

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

Roma, 3 maggio 2011

Circolare n. 169/2011

**AI SIGG.RI PRESIDENTI
CONFSERVIZI MARCHE**

**AL SIG. PRESIDENTE
CONSIGLIO NAZIONALE DEGLI INGEGNERI**

**E A TUTTI GLI ALTRI
ENTI, AZIENDE E SOCIETA'
- LORO SEDI -**

Oggetto:

- 1) **DETERMINAZIONE AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI 6 APRILE 2011, N. 2 – PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI BANDO, EX ART. 122, COMMA 7-BIS, D.LGS. 163/06 E S.M.I.**
- 2) **D.P.C.M. 25 MARZO 2011 – PROROGA DI TERMINI IN SCADENZA.**
- 3) **D.M. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI 31 MARZO 2011 – RILEVAZIONE DEI PREZZI MEDI PER L'ANNO 2009 E DELLE VARIAZIONI PERCENTUALI ANNUALI RELATIVE ALL'ANNO 2010, AI FINI DELLA DETERMINAZIONE DELLA COMPENSAZIONE DEI PREZZI DEI MATERIALI DA COSTRUZIONE.**
- 4) **CIRCOLARE INAIL 24 MARZO 2011, N. 22 – DOCUMENTO UNICO DI REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA.**

* _ * _ * _ * _ * _ *

- 1) **DETERMINAZIONE AUTORITÀ DI VIGILANZA SUI CONTRATTI PUBBLICI 6 APRILE 2011, N. 2 – PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PUBBLICAZIONE DI BANDO, EX ART. 122, COMMA 7-BIS, D.LGS. 163/06 E S.M.I..**

Negli anni 2008-2009, l'A.V.C.P. ha promosso un'indagine sugli affidamenti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rilevando l'incremento notevole del ricorso alla procedura negoziata senza bando per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a 500.000 Euro, ai sensi dell'art. 122 del d.lgs. 163/06.

Dall'analisi effettuata sono emerse una serie di problematiche e difficoltà operative, con particolare riferimento all'utilizzo della procedura negoziata, che hanno indotto l'Autorità, con la determinazione in commento, a fornire indicazioni ed istruzioni relativamente ai seguenti aspetti:

- a) la sussistenza o meno dell'obbligo di motivazione nell'attivazione della procedura;
- b) le regole applicabili alla procedura;
- c) i criteri di selezione delle imprese da invitare alla procedura.

Si ritiene in questa sede opportuno riportare le previsioni più significative della determinazione n. 2/2011.

Innanzitutto, richiamando le specifiche disposizioni contenute agli artt. 122, commi 7 e 7 *bis*, del Codice, l'Organo di Vigilanza ha rivolto particolare attenzione agli appalti di importo inferiore a 100.000 euro, posto che per quelli ricompresi tra 100.000 e 500.000 euro la norma rinvia espressamente alla procedura di cui all'art. 57, comma 6 (previa indagine di mercato ed invito rivolto ad almeno tre operatori economici).

Rispetto, dunque, agli appalti di importo inferiore a 100.000 Euro, l'Autorità ritiene che – ove non sussistono particolari ragioni di urgenza – sia preferibile il ricorso all'art. 57, comma 6, del Codice e, quindi, rivolgere l'invito ad almeno tre operatori economici, nel rispetto dei principi comunitari di trasparenza, concorrenza, rotazione, rispetto alla scelta di affidamento diretto.

In ogni caso, nella delibera a contrarre, oltre a specificare la legittimità della procedura sulla base dell'importo, la S.A. deve fornire una spiegazione delle ragioni che l'hanno indotta a preferire tale procedura, atteso che il dettato normativo esprime al riguardo una possibilità, non certo un obbligo, di utilizzo della procedura negoziata; ciò non significa però che la motivazione deve far riferimento alla sussistenza delle circostanze esplicitate del legislatore negli artt. 56 e 57 del Codice, posto che l'art. 122, comma 7, si riferisce a presupposti diversi.

Per quanto concerne, invece, gli appalti ricompresi tra 100.000 e 500.000 euro, l'art. 122, comma 7-*bis*, rinvia alla procedura di cui all'art. 57, comma 6, del Codice, precisando che l'invito deve essere rivolto ad almeno cinque (e non solo tre) operatori economici.

Orbene, sulla base delle previsioni del citato art. 57, comma 6, la S.A., allo scopo di individuare gli operatori economici da invitare, dovrebbe compiere due operazioni:

- a) definire, desumendole dal mercato, le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa che gli operatori debbono possedere per eseguire la prestazione;
- b) individuare gli operatori economici in possesso di tali requisiti.

La norma dispone che le caratteristiche di qualificazione economico-finanziaria e tecnico-organizzativa, richieste dalla stazione appaltante, coincidano con quelle necessarie per partecipare alle procedure aperte e ristrette; per i lavori, in particolare, occorre far riferimento al possesso della qualificazione SOA.

In secondo luogo, è richiesto alla stazione appaltante di selezionare, dal gruppo degli operatori economici individuati come sopra descritto, almeno cinque soggetti da invitare a presentare un'offerta. Il termine "seleziona" utilizzato dall'articolo in esame, pone il problema di definire la procedura per individuare i soggetti da invitare, nel

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

caso in cui siano presenti sul mercato più operatori economici in possesso delle qualificazioni necessarie o prescritte. La procedura delineata dal combinato disposto dell'articolo 122, comma 7-bis, e dell'articolo 57, comma 6, del Codice si articola in due fasi:

- a) individuazione dei soggetti da invitare al confronto, mediante informazioni desunte dal mercato (indagine o sondaggio di mercato e selezione degli operatori da invitare a presentare offerta);
- b) analisi e valutazione delle offerte presentate dagli operatori economici invitati (gara informale o ufficiosa).

Le due fasi sono distinte: l'indagine di mercato è preordinata esclusivamente a conoscere l'assetto del mercato; quindi, i possibili potenziali offerenti ed il tipo di condizioni contrattuali che essi sono disposti a praticare, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale; la gara informale implica, invece, anche una valutazione comparativa delle offerte, comportando per la stazione appaltante, indipendentemente dalle eventuali regole stabilite in via di autolimitazione, l'obbligo dell'osservanza dei principi di "par condicio" e trasparenza nelle lettere di invito. La norma dispone, poi, che i soggetti selezionati vengano invitati a formulare un'offerta: la relativa lettera di invito deve contenere le informazioni sugli elementi essenziali della prestazione e sul criterio di valutazione dell'offerta. E', quindi, posto in capo alla stazione appaltante l'obbligo di definire, specificamente e preventivamente, i criteri di selezione ed i livelli minimi di capacità richiesti, nonché di individuare gli operatori cui inviare la lettera di invito a presentare l'offerta.

Il procedimento può essere così schematizzato:

1. determina a contrarre
2. ricerca di mercato
3. selezione degli operatori da invitare
4. invio lettere d'invito
5. presentazione delle offerte
6. scelta del miglior contraente, sulla base dei criteri di valutazione dell'offerta indicati nella lettera di invito.

Non esiste, poi, una definizione normativa di "indagine di mercato". Pertanto, per quanto riguarda le modalità di svolgimento, occorre stabilire se la stessa debba essere effettuata previo avviso o con altre modalità, quali ad esempio, nel caso dei lavori, la consultazione sul sito dell'Autorità dell'elenco delle imprese in possesso di idonea qualificazione in relazione all'affidamento, sempre tenendo presente i criteri generali (es. rotazione). Sulla base del principio di trasparenza - che è parte integrante della procedura - si ritiene innanzitutto che, in linea di massima, la stazione appaltante non possa individuare i cinque operatori richiesti come minimo dall'articolo 122, comma 7-bis del Codice, nonché dall'articolo 125 del Codice, per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture, effettuati tramite cottimo fiduciario, con modalità "chiuse" rispetto al mercato.

La stazione appaltante deve in ogni caso esplicitare nella determina a contrarre i criteri che saranno utilizzati per l'individuazione delle imprese da invitare; in caso di avviso preventivo, detti criteri devono essere specificati nello stesso.

Nomos Appalti

Consulenza legale agli Enti Locali

A titolo indicativo, possono essere utilizzati come criteri, ad esempio, le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I, 6 novembre 2009, n. 700), l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico. Il principio di trasparenza impone, però, di fornire, a chi vi abbia interesse e ne faccia richiesta, informazioni sulla procedura, sì da consentire la presentazione di eventuali richieste di invito alla gara informale. Parimenti, ai fini del rispetto dei principi di trasparenza e di rotazione, si considera necessaria la pubblicazione del cosiddetto avviso di *post-informazione*, contenente i dati dei soggetti aggiudicatari degli affidamenti (cfr. art. 331, d.P.R. 207/10).

In caso di pubblicazione di avviso preventivo, vanno preferiti quegli strumenti che consentono di adeguare la pubblicità all'importanza dell'appalto per il mercato interno, utilizzando come parametri il valore effettivo della commessa e la sua "appetibilità" per i potenziali concorrenti. Quanto ai contenuti dell'avviso, lo stesso deve indicare, come minimo, una succinta descrizione degli elementi essenziali dell'appalto e della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata da un invito a prender contatto, se interessati, con la stazione appaltante.

La determinazione delle misure di pubblicità adeguate a veicolare l'informazione presso il mercato di riferimento può essere facilmente parametrata o comparata a quella definita dall'articolo 122, comma 5, penultimo periodo del Codice per le procedure ordinarie (aperte e ristrette) per l'aggiudicazione di appalti pubblici di lavori il cui importo non sia superiore a 500.000 euro; tale disposizione, infatti, prevede che la stazione appaltante informi i potenziali competitori con la pubblicazione del bando di gara all'albo pretorio della stessa e del Comune nel quale devono essere eseguiti i lavori. Altro mezzo che si può considerare adatto allo scopo è la pubblicazione dell'avviso sul sito internet della stazione appaltante. Le stazioni appaltanti possono comunque impostare forme di verifica della disponibilità degli operatori economici con riferimento a più appalti aggiudicabili entro un determinato periodo (indagini di mercato periodiche), al fine di ottimizzare le tempistiche di svolgimento delle gare informali e le procedure di riscontro dei requisiti.

Altro strumento di cui l'amministrazione può valersi, allo scopo di effettuare indagini di mercato, non riferite ad un singolo affidamento, è rappresentato dalla predisposizione di "*elenchi aperti di operatori economici*".

Gli elenchi a cui si fa riferimento devono presentare caratteristiche tali da renderli compatibili con la normativa nazionale e comunitaria: gli elenchi in commento devono, quindi, essere aperti al mercato. Pertanto, in primo luogo, occorre pubblicizzare adeguatamente la volontà dell'amministrazione di realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare mediante la pubblicazione di un avviso reso conoscibile secondo modalità idonee, quali la pubblicazione sul profilo di committente e sui siti informatici previsti dall'articolo 66, comma 7, del Codice (sito Ministero Infrastrutture e sito Osservatorio); in secondo luogo, occorre consentire a tutti gli operatori interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali; in terzo luogo, è necessario prevedere dei meccanismi volti

ad assicurare l'aggiornamento periodico, almeno semestrale, degli elenchi. Inoltre, occorre prevedere i criteri per la selezione delle imprese da invitare.

A tale riguardo, l'Autorità suggerisce di prendere a modello la disciplina degli elenchi previsti dall'articolo 267 del Regolamento per l'affidamento dei servizi di ingegneria ed architettura, il cui valore economico sia inferiore a 100.000 euro; tale articolo dispone che la stazione appaltante per l'individuazione dei soggetti da invitare alla gara può avvalersi di un apposito elenco, in ogni caso rispettando il criterio di rotazione. Inoltre, risultano indicate nell'articolo in commento le forme di pubblicità che l'avviso dell'istituzione dell'elenco deve avere ed il contenuto minimo dell'avviso stesso, tra cui figurano anche le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare. Va sottolineato, infine che, per i lavori, l'elenco deve essere costruito sulla base delle categorie generali e specializzate del sistema di qualificazione e in base alla domanda di iscrizione nell'elenco degli operatori economici (con idoneità individuale, con idoneità plurisoggettiva o con sede in altri Stati membri dell'Unione Europea) corredate dall'attestazione/i di qualificazione o in modo che, con semplici procedure informatiche, si possa disporre della lista degli operatori economici in possesso delle qualificazioni e classifiche necessarie per l'esecuzione dei lavori.

Per quanto riguarda invece lo svolgimento della gara informale, essendo il valore di riferimento inferiore alla soglia comunitaria, risulta applicabile l'articolo 122, comma 6, lett. d), del Codice, il quale stabilisce che, per le procedure negoziate senza previa pubblicazione di bando, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70, termine che, ove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a dieci giorni dalla data di invio dell'invito. Peraltro, è opportuno rilevare come la gara informale, proprio perché procedura selettiva organizzata nel rispetto dei principi dell'ordinamento comunitario, debba essere sviluppata seguendo gli standard operativi comuni per lo svolgimento delle operazioni di gara.

L'articolo 57, comma 6, prevede che gli operatori economici selezionati vengano contemporaneamente invitati a presentare le offerte oggetto della negoziazione con lettera contenente gli elementi essenziali della prestazione richiesta.

La lettera di invito alla gara informale deve riportare i contenuti tipici del bando di cui all'articolo 64 e all'allegato IXA del Codice. La forma prescelta è rimessa alla stazione appaltante. Deve essere, fra l'altro, precisato, ove non specificato nell'avviso di costituzione dell'elenco, che verrà applicato il principio di rotazione (regolante la gestione dei futuri percorsi selettivi in forma derogatoria, secondo quanto espressamente previsto dall'articolo 57, comma 6, del Codice dei contratti pubblici) e che, pertanto, il soggetto che risulterà affidatario dei lavori non sarà invitato alle gare indette successivamente con la stessa procedura o a gare con procedure in economia nell'arco di un certo periodo di tempo.

L'individuazione delle imprese cui inviare le lettere di invito deve avvenire secondo i criteri generali stabiliti nella determina a contrarre o nell'eventuale avviso preventivo. Per quanto riguarda inoltre la verifica delle offerte anomale, si ritiene che in ogni caso trovi applicazione il principio di cui all'articolo 86, comma 3, del Codice, con cui l'amministrazione può tutelarsi valutando la congruità di ogni offerta che, sulla base di elementi specifici, appaia anormalmente bassa; anche tale elemento va citato nella

lettera di invito. Inoltre, prima della stipula del contratto con l'aggiudicatario, occorre procedere alla verifica del possesso dei requisiti generali e speciali.

Infine, anche per le procedure negoziate, il contratto non può essere stipulato prima di 35 giorni dalla comunicazione dell'aggiudicazione. Tuttavia, è possibile procedere all'esecuzione d'urgenza ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del Codice. Si segnala in proposito un recente orientamento della giurisprudenza amministrativa, secondo cui la violazione della clausola di *standstill*, ex articolo 11, comma 10, del Codice, in sé considerata e cioè senza che concorrano vizi propri dell'aggiudicazione, non comporta l'annullamento dell'aggiudicazione o l'inefficacia del contratto (cfr. TAR Calabria, Sez. I, 20 ottobre 2010, n. 942).

2) D.P.C.M. 25 MARZO 2011 – PROROGA DI TERMINI IN SCADENZA.

Sulla G.U.R.I. n. 74 del 31 marzo u.s. è stato pubblicato il Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri che proroga al 31 dicembre 2011 le disposizioni transitorie previste all'art. 253, commi 9-bis e 15-bis, d.lgs. 163/06, già prorogate al 31 marzo u.s. dalla legge n. 10/2011 (c.d. "Milleproroghe" – cfr. circ. n. 165/11).

Si tratta - come è noto - delle disposizioni che consentono alle imprese e ai professionisti di utilizzare un periodo di dieci anni, anziché cinque, per la dimostrazione dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi necessari per l'Attestazione SOA e per la partecipazione alle gare.

Pertanto, sino al 31 dicembre p.v. le imprese potranno dimostrare il requisito della cifra d'affari, quello dell'adeguata dotazione di attrezzature tecniche e quello dell'adeguato organico, facendo riferimento ai migliori cinque anni del decennio antecedente la data di sottoscrizione del contratto con la SOA per il conseguimento della qualificazione; a tutto il decennio antecedente la data di detta sottoscrizione, per comprovare il requisito di idoneità tecnica mediante i lavori eseguiti fino al 31 dicembre 2010 (importo complessivo e importi unitari dei lavori realizzati in ciascuna categoria oggetto della richiesta). Analogamente, i progettisti potranno dimostrare i requisiti di capacità tecnico-professionali ed economico-finanziari, riferendosi ai migliori tre anni del quinquennio antecedente la data di pubblicazione del bando di gara (o ai migliori cinque anni del decennio).

3) D.M. INFRASTRUTTURE E TRASPORTI 31 MARZO 2011 – RILEVAZIONE DEI PREZZI MEDI PER L'ANNO 2009 E DELLE VARIAZIONI PERCENTUALI ANNUALI RELATIVE ALL'ANNO 2010, AI FINI DELLA DETERMINAZIONE DELLA COMPENSAZIONE DEI PREZZI DEI MATERIALI DA COSTRUZIONE.

Sulla G.U.R.I. n. 89 del 18 aprile u.s. è stato pubblicato il Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti del 31 marzo 2011 con il quale, ai sensi dell'art. 133, comma 6, del Codice, il Ministero ha individuato le variazioni percentuali annuali relative all'anno 2010 dei singoli prezzi dei materiali da costruzione più significativi, ai fini della determinazione delle relative compensazioni.

In particolare, con il d.m. in oggetto, il Dicastero ha rilevato che i prezzi dei materiali da costruzione più significativi dell'anno 2010, rispetto all'anno 2009, non hanno subito variazioni percentuali, in aumento od in diminuzione, superiori al 10%.

4) CIRCOLARE INAIL 24 MARZO 2011, N. 22 – DOCUMENTO UNICO DI REGOLARITÀ CONTRIBUTIVA.

L'Istituto previdenziale ha fornito un *vademecum* in cui sono state riepilogate le principali disposizioni del d.P.R. 207/10 (Regolamento attuativo del Codice dei contratti) riguardanti il D.U.R.C..

Con la circolare n. 22/2011 l'Ente pubblico ha, innanzitutto, confermato che la regolarità contributiva, ai sensi dell'art. 6 del Regolamento, si riferisce a tutti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture e, pertanto, il DURC deve essere richiesto per ogni contratto pubblico, anche nel caso di acquisti in economia o di modesta entità.

In conformità alle previsioni di cui all'art. 6, comma 3, d.P.R. 207, il DURC va acquisito:

a) per la verifica della dichiarazione sostitutiva relativa al requisito di cui all'articolo 38, comma 1, lettera i), del Codice in ordine all'assenza di "violazioni gravi, definitivamente accertate, alle norme in materia di contributi previdenziali e assistenziali";

b) per l'aggiudicazione definitiva del contratto, ai sensi dell'articolo 11, comma 8, del Codice, secondo cui "l'aggiudicazione definitiva diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti";

c) per la stipula del contratto;

d) per il pagamento degli stati avanzamento lavori (SAL) o delle prestazioni relative a servizi e forniture (fatture);

e) per il certificato di collaudo, il certificato di regolare esecuzione, il certificato di verifica di conformità, l'attestazione di regolare esecuzione, il pagamento del saldo finale.

Per quanto riguarda l'attestazione della regolarità, si applica il criterio dello "scostamento non grave" che si realizza, con riferimento a ciascun periodo di contribuzione, quando la differenza tra il dovuto e il versato è inferiore o pari al 5% (ancorché complessivamente superiore ai 100 euro) oppure è superiore al 5% ma il debito complessivo è inferiore ai 100 euro. L'applicazione di detto criterio esclude ogni possibilità di regolarizzazione qualora, invece, lo scostamento sia "grave" in base ai succitati parametri (cfr. d.m. Lavoro 24 ottobre 2007).

La tipologia di richiesta "aggiudicazione/partecipazione a gara" deve invece essere utilizzata dalla stazione appaltante per richiedere il DURC solo nell'ipotesi in cui siano trascorsi più di tre mesi dal DURC precedentemente emesso per "verifica dell'autodichiarazione" (cfr. Determinazione A.V.C.P. n. 1/2010).

La situazione contributiva del soggetto, infatti, sebbene sia stata già oggetto di verifica, dovrà essere nuovamente esaminata poiché il DURC precedentemente emesso ha cessato il suo periodo di validità.

Ciò comporta che la regolarità deve essere accertata alla data di conclusione dell'istruttoria, divenendo irrilevante la data eventualmente indicata nella richiesta.

Pertanto, qualora in fase istruttoria si accertino inadempienze contributive, il soggetto deve essere invitato a regolarizzare la propria posizione contributiva, qualunque sia l'entità dell'irregolarità, in quanto non si applica il criterio dello "scostamento non grave", previsto in caso di dichiarazione sostitutiva, al fine di non escludere un concorrente per "lievi" irregolarità.

Come è noto, inoltre, le stazioni appaltanti pubbliche devono acquisire d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva (DURC) dagli istituti o dagli enti abilitati al rilascio in tutti i casi in cui è richiesto dalla legge, ai sensi dell'art. 16-bis, comma 10, del d.l. n. 185/09, convertito con modificazioni dalla legge n. 2/09.

Per questi soggetti, INAIL, INPS e Casse edili rilasciano l'abilitazione per l'accesso al servizio *on-line* dopo aver verificato che il richiedente sia una delle amministrazioni aggiudicatrici suindicate.

Nei confronti dei soggetti diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, invece, il regolamento dispone che il DURC può essere prodotto direttamente dagli operatori economici.

Pertanto, le imprese pubbliche, che non sono amministrazioni aggiudicatrici, non sono tenute ad acquisire d'ufficio il DURC, ma, avendone comunque facoltà in quanto stazioni appaltanti, possono richiedere l'utenza di accesso alla procedura, la quale sarà rilasciata solo ove dimostrino il possesso dei requisiti di cui all'art. 3, comma 28, del Codice.

La Circolare contiene anche le nuove istruzioni per il rilascio *on-line* del certificato.

Il software (www.sportellounicoprevidenziale.it) presenta un aspetto grafico nuovo, che consente di verificare la provenienza e la conformità del documento cartaceo in possesso degli utenti (e quindi la autenticità).

Il testo della circolare INAIL è consultabile sul sito della Nomos Appalti alla voce "Articoli".

* _ * _ * _ * _ * _ *

L'occasione è gradita per porgere cordiali saluti.

Avv. Francesco Lilli
(responsabile del servizio)

