

Domande e risposte

Webinar 14 settembre 2016

**“Le procedure ordinarie di
affidamento e il Documento di
Gara Unico Europeo”**

(a cura di Claudio Lucidi e Maria Teresa Massi)



Il presente documento riporta le risposte ai quesiti fornite dai docenti nel corso del seminario on line “Le procedure ordinarie di affidamento e il Documento di Gara Unico Europeo” che si è svolto il 14 settembre 2016.

I contenuti che seguono sono forniti direttamente e senza mediazioni dai docenti.

Claudio Lucidi - Esperto in materia di appalti

Maria teresa Massi - Direttore del Servizio amministrativo e programmazione Settore Progettazione e Manutenzione Opere Pubbliche - Comune di San Benedetto del Tronto

1. Come si distingue se le linee guida sono vincolanti o non vincolanti?

R. (Maria Teresa Massi) Lo stesso Consiglio di Stato nel parere 855/2016 non individua un criterio discrezionale; dall'analisi delle norme è possibile ricavare le seguenti indicazioni:

Linee guida vincolanti: quelle che prevedono un regime sanzionatorio in caso di mancata applicazione (cfr. art. 84 su sistema qualificazione) o che costituiscono attuazione del Codice MA ESCLUSIVAMENTE NELLE MATERIE "DELEGATE" in base al codice stesso (cfr. parere CdS in merito a linee guida sul RUP, che vengono "spacchettate" in indicazioni di carattere vincolante e indicazioni a fini di supporto delle SS.AA.)

Linee guida non vincolanti: tutte quelle che saranno emanate in riferimento all'art. 213, co 2 (in questo senso il CdS nel parere sull'affidamento dei servizi tecnici, anche se sono riproduttive di norme precedentemente esistenti).

R. (Claudio Lucidi) Le linee Guida vincolanti devono contenere dei precisi e puntuali precetti vincolanti da osservare da parte dei destinatari, pubblici e privati.

2. Le linee guida dell'ANAC prevedono la gara anche per i contratti di assistenza software, ma come si fa ad appaltare un servizio di assistenza su un software di una società esterna?

R. (Massi) Il problema è giustificare il primo affidamento se di fatto crea un monopolio per le successive espansioni, manutenzioni e proprietà dei dati. Cfr documento di consultazione ANAC su prestazioni infungibili nel quale si prevede che "Per l'individuazione dei propri fabbisogni si deve tener conto delle esigenze di interoperabilità, di uso dei dati generati o salvati dal nuovo acquisto, di accesso da parte di imprese e cittadini, di modifica del fornitore dei prodotti, nonché dei vincoli generati da accordi successivi e delle necessità di superare il lock-in." Una volta acquistato, occorrerebbe motivare adeguatamente (costi di sostituzione, tempi e oneri di nuova formazione, ecc.) in caso di conferma del fornitore (art. 63, co) ma alla lunga tale giustificazione non può reggere.

3. I servizi dello SPRAR sono considerati esclusi o ordinari?

R. (Lucidi) a mio avviso potrebbero rientrare tra i servizi sociali per i quali si applica la particolare disciplina di cui all'art. 112 del Codice (mi riservo comunque di approfondire).

4. Nel caso di Posizione organizzativa LL.PP. che svolge anche funzione di progettista e collaudatore, lo stesso può svolgere funzione di RUP in gara con la sola esclusione della Commissione di gara?

R. (Massi) forse si intendeva progettista e direttore dei lavori, perché il collaudatore non può avere svolto attività di progettazione. La determinazione dei casi di divieto di cumulo dovrebbe essere una delle indicazioni "vincolanti" delle linee guida previste dall'art. 31, co. 5 del nuovo Codice; fino all'emanazione di esse continua ad applicarsi il regime del vecchio art. 9 del DPR 207/2010 (limite per lavori 500,000 euro), mentre per forniture e servizi non c'erano preclusioni ed in ogni caso l'art. 272 del 207/2010 non è più in vigore.

R. (Lucidi) A regime, la problematica connessa con le funzioni e le responsabilità del RUP così come saranno disciplinate dall'Anac, (il cui documento in consultazione, nella parte in cui prevede l'incompatibilità con le funzioni di commissario di gara e presidente di

commissione, è stato “osservato” dal Consiglio di Stato mentre esclude la coincidenza tra RUP, progettista e DL per lavori complessi e comunque per quelli di importo superiore a €1.500.000,00) non potrà prescindere dal contesto generale in cui si calano le disposizioni sul RUP. Ci si riferisce in particolare alle norme che disciplinano la riorganizzazione delle stazioni appaltanti (vedi in modo particolare l’art. 38) in virtù delle quali le stazioni appaltanti, e specialmente i comuni, se intendono qualificarsi per procedere autonomamente nell’attività di acquisizione, dovranno mettere in atto processi di riorganizzazione e aggregazione finalizzate ad ottimizzare le risorse professionali tecniche e amministrative.

5. Visto l'art. 77, comma 4, del nuovo Codice, il RUP può far parte della Commissione Giudicatrice?

R. (Massi) Intesa come commissione che valuta l’offerta economicamente più vantaggiosa, no. Ma si legga la risposta al quesito precedente per le ulteriori considerazioni

R. (Lucidi) Il ruolo di RUP è incompatibile con le funzioni di commissario di gara (art. 77, comma 4 del Codice). Il divieto è confermato anche nelle linee guida dell’Anac in consultazione. Il Consiglio di Stato ha espresso riserve sulla previsione di “automatica incompatibilità”.

6. 1) l’affidamento dei beni e dei servizi, (nello specifico pneumatici e servizi ad essi connessi), il cui importo a base di Gara è pari Euro 2.000,00, IVA inclusa, tale bene non è presente né su CONSIP, né sul MEPA, può avvenire, in analogia con quanto previsto per la procedura negoziata finalizzata all’affidamento di beni e servizi il cui importo supera i 40.000 Euro, a seguito della individuazione degli operatori economici selezionati da elenchi ad hoc costituiti, conformemente con le modalità esplicitate dall’art. 36, comma 7, da leggersi coordinatamente con l’art. 216 c. 9 del Codice degli Appalti?2) ovvero, se la scelta del punto che precede non sia ammissibile, si dovrà procedere alla pubblicazione di un avviso sul profilo del Committente, seguendo le regole della procedura negoziata prevista per l’affidamento di Contratti di forniture e servizi per importi superiori ad Euro 40.000?

R. (Massi). Verificare perché gli pneumatici sono sul MEPA nell’ambito dell’iniziativa (bando) mobilità e monitoraggio. In ogni caso le specifiche (proposte di) linee guida non hanno natura vincolante (cfr. parere CdS 1903/2016) ma dovrebbero costituire indicazioni emanate nell’ambito dell’attività di supporto per le SSAA. Sarà la S.A. che dovrà valutare l’opportunità di un eventuale indagine di mercato “formale”, sulla falsariga di quella prevista per le procedure da 40.000 euro in su.

7. Se il Dirigente responsabile del servizio che indice la gara è anche RUP può comunque essere Presidente della commissione di gara nel caso di offerta economicamente più vantaggiosa? Ed in questo caso il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all’esito delle valutazioni dei requisiti di cui parla l’art. 29 può essere una sorta di estratto del verbale firmato dal dirigente stesso e protocollato?

R. (Massi) In base alle indicazioni desumibili dalla proposta di linee guida direi di sì per entrambe le domande; consiglio di prevedere bene il tutto o nella specifica disciplina di gara o in un opportuno regolamento dell'ente (organizzazione uffici e servizi, attività contrattuale, funzionamento dell'ufficio comune o della SUA o della Centrale di committenza, ecc.).

R. (Lucidi) Solo per i contratti sotto soglia è stata prevista, al comma 3 dell'art. 77 del Codice, la possibilità per le stazioni appaltanti di nominare componenti interni della commissione. Il comma, tuttavia, non ha escluso l'applicabilità di tutte le altre previsioni contenute negli artt. 77 e 78. Così, per gli affidamenti sotto soglia, si applica l'art. 78 (e l'art. 77, comma 3) che impone l'iscrizione all'Albo, nonché tutti i commi dell'art. 77, tra i quali il comma 8 che prevede che «il Presidente della commissione giudicatrice è individuato dalla stazione appaltante tra i commissari sorteggiati»; il sorteggio è previsto soltanto nel caso di un elenco di esperti fornito da ANAC attingendo all'Albo. (Vedi linee guida Anac). Pertanto il Dirigente responsabile del servizio dell'ente che svolge le funzioni di Presidente, ai sensi dell'art. 107 del Tuel, deve essere “abilitato” mediante l'iscrizione all'Albo tenuto dall'Anac.

8. Se si deve procedere all'acquisto della versione aggiornata di un software già in possesso, spesa al disotto della soglia dei 40.000,00, posso procedere autonomamente con affidamento diretto?

R. (Massi) vedasi risposta al quesito 2

9. Ma con la procedura ristretta il rischio di contenzioso è più elevato?

R. (Massi) Non è la tipologia di procedura che incide sul rischio di contenzioso e non si ritiene che la scelta tra procedura aperta o ristretta possa essere oggetto di impugnativa.

R. (Lucidi) La procedura ristretta prevede che la gara di appalto si svolga attraverso due fasi: quella della selezione dei concorrenti e quella della presentazione dell'offerta e aggiudicazione. In linea teorica, la procedura bifasica può comportare un rischio di contenzioso più elevato rispetto alla procedura aperta proprio perché presuppone due atti endoprocedimentali che singolarmente possono essere oggetto di impugnativa.

10. @claudio lucidi nel caso di Posizione organizzativa LL.PP. che svolge anche funzione di progettista e collaudatore, lo stesso può svolgere funzione di RUP in gara con la sola esclusione della Commissione di gara?

R. (Massi) Vedi risposta 4

11. E' necessario che l'Ente predisponga un regolamento interno nel quale disciplinare le modalità di scelta dei commissari nel caso di OEV, visto quanto indicato nell'art 77, comma 3 penultimo periodo ed un regolamento (che può essere anche il medesimo), che stabilisca se la verifica dell'ammissibilità degli O.E. sia effettuata dal RUP o da un seggio di gara, lasciando invece alla commissione la verifica delle offerte da un punto di vista tecnico ed economico?

R. (Massi) Le modalità ed i criteri utilizzati per la scelta dei commissari nel periodo transitorio o interni a regime deve essere predeterminato, o con un regolamento ad hoc o nel provvedimento di indizione della procedura. Nello stesso provvedimento (e nella documentazione di gara se riporta la descrizione delle attività previste per le diverse fasi della procedura) e nell'atto di nomina (ordine di servizio o decreto) saranno poi riportate le specifiche attività assegnate a ciascun soggetto/organo.

12. Anche per il collaudo statico vige l'incompatibilità con il progettista e direttore dei lavori

R. (Massi) In forza dell'art. 7 della Legge n. 1086 del 05/11/1971, per tutte le opere metalliche o in cemento armato che assolvono ad una funzione statica deve essere eseguito un collaudo statico da un ingegnere o da un architetto, iscritto all'albo professionale da almeno dieci anni, che non sia intervenuto in alcun modo nella progettazione, direzione ed esecuzione dell'opera.

13. In riferimento alla domanda di compatibilità tra PO./RUP e progettista/collaudatore è da intendersi collaudo amministrativo?

R.(Massi) Incompatibilità prevista dall'art. 102, comma 7 del Codice

14. Le Unioni dei comuni sono già, per loro natura, centrali uniche di committenza oppure necessitano di accreditamento?

R. (Lucidi) Le unioni di comuni a regime dovranno qualificarsi e per operare nel periodo transitorio devono essere iscritte all'AUSA.

15. E' possibile affrontare la coprogettazione per l'affidamento di servizi? In che occasione è applicabile la negoziazione senza bando?

R. (Massi) non si comprende il termine co-progettazione.

16. Nelle strutture in cui è prevista la figura del dirigente, in caso di presidenza di una gara, il ruolo del presidente lo può fare anche una posizione organizzativa, se no qual'è l'art. del codice che lo prescrive? Grazie.

R. (Massi) Se si parla di enti locali l'art. 107 del TUEELL prevede che la presidenza delle gare spetti al dirigente/apicale. L'ANAC apre al RUP per le operazioni preliminari di ammissione/esclusione ma se tale soggetto non è dirigente non può "presiedere" né assumere determinazioni aventi rilevanza esterna.

17. In gara telematica l'AVCPass e' obbligatorio?

R. (Massi) ad oggi vale ancora il comunicato presidente AVCP del 4 maggio 2016 che ribadiva l'attualità della deliberazione 17 febbraio 2016 che a sua volta all'art. 9 rinviava a successiva delibera la determinazione delle modalità di controllo dei requisiti per le gare telematiche o su piattaforme informatizzate. Rimane la possibilità, e non l'obbligo, come per le procedure sotto a 40.000 acquisendo il CIG con il Simog (non smart Cig). Segnalo che la Consip ha implementato il sistema per il sorteggio dei soggetti da sottoporre a controllo ai sensi dell'art. 58, co. 3 del codice.

18. Siamo un comune non capoluogo facciamo parte di una centrale unica di committenza con altro comune. In questa fase transitoria il CIG per una gara di lavori di € 600.000,00 lo dobbiamo prendere come CUC o come singolo comune (essendo iscritti all'AUSA) , ai sensi dell'art.216 comma 10 del Codice

R. (Massi) Di fatto il sistema non pone un blocco (come per i beni e servizi del DPCM sui soggetti aggregatori), consiglio di continuare ad operare come prima

R (Lucidi) il CIG viene rilasciato esclusivamente agli Enti che procedono a indire le gare attraverso una Centrale di Committenza. In tal senso il RUP è tenuto, in sede di compilazione della scheda per il rilascio del CIG per conto del comune di appartenenza, a certificare che il comune stesso fa parte di una centrale di committenza. Tale procedura è applicabile sia per il rilascio del CIG ordinario che dello SMARTCIG.

19. La centrale Unica di committenza e' obbligatoria?

R (Lucidi) L'aggregazione tra i comuni non capoluogo sottoforma di centrale di committenza, è obbligatoria se si intende svolgere delle procedure di acquisto diverse da quelle previste dall'art. 37 comma 1 e dal primo periodo del comma 2.

20. Ai sensi dell'art.97, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, il sorteggio del metodo di individuazione della soglia di anomalia ed il relativo calcolo deve essere effettuato sempre, a prescindere dal numero di concorrenti? grazie

R. (Massi) La norma non è chiara, mentre si ricava indirettamente dal contenuto dell'art. 97, comma 8, ultimo periodo sull'esclusione automatica, che sotto a 10 offerte i sistemi di calcolo (peraltro da integrare perché non coerenti) non funzionano e quindi potrebbero portare a risultati paradossali (tutte anomale, nessuna anomala). Consiglio di definire le scelte nella documentazione di gara, riservandosi, sotto a 10 offerte e in presenza di evidenze, di procedere autonomamente alla determinazione delle offerte da ritenersi anomale.

R. (Lucidi) Il comma 8 del citato art. 97 fa espresso riferimento alle modalità di individuazione della soglia di anomalia di cui al comma 2 nel caso in cui si intende procedere con l'esclusione automatica (che come è noto è esercitabile solo nel caso in cui ci sono almeno 10 offerte ammesse). Il comma 6 stabilisce altresì che "La stazione appaltante in ogni caso può valutare la congruità di ogni offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa". Sulla base di queste considerazioni si ritiene che la stazione appaltante, per l'individuazione della soglia di anomalia deve procedere ai sensi del comma 2, per aggiudicazioni che prevedono l'esclusione automatica (con obbligo di almeno 10 offerte ammesse) ovvero può fare riferimento al medesimo comma nel caso in cui non è prevista l'esclusione automatica con l'avvertenza che è fatta salva la facoltà di procedere

comunque a verifiche di congruità se l'offerta è ritenuta, ad autonomo giudizio, anormalmente bassa. Ciò soprattutto nel caso in cui le offerte ammesse dovessero essere inferiori a 10 e comunque in numero tale da non consentire una ponderata applicazione del comma 2.

21. Per quanto riguarda gli acquisti attraverso il Mepa in caso di procedura negoziata per selezionare gli operatori da invitare occorre comunque prima fare un'indagine di mercato con avviso o è possibile selezionare direttamente gli operatori tra quelli abilitati sul MEPA?

R. (Massi) Nel caso di primo affidamento si può “pescare” abbastanza liberamente, ferma la possibilità di chiedere (con un avviso) a chi è già abilitato di manifestare l'interesse per non rischiare RDO a vuoto: successivamente occorrerà rispettare la rotazione.

22. Quali documenti occorre pubblicare e dove bisogna pubblicarli nell'ipotesi di un contratto di servizi di 1 milione e mezzo (sopra soglia) aggiudicato con procedura negoziata senza bando in quanto "per nuovi servizi consistenti nella ripetizione di servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, conformi al progetto a base di gara oggetto di un primo appalto aggiudicato con procedura aperta pubblicata su GUCE

R. (Massi) Come esito di una negoziata senza bando su GUCE, GURI profilo di committente e sito MIT se non è attivo quello regionale, anche ai fini della pubblicità volontaria e di efficacia del contratto (art. 120, co. 2 Codice Processo Amministrativo). Come provvedimento soggetto agli obblighi di pubblicazione ex art. 29 nell'apposita sezione di Amministrazione trasparente (bandi e contratti).

23. E' possibile avere in futuro degli approfondimenti circa gli affidamenti in concessione del servizio di accertamento e riscossione delle imposte comunali quali TOSAP/ICP? Grazie

R. (Massi) può essere utile preliminarmente la lettura del Comunicato del Presidente ANAC del 22 dicembre 2015 che, nonostante sia volto a determinare gli obblighi di centralizzazione in vigenza del precedente regime contiene utili indicazioni sulla qualificazione del rapporto contrattuale.