



Regione Toscana



RISPOSTE AI QUESITI

ANNO 2022



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

Anno 2022

Regione Toscana Giunta Regionale
Direzione generale della Giunta regionale

Settore Contratti - Osservatorio sui contratti pubblici

Ulteriore documentazione è reperibile all'indirizzo:

<http://www.regione.toscana.it/-/supporto-agli-operatori-pubblici-in-materia-di-contratti-pubblici>

Giunta regionale - marzo 2023

INDICE

Generali

- 1) Revoca aggiudicazione e incentivi ex art. 113 Codice Contratti pag. 4
- 2) Art. 183 Codice Contratti. Project. Requisiti concessionario pag. 9

Lavori pubblici

- 3) Modifica progetto. Finanziamento PNRR. Art. 26 D.L. Aiuti pag. 12
- 4) Beni Culturali. Art 148 c. 6 Codice Contratti. Criterio aggiudicazione pag. 15
- 5) OEPV art 95 c.14 bis Codice – opere aggiuntive pag. 18

Servizi e Forniture

- 6) Impianto sportivo con rilevanza economica– affidamento gestione pag. 21

Generali

QUESITO n. 1)

Revoca aggiudicazione e incentivi ex art. 113 Codice Contratti

Con determinazione n del il Comune di ... ha provveduto ad aggiudicare definitivamente i lavori di adeguamento statico della scuola primaria al Raggruppamento Temporaneo verticale non costituito

A seguito dell'iniziale richiesta di documentazione per la stipulazione del contratto nonché di un successivo sollecito rimasti inevasi, con nota del 28/02/2022 la capogruppo/mandataria, per conto della suddetta forma raggruppata, ha comunicato l'intenzione di non procedere alla stipulazione del contratto dei lavori di cui trattasi, sostenendo, tra l'altro, la volontà di "sciogliersi da ogni vincolo" in quanto sarebbe decorso infruttuosamente il termine di 60 giorni di cui all'art. 32, c. 8, primo periodo, D.Lgs. n. 50/2016.

Con nota del ... questo Ente, in risposta alla comunicazione di cui al precedente capoverso, ha indicato che, essendosi conseguita l'efficacia dell'aggiudicazione definitiva ai sensi dell'art. 32, c. 7, D.Lgs. n. 50/2016 in data 25/1/2022, in realtà il predetto termine di 60 giorni risulta tuttora in essere, specificando conseguentemente che l'intenzione di non stipulare il contratto è ascrivibile esclusivamente a fatto riconducibile all'aggiudicatario; pertanto è stata attivata la revoca dell'aggiudicazione definitiva, attualmente in corso.

Con nota del 2/3/2022 è stata richiesta al R.T.I., in qualità di secondo classificato nonché unico ulteriore partecipante nell'ambito della procedura di gara relativa alle opere in parola, la disponibilità a subentrare nell'aggiudicazione definitiva ed a stipulare il contratto.

Con propria nota del 7/3/2022 quest'ultimo Raggruppamento Temporaneo, in risposta alla richiesta di questo Ente, ha comunicato l'impossibilità del subentro nell'aggiudicazione e della sottoscrizione del contratto a causa di impegni assunti a seguito dell'esito della gara.

A fronte di quanto descritto nei 2 capoversi che precedono:

- si chiede se a parere di codesto Osservatorio, in vigore del periodo di validità della propria offerta ai sensi dell'art. 32, c. 4, secondo periodo, D.Lgs. n. 50/2016 (attualmente in corso), il secondo classificato sia obbligato o meno a subentrare nell'aggiudicazione definitiva dei lavori ed a stipulare il relativo contratto.
- Si chiede altresì se a parere di codesto Osservatorio, qualora venga attivata una nuova procedura di scelta del contraente in merito ai predetti lavori, in caso di ripetizione della gara spetti nuovamente l'incentivo per funzioni tecniche (che relativamente alla quota di cui all'art. 113, c. 3, D.Lgs. n. 50/2016, comprensiva nel caso specifico di quella di cui al successivo comma 5, è già stata parzialmente liquidata e contestualmente impegnata per il residuo).

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, si conferma che nelle circostanze fattuali da voi descritte viene in considerazione la revoca dell'aggiudicazione per l'aggiudicatario, e segnatamente per fatto imputabile allo stesso come anche da voi indicato. Per individuare i casi di legittimo esercizio del potere di revoca da parte della stazione appaltante appare utile richiamare l'interpretazione fornita da Anac e dalla giurisprudenza, che riconoscono tale legittimità ogniqualvolta la condotta dell'aggiudicatario non fornisca garanzie di affidabilità come ad esempio quando l'affidatario, a fronte di richieste documentali ricevute, non collabori alla stipula del contratto (ad esempio, ometta di consegnare alla stazione appaltante la documentazione necessaria per la stipula nei termini previsti). Pertanto, nel caso da voi descritto la

particolare connotazione di "revoca – sanzione" risulta giustificata da condotte scorrette del privato beneficiario di precedente provvedimento favorevole dell'amministrazione (Cons. Stato, 11/1/2018, n. 120), determinando la conseguente escussione della garanzia provvisoria nonché la trasmissione del provvedimento all'ANAC per la necessaria segnalazione. A tale riguardo si ricorda che ai sensi dell'art. 1 del DL 76/2020, convertito con L. n. 120/2020, "la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso (..) qualora imputabili all'operatore economico costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto".

Quesito n. 1)

Ciò posto, relativamente al primo quesito posto, ovvero se il secondo classificato sia obbligato o meno a subentrare nell'aggiudicazione definitiva dei lavori ed a stipulare il relativo contratto, occorre considerare il periodo di validità dell'offerta (art 32 c.4) nonché della garanzia provvisoria e dell'impegno al rilascio della garanzia definitiva. Secondo consolidata interpretazione giurisprudenziale (soprattutto riferita all'omologo art. 11, comma 6, del previgente d.lgs. n. 163/2006), la *ratio* della norma (art. 32 comma 4) è quella di mantenere ferma l'offerta per tutto il periodo di presumibile durata della gara (Consiglio di Stato, 25 febbraio 2013 n. 1169) e il termine di validità dell'offerta è configurabile come durata del vincolo di irrevocabilità dell'offerta (Consiglio di Stato, 11 agosto 2015, n. 613), che va quindi considerata alla stregua di una proposta irrevocabile ai sensi dell'art. 1329 c.c. (TAR Trentino-Alto Adige, Trento, 11 giugno 2014 n. 230). Pertanto, se si ricade nel periodo di validità dell'offerta e della cauzione, in caso di rifiuto da parte dell'operatore economico la stazione appaltante procede all'incameramento della cauzione ed allo scorrimento della graduatoria. In caso in cui non sia invece possibile lo scorrimento, sarà necessario procedere ad effettuare un nuovo affidamento.

In sostanza se, al termine della procedura il rapporto obbligatorio non può essere instaurato con la stazione appaltante a causa dell'aggiudicatario,

l'ordinamento ha previsto una forma di risarcimento, già pre-quantificato, equivalente alla cauzione provvisoria. La garanzia copre la mancata sottoscrizione del contratto, dopo l'aggiudicazione, dovuta ad "ogni fatto riconducibile all'affidatario". L'incameramento è conseguenza automatica del provvedimento di esclusione, e, come tale, non è suscettibile di valutazioni discrezionali, da parte dell'amministrazione (CdS sez. V, sent. 06.04.2020, n. 2264).

Diversamente nel caso in cui invece i suddetti termini di validità siano decorsi. Infatti, una delle funzioni del termine di validità dell'offerta è quella di garantire all'impresa aggiudicataria, una volta scaduto, di poter esercitare una sorta di diritto di recesso dal rapporto con la stazione appaltante senza alcuna sanzione mentre l'amministrazione procedente, a seguito del decorso del termine anzidetto, non perde ogni potere, ma anzi può ed è tenuta a verificare la possibilità di stipulare il contratto con l'operatore economico se ancora ne ricorrono i presupposti di legge e se quest'ultimo ancora ne sia intenzionato o, in caso contrario, ad aggiudicare ad altri. "La sopravvenuta scadenza del termine di validità dell'offerta a seguito dell'eccessivo prolungamento delle operazioni di gara consente all'aggiudicatario la scelta di disimpegnarsi da ogni vincolo negoziale senza incorrere in alcuna sanzione. In sostanza, è riservata all'aggiudicatario, nell'ambito della sue autonome determinazioni imprenditoriali, la scelta se confermare la sua offerta ormai scaduta, addivenendo alla stipula, ovvero esercitare il suo diritto di recesso dalla fase della stipula." (TAR Napoli, 14.01.2019 n. 201).

Il portato della norma, dunque, "non presuppone un'ipotesi di decadenza *ex lege* dell'offerta decorso il relativo termine, consentendo all'offerente, con atto espresso, di potersi svincolare dalla stessa prima dell'approvazione dell'aggiudicazione definitiva" (TAR Roma, 26.04.2019 n. 5302).

Quesito n. 2)

Relativamente al secondo quesito posto, si ricorda che l'incentivo non deriva dall'applicazione del contratto collettivo nazionale del lavoro (CCNL) ma direttamente dalla legge in deroga al principio della onnicomprensività della retribuzione ordinaria, ed è correlato allo svolgimento di specifiche e tassative

attività definite dall'art. 113: risulta pertanto evidente che l'erogazione degli incentivi è strettamente connessa alla realizzazione dell'opera. L'erogazione avviene sulla base di apposito regolamento adottato da ciascuna Amministrazione secondo i rispettivi ordinamenti, anche in funzione del ciclo di vita dell'intervento (singola opera o lavoro a fronte di eventuali incrementi dei tempi o dei costi non conformi al Codice dei contratti pubblici), e si rimanda allo schema di regolamento Itaca recante "Disciplina per la corresponsione degli incentivi per le funzioni tecniche previsti dall'art. 113 del d.lgs. n. 50/2016" approvato il 26 luglio 2018 dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome, secondo cui gli incentivi relativi alla fase di programmazione, verifica della progettazione e affidamento sono erogati successivamente alla stipula del contratto in conformità alle posizioni espresse da ANAC e dalla Corte dei Conti.

A tale riguardo si richiama (ex multis) la deliberazione della Corte dei Conti della regione Campania, n. 16/2020, secondo cui il momento della liquidazione non può che riguardare la conclusione dei lavori/prestazione delle forniture/servizi, considerato che è in relazione a questa fase che andranno verificate eventuali penalità per ritardi che determinano una riduzione dell'incentivo (secondo le disposizioni stabilite nel regolamento interno). In tal senso la deliberazione n. 43/2021 Corte dei Conti, sez. reg. Emilia Romagna, con cui il collegio ha chiarito che il diritto all'erogazione può essere azionato solo nel momento in cui si addivene "al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto nel rispetto dei costi e dei tempi prestabiliti". La delibera prosegue annotando che "le spese in questione afferiscono ad un appalto, la tempistica per l'adozione dei relativi impegni di spesa non può che seguire lo sviluppo del servizio oggetto dell'affidamento nel cui ambito viene svolta l'attività per la quale è riconosciuto l'incentivo. La scadenza di ogni obbligazione, pertanto, andrà individuata nel momento in cui, secondo lo sviluppo temporale dell'appalto, si prevede che la singola attività sarà conclusa, con conseguente diritto del dipendente di esigere il pagamento dell'incentivo a fronte della prestazione eseguita". Tale condizione, conclude la sezione, "subordina necessariamente

l'erogazione dell'incentivo al completamento dell'opera o all'esecuzione della fornitura o del servizio oggetto dell'appalto nel rispetto dei costi e dei tempi prestabiliti".

Ciò posto, per il quesito n. 2, in primo luogo, la stazione appaltante deve attenersi allo specifico regolamento interno adottato. In secondo luogo, qualora il quadro economico resti invariato, si suggerisce in via prudenziale il rispetto dei principi espressi in materia dalla magistratura contabile.

QUESITO n. 2)

Art. 183 Codice Contratti. Project. Requisiti concessionario

L'art. 183 del D. Lgs. 50/2016 stabilisce che nel projet financig, l'operatore economico deve essere in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'art. 80.

I requisiti dei concessionari sono dettagliatamente elencati all'art. 95 del D.P.R. 207/2010.

Il comma 3 del suddetto articolo 95 prevede che il concessionario che non esegue direttamente i lavori non deve essere qualificato secondo quanto previsto per l'esecuzione dei lavori pubblici.

Si richiede se anche nel "projet financing" è ammesso un operatore che non esegua direttamente i lavori e quindi non qualificato e in caso affermativo, si chiede, in quale momento deve essere espletata la verifica dei requisiti dell'esecutore dei lavori

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 tema in oggetto occorre procedere ad una breve disamina delle disposizioni di riferimento. La finanza di progetto è disciplinata dall'art. 183 e segg. del d.lgs. n. 50/2016 e rientra nel Partenariato Pubblico Privato. Come si ricava dal comma 8 dello stesso art. 183, "alla procedura sono

ammessi solo i soggetti in possesso dei requisiti per i concessionari, anche associando o consorziando altri soggetti, ferma restando l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80". Ciò vale, in particolare, per i concorrenti compreso il promotore, al fine di presentare una proposta ai sensi del comma 15 dello stesso art 183.

L'art. 95 del d.P.R. n. 207/2010 (recante il regolamento attuativo del previgente Codice dei contratti pubblici, a tutt'oggi applicabile ex art 216 comma 14 del d. lgs n. 50/2016) al comma 1 prevede che i soggetti che intendono partecipare alle gare per l'affidamento di concessione di lavori pubblici, se eseguono i lavori con la propria organizzazione di impresa, devono essere qualificati secondo quanto previsto dall'articolo 40 (Qualificazione per eseguire lavori pubblici) del d.lgs 163/2006 e dall'articolo 79, comma 7, del presente regolamento, con riferimento ai lavori direttamente eseguiti ed essere in possesso degli ulteriori requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi ivi elencati, mentre il comma 3 (dello stesso articolo 95) specifica che "se il concessionario non esegue direttamente i lavori oggetto della concessione, deve essere in possesso esclusivamente degli ulteriori requisiti di cui al comma 1, lettere a), b), c) e d)." L'art. 96 del D.P.R. 10 ottobre 2010, n. 207 (applicabile ai sensi dell'art. 216, comma 14 del d.lgs. n. 50 de 2016) stabilisce che "al fine di ottenere l'affidamento della concessione, il proponente, al momento dell'indizione delle procedure di gara di cui all'articolo 153 del codice, deve comunque possedere, anche associando o consorziando altri soggetti, i requisiti previsti dall'articolo 95".

Quesito 1. Dalla lettura coordinata delle suddette disposizioni, si ricava che sono ammessi alla procedure, e possono presentare una proposta di cui al comma 15 dell'art. 183 del Codice, gli operatori economici in possesso dei requisiti per i concessionari. Pertanto è ammesso anche un operatore che non esegua direttamente i lavori ma comunque deve possedere i requisiti di cui all'art. 95 comma 3 del D.P.R. n. 207/2010, anche associando o consorziando altri soggetti. Fermo restando l'assenza di motivi di esclusione di cui all'art. 80 del Codice. Come precisato dal Consiglio di Stato, sez. V, 10.08.2021 n. 5840, la norma di cui all'art. 96 del d.P.R. n. 207 del 2010 "è chiara nell'indicare nel

“proponente” – e non in altri – il soggetto che deve possedere in proprio i requisiti di partecipazione alla gara, ex art. 95 d.lgs. n. 50 del 2016. Tale previsione risponde ad un principio elementare di coerenza sistemica: la verifica dei requisiti tecnici di partecipazione ad una gara non può che riguardare i soggetti giuridici che prendono parte alla gara stessa, non certo terzi rimasti ad essa estranei (non avendo presentato offerte)”.

Quesito 2: Come indicato da ANAC nella delibera n. 295 del 13 aprile 2021, in una procedura di Project financing la verifica del possesso dei requisiti del proponente, anche ai fini dell’attribuzione della qualifica di promotore, deve essere espletata prima dell’approvazione della proposta. La valutazione della sussistenza dei requisiti del promotore dovrà essere effettuata in concreto sulla scorta dell’oggetto del progetto proposto, delle sue specifiche, dell’annesso piano economico-finanziario allegato alla proposta presentata. Infine Anac nella delibera n. 18 del 7 gennaio 2021 precisa che anche con riferimento ad un contratto di project financing “i requisiti generali e speciali, oggetto di verifica durante la fase di affidamento, devono permanere inalterati nel corso della fase di esecuzione, anche in occasione di eventuali modifiche soggettive *medio tempore* intervenute”.

LAVORI

QUESITO n. 3) Modifica progetto. Finanziamento PNRR. Art. 26 D.L. Aiuti

Con deliberazione della Giunta Comunale di questo Ente del ... è stato approvato il progetto definitivo/esecutivo dei lavori di messa in sicurezza del terrapieno a sostegno dell'area circostante con ripristino del corretto deflusso delle acque meteoriche, finanziati con contributo concesso, ai sensi dell'art. 1, c. da 139 a 148, Legge n. 145/2018 e s.m.i., con Decreto Interministeriale del Capo del Dipartimento per gli Affari Interni e Territoriali del Ministero dell'Interno e del Capo del Dipartimento della Ragioneria Generale dello Stato del Ministero dell'Economia e delle Finanze in data 23/02/2021, le cui risorse finanziarie sono successivamente confluite, limitatamente alla graduatoria per l'anno 2021, nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza (PNRR). Tale livello progettuale è stato redatto sulla base dei prezzi unitari in quel momento in vigore per la tipologia dei corrispondenti lavori e riferiti al secondo semestre del 2021. Nell'ambito della documentazione di gara non è stata inserita la disciplina della revisione prezzi di cui all'art. 29, D.L. n. 4/2022 poiché la relativa procedura negoziata è stata attivata, ai sensi dell'art. 1, c. 2, lett. b), penultimo periodo, D.L. n. 76/2020, in un periodo antecedente all'entrata in vigore di detto D.L. n. 4/2022.

Con determinazione n. .. del ...si è provveduto all'aggiudicazione definitiva dei predetti lavori. Successivamente l'aggiudicatario, per cause esclusivamente imputabili al medesimo, ha comunicato a questo Ente l'intenzione di non stipulare il contratto per motivazioni che l'Ente ha ritenuto di accettare. Non essendovi stati ulteriori partecipanti nell'ambito dell'originaria gara il Comune deve provvedere all'attivazione di una nuova procedura di scelta del contraente.

Prima di tale fase, dopo un'attenta disamina con il progettista, questo Ente vorrebbe modificare alcuni aspetti tecnici del progetto, nello specifico la quantità di acciaio prevista per specifiche lavorazioni (micropali, cordoli...etc..) sia per ridurre le quantità di acciaio, i cui prezzi allo stato attuale incidono notevolmente sul costo dell'opera, sia per questioni logistiche legate all'utilizzo di mezzi e materiali più leggeri che risolverebbero alcune problematiche riferite all'accesso ad un cantiere che si trova nel pieno centro storico di

A fronte di quanto descritto si chiede se, dovendo modificare alcuni aspetti tecnici (non sostanziali tenuto conto che andremmo a ridurre

solamente le dimensioni dei micropali e quindi le quantità del ferro) il computo metrico che andremmo a modificare:

A. Può mantenere i prezzi unitari dell'anno 2021 con il solo inserimento nel capitolato della clausola di revisione prezzi ai sensi dell'art. 29, D.L. n. 4/2022 e dell'art. 106, c. 1, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016 (tenuto conto dell'inapplicabilità al caso di specie delle ulteriori discipline in materia di revisione prezzi che si riferiscono a contratti già in essere);

OPPURE

B. Deve prevedere PER TUTTE LE VOCI DELLE LAVORAZIONI (non solo per quelle che andremmo a modificare per le motivazioni sopramenzionate) NUOVI PREZZI UNITARI riferiti all'anno in corso 2022, oltre alla clausola di revisione prezzi.

L'ipotesi di cui al punto B) comporterebbe l'insufficienza di risorse finanziarie a parità di entità dei lavori da eseguire e, conseguentemente, una riduzione delle quantità e lavorazioni previste nell'iniziale progetto.

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 tema posto, sulla base di quanto da voi riportato si rileva che la stazione appaltante intende procedere a modificare alcuni aspetti tecnici del progetto e all'attivazione di una nuova procedura di scelta del contraente. Pertanto, il caso da voi prospettato ricade nell'ambito di applicazione dell'articolo 26 del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50 ("Misure urgenti in materia di politiche energetiche nazionali, produttività delle imprese e attrazione degli investimenti, nonché in materia di politiche sociali e di crisi ucraina", detto anche "D.L. Aiuti"), in vigore dallo scorso 18 maggio, articolo che, rubricato "Disposizioni urgenti in materia di appalti pubblici di lavori", introduce delle misure economiche temporanee e straordinarie per far fronte all'eccezionale aumento dei prezzi verificatisi negli scorsi mesi. Infatti per gli appalti ancora da avviare, a partire dal 18 maggio 2022 è necessario procedere alla stima del costo dei prodotti, delle attrezzature e delle lavorazioni con le modalità di cui

ai commi 2 e 3 dell'articolo 26. Al riguardo si segnala che con la delibera di Giunta regionale del 7 giugno 2022 n. 630, concernente "Prime indicazioni per l'aggiornamento dei prezzi degli appalti di lavori pubblici e degli accordi quadro ai sensi dell'art 26 del DL Aiuti", con l'allegato A sono state adottate le indicazioni operative per gli uffici della Giunta per l'applicazione delle misure straordinarie introdotte dall'art. 26 del decreto legge n. 50 del 17 maggio 2022, sia in relazione agli appalti aggiudicati sulla base di offerte i cui termini di presentazione siano scaduti entro il 31 dicembre 2021 e sia agli appalti ancora da avviare a far data dal 18 maggio 2022. Si evidenzia che le indicazioni contenute nell'allegato "A" possono essere prese a riferimento anche dagli Enti locali, e si rimanda alla DGR n. 630/2022 e all'Allegato A per la lettura integrale. In base alle disposizioni di cui all'art. 26 comma 3, quindi per gli appalti da avviare (pubblicazione/invio del bando o trasmissione della lettera d'invito) dopo il 18 maggio e fino alla data di entrata in vigore del Prezzario 2022 - luglio, i relativi progetti devono essere aggiornati per adeguarli al Prezzario 2022 - gennaio, incrementato con le modalità indicate nello stesso comma 3.

Pertanto, riguardo alle soluzioni da voi indicate, per quanto sopra illustrato la soluzione corretta è quella indicata alla lettera B.

Per quanto riguarda il problema delle risorse da voi segnalato, è evidente che l'aggiornamento richiesto dall'art 26 DL.n. 50/2022 potrebbe determinare una maggiore quantificazione della spesa originariamente coperta. Il comma 6 dell'art. 26 del decreto-legge 17 maggio 2022, n. 50 prevede, ordinariamente, che, per far fronte ai maggiori importi di adeguamento dei progetti si può:

- procedere alla rimodulazione delle somme a disposizione e indicate nel quadro economico dell'intervento;
- utilizzare le somme disponibili relative ad altri interventi ultimati di competenza delle medesime stazioni appaltanti e per i quali siano stati eseguiti i relativi collaudi o emessi i certificati di regolare esecuzione, nel rispetto delle procedure contabili della spesa e nei limiti della residua spesa autorizzata disponibile alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero al 18

maggio.

Il successivo comma 7 dell'art. 26 prevede, infine, che, in caso di insufficienza delle risorse di cui al comma 6 per i soli appalti finanziati, in tutto o in parte, con le risorse previste dal PNRR e dal PNC, e quelli in relazione ai quali siano nominati Commissari straordinari ai sensi dell'articolo 4 del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, si possa utilizzare il Fondo previsto dallo stesso comma 7, il "Fondo per l'avvio di opere indifferibili".

QUESITO n. 4) Beni Culturali - Art 148 c. 6 Codice Contratti. Criterio aggiudicazione

L'art. 148, c. 6, secondo periodo, D.Lgs. n. 50/2016, in riferimento agli interventi rientranti nel campo di applicazione della disciplina in materia di Beni Culturali, specifica che "per i lavori di cui al presente Capo, in deroga al disposto dell'articolo 95, comma 4, può essere utilizzato il criterio del minor prezzo per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000 euro". A fronte di ciò si chiede se, secondo il Vs. rispettabile parere, tale disposto normativo debba essere interpretato nel senso che l'implicito obbligo del ricorso all'applicazione del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ipotesi di procedura di gara di importo superiore a detta soglia, alternativamente:

- sussiste per la totalità dei lavori da eseguire su immobili/aree tutelati/e ai sensi del D.Lgs. n. 42/2004, indipendentemente dalle categorie dei lavori ex Allegato A al D.P.R. n. 207/2010 e, quindi, dalla tipologia delle lavorazioni prevalenti;
- sussiste unicamente per lavori di importo complessivo superiore ad € 500.000,00 con categoria prevalente OG2, OS2-A od OS2-B;
- sussiste, a prescindere dall'ammontare totale dei lavori, unicamente qualora l'importo delle lavorazioni ricadenti nelle categorie OG2 e/o OS2-A e/o OS2-B sia complessivamente superiore ad € 500.000,00.

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 alle informazioni da voi fornite, occorre premettere alcune considerazioni di carattere generale. Infatti si ricorda che il decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, recante Codice dei beni culturali e del paesaggio, modificato dalla Legge 18 novembre 2019 n. 132, individua quei beni tutelati che costituiscono il patrimonio paesaggistico e culturale del nostro Paese. Gli appalti che rientrano nel settore dei beni culturali, poi, sono disciplinati nella Parte II, Titolo VI, Capo III (artt. 145 e ss.) del D.lgs. 50/2016 nonché nel Regolamento D.M. 22 agosto 2017 n. 154, che stabilisce i requisiti di qualificazione che le imprese devono possedere per partecipare agli appalti pubblici di lavori sui beni culturali tutelati¹ e relativi alle categorie OG 2, OS 2-A, OS 2-B, OS 24 e OS 25, di cui all'allegato A al decreto del Presidente della Repubblica n. 207 del 2010. La *ratio* della suddetta disciplina "speciale" trova fondamento nella tutela e valorizzazione dei beni culturali, in quanto l'obiettivo primario è quello di ridurre al minimo il rischio di deterioramento di tutti quei beni mobili e immobili elencati agli artt. 10 e ss. del D.lgs. 42/2004. Questo rappresenta il motivo principale per cui il Codice dei contratti pubblici individua una serie di disposizioni *ad hoc* da applicarsi nel caso in cui una stazione appaltante debba effettuare una procedura di gara avente ad oggetto lavori da svolgersi presso determinati edifici, siti, luoghi aventi interesse storico-artistico.

Ciò posto, ai sensi dell'art. 145 del Codice dei contratti si ricava che le disposizioni del capo III dettano la disciplina relativa a contratti pubblici concernenti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo n. 42/2004,

¹) Art. 1. Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento disciplina gli appalti pubblici di lavori riguardanti i beni culturali tutelati ai sensi del decreto legislativo 22 gennaio 2004, n. 42, di seguito indicato come «Codice dei beni culturali e del paesaggio».

2. I lavori di cui al presente regolamento si articolano nelle seguenti tipologie:

a) scavo archeologico, comprese le indagini archeologiche subacquee;

b) monitoraggio, manutenzione e restauro di beni culturali immobili;

c) monitoraggio, manutenzione e restauro dei beni culturali mobili, superfici decorate di beni architettonici e materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico, artistico o archeologico.

mentre ai sensi dell'art. 148 (Affidamento dei contatti) si ricava che i lavori sono appaltati, di norma, a misura e che possono essere affidati con il criterio del minor prezzo qualora di importo dei lavori sia pari o inferiore a 500.000,00 €. In particolare, dai commi 1 e 6 dell'art. 148 si ricava che:

1) la disposizione riguarda i lavori relativi a:

- beni mobili;
- superfici decorate di beni architettonici;
- materiali storicizzati di beni immobili di interesse storico artistico o archeologico;
- scavi archeologici, anche subacquei;
- scavi a ville, parchi e giardini di cui all'articolo 10, comma 4, lettera f) del codice dei beni culturali e del paesaggio.

2) i lavori concernenti le suddette categorie di beni di norma non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali;

3) l'affidamento congiunto è reso necessario solo per motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori, accertate dal responsabile del procedimento e comunque non attinenti la sicurezza dei luoghi di lavoro di cui al decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;

4) è fatto salvo quanto previsto all'articolo 146 sul possesso dei requisiti di qualificazione stabiliti nel presente capo;

5) i lavori sono appaltati di norma a misura;

6) per i lavori di importo pari o inferiore a 500.000€, per l'aggiudicazione può essere utilizzato il criterio del minor prezzo;

7) per i lavori superiori a 500.000€, per l'aggiudicazione deve essere utilizzato il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Come precisato al comma 2 dell'art. 148, in nessun caso le lavorazioni specialistiche di cui al comma 1 possono essere assorbite in altra categoria o essere omesse nell'indicazione delle lavorazioni di cui si compone l'intervento, indipendentemente dall'incidenza percentuale che il valore degli interventi di tipo specialistico assume rispetto all'importo complessivo.

Pertanto, relativamente al quesito posto, sulla base di una lettura coordinata

delle disposizioni sopra richiamate si ricava che per i beni culturali i lavori (afferenti alle categorie OG 2, OS 2-A, OS 2-B, OS 24 e OS 25) di norma non sono affidati congiuntamente a lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali, e pertanto, ai fini dell'obbligo o meno dell'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, occorre fare riferimento all'importo dei lavori relativi alle suddette categorie specialistiche. Il legislatore ha indicato la soglia di 500.000€ come sopra indicato, e quindi: se i lavori sono di importo pari o inferiore, possono essere affidati con il criterio del minor prezzo e, in questo caso, il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa risulta facoltativo, richiedendo la scelta del criterio idonea motivazione; se invece gli stessi lavori risultano di importo superiore, la regola è che devono essere affidati con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Infine, in caso di affidamento congiunto con lavori afferenti ad altre categorie di opere generali e speciali - su motivate ed eccezionali esigenze di coordinamento dei lavori -, per la stima dell'importo dei lavori risulta preferibile la prima ipotesi da voi indicata. Infatti, secondo l'interpretazione prevalente, si ritiene che con il termine "lavori" nel secondo capoverso del comma 6, aggiunto dall'art. 92 del D. Lgs 56/2017, il legislatore abbia inteso riferirsi al valore dell'appalto nel suo complesso.

QUESITO n. 5) art 95 c.14 bis Codice Contratti – divieto di attribuzione di punteggi alle opere aggiuntive

L'art. 95, c. 14-bis, D.Lgs. n. 50/2016 prescrive che "in caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 (cioè con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo), le stazioni appaltanti non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base d'asta".

A fronte di ciò si chiede se, secondo il Vs. rispettabile parere, tale disposto normativo debba essere interpretato nel senso che il relativo divieto si estende sia all'assegnazione di punteggio ad ulteriori opere diverse da quelle previste nel progetto posto a base di gara che a maggiori quantità di lavorazioni previste nel progetto posto a base di gara oppure, come sostenuto dallo scrivente, nel senso che il medesimo divieto è limitato all'assegnazione di punteggio ad ulteriori opere diverse da quelle previste nel progetto posto a base di gara.

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 ricorda che l'art. 95, c. 14 bis del Codice, disponendo il divieto di attribuzione di punteggi per opere aggiuntive rispetto a quelle previste dal progetto a base di gara, risponde alla *ratio* di precludere che l'aggiudicazione possa essere disposta premiando l'offerta di opere estranee rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva. Il Consiglio di Stato, nel parere sulle Linee Guida dell'ANAC riferite alla suddetta norma, ha osservato che "la *ratio* di fondo che ha ispirato *in parte qua* la novella legislativa è piuttosto evidente: si è inteso evitare che, a fronte di procedure indette sulla base del progetto esecutivo (come di regola avviene ai sensi dell'articolo 59 del 'Codice'), l'aggiudicazione possa essere disposta – come per il passato è spesso avvenuto – premiando elementi di carattere avulso rispetto al *proprium* della procedura (e, in particolare, l'offerta di opere aggiuntive rispetto a quelle incluse nella progettazione esecutiva)". Ciò trova conferma nella prevalente giurisprudenza amministrativa (cfr. T.A.R. Catania, 07.12.2021 n. 3693; T.A.R. Veneto, sez. I, 26 agosto 2019, n. 938). Inoltre, recentemente è stato ribadito dal Giudice Amministrativo (Tar Emilia, Romagna, sez. I, 11 febbraio 2020, n. 33) che il suddetto divieto debba essere ritenuto applicabile soltanto alle procedure di aggiudicazione di lavori

pubblici, in quanto il combinato richiamo della parola "opere" e della locuzione "progetto esecutivo a base d'asta" non può non fare riferimento a quanto disposto dall'art. 23 del codice dei contratti pubblici, che prevede soltanto per le procedure di aggiudicazione di lavori la necessità di un'articolazione della progettazione su tre livelli, di cui l'ultimo, appunto, è il livello del progetto esecutivo da porre a base d'asta. La norma pone dunque un limite che deve essere necessariamente circoscritto, anche per il suo contenuto restrittivo della libertà di autodeterminazione delle stazioni appaltanti, al riferimento implicito ma inequivocabile – in termini di contenuto tecnico – alla materia dei lavori pubblici (sul punto da ultimo TAR Parma, 11.02.2020 n. 33 che richiama Consiglio di Stato, sent. n. 8534 del 2019). Pertanto si condivide l'interpretazione da voi indicata nella prima parte del secondo capoverso, precisando che anche l'aumento delle quantità di lavorazioni, qualora comporti la realizzazione di opere non previste nel progetto esecutivo, introduce un elemento estraneo allo stesso progetto esecutivo, posto che la disposizione in questione, nel rivolgersi alla stazione appaltante, preclude l'attribuzione di un apposito punteggio con riferimento alle opere aggiuntive (cfr. T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 5 ottobre 2020, n. 4212).

A tale riguardo inoltre si segnala che, come precisato dal T.A.R. Molise, Campobasso, sez. I, 14 ottobre 2019, n. 340, "per opera aggiuntiva si deve intendere un intervento che modifichi in senso quantitativo e/o qualitativo l'identità strutturale e/o funzionale dell'opera oggetto dell'appalto, con il risultato di falsare il confronto concorrenziale, laddove invece, gli accorgimenti progettuali volti alla valorizzazione ed alla implementazione dell'opera in senso estetico e/o funzionale, che non ne modifichino sostanzialmente identità e dimensioni, devono essere sussunti nel *genus* delle migliorie e/o della varianti, e come tali sono compatibili con il divieto di cui all'art. 95, comma 14 bis, d.lgs. n. 50/2016, purché contenuti nei limiti stabiliti dalla *lex specialis*". Pertanto, le uniche opere aggiuntive non valutabili ai fini dell'attribuzione del punteggio sono quelle che rappresentano un elemento estraneo all'ordinario sviluppo dell'opera per come essa è definita

dall'Amministrazione nella *lex specialis* di gara" (cfr. anche T.A.R. Venezia, Sez. I, 26/08/2019 n. 938).

FORNITURE E SERVIZI

QUESITO n. 6) Impianto sportivo con rilevanza economica- Modalità di affidamento della gestione

Quesito*:

Dobbiamo inquadrare l'affidamento di un impianto sportivo avente rilevanza economica e riteniamo che sia corretto procedere con il modello della concessione di servizi ai sensi dell'art. 164 comma 2 e dell'art. 3 comma 1 lett. vv) del Codice dei Contratti pubblici.

Oltre a ciò però dobbiamo anche dare applicazione all'art. 14 della l.r. 21 del 27/02/2015.

Il dubbio è il seguente: l'applicazione della Legge Regionale esclude l'applicazione del Codice degli Appalti? Oppure, come coesistono?

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, occorre premettere alcune brevi considerazioni allo scopo di agevolare l'inquadramento nell'ambito della vigente normativa.

In generale la gestione di un impianto sportivo comprende l'insieme delle prestazioni dirette ad assicurare il funzionamento dell'impianto nonché l'erogazione del servizio sportivo che vi si svolge, e, per consolidato orientamento giurisprudenziale, la gestione di impianti sportivi assume i caratteri tipici di un servizio pubblico², in particolare di un servizio pubblico

²) La nozione di servizio pubblico è omologa a quella di servizio di interesse generale di derivazione comunitaria, quale attività di produzione di beni e servizi che si distinguono dalle comuni attività economiche, perché perseguono una

locale ai sensi dell'art. 112 del d.lgs. n. 267/2000 in caso di impianti comunali. Al fine, poi, di individuare le modalità di affidamento della gestione di un impianto sportivo occorre distinguere tra impianti sportivi a rilevanza economica o meno, ovvero occorre verificare in concreto se la prestazione da espletare presenti il connotato della "redditività" anche solo in via potenziale. In sintesi, il servizio ha rilevanza economica quando da quella attività, chi la gestisce, ha la possibilità potenziale di coprire tutti i costi, e per gli impianti sportivi si è chiarito in giurisprudenza che la redditività "deve essere apprezzata caso per caso, con riferimento alla soluzione organizzativa prescelta dall'ente locale per soddisfare gli interessi della collettività, alle specifiche modalità della gestione, ai relativi costi ed oneri di manutenzione, alla struttura tariffaria (libera od imposta) per l'utenza, alla disciplina delle quote sociali, alla praticabilità di attività accessorie etc." (cfr Cons. Stato, sez. V, 28.01.2021 n. 858; Cons. Stato, sez. V, 18.08.2021 n. 5915). Come indicato da ANAC nella delibera n. 1300 del 14.12.2016 a cui si rimanda, la gestione di impianti sportivi con rilevanza economica è qualificabile quale "concessione di servizi" ai sensi dell'art. 3, comma 1, lett. vv) del Codice, e deve essere affidata nel rispetto delle previsioni di cui all'art. 164 e seguenti del Codice stesso, con applicazione delle parti I e II del Codice stesso (per quanto compatibili).³

Relativamente al quadro normativo vigente, si ricorda che il d.lgs. 28 febbraio 2021, n. 38, emanato in attuazione della legge delega 8 agosto 2019, n. 86 (contenente, tra l'altro, principi e criteri direttivi in materia di esercizio di impianti sportivi) ha previsto all'art. 6 che, quando l'ente pubblico territoriale non intenda gestire direttamente gli impianti sportivi, "la gestione è affidata in via preferenziale a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali (sulla base di convenzioni che ne stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari). Nel comma 3 è previsto che i suddetti affidamenti sono disposti

finalità di interesse generale che ne giustifica l'assoggettamento ad un regime giuridico differenziato.

³) La gestione degli impianti sportivi privi di rilevanza economica, invece, è sottratta alla disciplina delle concessioni di servizi (art. 164, comma 3) e deve essere ricondotta nella categoria degli "appalti di servizi", da aggiudicare secondo le specifiche previsioni dettate dal Codice per gli appalti di servizi sociali di cui al Titolo VI, sez. IV.

“nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e della normativa euro-unitaria vigente”. Infine, con l’art. 12, comma 1, lett. c), è stato abrogato l’art. 90 (Disposizioni per l’attività sportiva dilettantistica), comma 25, della legge 27 dicembre 2002, n. 289. La nuova legge sullo sport ha, quindi, introdotto importanti novità in tema di affidamenti degli impianti pubblici, ma attualmente risulta inapplicabile a seguito del d.l. 22 marzo 2021, n. 41, convertito con modificazioni dalla legge 21 maggio 2021, n. 69, che ha disposto (con l’art. 12 bis, comma 1) la proroga dell’entrata in vigore del suddetto d.lgs. n. 38/2021 al 31 dicembre 2023. Pertanto, nelle more, per l’affidamento degli impianti sportivi aventi rilevanza economica si segue ancora il dettato dell’art 90 della L. n. 289/2002, ricorrendo al modello della concessione di servizi, ai sensi dell’art. 164, comma 2, e dell’art. 3, comma 1, lett. vv), del Codice dei contratti pubblici, in quanto sussistano gli elementi indicati dal legislatore per la qualifica della “concessione”.

Nel quadro normativo vigente, occorre accennare infine al codice del Terzo Settore, il Decreto Legislativo 3 luglio 2017, n. 117, che ha provveduto al riordino e alla revisione complessiva della disciplina vigente in materia definendo (per la prima volta) il perimetro del cd. Terzo Settore e gli enti che ne fanno parte mediante l’iscrizione al Registro Unico Nazionale del Terzo Settore, tra cui le organizzazioni di volontariato (ODV), le associazioni di promozione sociale (APS), gli enti filantropici, le imprese sociali, incluse le cooperative sociali, e le associazioni riconosciute o non riconosciute, le fondazioni e gli altri enti di carattere privato, diversi dalle società, costituiti per il perseguimento, senza scopo di lucro, di finalità civiche, solidaristiche e di utilità sociale.

Riguardo alle disposizioni di cui alla legge regionale della Toscana n. 21 del 27.02.2015, l’art. 14 al comma 1 prevede l’affidamento della gestione, in via preferenziale, a società e associazioni sportive dilettantistiche, enti di promozione sportiva, discipline sportive associate e federazioni sportive nazionali secondo procedure ad evidenza pubblica, e solo in caso di esito infruttuoso delle suddette procedure di selezione si procede all'affidamento in

gestione a soggetti diversi da quelli indicati al comma 1, comunque nel rispetto dei principi relativi alle medesime procedure ad evidenza pubblica (comma 2).

Riguardo ai quesiti posti, per quanto riguarda le disposizioni di legge regionale n. 21/2015 da voi richiamate occorre procedere ad una lettura coordinata delle disposizioni regionali con la normativa vigente in materia di appalti pubblici, secondo cui:

- le disposizioni normative richiamate nel quesito non sono in rapporto di esclusione ma coesistono, in rapporto di specialità per le norme regionali rispetto al Codice Appalti;
- la disposizione di cui all'art. 14 della l.r. 21/2015 contiene una previsione per gli affidamenti di modesto importo, sicuramente di valore inferiore alla soglia comunitaria, finalizzata a salvaguardare l'associazionismo locale, e rimettendo alla stazione appaltante il bilanciamento delle istanze associazionistiche con il principio di concorrenza;
- gli affidamenti ex art. 14 comma 1 devono essere effettuati comunque nel rispetto delle procedure ad evidenza pubblica e dei principi di cui all'art. 30 del Codice;
- in caso di opzione per la "via preferenziale", questa deve essere adeguatamente motivata, in quanto la disposizione di cui all'art. 14 rimette alla stazione appaltante procedente le opportune valutazioni del caso.

Infine, tenuto conto che in base alle nuove disposizioni - temporaneamente sospese - di cui al decreto n. 38/2021 gli affidamenti degli impianti sportivi sono disposti nel rispetto delle disposizioni del Codice dei contratti pubblici di cui al Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 e della normativa euro-unitaria vigente (art. 6), si suggerisce di valutare che la via preferenziale di cui all'art. 14 della l.r.21/2015 (art.90 della L. n. 289/2002) possa operare come valorizzazione dell'associazionismo in un contesto progettuale, quale elemento di valutazione nell'offerta economicamente più vantaggiosa.