverso cui l'ausiliata rende mutuabili le proprie risorse. La valutazione della meritevolezza degli interessi perseguiti, ai sensi dell'art. 1322 c.c., è

fondamentale per comprendere la causa del contratto, posto che atipicità e onerosità non sono sinonimi immediati di liceità dell'assetto regolamentare: tale controllo è necessario anche per vagliare la meritevolezza (e quindi la causa) dei contratti gratuiti, quale può essere l'avvalimento, ove il corrispettivo non sia previsto<sup>1</sup>".

Non potrà, quindi, automaticamente parlarsi di invalidità del contratto ogni qualvolta in sede contrattuale non sia stato espressamente stabilito un corrispettivo in favore dell'impresa ausiliaria: il negozio manterrà infatti intatta la sua efficacia ove dal testo contrattuale sia comunque possibile individuare l'interesse – di carattere direttamente o indirettamente patrimoniale – che ha indotto l'ausiliaria medesima ad assumere, senza corrispettivo, gli obblighi derivanti dal contratto di avvalimento e le connesse responsabilità<sup>2</sup>.

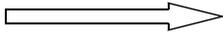
Per le considerazioni sopra esposte, pertanto, la risposta al quesito è negativa, tenendo conto anche che nel caso da voi prospettato sussistono indizi relativi ad un'utilità economica diretta per la ausiliaria. In ogni caso, per quanto sopra riportato si suggerisce di valutare la sussistenza dell'interesse patrimoniale diretto o indiretto dell'ausiliaria, anche mediante soccorso istruttorio.

---

<sup>1</sup>) Nel caso sottoposto al Collegio, si poteva pertanto ravvisare dal un lato l'interesse delle società ausiliarie a collaborare con due società di grande importanza come Telecon e Finmeccanica, dall'altro l'interesse (direttamente patrimoniale) a vedersi attribuito il subappalto delle prestazioni affidate alle ausiliate.

<sup>2</sup>) Ancora sul punto, la sentenza del Tar Puglia, Lecce, sezione I n. 1494/2017 afferma che "il contratto di avvalimento prodotto in sede di gara è perfettamente valido anche se ausiliato e ausiliario non hanno pattuito alcun corrispettivo. L'eventuale gratuità del contratto di avvalimento è un aspetto, pertanto, che non riguarda le verifiche che deve effettuare la stazione appaltante"

## QUESITO n. 4

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;		
<b>Accordo quadro - Tracciabilità - acquisizione CIG derivato</b>		
<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.....
<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	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica		

### Quesito\*:

Buonasera,

Per gli appalti realizzati con la modalità dell'Accordo Quadro, la scrivente acquisisce un CIG unico per l'importo presunto complessivo e per la durata del contratto.

Si ritiene infatti che le disposizioni impartite da ANAC sulla tracciabilità dei flussi finanziari e nello specifico, quelle riguardanti per gli Accordi Quadro,

l'acquisizione del CIG padre (al momento dell'attivazione della gara) e l'acquisizione dei CIG derivati/figli per identificare i singoli contratti stipulati a valle dell'accordo, non debbano essere osservate.

A ns avviso infatti, tali disposizioni si rivolgono esclusivamente agli Accordi Quadro stipulati da centrali di committenza; le amministrazioni che aderiscono a tali Accordi correttamente debbono richiedere l'emissione di un nuovo codice CIG (derivato/figlio), che identificherà lo specifico contratto. \*\*\* per esempio, avendo aderito ad un Accordo Quadro stipulato da \*\*\*\* per acquisto energia, ha richiesto per il proprio contratto attuativo, un CIG derivato/figlio.

Inoltre, il fatto che ANAC (FAQ A.24 sulla Tracciabilità dei flussi finanziari), disponga che "Anche nel caso in cui il soggetto (amministrazione) che stipula l'accordo quadro coincida con quello che è parte negli appalti a valle dell'accordo, è necessario acquisire i codici CIG "derivati" o "figli" per lo sviluppo delle schede relative alle fasi di esecuzione dell'appalto", a nostro avviso non ci obbliga nell'adempimento poiché essendo \*\*\* soggetto operante nei Settori Speciali, non è tenuta ad inoltrare le schede relative alle fasi di esecuzione dell'appalto.

Per quanto sopra sono a richiedere parere sulla correttezza della procedura adottata da \*\*\*\* con riguardo all'acquisizione di CIG unico per l'Accordo Quadro, evidenziando che, qualora non fosse ritenuta corretta, gli adempimenti dovuti a valle svilirebbero i vantaggi specifici della soluzione contrattuale di cui trattasi.

Ringrazio per l'attenzione e porgo cordiali saluti

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente alle problematiche sottoposte, si rende necessario procedere allo svolgimento di alcune brevi considerazioni in rapporto agli istituti richiamati.

L'Accordo quadro, disciplinato dall'art. 54 del D. Lgs. n. 50/2016, è uno

strumento di derivazione europea definito all'art. 3 primo comma, lett. iii) del suddetto Codice come l'accordo concluso fra una o più stazioni appaltanti e uno o più operatori economici, finalizzato a fissare le clausole relative agli appalti da aggiudicare durante un dato periodo, indicando i prezzi e, se del caso, le quantità. L'A.Q. può, quindi, essere stipulato con uno o più operatori economici, e può essere completo oppure incompleto.

I sintesi le peculiarità di questo strumento pubblico d'acquisto, che, negli ultimi anni, è stato particolarmente utilizzato dalle amministrazioni italiane, sono:

- 1) durata massima di 4 anni per i settori ordinari e di 8 anni per i settori speciali con possibilità di ampliamento dei tempi in entrambe le ipotesi in presenza di casi eccezionali, debitamente motivati in relazione all'oggetto dell'accordo;
- 2) flessibilità e semplificazione per le amministrazioni negli appalti caratterizzati da ripetitività;
- 3) adattabilità massima per gli appalti relativi alle manutenzioni ordinarie e alle forniture.

Nell'accordo quadro, la stazione appaltante fissa le clausole generali che regoleranno, in un certo lasso temporale, i contratti applicativi specifici da stipulare.

Come risulta dalla definizione sopra richiamata, gli accordi quadro possono essere conclusi: 1) con un solo operatore economico, ed in questo caso l'aggiudicatario è unico ed eseguirà i vari ordini/contratti applicativi emessi dalla stazione appaltante ad esaurimento del plafond di gara; 2) con più operatori economici: in questo caso la stazione appaltante, una volta aggiudicato lo stesso accordo quadro a più operatori economici, al fine di emettere l'ordine, potrà:

- a) se l'accordo quadro non contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi o delle forniture, riaprire il confronto competitivo tra gli operatori economici e richiedere una proposta migliorativa;
- b) affidare a un operatore economico secondo i termini e le condizioni dell'accordo quadro, senza riaprire il confronto competitivo, se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei

servizi o delle forniture.

c) se l'accordo quadro contiene tutti i termini che disciplinano la prestazione dei lavori, dei servizi o delle forniture, in parte senza riaprire il confronto competitivo conformemente alla lettera b), e quindi affidare direttamente, e, in parte, riaprire il confronto competitivo tra gli operatori economici parti dell'accordo quadro conformemente alla lettera a), sempre che tale possibilità sia stata stabilita dall'amministrazione aggiudicatrice nei documenti di gara per l'accordo quadro.

Per quanto riguarda il codice identificativo gara (Cig), si ricorda che la *ratio* delle norme dettate dalla legge n. 136/2010 è di ordine pubblico ovvero la prevenzione delle infiltrazioni malavitose; il riferimento normativo è l'articolo 3 comma 5 della L. n. 136/2010, secondo cui "Ai fini della tracciabilità dei flussi finanziari, gli strumenti di pagamento devono riportare, in relazione a ciascuna transazione posta in essere dalla stazione appaltante e dagli altri soggetti di cui al comma 1, il codice identificativo di gara (CIG), attribuito dall'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture su richiesta della stazione appaltante (..)”. Come indicato da ANAC, autorità specificamente competente in materia di legalità e anticorruzione, "considerato che la normativa in esame ha finalità antimafia e che la normativa antimafia trova applicazione generalizzata ai contratti pubblici, sono senz'altro tenuti all'osservanza degli obblighi di tracciabilità tutti i soggetti sottoposti all'applicazione del Codice; di conseguenza l'articolo 3 della legge n. 136 si applica alle stazioni appaltanti di cui all'art. 3, comma 1, dalla lett. a) alla lett. o) del Codice". La richiesta e l'attribuzione del CIG avviene mediante il sistema telematico SIMOG predisposto da ANAC, Autorità che ha provveduto a fornire le indicazioni operative su tale disciplina con le determinazioni n. 8 del 18 novembre 2010 e n. 10 del 22 dicembre 2010, sostituite dalla determinazione n. 4 del 7 luglio 2011 che è stata aggiornata al decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50) con la delibera n. 556 del 31 maggio 2017, pubblicata nella GURI - Serie Generale - n. 171 del 25-7-2017. Le suddette indicazioni sono più propriamente da inquadrare come atti amministrativi generali appartenenti al

genere degli atti di regolazione delle Autorità amministrative indipendenti. Considerate le finalità di ordine pubblico e di trasparenza delle disposizioni normative di cui alla L. 136/2010 che la delibera ANAC 556/2017 attua, qualora la stazione appaltante intenda discostarsene è necessario motivare congruamente la relativa disapplicazione sulla base di specifiche disposizioni normative di rango primario.

Ciò premesso, la procedura descritta non sembra del tutto conforme alle disposizioni vigenti in materia di acquisizione di CIG come sopra indicato.

Per l'Accordo Quadro, si ribadisce che occorre acquisire i cig derivati per identificare ciascuno dei singoli contratti stipulati a valle dell'accordo quadro anche nel caso di un'unica stazione appaltante, in quanto solo con l'affidamento del contratto specifico si concretizza verso l'OE il diritto ad ottenere la prestazione. L'Accordo quadro non è vincolante per la stazione appaltante la quale potrebbe anche non procedere con l'affidamento di contratti specifici.

Gli affidamenti dei contratti specifici vengono tracciati con i CIG derivati e pertanto per gli oneri informativi verso l'Osservatorio sarà necessario utilizzare il cig "padre" per la fase della gara fino all'aggiudicazione e stipula dell'accordo quadro, mentre il cig derivato segue l'ODL e deve essere utilizzato per oneri informativi relativi alla fase esecutiva. In caso di soggetti che operano nei settori speciali, gli adempimenti informativi sono limitati alla fase di gara.

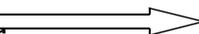
Per completezza si riporta il paragrafo 5.4 delle Linee guida ANAC sulla tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla delibera n. 556/2017.

*"Il CIG negli accordi quadro*

*Per quanto concerne gli acquisti effettuati sulla base di accordi quadro, a cui le pubbliche amministrazioni possono aderire mediante l'emissione di ordinativi di fornitura, la centrale di committenza richiede l'attribuzione di un CIG in relazione alla procedura ad evidenza pubblica che deve essere svolta per la conclusione dell'accordo. I singoli contratti stipulati dalle amministrazioni che aderiscono all'accordo con gli operatori economici selezionati dalla centrale di committenza devono essere identificati con un nuovo CIG ("CIG derivato"), che dovrà essere riportato nei pagamenti relativi allo specifico contratto.*

Anche nel caso in cui il soggetto (amministrazione) che stipula l'accordo quadro coincida con quello che è parte negli appalti a valle dell'accordo, è necessario acquisire i codici CIG "derivati" per lo sviluppo delle schede relative alle fasi di esecuzione dell'appalto."

## QUESITO n. 5

<p><u>Oggetto:</u>  <input checked="" type="checkbox"/> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016), art. 60-70-73;          Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;</p>		
<p><u>Appalti:</u>          Lavori  <input checked="" type="checkbox"/> Servizi          Forniture          Misti</p>	<p><u>Concessioni:</u>          Lavori          Servizi          Altro</p>	<p><u>Fase temporale:</u>  <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito          Svolgimento gara          Controlli in gara          Controlli post gara          Stipula del contratto          Esecuzione del contratto          Collaudo          Eventuale pre-contenzioso          Altro.....</p>
<p><u>Importo:</u>  <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria  <input type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria</p>		<p><u>Tematiche specifiche:</u>          RUP          SOA          DURC          DUVRI  <input type="checkbox"/> Offerta economicamente più vantaggiosa  <input type="checkbox"/> Composizione commissione aggiudicatrice  <input type="checkbox"/> Accesso ai documenti di gara  <input type="checkbox"/> Incentivo progettazione  <input type="checkbox"/> Tracciabilità  <input checked="" type="checkbox"/> Altro pubblicazione sui quotidiani</p>
<p><u>Contratti:</u>          Settori ordinari  <input checked="" type="checkbox"/> Settori speciali          Esclusi</p>	<p><input checked="" type="checkbox"/> Con bando  <input type="checkbox"/> Senza bando  <input type="checkbox"/> Cottimo fiduc.  <input type="checkbox"/> Amm.<sup>ne</sup> diretta</p>	
<p><u>Procedura di affidamento:</u>  <input checked="" type="checkbox"/> Aperta  <input type="checkbox"/> Ristretta  <input type="checkbox"/> Negoziata   <input type="checkbox"/> Dialogo competitivo  <input type="checkbox"/> Accordo quadro  <input type="checkbox"/> Project financing  <input type="checkbox"/> Mercato elettronico  <input type="checkbox"/> Asta elettronica</p>		

buongiorno, la presente per richiedere se, per un servizio da affidare ex art.

60 d.lgs. 50/2016 (Settori Speciali, importo sotto soglia comunitaria) oltre pubblicare il bando sulla GURI, è necessario pubblicare l'avviso su quotidiano locale e nazionale.

Importo a base di gara: € 148.500,00.

Procedura ex art 60 d.lgs 50/2016 su piattaforma sap/srm.

Pubblicazione su GURI per 30 giorni e apertura delle offerte il 35° giorno successivo alla pubblicazione.

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente a quanto indicato e chiarito per le vie brevi, per gli adempimenti relativi alla pubblicazione degli avvisi/bandi di gara ai sensi dell'art. 73 del codice dei contratti, occorre fare riferimento al Decreto del Ministero Infrastrutture e dei Trasporti del 2 dicembre 2016 "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara di cui agli articoli 70,71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50)", in particolare gli articoli 2 e 3. Si conferma che per quanto riguarda l'affidamento di un servizio di importo inferiore alla soglia comunitaria, in base alle disposizioni vigenti non si ricava l'obbligo di procedere alla pubblicazione sui quotidiani di cui all'art. 3.

Tuttavia, per la questione in esame occorre ricordare che le disposizioni richiamate risultano finalizzate ad assicurare l'applicazione di alcuni principi cardine degli appalti pubblici, ovvero: la trasparenza dell'azione amministrativa, il corretto svolgimento delle operazioni di gara nel rispetto della *par condicio* fra i concorrenti, la massima concorrenza, la massima efficacia delle procedure. In particolare, riguardo all'articolo 3, la *ratio* delle relative disposizioni è quella di "garantire adeguati livelli di trasparenza e di conoscibilità delle procedure di gara e di favorire la concorrenza attraverso la più ampia partecipazione delle imprese interessate, anche nelle realtà territoriali locali" (art. 3 comma 1).

Al riguardo occorre inoltre richiamare la "Comunicazione interpretativa della

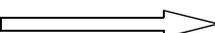
Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici" (2006/C 179/02), nella quale la Commissione rimanda sostanzialmente alle stazioni appaltanti la necessità di valutare le modalità di diffusione della gara raccomandando che le stesse risultino proporzionate non solo all'importo ma anche alla rilevanza interna dell'affidamento.

Di seguito si riportano alcuni passaggi della suddetta Comunicazione: "secondo la CGCE, i principi di uguaglianza, di trattamento e di non discriminazione comportano un obbligo di trasparenza che consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura del mercato alla concorrenza(..). 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".

Pertanto, per le considerazioni sopra svolte si suggerisce che le modalità di pubblicazione siano valutate non solo in base all'importo stimato, ma anche tenendo conto della risonanza dell'affidamento nel mercato locale. In particolare le suddette valutazioni saranno necessarie per procedere o meno alla pubblicazione sui quotidiani, che pur rappresentano, come nel caso in oggetto, una modalità ulteriore rispetto a quanto previsto dalle norme, tuttavia potranno essere ritenute necessarie dalla stazione appaltante per l'interesse locale della commessa.

## LAVORI

### QUESITO n 6

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 163/06), art 30 comma 1 e 2 e art. 36 D.Lgs. 50/2016.		
<u>Appalti:</u> Lavori	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria		<u>Tematiche specifiche:</u> principi per l'affidamento degli appalti
<u>Contratti:</u> Settori ordinari		
<u>Procedura di affidamento:</u> Negozziata 	Senza bando	

Dovendosi procedere all'affidamento di lavori, mediante procedura negoziata, ai sensi dell'art. 36 comma 2 lettere b) e c) del D.Lgs. 50/2016, si richiede se, ai fini della scelta degli operatori economici da consultare, sia legittimo, avuto riguardo ai principi generali, indicati all'art. 30 del Codice, prevedere una quota percentuale di riserva esclusiva per le imprese locali.

## RISPOSTA al quesito

La questione sottoposta concerne la legittimità o meno della previsione, nelle procedure di affidamento negoziate di lavori che non hanno interesse transfrontaliero, di una quota di riserva esclusiva a favore delle micro, piccole e medie imprese che abbiano sede legale e operativa nel territorio regionale, sia nelle indagini di mercato sia nell'utilizzazione degli elenchi, per una quota non superiore al 50%.

Al riguardo si ricorda che nel parere della Conferenza unificata, reso (seppure) in senso favorevole allo schema di decreto correttivo del codice appalti, una previsione analoga era stata richiesta dalle Regioni e Province autonome tra le modifiche ritenute prioritarie. Nel merito era stata richiesto l'inserimento, nelle procedure negoziate di importo inferiore alla soglia, di una riserva a favore delle imprese locali che consentisse alle stazioni appaltanti, sia nelle indagini di mercato che nell'utilizzazione degli elenchi, di garantire la partecipazione alle micro, piccole e medie imprese aventi sede legale e operativa nel proprio territorio regionale, per una quota non superiore al 50%.

La suddetta modifica non è stata, poi, accolta in sede di approvazione del decreto correttivo, e pertanto in base ai principi di cui all'articolo 30 del D. Lgs n. 50/2016, ed in particolare ai principi di libera concorrenza e di non discriminazione che trovano nella *par conditio* il proprio principale corollario, una tale previsione attualmente non risulta legittimamente perseguibile.

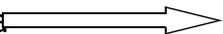
In tale senso la giurisprudenza si è espressa in senso univoco (cfr ex multis: sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea, Quarta Sezione, 23 dicembre 2009 nel procedimento C-305/08; TAR Puglia, Bari, Sez. I, con sentenza n. 1496 del 27/04/2010), ribadendo che una simile previsione introduce un limite illogico, irragionevole e in palese violazione dei principi dell'ordinamento nazionale e comunitario, proprio perché restringe immotivatamente la platea dei concorrenti violando, pertanto, il principio del *favor participationis*. Nella sentenza i giudici ribadiscono l'importanza delle

norme di diritto comunitario, "alle quali le norme di diritto nazionale devono uniformarsi e nella specie quella che enuncia il principio racchiuso nell'art. 85 del Trattato istitutivo della Comunità Europea, che sancisce il divieto di "impedire, restringere o falsare il gioco della concorrenza all'interno del mercato comune: di conseguenza le clausole di un bando che prefigurano un vantaggio assolutamente condizionante per l'esito del procedimento di scelta del contraente a favore di imprese particolarmente radicate in un determinato ambito territoriale, risultano ex se incompatibili con i succitati principi e norme comunitarie e si pongono anche in contraddizione con i principi di parità di trattamento delle opportunità imprenditoriali che trovano fonte negli artt. 41 e 3 della Costituzione".

Ciò posto, si ritiene utile rilevare che, di recente, alla suddetta esigenza di tutela della libertà di concorrenza e di non discriminazione tra le imprese si è aggiunta la necessità di prendere in considerazione anche l'impatto concorrenziale prodotto dalle amministrazioni pubbliche in qualità di committenti o di concedenti. In tale scenario, quindi, all'interno della tutela della libertà di concorrenza si aggiunge un ulteriore ed autonomo obiettivo di politica economica e sociale e cioè la tutela delle micro, piccole e medie imprese considerate la spina dorsale dell'economia dell'Unione Europea. Da questo punto di vista si sta affermando la necessità di un bilanciamento dei suddetti principi di libera concorrenza e di non discriminazione con la necessità di assicurare l'effettiva partecipazione delle suddette micro, piccole e medie imprese, come risulta dagli articoli 30 comma 7 "Principi per l'aggiudicazione e l'esecuzione degli appalti e concessioni", 36 "Contratti sottosoglia" e l'articolo 51 "Suddivisione in lotti".

Tuttavia, come già sopra indicato, si ribadisce che una previsione formulata nei termini simili a quella oggetto del quesito ad oggi non risulta compatibile con il quadro normativo attualmente vigente.

## QUESITO n. 7

<u>Oggetto:</u> X Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. N. 50/2016), art...106 comma 8; Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;		
<u>Appalti:</u> X Lavori Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto X 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 X Modifiche al contratto
<u>Contratti:</u> Settori ordinari Settori speciali Esclusi	<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	
	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	

L'art. 106 del D. Lgs. 50/2016 disciplina la modifica dei contratti durante il periodo di efficacia.

Il suddetto articolo elenca le diverse tipologie di modifiche che si può apportare ai contratti e stabilisce gli adempimenti che le stazioni appaltanti/RUP devono espletare in caso di modifica.

Mentre sono chiari gli oneri di comunicazione e trasmissione previsti dal comma 14 dell'art. 106 del Codice, non lo sono altrettanto quelli previsti dal comma 8, soprattutto alla luce delle FAQ dell'ANAC sulle

varianti. Come devono essere espletate le comunicazioni di cui al comma 8 dell'art. 106 del D. Lgs. 50/2016? In quali fattispecie?

Gli avvisi previsti invece dal comma 5 dello stesso art. 106, nel caso di contratti di importo alla soglia comunitaria, sono pubblicati con modalità diverse a seconda dell'importo, come per gli avvisi di aggiudicazione?

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al primo quesito posto, occorre premettere che per le problematiche sollevate occorre fare riferimento direttamente ad ANAC quale autorità competente al riguardo. Sul punto si ricorda che nell'Atto di segnalazione n. 4 del 13 febbraio 2019 (approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 112/2019) concernente gli obblighi di comunicazione, pubblicità e controllo delle modificazioni del contratto ai sensi dell'art. 106 del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, ANAC ha proposto di modificare la disposizione in modo da rinviare ad una specifica deliberazione per individuare, ai sensi dell'art. 213, comma 9, le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione delle informazioni previste dal comma 8 e dal comma 14 del medesimo art.106.

Riguardo al tema delle comunicazioni, si fa presente che attualmente sono in corso di definizione con gli Osservatori regionali ed ANAC le modalità di trasmissione delle stesse. In ogni caso si provvede a riportare sinteticamente le considerazioni svolte da alcuni commentatori all'indomani del decreto correttivo d.lgs. n. 56/2017 sulla base del comunicato del Presidente di ANAC del 23.11.2016 "Trasmissione delle varianti in corso d'opera ex art. 106, comma 14, del d.lgs. 50/2016", elaborato tenuto conto della nuova disciplina dell'art. 106 del d.lgs. n. 50/2016 rispetto all'art. 132 del d.lgs. n. 163/2006 e all'art. 37 del d.l. 90/2014, convertito in legge n. 114/2014. Al suddetto comunicato è allegato un nuovo Modulo di trasmissione delle varianti in corso d'opera dei contratti di lavori da compilarsi a cura del RUP.

Come indicato da ANAC, il nuovo Modulo prevede di fornire anche alcune

brevi informazioni (non documentazione) tese a facilitare il coordinamento tra le varianti in corso d'opera propriamente intese e gli altri istituti di modifica del contratto nella fase di esecuzione disciplinate dal predetto art. 106. Questo modulo e le fattispecie di modifica in esso indicate, contengono in pratica tutte le casistiche di variante e le altre ipotesi di modifica in corso di esecuzione degli appalti di lavori sopra soglia comunitaria, nonché dei contratti di concessione di lavori e dei contratti di affidamento a contraente generale.

Restano valide le indicazioni generali già fornite con i precedenti comunicati (cfr. in particolare il Comunicato del 4.3.2016) in ordine all'accertamento delle cause delle varianti a cura del RUP.

Il comunicato del 2016 richiama l'attenzione sull'obbligo di trasmissione delle varianti in corso d'opera entro trenta giorni dall'approvazione da parte della stazione appaltante, ex art. 106, comma 14, d.lgs. 50/2016, e sulle sanzioni amministrative pecuniarie in caso di ritardo ex art. 213, comma 13, del Codice stesso (cfr. il nuovo Modulo di trasmissione delle "varianti in corso d'opera" dei contratti sopra-soglia di lavori o concessioni ex art. 106, comma 14, 2° periodo, d.lgs. 50/2016 e i precedenti comunicati).

Per concludere su questo punto e tenuto conto che il predetto art. 37 del decreto legge n. 90/2014 è stato abrogato, occorre distinguere le comunicazioni delle varianti ex comma 8 dell'art. 106 e di quelle previste dal primo capoverso del comma 14 dell'art. 106, da quelle indicate dal secondo capoverso del comma 14 del medesimo art. 106.

Per il primo gruppo di varianti valgono le modalità di comunicazione del RUP attraverso il sistema SIMOG. Il secondo gruppo di varianti, invece, sono trasmesse dal RUP all'Anac (precisamente, all'apposito Ufficio di vigilanza); si tratta delle varianti di importo eccedente il 10% e riferite ad appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, incluse le varianti in corso d'opera riferite alle infrastrutture prioritarie (in pratica le fattispecie previste dall'abrogato art. 37 del d.l. n. 90/2014). Questo secondo gruppo di varianti concerne solamente gli appalti di lavori pubblici, con esclusione degli appalti di servizi e forniture.

Relativamente al secondo quesito la risposta è positiva. Ai sensi del comma 5, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatori che hanno modificato un contratto di importo superiore alla soglia di cui all'articolo 35 nelle situazioni di cui al comma 1, lettere b) e c) pubblicano un avviso al riguardo nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea. Tale avviso contiene le informazioni di cui all'allegato XIV, parte I, lettera E, ed è pubblicato conformemente all'articolo 72 per i settori ordinari.

Per i contratti di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, la pubblicità avviene in ambito nazionale e pertanto occorre fare riferimento al Decreto Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 dicembre 2016 recante "Definizione degli indirizzi generali di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, di cui agli articoli 70, 71 e 98 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50".

## **QUESITO n. 8**

### Oggetto:

Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016), procedura Aperta art. 36 comma 2 lett d); art. 133.  
Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007;

### Appalti:

X Lavori  
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:

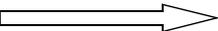
X Settori ordinari  
Settori speciali  
Esclusi

### Tematiche specifiche:

RUP  
SOA  
DURC  
DUVRI

### Procedura di

Con bando

<u>affidamento:</u>	Senza bando	Offerta economicamente più vantaggiosa
X Aperta	Cottimo fiduc.	Composizione commissione aggiudicatrice
Ristretta	Amm. <sup>ne</sup> diretta	Accesso ai documenti di gara
Negoziata 		Incentivo progettazione
Dialogo competitivo		Tracciabilità
Accordo quadro		
Project financing		
Mercato elettronico		
Asta elettronica		Altro INVERSIONE PROCEDIMENTALE

### **Quesito\*:**

L'ente deve procedere alla pubblicazione di un bando di gara con procedura aperta (art. 36, comma 2 lett. d e art. 60 con esclusione automatica) e criterio del miglior prezzo per l'affidamento di lavori di importo complessivo di € 1.047.499,17 di cui € 994.452,73 soggetti a ribasso ed € 53.046,44 per oneri sicurezza non soggetti a ribasso, ricorrendo all'inversione procedimentale.

Si formulano in merito i seguenti quesiti:

- Nel caso in cui, in seguito all'apertura delle offerte economiche ed alla verifica della documentazione amministrativa (ed eventuale soccorso istruttorio) del primo in graduatoria (prima dell'approvazione della proposta di aggiudicazione) quest'ultimo debba essere escluso, si deve procedere ad un nuovo calcolo della soglia di anomalia, oppure si scorre la graduatoria?
- In seguito all'abrogazione del comma 5 dell'art. 36 del D.lgs. n. 50/2016 così come in vigore fino al 18/06/2019 che prevedeva la verifica a campione dei requisiti, oltre che sull'aggiudicatario, anche sugli altri partecipanti con ricalcolo della soglia in caso di esito negativo, la stazione appaltante, in caso di inversione procedimentale, può stabilire nella lex specialis che il controllo della documentazione amministrativa avvenga solo sul primo in graduatoria ed effettuare invece il controllo sulla veridicità delle dichiarazioni, dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione, su un campione di concorrenti, senza che ciò comporti, in caso di esito negativo dei controlli, un nuovo calcolo della soglia di anomalia (art. 95, comma 15)?

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

## **RISPOSTA al quesito**

In base a quanto da voi rappresentato la questione sottoposta concerne gli affidamenti di lavori pubblici ai sensi dell'articolo 36 comma 2 lett. d) con esclusione automatica, ricorrendo all'inversione delle buste ai sensi dell'articolo 133 comma 8 del Codice Appalti.

Per quanto richiesto al punto 1) si conferma che occorre procedere ad un nuovo calcolo della soglia di anomalia qualora a seguito dell'apertura dell'offerta economica e delle verifiche della documentazione amministrativa del primo in graduatoria quest'ultimo debba essere escluso.

Relativamente a richiesto al punto 2) si provvede a chiarire quanto segue. Occorre distinguere la verifica della documentazione amministrativa dal controllo sulla veridicità delle dichiarazioni che viene effettuato ai sensi del dpr 445/2000 dopo l'approvazione della proposta di aggiudicazione.

Riguardo alla verifica della documentazione amministrativa, si ribadisce che nel bando di gara e nel disciplinare occorre prevedere le modalità per la verifica della suddetta documentazione contenuta nella busta amministrativa, se solo sull'aggiudicatario oppure sul 1° e 2° in graduatoria oppure, infine, se sul 1° e 2° e una percentuale di operatori (campione). In questo ultimo caso, ovvero se si prevede il controllo di una percentuale delle buste amministrative, in seduta pubblica prima di tutto occorrerà procedere ad individuare il campione delle offerte sulle quali effettuare il controllo della documentazione amministrativa, da effettuarsi dopo l'apertura delle buste economiche. Successivamente si procederà ad aprire le offerte economiche pervenute e alla verifica della loro regolarità e quindi alla loro ammissione/esclusione; poi occorre effettuare la verifica della busta amministrativa degli operatori da sottoporre al controllo anche a campione e all'ammissione/esclusione o all'attivazione del soccorso istruttorio se possibile; quindi, a seguito dell'esito

delle verifiche e dei riscontri alle richieste di attivazione del soccorso istruttorio, si procede a calcolare la soglia di anomalia e ad individuare la migliore offerta, procedendo a verificare la busta contenente la documentazione amministrativa del primo e del secondo, e, laddove lo stesso risulti regolare e non sia necessario attivare il soccorso istruttorio, a formulare la proposta di aggiudicazione. In caso di necessità di effettuare il soccorso istruttorio, occorrerà attenderne i relativi riscontri e, laddove la documentazione non sia regolarizzata, escludere l'O.E. e procedere ad un nuovo calcolo della soglia di anomalia individuando la nuova migliore offerta della quale occorrerà procedere a verificare la documentazione amministrativa. Durante le operazioni del seggio di gara si procede sulla base dell'esito delle verifiche sulla documentazione ed ad applicare il calcolo previsto dall'art. 97 comma 2 o 2bis, in quanto funzionale all'individuazione della migliore offerta. Dopo la chiusura delle operazioni di gara trova invece applicazione l'art. 95 comma 15.

Successivamente si provvederà ad effettuare controllo sulla veridicità delle dichiarazioni che viene effettuato ai sensi del dpr 445/2000 (art 71), che tuttavia non andrà ad intaccare il calcolo della soglia di anomalia in quanto la fase di gara risulta oramai conclusa.

## **SERVIZI e FORNITURE**

### **QUESITO N. 9**

<u>Oggetto:</u>		
<b>Codice dei Contratti (D.Lgs 50/2016 e ss.mm.ii.) – Art. 105, comma 3, lettera a)</b>		
<u>Appalti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Lavori <input checked="" type="checkbox"/> Servizi Forniture Misti  <u>Importo:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Sotto soglia comunitaria <input checked="" type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria  <u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari Settori speciali Esclusi  <u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta <input checked="" type="checkbox"/> Ristretta <input checked="" type="checkbox"/> Negoziata Dialogo competitivo <input checked="" type="checkbox"/> Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro          <input checked="" type="checkbox"/> Con bando <input checked="" type="checkbox"/> Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto <input checked="" type="checkbox"/> Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....   <u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro: <b>SUBAPPALTO</b>

#### **Quesito\*:**

Al comma 3 dell'art. 105 del D.Lgs 50/2016 e ss.mm.ii., dove si elencano le categorie di forniture e servizi che, per la loro specificità, non si configurano come attività affidate in subappalto, viene indicato alla lettera a) "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi per le quali occorre

solo effettuare comunicazione alla stazione appaltante”: in merito a ciò, pongo le seguenti domande:

- che cosa si intende e quali sono le “attività specifiche” ?
- il contratto d’opera (art. 2222 del Codice Civile) rientra nella casistica del sopra citato comma 3, lett. a) dell’art. 105 del D.Lgs 50/2016 ?
- nel caso in cui, nell’ambito della realizzazione di un’opera pubblica, si stipuli un contratto d’opera affidando una lavorazione ad un lavoratore autonomo (spesso anche impresa individuale) che, nell’ambito del cantiere, svolga la propria attività autonomamente e senza vincolo di subordinazione nei confronti dell’appaltatore principale, tale tipo di attività rientra sempre fra quelle previste dal sopra citato comma 3, lett. a) dell’art. 105 del D.Lgs 50/2016, oppure è soggetto alle norme generali del subappalto dell’art. 105 del D.Lgs 50/2016? (Un esempio tipico può essere quello del falegname, impresa individuale e lavoratore autonomo, nell’ambito ad esempio di un intervento di ristrutturazione, che smonta i serramenti, li porta nel proprio laboratorio dove procede a lavorarli, e poi li riporta in cantiere dove procede a rimontarli).

Pongo queste domande perché spesso nell’ambito di “lavori” (e non di forniture e servizi che hanno invece un chiaro riferimento nel sopra citato comma 3, lett. a) dell’art. 105 del D.Lgs 50/2016) accade, nel rapporto con l’impresa appaltatrice, di non trovare una uniformità di vedute riguardo a tali aspetti.

Grazie.

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

## **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, si rileva che la problematica afferisce alle previsioni di cui all'articolo 105 (Subappalto) del Codice degli appalti pubblici ed in particolare al comma 3, nel quale alle lettere a), b) c) e c-bis) vengono elencate "le categorie di forniture e servizi che per le loro specificità non si configurano come attività affidate in subappalto". In particolare, relativamente alle fattispecie indicate alla lettera a) ovvero "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi", non risulta agevole ricostruire quali siano in concreto le suddette "attività specifiche", in quanto interpretazioni estensive potrebbero a farvi rientrare lavorazioni che si possono configurare come subappalti. In quanto però le stesse vengano affidate a lavoratori autonomi, esulano, invece, dall'applicazione della norma in esame.

Al riguardo ANAC, affrontando la questione dell'inquadramento delle indagini archeologiche, nella delibera n. 291 del 28 marzo 2018 specifica che la suddetta attività può essere configurata come attività di impresa, oppure come attività affidabile a lavoratore autonomo, in relazione al grado di organizzazione e/o indipendenza richiesta all'operatore: solo nel caso in cui sia considerata attività di impresa, e previo inserimento della stessa tra i contenuti della documentazione per l'affidamento (bando di gara, disciplinare, schema di contratto, etc.), la stessa può essere oggetto di subappalto, nel rispetto della normativa vigente. Nel caso in cui, invece, venga considerata "attività specifica" affidabile a lavoratore autonomo, la stessa ricade nelle regole previste per tale tipologia di affidamenti.

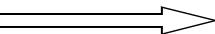
Ciò posto, al riguardo si raccomanda un'interpretazione di tipo prudenziale in modo da evitare il rischio di aggiramento delle disposizioni del Codice degli appalti nonché un'elusione dei principi generali in materia di contratti pubblici. In linea di massima, nella lettera a) di cui al comma 3 in esame vi rientrano i casi in cui non si possano rinvenire gli elementi tipici dell'appalto, ovvero l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio. Si fa presente che, in ogni caso, i lavoratori in distacco rientrano sicuramente nell'ambito del subappalto.

Sul punto ANAC, si è espressa nei i Pareri di precontenzioso n. 246 dell'8 marzo 2017 e n. 256 del 7 marzo 2018. Nei suddetti pareri l'Autorità tratta, rispettivamente, l'affidamento di attività di recapito nell'ambito di un servizio di riscossione e l'affidamento di attività di raccolta dei manifesti pubblicitari a supporto di un servizio di affissione pubblica comunale. Secondo l'Autorità, "l'affidamento di attività specifiche a lavoratori autonomi o a progetto, in assenza di specifici elementi idonei a dimostrare gli elementi tipici del subappalto (l'organizzazione dei mezzi, l'assunzione del rischio, lo scopo del compimento di un'opera o di un servizio), si configura quale contratto d'opera intellettuale, anche in forma di collaborazione coordinata e continuativa. Tale orientamento, già fatto proprio dalla giurisprudenza amministrativa (cfr. Cons. di Stato, sez. VI, 4 giugno 2007, n. 2943), trova conferma anche nell'art. 105, comma 3, lett. a) del d.lgs. 50/2016".

Si ricorda che nelle fattispecie in esame resta a carico dell'affidatario l'onere della comunicazione alla stazione appaltante del nome del sub-contraente, dell'importo del contratto, dell'oggetto del lavoro, servizio o fornitura affidati (articolo 105, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016), nonché tutti gli obblighi generali previsti per i fornitori della pubblica amministrazione e gli adempimenti imposti in generale per le procedure di contrattazione con la PA.

La norma, infine, non prevede, in capo all'amministratore, nessun diritto di controllo in riferimento ai rapporti tra appaltatore e sub fornitore, fatta eccezione, nella lettera c-bis, della verifica sull'antioriorità del rapporto continuativo e di cooperazione così come previsto dalla disposizione: "anteriore alla indizione della procedura finalizzata alla aggiudicazione dell'appalto".

## QUESITO n 10

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture <b>(D.lgs. 50/16), art. 142;</b> 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 <input checked="" type="checkbox"/> Servizi Forniture Misti	<u>Concessioni:</u> Lavori Servizi Altro	<u>Fase temporale:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Antecedente il bando o la lettera di invito Svolgimento gara Controlli in gara Controlli post gara Stipula del contratto Esecuzione del contratto Collaudo Eventuale pre-contenzioso Altro.....
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria <input checked="" type="checkbox"/> Sopra soglia comunitaria		
<u>Contratti:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Settori ordinari Settori speciali Esclusi		
<u>Procedura di affidamento:</u> <input checked="" type="checkbox"/> Aperta Ristretta Negoziata  Dialogo competitivo Accordo quadro Project financing Mercato elettronico Asta elettronica	Con bando Senza bando Cottimo fiduc. Amm. <sup>ne</sup> diretta	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP SOA DURC DUVRI Offerta economicamente più vantaggiosa Composizione commissione aggiudicatrice Accesso ai documenti di gara Incentivo progettazione Tracciabilità Altro... <b>DIVIETO DI SUBAPPALTO E DIVIETO DI AVVALIMENTO SERVIZI ART. 142 CODICE</b>

### Quesito\*:

A norma di quanto previsto dal comma 5-bis dell'art. 142 del codice, le disposizioni di cui ai commi da 5-ter a 5-octies, si applicano ai seguenti servizi, come individuati dall'allegato IX, nei settori ordinari: *servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi*;

*servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative.*

Il comma 5-nonies inoltre estende l'applicazione delle disposizioni di cui ai commi dal 5-ter al 5-octies ai servizi di cui all'articolo 144 (*servizi di ristorazione*), compatibilmente con quanto previsto nel medesimo articolo.

I commi 5-sexies e 5-septies del citato art. 142 dispongono quanto segue:

5-sexies. Si applicano le procedure di aggiudicazione di cui agli articoli da 54 a 58 e da 60 a 65.

5-septies. Oltre a quanto previsto dai commi da 1 a 5-sexies, devono essere, altresì, applicate per l'aggiudicazione le disposizioni di cui agli articoli 68, 69, 75, 79, 80, 83 e 95, adottando il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo.

La domanda è: **nelle procedure per l'affidamento di servizi indicati dai commi 5-bis e 5-nonies**, per i quali è obbligatoria l'applicazione degli articoli del codice elencati ai commi 5-sexies e 5-septies, **è possibile vietare l'avvalimento e il subappalto**, per il fatto che gli articoli 89 e 105 del codice non sono citati nei richiamati commi 5-sexies e 5-septies? **O addirittura è obbligatorio** escludere avvalimento e subappalto, come suggeritoci da colleghi che si sono trovati ad affrontare la questione prima di noi?

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

## **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 è utile richiamare il quadro normativo attualmente vigente. La normativa predisposta dal legislatore per l'affidamento dei servizi di cui all'Allegato IX è stata qualificata come regime alleggerito, ed è finalizzata essenzialmente a garantire la pubblicità degli stessi affidamenti. L'articolo 142, infatti, nell'ambito dei settori ordinari conferisce attuazione al principio di pubblicità prevedendo, come modalità

alternative di pubblicazione, il bando di gara o l'avviso di preinformazione mentre per l'aggiudicazione, anche per i settori ordinari la pubblicità è assicurata mediante la pubblicazione di un apposito avviso.

Con il D.Lgs. n.56/2017 sono stati aggiunti otto nuovi commi (da 5 bis a 5 nonies), destinati a costituire una ulteriore disciplina solo per determinati servizi inclusi nell'allegato IX, nei settori ordinari. Per tali servizi, indicati al comma 5-bis (servizi sanitari, servizi sociali e servizi connessi; servizi di prestazioni sociali; altri servizi pubblici, sociali e personali, inclusi servizi forniti da associazioni sindacali, da organizzazioni politiche, da associazioni giovanili e altri servizi di organizzazioni associative) viene delineato un regime "meno alleggerito" sopra soglia e sotto soglia.

Il legislatore ha, innanzitutto, ritenuto necessario precisare le finalità che gli affidamenti indicati al comma 5 bis devono perseguire ovvero: garantire la qualità, la continuità, l'accessibilità, la disponibilità e la completezza dei servizi, tenendo conto delle esigenze specifiche delle diverse categorie di utenti, compresi i gruppi svantaggiati e promuovendo il coinvolgimento e la responsabilizzazione degli utenti (5 ter).

Con le nuove disposizioni introdotte dai commi 5 sexies e 5 septies, il legislatore delegato ha previsto, poi, sempre con riferimento ai suddetti specifici servizi elencati al comma 5 bis, l'applicabilità di determinate disposizioni del codice con riferimento alla programmazione, alle procedure di scelta del contraente nonché di altre specifiche previsioni. Innanzitutto si estendono anche a tali settori gli strumenti utilizzabili per gli affidamenti nei settori ordinari (accordi quadro, sistemi dinamici di acquisizione, aste elettroniche, cataloghi elettronici, piattaforme telematiche di negoziazione) e si individuano, mediante rinvio alle relative disposizioni, le procedure utilizzabili per la scelta del contraente (procedura aperta, ristretta, competitiva con negoziazione, negoziata senza bando, dialogo competitivo, partenariato per l'innovazione). Inoltre si dispone l'applicazione della disposizione sulle specifiche tecniche (art. 68), sulle etichettature in caso di richiesta di specifiche caratteristiche ambientali, sociali o di altro tipo (art. 69), sulle modalità di invito simultaneo degli operatori (art. 75), sui termini per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte (art. 79), sui

motivi di esclusione (art. 80), sui criteri di selezione e soccorso istruttorio (art. 83) e, infine, sulla disciplina dei criteri di aggiudicazione dell'appalto (art. 95) limitata, *expressis verbis*, al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo, criterio, comunque, già evincibile dal richiamo all'art. 95 del Codice. Per completezza si aggiunge che la medesima disciplina trova applicazione agli stessi servizi erogati nell'ambito dei settori speciali considerato il richiamo all'art. 142 contenuto nel primo comma dell'art. 140.

Relativamente al quesito posto, si rileva che nell'ambito delle disposizioni sopra indicate, non risulta espressamente prevista la possibilità di ricorrere all'avvalimento e al subappalto, mediante un richiamo letterale agli articoli 89 e 105 del Codice. A tale riguardo, secondo alcuna scelta potrebbe essere stata dettata dalla peculiarità del rapporto che si viene ad instaurare tra prestatore del servizio e beneficiari, basato su un'interazione personale ad alto contenuto relazionale tra chi li produce e chi li riceve, che renderebbe estremamente complesso rimettere a terzi la realizzazione di parte delle attività. Tuttavia si rileva che nel comma 5 septies risulta espressamente richiamato l'art. 80 (Motivi di esclusione) che trova applicazione anche al subappaltatore, mentre l'articolo 83 (criteri di selezione e soccorso istruttorio) risulta espressamente richiamato nell'articolo 89 relativo all'avvalimento. Inoltre occorre considerare che i suddetti istituti del subappalto e dell'avvalimento rivestono carattere generale in quanto diretti a garantire la partecipazione degli operatori economici alle gare, e risultano strettamente connessi al principio di concorrenza richiamato al comma 5 octies mediante il rinvio all'art. 36 per gli affidamenti sotto soglia.

Pertanto sulla base di un'interpretazione sistematica delle disposizioni di cui all'articolo 142 si ritiene che l'applicazione del subappalto e dell'avvalimento non sia da considerare preclusa agli appalti per i servizi in esame.

Il Consiglio di Stato, nel parere n. 2052 del 20 agosto 2018 reso ad ANAC in merito alla "Normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del d.lgs. 18 aprile 2016 n. 50 e del d.lgs. 3 luglio 2017, n. 117", sottolinea

che, mentre il vecchio codice appalti escludeva i servizi sociali dalla normativa appalti, l'attuale Codice, viceversa, non solo non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni, che rendono evidente la sottoposizione anche di tali servizi alla normativa codicistica. Gli articoli 140 (per i settori speciali), 142, 143 e 144 (per i settori ordinari) recano, in ordine ad alcuni profili e per alcune tipologie di servizi sociali, una disciplina speciale e derogatoria rispetto a quella generale disposta dal Codice, connotata da un tendenziale alleggerimento degli oneri. Secondo il Consiglio di Stato, l'interpretazione di tutte le suddette disposizioni deve partire dall'applicazione dei principi di origine europea e di regola, dunque, l'affidamento dei servizi sociali, comunque sia disciplinato dal legislatore nazionale, deve rispettare la normativa pro-concorrenziale di origine europea, in quanto rappresenta una modalità di affidamento di un servizio (in termini euro-unitari, un "appalto") che rientra nel perimetro applicativo dell'attuale diritto euro-unitario.

In tal senso ANAC, che nel comunicato del 14 settembre 2016 concernente "Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici in materia di affidamento di servizi sociali", richiama "l'attenzione sull'efficacia, ai fini dell'apertura alla concorrenza, di ulteriori strumenti, utili ad agevolare la partecipazione degli operatori alle procedure di affidamento, quali l'avvalimento dei requisiti di partecipazione, il ricorso al subappalto e la partecipazione in forma raggruppata".

In conclusione, sulla base delle considerazioni sopra svolte, la valutazione della previsione o meno degli istituti oggetto del quesito è rimessa alla stazione appaltante, sulla base di idonea e congrua motivazione in rapporto alle specificità della prestazione da mettere a gara, tenuto conto gli stessi istituti rappresentano i principali strumenti a garanzia del rispetto del principio della concorrenza che opera nelle procedure di affidamento ai sensi del d. lgs. n. 50/2016.

## **QUESITO n 11**

<u>Oggetto:</u> Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016) Affidamento servizi - Art. 95	
<u>Appalti:</u> Servizi	<u>Fase temporale:</u> Antecedente il bando o la lettera di invito
<u>Importo:</u> Sotto soglia comunitaria	<u>Tematiche specifiche:</u> RUP
<u>Contratti:</u> Settori ordinari	critério aggiudicazione gara
<u>Procedura di affidamento:</u> Aperta	

### **Quesito\*:**

Buongiorno,  
dobbiamo procedere all'acquisizione del "servizio di cassa, stampa, recapito dei bollettini e rendicontazione degli incassi" per un importo a base di gara di € 170.000 circa, per un triennio.  
Chiediamo se la ristrettezza del mercato offerente (visto l'andamento delle gare precedenti) può giustificare il ricorso alla procedura aperta anziché negoziata come indicato dal codice, in modo da garantire una più ampia partecipazione degli operatori economici (più precisamente banche o simili).  
Inoltre vorremmo capire se alla luce del Decreto "sblocca cantieri" è cambiato qualcosa in ordine al criterio di aggiudicazione, ovvero se possiamo considerare tale servizio standardizzato e procedere con l'offerta al prezzo più basso o se il criterio di aggiudicazione debba essere l'oepr. Vorremmo capire, infatti, cosa intende il codice per "servizio o fornitura con caratteristiche standardizzate".

Al fine di un preciso inquadramento della questione, si comunica che non si tratta di servizio ad alta intensità di manodopera e che non abbiamo individuato criteri migliorativi per la prestazione del servizio come potrebbe avvenire utilizzando un servizio di tesoreria vero e proprio (con utilizzo di POS e quant'altro...), trattandosi- in sostanza -di fornire un home banking e di inviare bollettini e gestire la loro riscossione.

Si precisa altresì che la Siena Casa Spa non è tenuta al rispetto della normativa sulla tesoreria unica come per gli enti locali.

Grazie

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

## **RISPOSTA al quesito**

### ***Premesso***

***che le risposte fornite da questo Ufficio no sono né obbligatorie nella richiesta né vincolanti per le Amministrazioni che le richiedono, si risponde al quesito nei seguenti termini:***

Relativamente alle problematiche in oggetto ed in base a quanto da voi indicato, riguardo al primo quesito posto si rileva che per gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria il comma 2 dell'art. 36 fa preliminarmente salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Le ragioni di tali indicazioni risiedono nella volontà del legislatore di indirizzare le amministrazioni ad adottare procedure che danno maggiore garanzia in termini di trasparenza ed imparzialità. In tal senso ANAC, nelle Linee guida n. 4/2016, aggiornate con la delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018, afferma che "le stazioni appaltanti possono discrezionalmente ricorrere alle procedure ordinarie anziché a quelle dell'articolo 36 del Decreto legislativo 50/2016".

Relativamente al secondo quesito posto, si rileva che il D. L. 18 aprile 2019, n. 32 recante "Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici", pubblicato nella GU n.92 del 18 aprile 2019, ha modificato l'art 36 del D. Lgs n. 50/2016, inserendo – tra l'altro- dopo il comma 9, il comma 9-bis che di seguito si riporta: "9 bis. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero, previa motivazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa." Pertanto per gli affidamenti dei contratti sotto soglia il criterio di aggiudicazione è il criterio del minor prezzo, ad eccezione dei contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti all'articolo 50, comma 1 e fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) (art. 95 comma 3).

Relativamente al terzo quesito posto, si rileva che l'articolo 95 sul "Criterio di aggiudicazione dell'appalto" al comma 4 lett. b) espressamente consente, in via di eccezione, che "per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato" possa farsi l'applicazione del criterio del "minor prezzo". Come precisato da ANAC nelle Linee Guida n. 2, di attuazione del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Offerta economicamente più vantaggiosa" approvate dal Consiglio dell'Autorità con Delibera n. 1005, del 21 settembre 2016 e aggiornate al D. lgs 19 aprile 2017, n. 56 con Delibera del Consiglio n. 424 del 2 maggio 2018 (pubblicata in G.U. n.120 del 25.05.2018), "per servizi e forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato devono intendersi quei servizi o forniture che, anche con riferimento alla prassi produttiva sviluppatasi nel mercato di riferimento, non sono modificabili su richiesta della stazione appaltante oppure che rispondono a determinate norme nazionali, europee o internazionali. Inoltre sono offerti sulla base di condizioni contrattuali definite dall'insieme dei produttori o dei

prestatori in maniera omogenea, escludendo la possibilità di reperire condizioni diverse nel mercato di riferimento. I servizi e le forniture caratterizzati da elevata ripetitività soddisfano esigenze generiche e ricorrenti, connesse alla normale operatività delle stazioni appaltanti, richiedendo approvvigionamenti frequenti al fine di assicurare la continuità della prestazione. Fanno comunque eccezione quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo. In sostanza, la norma citata consente alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità e prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando. Si tratta in sostanza di attività che hanno caratteristiche standardizzate e condizioni stabilite dal mercato, ovvero servizi con caratteristiche standardizzate che presuppongono di norma la presenza di elementi uniformi, predeterminati e tali da non consentire l'inserimento di contenuti supplementari (cfr ex multis la delibera n. 783 del 20 luglio 2016). Le forniture e i servizi che rispondono a inderogabili standard tecnici o contrattuali, fissati in maniera vincolante e precisa dal committente nel capitolato speciale, possono essere affidati con il criterio del "minor prezzo". Questo il principio espresso dal Consiglio di Stato con la sentenza n. 1609 del 13 marzo 2018, e, come evidenziato dai giudici amministrativi, tale indicazione è palesemente finalizzata a garantire una significativa accelerazione della procedura, soprattutto quando le prestazioni non devono assolutamente differire da un esecutore ad un altro.

Con la sentenza del T.A.R. Veneto n. 180 del 7 febbraio 2019, si afferma che in presenza di prestazioni aventi caratteristiche altamente standardizzate è legittimo il criterio del minor prezzo "ove non solo dalla motivazione ma anche dagli atti di gara emerga evidente la standardizzazione delle prestazioni richieste dalla lex specialis della stessa gara".

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

## QUESITO n. 12

<p><u>Oggetto: Affidamento servizio con obbligo ricorso al Soggetto aggregatore</u>          Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture (D.lgs. 50/2016)          Legge Regionale n. 38 del 13 luglio 2007, art.....;          DECRETO DEL PRESIDENTE DEL CONSIGLIO DEI MINISTRI 24 dicembre 2015</p>		
<p><u>Appalti:</u>          Lavori  <b>X Servizi</b>          Forniture          Misti</p> <p><u>Importo:</u>  <b>X Sotto soglia comunitaria</b>          Sopra soglia comunitaria</p> <p><u>Contratti:</u>  <b>X Settori ordinari</b>          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>Concessioni:</u>          Lavori          Servizi          Altro</p> <p>Con bando          Senza bando          Cottimo fiduc.          Amm.<sup>ne</sup> diretta</p>	<p><u>Fase temporale:</u>          Antecedente il bando o la lettera di invito          Svolgimento gara          Controlli in gara          Controlli post gara  <b>X Stipula del contratto</b>          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 <b>SERVIZIO VIGILANZA ARMATA E TELEALLARME - OBBLIGO RICORSO AL SOGGETTO AGGREGATORE</b></p>

### Quesito

Questa Amministrazione Comunale deve affidare il servizio di vigilanza armata e teleallarme per scuole, edifici, fiere e mercati.

Richiamato il DPCM 24 dicembre 2015 che include il suddetto servizio tra le

materie di competenza del soggetto aggregatore, al quale anche questo Ente deve ricorrere.

Ricordato che la Regione Toscana, in qualità di soggetto aggregatore, ha di recente stipulato un contratto avente ad oggetto "Servizio di vigilanza ed attività correlate per le strutture sanitarie ed amministrative della Regione Toscana",

#### SI CHIEDE

un parere circa l'obbligatorietà da parte del Comune di Arezzo di aderire al predetto contratto, facendo presente che:

- le condizioni economiche praticate dall'attuale appaltatore del Servizio (in scadenza il 30.6.2019) risultano più vantaggiose rispetto all'aggiudicatario della gara del soggetto aggregatore;
- nel capitolato allegato al contratto del soggetto aggregatore non sono rinvenibili prestazioni con caratteristiche tecniche uguali a quelle richieste da questa Amministrazione. Infatti, a fronte dell'esigenza di ronde "a piedi", è prevista la vigilanza soltanto a postazione fissa e ronde ispettive solo con autopattuglia; a fronte dell'attuale prestazione del teleallarme tramite lo strumento del ponte radio bidirezionale con pronto intervento (entro 10 minuti), sono previste soluzioni alternative a scelta dell'appaltatore e non è stabilita la tempistica per il pronto intervento; la stessa manutenzione ordinaria degli impianti è prevista con minor frequenza (oltretutto a costi superiori).

## **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

ricorda che l'obbligatorietà di ricorrere alla centrale di committenze di riferimento discende dalle previsioni di cui all'articolo 9 del DL. n. 66/2014 convertito con L. n. 89/2014. Il comma 3 della suddetta disposizione stabilisce che - fermo restando l'articolo 1 commi 449, 450 e 455 della legge 27 dicembre 2006 n. 296 - le regioni, gli enti regionali, gli enti locali di cui all'articolo 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, nonché loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di riferimento (a livello regionale) per lo svolgimento delle procedure relative alle categorie di beni e di servizi e per importi superiori alle soglie individuati con apposito D.P.C.M. entro il 31 dicembre di ogni anno. Per le categorie di beni e servizi individuate dal suddetto DPCM, l'ANAC non rilascia il codice identificativo gara (CIG) alle stazioni appaltanti che, in violazione degli adempimenti previsti dal presente comma, non ricorrono a Consip S.p.A. o ad altro soggetto aggregatore.

Nella legge di conversione è stato inserito il comma 3 bis, secondo cui le amministrazioni pubbliche obbligate a ricorrere a Consip spa o agli altri soggetti aggregatori ai sensi del comma 3 possono procedere, qualora non siano disponibili i relativi contratti di Consip Spa o dei soggetti aggregatori e in caso di motivata urgenza, allo svolgimento di autonome procedure di acquisto dirette alla stipula di contratti aventi durata e misura strettamente necessaria. In tale caso l'ANAC rilascia il codice identificativo di gara (CIG).

Stante il suddetto quadro normativo, la questione sottoposta sembra poter rientrare nelle ipotesi di ricorso obbligatorio al soggetto aggregatore regionale, in quanto la categoria del servizio "vigilanza armata" - per l'importo superiore alla soglia di rilevanza indicata (40.000 €.)- è prevista nel DPCM dell'11 luglio 2018. Al tal fine, tuttavia, sarà dirimente la valutazione delle caratteristiche e delle modalità di svolgimento della prestazione dedotta nella convenzione del soggetto aggregatore regionale, ed in particolare della corrispondenza o meno della stessa rispetto alle esigenze della scrivente stazione appaltante. Tale valutazione, infatti, è diretta a verificare la sussistenza delle circostanze di cui al comma 3 bis sopra riportato, ovvero l'assenza di contratti di Consip o del soggetto aggregatore pertinenti oppure l'urgenza motivata, circostanze queste

che - uniche - legittimano la stazione appaltante all'effettuazione di autonome procedure di affidamento e che soprattutto consentono il rilascio del CIG nel sistema SIMOG.

### **Quesito n. 13**

#### **SERVIZI EDUCATIVI PER L'INFANZIA Concessioni di servizi e Contratto di Partenariato Pubblico Privato**

Come chiarito dal Codice degli appalti nei contratti di concessione la maggior parte dei ricavi di gestione del concessionario proviene dalla vendita dei servizi resi al mercato (art. 165 comma 1) e sono connotati dal rischio della domanda o di mercato (opere calde); mentre nei contratti di partenariato pubblico e privato (PPP), connotati dal rischio di disponibilità e da quello di mercato, i proventi provengono principalmente dal canone riconosciuto dall'ente concedente e/o dagli utenti esterni.(art. 183 comma 3) (opere fredde a canone o a pagamento della PA. come ospedali, carceri, uffici pubblici).

**Sia l'art. 165 comma 2 (per le concessioni) che l'art. 180 comma 6 (PPP) prevedono che :** *In ogni caso, l'eventuale riconoscimento del prezzo, sommato al valore di eventuali garanzie pubbliche o di ulteriori meccanismi di finanziamento a carico della pubblica amministrazione, non può essere superiore al quarantanove per cento del costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari.*

**Si chiede :**

- **Cosa si intende per "costo dell'investimento complessivo, comprensivo di eventuali oneri finanziari" su cui occorre calcolare il limite del 49% ?**
- **Il limite del 49% è perentorio o derogabile?**
- **Può essere esclusa l'operatività del suddetto limite del 49% per le operazioni/concessioni "fredde"/ contratti di PPP in cui i ricavi di gestione provengano principalmente o esclusivamente dal canone riconosciuto dall'ente concedente stante l'inidoneità a generare ricavi dall'utenza tali da finanziare l'investimento?**
- **Il contratto di Partenariato pubblico privato può essere utilizzato quale forma di affidamento di servizi educativi per l'infanzia e dei servizi extrascolastici sotto indicati nel dettaglio?**
- **Spazio Gioco: servizio educativo integrativo per bambini da 18 a 36 mesi; Il servizio, a carattere educativo e ludico, è rivolto ai bambini e alle bambine dai diciotto mesi ai tre anni, senza la presenza di familiari e consente una frequenza mattutina dalle 8 alle 13,00. Lo spazio gioco non comprende il servizio di mensa e non prevede il riposo pomeridiano. Ricettività: n. 25 bambini**
- **Pomeriggio al Ciaf: attività ludica pomeridiana rivolta ai bambini dai 3 ai 11 anni; Ora-**

rio pomeridiano entro le 19,00 Ricettività: n. 30 bambini

- Attività estive per l'infanzia ( 4-11anni);
- Collaborazione con il Comune per altri servizi educativi, formativi, culturali e ricreativi.

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

### **RISPOSTA al quesito**

Relativamente alle problematiche sottoposte, si ritiene necessario premettere alcune considerazioni di carattere generale. Il Paternariato Pubblico Privato rappresenta una modalità di realizzazione e gestione di infrastrutture e/o di erogazione di servizi nell'ambito della quale si realizza una forma di collaborazione tra un operatore economico e una pubblica amministrazione; riceve autonoma rilevanza ed una disciplina specifica con il codice dei contratti pubblici d.lgs. n. 50/2016 (artt.179 e segg.), che all'art. 3, comma 1, lett. eee) definisce il PPP quale "contratto a titolo oneroso stipulato per iscritto con il quale una o più stazioni appaltanti conferiscono a uno o più operatori economici per un periodo determinato in funzione della durata dell'ammortamento dell'investimento o delle modalità di finanziamento fissate, un complesso di attività consistenti nella realizzazione, trasformazione, manutenzione e gestione operativa di un'opera in cambio della sua disponibilità, o del suo sfruttamento economico, o della fornitura di un servizio connesso all'utilizzo dell'opera stessa, con assunzione di rischio secondo modalità individuate nel contratto, da parte dell'operatore (...) si applicano per i soli profili di tutela della finanza pubblica i contenuti delle decisioni Eurostat". L'art. 180 comma 8, poi, fornisce un'elencazione peraltro non esaustiva (che non ricomprende l'affidamento al contraente generale e il contratto di sponsorizzazione) dei contratti atipici di PPP, "genus contrattuale riferibile a più modelli specifici" (Cons. Stato, sez. cons. 22 febbraio 2017, n. 775).

Senza entrare nel merito dell'istituto e rimandando anche alle Linee Guida n. 9 di ANAC (Monitoraggio delle amministrazioni aggiudicatrici sull'attività

dell'operatore economico nei contratti di partenariato pubblico privato) di cui alla Delibera n. 318 del 28 marzo 2018, si ricorda che caratteristiche di un'operazione di Partenariato Pubblico Privato sono:

- la durata relativamente lunga della collaborazione tra il partner pubblico ed il partner privato per i vari aspetti di un progetto da realizzare;
- la modalità di finanziamento del progetto, garantito da parte del settore privato a cui si aggiungono - spesso - anche quote ingenti di finanziamento pubblico;
- il ruolo importante dell'operatore economico, che partecipa a varie fasi del progetto. Il partner pubblico si concentra principalmente sulla definizione degli obiettivi da raggiungere in termini di interesse pubblico, di qualità dei servizi offerti, di politica dei prezzi, e garantisce il controllo del rispetto di questi obiettivi;
- la ripartizione dei rischi tra il partner pubblico ed il partner privato. Tale ripartizione dei rischi si effettua caso per caso, in funzione della capacità delle parti di identificare, valutare, controllare e gestire gli stessi.

Sulla base dell'allocazione dei rischi, il legislatore nazionale ha ricompreso nella nozione di PPP esclusivamente i contratti che hanno ad oggetto opere inidonee, in tutto o in parte, a generare un "cash flow" dall'utenza in grado di finanziare l'investimento e tali da richiedere in parte l'intervento finanziario pubblico, come avviene ad esempio nel caso delle concessioni di ospedali pubblici, remunerate con canoni da parte della P.A. (c.d. opere fredde, art. 180 d.lgs. 50/2016). Diversamente, nel concetto di concessione (artt. 164 e segg.) sono ricomprese esclusivamente opere il cui utilizzo è remunerato, per la parte maggioritaria, dagli utenti, quale, ad esempio, un parcheggio pubblico (opere calde). La suddetta distinzione non è invece presente nella direttiva n. 23/2014/UE che non contiene una disciplina del PPP, ma solo dei contratti di concessione<sup>3</sup> per i quali la normativa impone il trasferimento del rischio operativo sempre sul privato:

- sul lato della domanda: il rischio associato alla domanda effettiva di lavori o

<sup>3</sup>) Nel considerando 18, ult. periodo si precisa che "Alcuni accordi remunerati esclusivamente dall'amministrazione aggiudicatrice o dall'ente aggiudicatore dovrebbero configurarsi come concessioni qualora il recupero degli investimenti effettuati e dei costi sostenuti dall'operatore per eseguire il lavoro o fornire il servizio dipenda dall'effettiva domanda del servizio o del bene o dalla loro fornitura"

servizi che sono oggetto del contratto e, quindi, il rischio derivante dall'esposizione del servizio sul mercato che, ad esempio, può subire oscillazioni per l'insorgere di un'offerta competitiva di altri operatori;

- sul lato dell'offerta: il rischio associato all'offerta dei lavori o servizi che sono oggetto del contratto, in particolare il rischio che la fornitura di servizi non corrisponda alla domanda.

Nelle opere "fredde", invece, i ricavi provengono principalmente da canoni pagati dall'Amministrazione, ma comunque anche nel PPP uno degli elementi fondamentali affinché si possa configurare un contratto di paternariato è rappresentato dal trasferimento dei rischi. Il rischio dell'offerta, nelle concessioni fredde, sembra idoneo a ricomprendere il rischio che l'opera sia effettivamente funzionale ad erogare i servizi secondo le modalità e gli standard di qualità pattuiti in convenzione a fronte del pagamento del canone (rischio di disponibilità - art. 3, comma 1, lett. bbb del d.lgs. n. 50/2016: rischio legato alla capacità, da parte del concessionario, di erogare le prestazioni contrattuali pattuite, sia per volume che per standard di qualità previsti)<sup>4</sup>.

Ciò posto, si provvede pertanto a fornire le seguenti indicazioni per i quesiti presentati:

### **Quesito 1)**

Il costo dell'investimento complessivo, corrisponde al TIC (total investment costs), quantificato nel PEF (piano economico finanziario) di ogni operazione. In buona sostanza, il costo totale rappresenta la sommatoria tra il TCO (total costs of ownership, ossia i costi materiali dell'operazione, es: costi dei beni strumentali, costi di personale, costi di gestione e/o manutenzione etc.) ed i costi finanziari dell'operazione stessa (tassi di interesse, garanzie etc).

### **Quesiti 2) e 3)**

In base alla normativa vigente il limite del 49% non è derogabile se si vuole restare nell'ambito della concessione o PPP; oltre detto limite si sconfinava in operazioni di appalto, e viene meno il rischio economico finanziario da parte del privato, che non può essere ridotto dall'intervento della amministrazione

<sup>4</sup>) In base all'art. 180, comma 3 del d.lgs. n. 50/2016, nel contratto di PPP il trasferimento del rischio in capo all'operatore economico comporta l'allocazione a quest'ultimo, oltre che del rischio di costruzione, anche del rischio di disponibilità o, nei casi di attività redditizia verso l'esterno, del rischio di domanda dei servizi resi.

con pagamenti certi e predeterminati in modo tale da trasformare l'operazione in un appalto con pagamento dilazionato.

**Quesito 4)** Relativamente alle problematiche sottoposte, per le considerazioni sopra svolte in generale non può essere fornita risposta nè affermativa nè negativa, in quanto solo una bozza di PEF con flussi di cassa in entrata ed in uscita può indicare i confini legittimi dell'operazione. Da questo punto di vista quindi la risposta potrebbe essere positiva a condizione che ricorrano i presupposti di un paternariato effettivo, ai sensi dell'art. 3 comma 1 lett. eee. In rapporto alla tipologia di servizi indicati occorre anche tenere conto della proprietà comunale o meno delle strutture.

Al riguardo si ricorda il parere di ANAC del 23 novembre 2016, n. 1197, con cui l'Autorità si è pronunciata circa un quesito giuridico sottoposto alla sua attenzione dal Comune di Roma (Roma Capitale) in ordine alla modalità di assegnazione del servizio di asilo nido. L'ANAC in questo caso ha ritenuto che il servizio di asilo nido non può essere affidato a mezzo di concessione, ma attraverso un contratto di appalto di servizi: mentre il vecchio codice appalti escludeva i servizi sociali dalla normativa appalti, l'attuale Codice, viceversa, non solo non reca alcuna esplicita esclusione dei servizi sociali dal proprio ambito di applicazione, ma detta in proposito plurime disposizioni, che rendono evidente la sottoposizione anche di tali servizi alla normativa codicistica. Ciò risulta confermato dal Consiglio di Stato nel parere n. 2052 su richiesta di ANAC, in merito alla normativa applicabile agli affidamenti di servizi sociali alla luce del combinato disposto del Codice appalti (dlgs n.50/2016) e del Codice del terzo settore (dlgs n.117/2017).

Proprio al fine di valorizzare le specificità di taluni servizi, in sede comunitaria, è stata elaborata la nozione di "servizi di interesse generale". Si tratta di una nozione che ricomprende anche i servizi sociali e socio-educativi, così come individuati nell'Allegato XIV del d. lgs. n. 50/2016, per i quali il Codice dei contratti detta una disciplina specifica (alleggerita), escludendoli dall'applicazione delle disposizioni di cui alla Parte III-contratti di concessione. Indubbiamente, il nuovo codice dei contratti pubblici ha contribuito, in ossequio alle previsioni delle Direttive del 2014, a valorizzare maggiormente sia i servizi

alla persona sia le organizzazioni che possono erogare gli stessi servizi: l'art. 143 del Codice stabilisce, infatti, che le stazioni appaltanti possano riservare le procedure di affidamento a favore di alcuni soggetti giuridici, a condizione che ricorrano tutte le condizioni indicate nel comma 2 dello stesso articolo.

Si rimanda, infine, al regolamento regionale 30 luglio 2013, n. 41/R Regolamento di attuazione dell'articolo 4 bis della legge regionale 26 luglio 2002, n. 32 (Testo unico della normativa della Regione Toscana in materia di educazione , istruzione , orientamento , formazione professionale e lavoro) in materia di servizi educativi per la prima infanzia.