



**Regione Toscana**



# **RISPOSTE AI QUESITI**

## **ANNO 2020**



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

**Anno 2020**

Regione Toscana Giunta Regionale  
Direzione Generale Organizzazione e Risorse

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 - febbraio 2021*

## **INDICE**

### Lavori pubblici

- |   |         |
|---|---------|
| 1) Project financing- parcheggio pluripiano. subappalto SIOS        | pag. 4  |
| 2) Leasing "in costruendo" art 187 Codice Appalti -Direzione Lavori | pag. 7  |
| 3) Esecuzione contratto - Attestazione SOA - decadenza              | pag. 10 |
| 4) Variante sostanziale   | pag. 14 |
| 5) Appalto complessivamente superiore a 150.000€-qualificazione OE  | pag. 18 |

### Servizi e Forniture

- |   |         |
|---|---------|
| 6) Affidamento ex art. 36 comma 2 lett.b) – principio rotazione | pag. 21 |
| 7) Contratto per servizi educativi e sospensione covid          | pag. 25 |
| 8) servizio trasporto scolastico e costi covid                  | pag. 28 |

# LAVORI

## QUESITO n. 1

### Project financing- parcheggio pluripiano. subappalto SIOS

Oggetto: Artt. 105 co. 5 e 89 co. 11 del D.Lgs. 50/2016. Categorie di opere superspecialistiche e subappalto. .

#### **quesito\*:**

*E' stato bandito un project financing avente ad oggetto la realizzazione e successiva gestione di un parcheggio pluripiano, l'importo dei lavori è stimato in € 3.796.166,00, a fronte di un valore stimato complessivo della concessione di € 38.910.569,00 (ricavi da gestione quarantennale). Queste le categorie dei lavori richiesti e dei relativi importi:*

<b>CATEGORIE</b>	<b>IMPORTO LAVORI</b>	<b>% DI INCIDENZA</b>
<b>OG1 - edifici civili e industriali (almeno Cl. IV)</b>	2.317.408,00	61,0%
<b>OG3 - strade (almeno Cl. II)</b>	420.650,00	11,1%
<b>OG6 - fognature (almeno Cl. I)</b>	162.550,00	4,3%
<b>OG11 - impianti tecnologici (almeno Cl. II)</b>	316.228,00	8,3%
<b>OS1 - lavori in terra (almeno Cl. I)</b>	230.580,00	6,1%
<b>OS21 - opere strutturali speciali (almeno Cl.II)</b>	348.750,00	9,2%
<b>TOTALE</b>	<b>3.796.166,00</b>	<b>100,0%</b>

*L'unico soggetto concorrente (id est il promotore) si è presentato sotto forma di associazione temporanea di imprese di tipo verticale, così suddividendo le prestazioni:*

*Mandataria: gestione dell'opera);*

*Mandataria; realizzazione dell'opera.*

*Con riguardo in particolare ai lavori, il concorrente ha dichiarato di voler fare ricorso al subappalto con riguardo alle opere appartenenti alle seguenti opere superspecialistiche:*

*OS1 per l'intera percentuale (6,1%);*

*OS21 per l'intera percentuale (9,20%).*

*Quindi prese singolarmente entrambi inferiore al 10%.*

*Da una consultazione presso l'ANAC, l'impresa mandante non è in possesso della SOA con riguardo alle suddette categorie OS1 e OS21, per le quali è richiesto di voler far ricorso al subappalto, che, conseguentemente, si configura come un "subappalto necessario".*

*Ciò posto ed alla luce del combinato disposto di cui agli articoli, 105 co. 5 e 89 co. 11 del D.Lgs. 50/2016, si chiede un vostro parere in merito alla ammissibilità del proposto subappalto atteso che l'importo dei lavori appartenenti alla categorie supespecialistiche è superiore al 10% del valore complessivo dei lavori di realizzazione del parcheggio ed atteso che l'importo delle opere superspecialistiche proposte in subappalto è superiore al 30% dei lavori appartenenti a tutte le opere superspecialistiche e pari al 15,30% dei lavori complessivi di realizzazione del parcheggio.*

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto e sulla base di quanto da voi indicato, preliminarmente si provvede a chiarire che, diversamente da come rappresentato, la categoria OS1 non rientra nelle categorie superspecialistiche di cui all'allegato A del D. M. 248/2016, e non richiede la qualificazione obbligatoria. Ciò posto, la questione in oggetto, relativa all'ammissibilità del proposto subappalto per le superspecialistiche, riguarda esclusivamente la sola categoria OS21, categoria a qualificazione obbligatoria<sup>1</sup> prevista nel suddetto allegato A. Tuttavia, non superando il 10% dell'importo totale dei lavori, la suddetta categoria non ricade nel regime delle superspecialistiche previsto dall'articolo 89 comma 11 del Codice Appalti per l'avvalimento, e dall'articolo 105 comma 5 per i limiti del subappalto.

In generale si ricorda che le lavorazioni assumono rilevanza autonoma se superiori al 10% dell'importo totale del contratto oppure a 150.000 euro (soglia prevista dall'articolo 32, comma 7, del DPR 207/2010): in questo caso, infatti, la normativa prevede che le lavorazioni in questione siano scorporabili e dunque subappaltabili a scelta del contraente, nel rispetto delle disposizioni relative alla qualificazione. L'art. 89 comma 11 del Codice, poi, fa riferimento a peculiari tipologie di lavorazioni quando risultano superiori 10% dell'importo totale dei lavori, per le quali non è ammissibile l'avvalimento. La finalità ultima di tale disposizione è rinvenibile nel contrasto alla criminalità organizzata.

Il D.M. n. 248/2016 ha poi proceduto, in quasi completa continuità con il sistema previgente, ad elencare le categorie super speciali (cd. SIOS). Tanto il Codice quanto il D.M. chiariscono che, ai fini della qualificazione, le SIOS rilevano nella misura in cui siano superiori al 10% dell'importo totale dei lavori. Il D.M. n. 248/2016 poi rinvia all'art. 105 del Codice che disciplina l'istituto del subappalto (comma 5) e, qualora, in un appalto siano previste

---

<sup>1</sup>) La dicitura "a qualificazione obbligatoria" deve essere intesa nel senso che l'esecuzione di quelle opere è riservata a soggetti in possesso delle relative qualificazioni (l'attestazione SOA se il valore è superiore a 150.000,00 euro ovvero i requisiti ex art. 90 del D.p.r. n. 207/2010 se il valore è inferiore)

categorie SIOS, bisogna stabilire quale sia la relativa soglia percentuale, nel rispetto dell'art. 89 comma 11 del Codice: infatti fino al 10% dell'importo totale dei lavori le SIOS non sono scorporabili e ricadono sotto la disciplina generale sul subappalto di cui al comma 2 dell'articolo 105 del Codice dei contratti, ovvero sono integralmente subappaltabili nei limiti (del 40%) previsti dal bando di gara, nel rispetto delle regole di qualificazione.

Nel caso sottoposto le categorie in esame dovevano essere evidenziate nel progetto in quanto superiori a 150.000€. La categoria specialistica OS21 è a qualificazione obbligatoria ma, non superando il 10% dell'importo totale dei lavori, non rappresenta una SIOS e pertanto potrà essere eseguita dall'offerente se in possesso della necessaria qualifica oppure potrà essere subappaltata per intero (subappalto c.d. necessario). Invece la categoria OS1 non essendo a qualificazione obbligatoria potrà essere coperta dell'operatore economico con la qualificazione per la prevalente e con classe d'importo coerente.

Pertanto, sulla base delle considerazioni sopra svolte la risposta al quesito è affermativa in quanto entrambe le lavorazioni rientrano nella disposizione di cui all'articolo 105 comma 2 del Codice.

Per completezza si ricorda che la suddetta norma è stata recentemente dichiarata non conforme alla Direttiva 2014/24/UE dalla Corte di Giustizia Europea, che nella sentenza del 26 settembre 2019, si è così espressa: "La direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014 (...) osta ad una normativa nazionale, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, che limita al 30% la parte dell'appalto che l'offerente è autorizzato a subappaltare a terzi". Alla luce della richiamata pronuncia, nelle more delle modifiche normative necessarie all'adeguamento della disciplina nazionale rispetto al diritto comunitario e di un posizionamento ufficiale del Ministero Infrastrutture, si ritiene opportuno disapplicare l'art. 105, comma 2. Dalle argomentazioni della sentenza del 26 settembre 2019 della Corte di Giustizia, si ricava che resta comunque ferma la possibilità per gli enti aggiudicatori e per le amministrazioni aggiudicatrici di limitare il subappalto caso per caso, motivando adeguatamente.

Mentre per il comma 2 dell'articolo 105 del Codice la disapplicazione in seguito alla pronuncia eurounitaria appare pacifica, non appare altrettanto agevole stabilire in via ermeneutica se i principi stabiliti dalla sentenza siano da riferirsi anche al comma 5, dell'art. 105, del Codice.

In ogni caso, nelle more di chiarimenti da parte del legislatore, appare opportuno, in via prudenziale, che la stazione appaltante, anche al ricorrere della fattispecie di cui all'art. 105, comma 5, fornisca adeguata motivazione circa l'eventuale limitazione del subappalto.

Infine, relativamente a quanto da voi indicato, si rileva che nell'RTI la mandataria non può svolgere la totalità delle attività previste.

## **QUESITO n. 2**

### **Leasing immobiliare "in costruendo" art 187 codice appalti - Direzione Lavori**

Questa S.A. ha effettuato una procedura di gara per la progettazione, realizzazione e manutenzione pluriennale della nuova sede ..... mediante leasing in costruendo ai sensi dell'art. 187 del DLgs n. 50/2016.

In data 14.11.2019 con il RTI aggiudicatario è stato stipulato il relativo contratto e, con l'approssimarsi dell'avvio dei lavori, occorre individuare l'ufficio di direzione lavori.

Le Linee Guida ANAC n. 9 (approvate con Delibera 318 del 28.3.201) prevedono che le figure del Direttore dei Lavori e dei Direttori dei Lavori debbano svolgere un ruolo di vigilanza e controllo, a supporto del RUP, nella gestione del contratto e nella corretta allocazione dei rischi.

Si chiede un parere circa la possibilità ed opportunità che le figure del Direttore dei Lavori e dei Direttori Operativi possano essere nominate nell'ambito dei tecnici dipendenti della S.A.

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto, occorre richiamare alcune considerazioni di

carattere generale di cui alle "Linee guida sulle operazioni di leasing finanziario e sul contratto di disponibilità" approvate con Determinazione ANAC AVCP n.4 del 22 maggio 2013 a cui si rimanda per la lettura integrale.

Con il contratto di leasing immobiliare *in costruendo* una parte si obbliga a costruire, finanziandone il costo, un bene immobile rispondente ad esigenze funzionali dell'altra, di durata almeno pari a quella di vigenza del contratto, a fronte del versamento di canoni periodici; la controparte assume, altresì, il diritto di riscatto, preordinato ad ottenere la piena proprietà dell'opera alla scadenza del contratto. Come più volte posto in rilievo dalla giurisprudenza contabile, il leasing immobiliare per la realizzazione di opere pubbliche costituisce un'opportunità di coinvolgimento di capitali privati, a patto che vengano mantenute ferme le caratteristiche essenziali del contratto, che la realizzazione riguardi un'opera suscettibile di proprietà privata e che l'ente pubblico abbia la facoltà di riscattare il bene al termine del contratto.

Il ricorso al leasing immobiliare, in quanto forma di PPP, richiede pertanto una preventiva analisi di costi-benefici e di compatibilità con le norme per il coordinamento della finanza pubblica, atta a soppesarne la complessiva convenienza e la sostenibilità finanziaria sui bilanci futuri (cfr. ex multis Corte dei conti, sez. Emilia Romagna, n. 5/2012; sez. Veneto, n. 360/2011).

Relativamente alla questione posta si rileva che, al fine di garantire l'efficienza complessiva dell'operazione, è necessario che le stazioni appaltanti predispongano adeguati meccanismi di controllo relativi all'intero ciclo di realizzazione dell'opera ed alla fase di gestione della stessa. Infatti nessuna clausola contrattuale, pur se esplicita nel definire rischi e responsabilità, può essere efficace se non viene supportata da adeguati meccanismi di controllo su tutte le fasi di realizzazione dell'opera e sulla gestione dell'intero contratto di leasing.

Il controllo si esercita, quindi, sull'esecuzione dei lavori nonché sul complesso delle obbligazioni dell'ATI, quindi sia sul costruttore che sul finanziatore.

Il Codice Appalti ed il Regolamento di cui al D.M. 7 marzo 2018 n. 49 (Approvazione delle linee guida sulla modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione) non dettano una disciplina



specifica con riguardo alla direzione dei lavori realizzati mediante locazione finanziaria. Considerata la qualificazione della stessa come appalto di lavori in base all'articolo 187 comma 1 del Codice appalti (salvo che i lavori rivestano un carattere meramente accessorio), si ritiene che trovi applicazione l'art. 101 comma 2, del Codice secondo cui spetta alla stazione appaltante l'individuazione del direttore dei lavori, "che può essere coadiuvato, in relazione alla complessità dell'intervento, da uno o più direttori operativi e da ispettori di cantiere".

Nel particolare istituto della locazione finanziaria, questo assume il significato di assicurare un controllo puntuale della corretta esecuzione dei lavori rispetto ai progetti e ai capitolati in ciascun momento operativo della sua realizzazione, senza peraltro eliminare alcuna responsabilità dell'impresa sul risultato che questa si è impegnata a dare, e per ottenere il quale la stessa si doterà della necessaria direzione di cantiere e di tutti i controlli che il soggetto finanziatore, in qualità di committente ed erogatore dei pagamenti dei SAL e dei successivi stati finali, dovrà esercitare sull'impresa esecutrice.

È evidente come ne emerga una figura peculiare di "direttore di lavori", che consegue alle caratteristiche dell'istituto di partenariato nell'ambito del quale la direzione si svolge.

Al riguardo si rileva che la partecipazione attiva del committente nella fase di controllo sullo svolgimento dei lavori, oltre a qualificarsi come attività "di garanzia" nei confronti del realizzatore e del finanziatore, potrebbe ridurre il rischio di contestazioni per eventuali vizi o non conformità dell'opera al termine dei lavori, attraverso la richiesta di appositi correttivi (cfr., sul punto, T.A.R. Lombardia, Brescia, 5 maggio 2010, n. 1675).

È opportuno, quindi, che il contratto specifichi come la stazione appaltante, allo scopo di esercitare la direzione dell'intero contratto, svolga tramite il RUP le necessarie attività di controllo tanto sul corretto adempimento degli obblighi del finanziatore, quanto su quelli del costruttore, quali sono individuati nel contratto stesso.

Infine si ricorda che la verifica conclusiva della rispondenza del bene ultimato al progetto approvato dall'amministrazione, e al suo pieno utilizzo, è

demandata in via definitiva al collaudatore incaricato dall'Amministrazione comunale. Solo in seguito all'esito del collaudo, il bene potrà essere consegnato dalla Società di leasing all'Amministrazione comunale per la messa in funzione e da quel momento decorrerà il pagamento del canone.

Si resta a disposizione per eventuali chiarimenti.

### **QUESITO 3**

*Esecuzione contratto - Attestazione SOA - decadenza*

Nell'ambito di una procedura negoziata ex art.36, comma 2, lett. b) del D.Lgs 50/2016, avente ad oggetto la stipula di accordo quadro con unico operatore per il "Servizio di sfalcio cigli lungo le strade comunali per la durata di 24 mesi", l'operatore economico aggiudicatario (determina di aggiudicazione n. 513 del 22.05.2019), dopo aver eseguito un primo intervento di sfalcio ha manifestato l'intenzione di risolvere consensualmente tale contratto, sulla base dell'art.108, comma 2 lett. a), per decadenza dalla soa.

Tale impresa infatti ha partecipato alla gara in oggetto dimostrando il possesso dell'attestazione Soa, nella categoria OS24, attraverso un contratto di cessione di ramo d'azienda con impresa in liquidazione, di durata triennale, scadente nel febbraio 2020 e poi prorogato. Oggi questa stessa impresa ha deciso di non inserire nel proprio business plan il settore della manutenzione del verde, di cui alla categoria OS24, lasciando alla procedura liquidatoria tale ramo di azienda, da qui la decisione di una risoluzione contrattuale.

La stazione appaltante in via informale avrebbe già sentito il 2<sup>^</sup> classificato, che sarebbe disponibile ad eseguire il contratto, agli stessi patti e condizioni.

Si chiede in quale fattispecie possa essere inquadrata tale situazione e in particolare se possa rientrare nell'art.106, comma 1, lett. d), n.2 - (ristrutturazione societaria).

Inoltre, nel caso in cui si procedesse a risolvere il contratto, si deve incamerare la cauzione e trasmettere segnalazione all'Anac?

### **RISPOSTA al quesito**

*Premesso*

Relativamente al quesito posto, preliminarmente occorre svolgere alcune considerazioni di carattere generale.

Nelle gare di appalto per l'aggiudicazione di contratti pubblici, infatti, costituisce ormai principio consolidato nella giurisprudenza amministrativa il possesso, da parte degli operatori economici, dei requisiti generali e speciali senza soluzione di continuità. Ciò al fine di consentire all'Amministrazione appaltante di conoscere l'identità e l'affidabilità dell'eventuale contraente fin dall'atto di presentazione delle offerte e per tutta la vigenza del contratto.

Il presupposto del sistema della qualificazione è, infatti, la corrispondenza tra qualificazione e qualità, intendendosi con ciò la verificata esistenza in capo all'appaltatore di determinati requisiti atti a garantire un ragionevole affidamento sulla migliore realizzazione dell'opera: ciò vale non solo, quindi, alla data di scadenza del termine per la presentazione della richiesta di partecipazione alla procedura di affidamento, ma anche per tutta la durata della procedura stessa, fino all'aggiudicazione definitiva ed alla stipula del contratto, nonché per tutto il periodo dell'esecuzione dello stesso (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen. 18 luglio 2012, n. 27; Ad. Pl., 20 luglio 2015, n. 8).

L'adunanza plenaria n. 8/2015 sopra richiamata ha, quindi, sancito il principio della permanenza dei requisiti generali e speciali, in capo agli operatori economici, per tutta la durata della procedura stessa fino all'aggiudicazione definitiva e per tutto il periodo dell'esecuzione dell'appalto. "Tale specifico onere di continuità in corso di gara del possesso dei requisiti, è appena il caso di rilevarlo, non solo è del tutto ragionevole, siccome posto a presidio dell'esigenza della stazione appaltante di conoscere in ogni tempo dell'affidabilità del suo interlocutore "operatore economico" ( e dunque di poter monitorare stabilmente la perdurante idoneità tecnica ed economica del concorrente), ma è altresì non sproporzionato, essendo assolvibile da quest'ultimo in modo del tutto agevole, mediante ricorso all'ordinaria diligenza, che gli operatori professionali devono tenere al fine di poter correttamente insistere e gareggiare nel concorrenziale mercato degli appalti pubblici; il che significa, per quanto qui ne occupa, garantire costantemente la qualificazione loro richiesta e la possibilità concreta della sua dimostrazione e verifica".(AP n. 8/2015).

Il principio di continuità nel possesso dei requisiti postula che la dimostrazione dei requisiti speciali di qualificazione nelle gare pubbliche di lavori deve necessariamente avvenire (per le lavorazioni di importo pari o superiori a 150.000€) attraverso l'attestazione SOA, avente valore di certificazione dei requisiti in concreto posseduti dall'operatore economico, rilasciata dagli organismi a ciò competenti. L'obbligatorietà ed esclusività dell'attestazione SOA nel sistema di qualificazione nelle pubbliche gare non è contestabile, desumendosi essa chiaramente dalla disciplina normativa *ratione temporis* applicabile (cfr., fra le tante, Cons. Stato, sez. IV, 18 aprile 2014, n. 1987; Cons. Stato, sez. V, 30 settembre 2013, n. 4833 e 26 marzo 2012, n. 1732; Cons. Stato, sez. III, 13 luglio 2011, n. 4225; Cons. Stato, Ad. pl., 25 febbraio 2014, n. 10; nn. 15 e 20 del 2013; n. 27 del 2012; n. 1 del 2010).

Sulla base di questo il principio, ribadito dal Consiglio di Stato, Sez. V, con la sentenza n. 510 del 3 febbraio 2015, il supremo organo ha confermato la legittimità della risoluzione del contratto disposta da una stazione appaltante a causa della sopravvenuta decadenza dell'attestazione di qualificazione rilasciata dalla SOA all'aggiudicatario. Ciò discende, secondo i giudici togati, dal principio generale statuito dall'art. 40 D. Lgs. 163 del 2006 (ora dall'art. 84 D. Lgs. n. 50 del 2016) secondo il quale l'affidamento e lo svolgimento di lavori pubblici di importo superiore a €. 150.000,00 può essere aggiudicato solamente agli operatori economici dotati dell'attestazione SOA corrispondente ai lavori da realizzare. Dalla norma di cui all'articolo 84 comma 1 del d. lgs.n. 50/2016 discende, quindi, che la validità dell'attestazione deve permanere fino al compimento delle opere (Cons. Stato, Sez. V, 12 marzo 2018, n. 1543).

Ancora sul punto: "l'amministrazione appaltante può in ogni momento recedere dal contratto di appalto allorquando accerti il venir meno del requisito soggettivo di qualificazione dell'impresa appaltatrice (Tribunale Ordinario di Cagliari, Sez. II, 23.07.2018, ordinanza nel giudizio n. 6034/2017).

Il TRGA Trento, sez. I, con la sentenza n. 8 del 13 gennaio 2017, ha affermato la legittimità dell'esclusione dalla procedura di una società affittuaria di ramo d'azienda in forza di un contratto con vigenza inferiore alla durata del contratto oggetto di gara: il principio generale della continuità del possesso dei requisiti "si impone" a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione

ed in ogni successiva fase della procedura di evidenza pubblica nonché per tutta la durata dell'appalto senza soluzione di continuità e ciò per assicurare alla stazione appaltante di contrarre con un soggetto affidabile in quanto provvisto di tutti i requisiti necessari. Ne deriva che la vigenza limitata a sei mesi del contratto d'affitto di ramo d'azienda (poi prorogata di altri due) risulta incompatibile con la necessità della verifica del possesso dei requisiti non solo alla data di scadenza del termine per la presentazione dell'offerta, ma anche e soprattutto per tutta la durata della procedura di affidamento fino all'aggiudicazione ed alla stipula del contratto e per tutto il periodo di esecuzione dello stesso".

Ciò posto, relativamente ai quesiti in esame, si risponde come segue.

Quesito n. 1)

Relativamente all'inquadramento della questione in esame nella norma di cui all'articolo 106 comma 1 lett. d) n. 2 del Codice appalti la risposta è negativa, in quanto non sussistono modifiche soggettive del contratto a seguito di ristrutturazioni societarie.

Per quanto da voi indicato, la questione non sembra neppure ricadere perfettamente in alcuna delle ipotesi di risoluzione del contratto cui all'articolo 108 dello stesso codice. Tuttavia, a tale riguardo si evidenzia che comunque la fattispecie di cui all'art. 108 comma 2 lettera a) presenta degli aspetti di sostanziale attinenza, sotto il profilo della decadenza dell'attestazione di qualificazione. Infatti, come chiarito per le vie brevi, ai fini del possesso dei requisiti l'operatore economico ha fatto ricorso ad un contratto di affitto di ramo d'azienda di una società in liquidazione, affitto con scadenza a febbraio 2020 rinnovabile; diversamente da quanto dichiarato in sede di gara, l'appaltatore ad oggi ha deciso di non rinnovare il suddetto affitto e di lasciare il ramo di azienda alla prosecuzione della procedura liquidatoria, così determinando nei suoi confronti la decadenza dell'attestazione di qualificazione.

Si ricorda che solo per le fattispecie di cui all'articolo 108 è legittimo l'interpello progressivo agli operatori economici in graduatoria, per l'affidamento dell'esecuzione o del completamento dei lavori alle medesime condizioni dell'originario aggiudicatario (art. 110 del d. lgs. n. 50/2016).

In ogni caso e come sopra illustrato, si rileva che in base all'indirizzo consolidato della giurisprudenza amministrativa la decadenza dei requisiti speciali dell'operatore economico determina l'interruzione del rapporto contrattuale ex art. 84 comma 1 del d. lgs n. 50/2016, per fatto addebitabile all'operatore economico, ovvero la risoluzione del contratto con conseguente incameramento della cauzione per la mancata esecuzione e per il nuovo affidamento da avviare. L'appaltatore ha comunque diritto al pagamento delle prestazioni regolarmente eseguite.

Quesito n. 2)

La risposta è positiva sia per quanto riguarda l'incameramento della cauzione, come sopra indicato, sia per la segnalazione ad ANAC. Riguardo a quest'ultimo adempimento, si ricorda che sulla base del Regolamento del 6 giugno 2018 (Regolamento per la gestione del Casellario Informatico dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, ai sensi dell'art. 213, comma 10, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50), approvato nell'adunanza del 6 giugno 2018 con delibera n. 533, sussiste l'obbligo per la stazione appaltante "di trasmettere le informazioni concernenti l'esclusione dalle gare ovvero fatti emersi nel corso di esecuzione del contratto, nel termine di 30 giorni decorrenti dalla conoscenza o dall'accertamento delle stesse" (art. 11). Sarà poi la stessa Autorità a valutarne le circostanze e la relativa gravità ai fini dell'iscrizione delle stesse nel casellario informatico (art. 84 comma 4 bis d. lgs. n. 50/2016).

**QUESITO n. 4**  
**Variante sostanziale**

Premessa:

- con -----, è stato approvato il progetto esecutivo dell'intervento di ristrutturazione dello snodo viario posto all'intersezione tra .... e ... dell'importo complessivo € 3.350.000,00 (di cui € 2.730.977,19 per lavori soggetti a ribasso, € 45.137,51 per oneri della sicurezza ed € 573.885,30 per somme a disposizione) redatto da una società di ingegneria appositamente incaricata;
- il progetto consiste nella sostituzione dell'incrocio semaforico tra alcune viabilità urbane e la tangenziale cittadina mediante realizzazione di una rotatoria

per lo smistamento del traffico nelle strade limitrofe alla tangenziale e la realizzazione sottopasso viario per consentire la continuità del flusso veicolare sulla tangenziale;

- con ----- si è dato avvio alla procedura di gara aperta, ai sensi dell'art. 59 del DLgs 50/2016, congiunta all'acquisizione di bene immobile comunale a titolo di parziale corrispettivo - ex art.191 medesimo DLgs - da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più;

- con ----- è stata formalizzata l'aggiudicazione dell'appalto per l'esecuzione dei lavori in favore di un O.E. (unico soggetto partecipante alla procedura di gara) per i seguenti importi:

- € 2.728.246,21 per lavori, oltre € 45.137,51 per oneri della sicurezza;

- € 120.012,00 per l'acquisto dell'immobile a titolo di parziale corrispettivo nell'ambito dell'appalto congiunto;

- con il suddetto O.E. è stato stipulato il relativo contratto;

- con verbale del ----, si è proceduto alla consegna definitiva dei lavori;

- l'appaltatore ha richiesto il nulla osta per presentare una proposta tecnica di variante al progetto appaltato;

- il Servizio lo ha autorizzato a procedere nello sviluppo e nella presentazione di una proposta di modifica progettuale in variante, che non alterasse la natura complessiva del contratto;

- nel ... è stata trasmessa dall'impresa appaltatrice la documentazione relativa alla proposta tecnica della suddetta variante, contenente una soluzione tecnica che non altera la scelta progettuale originaria e non determina un incremento dell'importo contrattuale (che risulta così ridefinito: € 2.727.741,96 al netto del ribasso offerto in sede di gara - pari allo 0,1% -, € 45.137,51 per oneri della sicurezza, e così per complessivi € 2.772.879,47 oltre IVA);

- successivamente il Servizio, su indicazione dell'Amministrazione, ha richiesto la disponibilità alla ditta di inserire nella proposta di variante la chiusura della porzione centrale della rotatoria utilizzando la stessa tecnologia di portali prefabbricati già previsti nella proposta di progetto in variante;

- nel ....., l'appaltatore ha trasmesso il progetto aggiornato con le integrazioni in ultimo richieste;

- la variante proposta risulta diretta a migliorare aspetti funzionali sia del cantiere che delle singole componenti del progetto, garantendo le prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto appaltato, riducendo il tempo di esecuzione dei lavori e l'impatto dell'interferenza del cantiere con gli ingenti flussi di traffico presenti nell'intersezione;

- le modifiche progettuali in ultimo proposte (comprehensive della chiusura della porzione centrale della rotatoria), determinano un incremento dell'importo contrattuale per l'esecuzione dei lavori che, pertanto, risulta ridefinito in € 2.928.856,17 al netto del ribasso offerto in sede di gara (pari allo 0,1%), oltre € 45.137,51 per oneri della sicurezza, e così per complessivi € 2.973.993,68 oltre IVA;

- la suddetta modifica comporta una riduzione del tempo di realizzazione delle opere di 26 giorni.

- l'approvazione della suddetta variante comporterà la necessità di integrare il finanziamento originariamente assunto per l'opera.

Quesito:

Si chiede se è corretto considerare questa tipologia di modifica contrattuale tra quelle disciplinate dall'art. 106 del DLgs 50/2016 facendo riferimento al comma 2 lett. a) e b), in quanto le nuove lavorazioni in variante non vanno ad alterare la natura complessiva del contratto e l'aumento dell'importo dei lavori è contenuta nella misura del 15%.

Oppure, in ragione delle differenti tecnologie realizzative proposte nella suddetta modifica (in parte dall'O.E. e in parte da questa S.A.), la modifica deve essere considerata una variante ai sensi della comma 1 lett. c) del suddetto articolo.

Oppure, in ultima analisi, se l'ipotesi di modifica sopra esposta non risulti riconducibile alle fattispecie dell'art. 106 e, quindi è opportuno proseguire con la realizzazione del progetto originario posto a base di gara.

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto, si ricorda che nell'attuale quadro normativo, in particolare nelle Linee Guida ANAC n. 3 (Nomina, ruolo e compiti del responsabile unico del procedimento per l'affidamento di appalti e concessioni), aggiornate al d.lgs. 56 del 19/4/2017 con deliberazione del Consiglio n. 1007 dell'11 ottobre 2017, è attribuito al RUP il potere di autorizzare le varianti in corso d'opera. Il Consiglio di Stato, nel parere del 01/04/2016, n. 855, sottolinea tale aspetto e per questo suggerisce una sempre adeguata motivazione nell'adottare la variante.

Come previsto dall'art. 8 comma 1 del decreto MIT del 7 marzo 2018 n. 49 - Regolamento recante: "Approvazione delle linee guida sulle modalità di svolgimento delle funzioni del direttore dei lavori e del direttore dell'esecuzione", il direttore dei lavori fornisce al RUP l'ausilio necessario per gli accertamenti in ordine alla sussistenza delle condizioni di cui all'articolo 106 del codice.

Diversa e successiva è la fase di approvazione la quale può essere oggetto di regolamentazione interna da parte della Stazione appaltante.

Relativamente alla questione sottoposta, sulla base di quanto da voi illustrato preliminarmente si provvede ad escludere il riferimento alla variante in corso



d'opera ai sensi dell'art. 106 comma 1 lettera c), in quanto non sembra che ricorrano i presupposti richiesti dalla norma, ovvero le cause impreviste ed imprevedibili.

Il concetto di varianti connesse ad eventi imprevisti ed imprevedibili deve essere letto in combinato disposto con l'ipotesi di cui all'art. 63, comma 2, lett. c) che disciplina l'ipotesi di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara quando per ragioni di estrema urgenza derivanti da eventi imprevedibili dall'amministrazione, i termini per le procedure aperte o ristrette o per quelle competitive con negoziazione non possono essere rispettate. Pertanto le varianti vanno motivate facendo riferimento alla ricorrenza delle suddette condizioni.

A tale riguardo la Direttiva comunitaria 24/2014/UE precisa che il concetto di circostanze imprevedibili si riferisce a circostanze che non si potevano prevedere nonostante una ragionevole e diligente preparazione dell'aggiudicazione iniziale da parte dell'amministrazione aggiudicatrice, tenendo conto dei mezzi a sua disposizione, della natura e delle caratteristiche del progetto specifico, delle buone prassi nel settore in questione e della necessità di garantire un rapporto adeguato tra le risorse investite nel preparare l'aggiudicazione e il suo valore prevedibile (considerando n. 109).

Ai sensi dell'articolo 8 del DM n. 49/2018 sopra richiamato, "con riferimento ai casi indicati dall'articolo 106, comma 1, lettera c), del codice, il direttore dei lavori descrive la situazione di fatto ai fini dell'accertamento da parte del RUP della sua non imputabilità alla stazione appaltante, della sua non prevedibilità al momento della redazione del progetto o della consegna dei lavori e delle ragioni per cui si rende necessaria la variazione".

Diversamente, sulla base di quanto riportato nel quesito, la fattispecie descritta potrebbe rientrare nelle previsioni di cui alla disposizione del comma 2 dell'articolo 106, disposizione che permette le modifiche di importo al di sotto delle soglie di cui all'articolo 35 dello stesso Codice nonché al di sotto di una soglia valutata dallo stesso legislatore come non significativa (10% per servizi e forniture e 15% per lavori), a condizione che non venga alterata la natura complessiva del contratto. Tale articolo è completato dal disposto di cui all'art.

108, comma 1, lett. b) che prevede la facoltà di risoluzione del contratto quando la soglia del 10% o 15% del contratto è superata o sia superata la soglia comunitaria.

In questo caso, quindi, spetta al Rup verificare che la variante non sia sostanziale ai sensi dell' art. 106 comma 4 (una modifica di un contratto o di un accordo quadro durante il periodo della sua efficacia è considerata sostanziale ai sensi del comma 1, lettera e), quando altera considerevolmente gli elementi essenziali del contratto originariamente pattuiti) e dello stesso art. 8 comma 8 del DM 49/2018 (possono formare oggetto di proposta le modifiche dirette a migliorare gli aspetti funzionali, nonché singoli elementi tecnologici o singole componenti del progetto, che non comportano riduzione delle prestazioni qualitative e quantitative stabilite nel progetto stesso e che mantengono inalterate il tempo di esecuzione dei lavori e le condizioni di sicurezza dei lavoratori).

Infine, riguardo all'ultimo quesito, si rileva che è rimessa alla stazione appaltante - e quindi al Rup - la valutazione di proseguire o meno con la realizzazione del progetto originario posto a base di gara e di non procedere all'autorizzazione della variante proposta dall'appaltatore.

## **QUESITO 5**

*Appalto complessivamente superiore a 150.000€*

L'amministrazione comunale ha esperito con un avviso per manifestazione di interesse per procedura negoziata.

In riferimento alla procedura in oggetto è stata richiesta attestazione SOA per cat. OG3 cl. I, prevalente (c'è anche una categoria scorporabile la cat. OS24 sempre inferiore a 150.000,00) .

Una ditta ci scrive che essendo in possesso dei requisiti di cui all'art. 90 del DPR 207/2010 relativamente alla cat. OG3, categoria prevalente, il cui importo è inferiore ad € 150.000,00 e cioè pari ad € 132.875,06 , in ragione del regime transitorio dettato dagli art. 83, comma 2 , e 216 comma 14 del D. Lgs. 50/2016, il quale stabilisce che *"il concorrente singolo può partecipare alla gara qualora sia in possesso dei requisiti economico-finanziari e tecnico-organizzativi relativi alla categoria prevalente per l'importo totale dei lavori ovvero sia in possesso dei requisiti relativi alla categoria prevalente e alle*

*categorie scorporabili per I singoli importi”.*

Tutto ciò premesso in considerazione dei principi di buon andamento, economicità ed imparzialità dell'azione amministrativa, nonché del principio di libera concorrenza al fine di consentire il massimo confronto concorrenziale e, dunque permettere all'Amministrazione di avere un maggior numero di offerte tra cui selezionare la migliore, si chiede se è possibile partecipare alla manifestazione di interesse qualificandosi per la cat. OG3 - categoria prevalente - con i requisiti art. 90 DPR 207/2010 e senza il possesso della SOA come al momento stabilito nell'avviso x la manifestazione di interesse.

L'appalto complessivamente è superiore a 150.000,00 euro mentre la categoria prevalente prevede lavorazioni, compresi oneri per la sicurezza, invece sotto i 150.000,00 .

Si chiede un vs. cortese parere in merito in riferimento alla possibilità di partecipare alla procedura da noi indetta anche con sola dimostrazione dei requisiti dell'art. 90 del DPR 207/2010 oppure se è corretto come ha fatto l'amministrazione chiedere per la categoria prevalente OG3 l'attestazione SOA classifica I^ .

## **RISPOSTA al quesito**

La questione sottoposta riguarda il tema della qualificazione degli operatori economici per un appalto di importo complessivamente superiore a 150.000 euro ma con lavorazioni di importo inferiore, compresi oneri per la sicurezza.

A tale riguardo nella Deliberazione n. 681 del 17 luglio 2019 ANAC ha chiarito e confermato che la qualificazione viene determinata in rapporto alle singole lavorazioni e che per i lavori di importo pari o inferiore a 150.000 euro l'esecutore non deve necessariamente essere in possesso dell'attestazione SOA, potendo partecipare all'appalto in forza dell'art. 90 del DPR 207/2010. Pertanto in assenza di qualificazione SOA, la partecipazione delle imprese alle gare è subordinata al possesso dei requisiti previsti dall'art. 90 del d.P.R. n. 207/2010.

Infatti ai sensi della disposizione transitoria di cui all'articolo 216 comma 14 D. Lgs n. 50/2016 continuano a trovare applicazione le disposizioni di cui alla Parte II, Titolo III del DPR n. 207/2010 (Regolamento) in base alle quali: 1) la qualificazione "è obbligatoria per chiunque esegua i lavori pubblici affidati dalle

stazioni appaltanti di importo superiore a 150.000 euro” (art. 60 comma 2 del Regolamento); 2) gli operatori economici possono partecipare agli appalti di lavori pubblici di importo pari o inferiore a 150.000 euro qualora in possesso dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo elencati al comma 1 dell’articolo 90 del Regolamento, lett. a), b) e c).

Resta fermo che “nel caso di imprese già in possesso dell’attestazione SOA relativa ai lavori da eseguire, non è richiesta ulteriore dimostrazione circa il possesso dei requisiti” (comma 1).

Pertanto, al fine di garantire il massimo rispetto dei principi di concorrenza, *par conditio* e imparzialità, si suggerisce alla S.A. di prevedere ai fini della qualificazione la possibilità per gli operatori economici di qualificarsi sia mediante coerente attestazione SOA se posseduta, sia mediante il possesso dei requisiti di cui al comma 1 dell’articolo 90 del d.P.R. n. 207/2010 indicati nell’avviso/bando tra quelli elencati alle lettere a), b) e c).

## **FORNITURE E SERVIZI**

### **QUESITO n. 6:**

#### **Affidamento ex art. 36 comma 2 lett. b)-principio rotazione**

L'amministrazione intende avviare una procedura negoziata telematica, ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b) del d.lgs. n. 50/2016 e s.m.i., con l'utilizzo di R.D.O. sul Mercato elettronico della pubblica amministrazione (MePA), in conformità a quanto disposto dall'art. 1, comma 450 della legge n. 296/2006 e s.m.i. per l'affidamento del servizio di vigilanza armata attiva (servizio elencato nell'allegato IX, con particolare riferimento ai servizi contraddistinti dal CPV da 797.00000-1 a 79721000-4, di cui al D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.).

L'amministrazione potrebbe optare per uno dei seguenti percorsi:

- 1) Uscire con avviso pubblico per cui manifestazione di interesse a cui possono partecipare tutti gli operatori economici possesso di licenza prefettizia all'esercizio dell'attività di vigilanza privata, così come disciplinata dal T.U.L.P.S. R.D. 773/1931 e dal regolamento di attuazione R.D. 635/1940 come modificato dal D.P.R. 153/08 valida per il territorio di competenza della Prefettura di .. o che in alternativa, abbiano presentato istanza di estensione ex art. 8 del D.M. n. 269/2010, il provvedimento conclusivo favorevole di estensione della licenza, rilasciato dalla Prefettura competente, deve essere posseduto al momento della stipula del contratto;
- 2) procedere ad invitare, senza preventivo avviso pubblico, invitare le ditte presenti nell'elenco degli istituti di vigilanza autorizzati ad operare sul territorio provinciale fornito dalla locale Prefettura ad operare nella Provincia al Mercato Elettronico della Pubblica Amministrazione (MePA), abilitati al bando "Servizi", Categoria "Servizi di Vigilanza e Accoglienza", Sottocategoria "Servizi di Vigilanza Attiva"

Il quesito riguarda il principio di rotazione ed in particolare se può essere invitato l'affidatario del servizio uscente perché ha manifestato interesse (sub. 1) ovvero perché inserito nell'elenco della Prefettura competente per territorio.

Nel caso sub 1) sembra possibile estendere l'invito all'affidatario uscente anche sulla base di recente giurisprudenza (sentenza Cds Sezione terza n.875/2020) secondo la rotazione e non è applicabile alla Procedura negoziata MEPA senza limitazione degli inviti visto l'avviso pubblico iniziale. Nel caso sub 2) la situazione sembra invece diversa e pertanto si chiede un vs. parere

in merito.

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al quesito posto, preliminarmente si rileva che in base al DPCM 11 luglio 2018 (Individuazione delle categorie merceologiche, ai sensi dell'articolo 9, comma 3, del decreto-legge 24 aprile 2014, n. 66, convertito, con modificazioni, dalla legge 23 luglio 2014, n. 89) il servizio di vigilanza armata attiva per importi pari e superiori a 40.000 rientra tra le categorie merceologiche del sistema di acquisto aggregato secondo cui le regioni e gli enti regionali, gli enti locali (di cui all'art. 2 del decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267) oltre che i loro consorzi e associazioni, e gli enti del servizio sanitario nazionale ricorrono a Consip S.p.A. o agli altri soggetti aggregatori di cui ai commi 1 e 2 del citato art. 9 per lo svolgimento delle relative procedure. A tale riguardo si fa presente che Regione Toscana – Soggetto Aggregatore Regionale per il servizio di vigilanza armata attiva CPV 79714000 attualmente ha una convenzione aperta all'adesione degli enti locali.

Ciò posto, si fa presente che per i servizi indicati nel quesito per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici trovano applicazione le disposizioni di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ed occorre fare riferimento alle linee guida n. 4 ANAC aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55 nonché alle Linee guida ANAC n. 10 recanti "Affidamento del servizio di vigilanza privata" approvate con delibera del Consiglio dell'Autorità n. 462 del 23 maggio 2018. Nelle suddette linee guida 10, ANAC richiama le stazioni appaltanti ad una attenta e scrupolosa applicazione delle disposizioni di cui al decreto del Ministro dell'Interno 269/2010, che individua le tipologie di servizi demandati agli istituti di vigilanza privata ed i casi in cui, per speciali esigenze di sicurezza, il servizio di vigilanza deve essere svolto dalle guardie giurate, escludendo quindi la possibilità di affidare tali servizi alle società di portierato (allegato D,

sez. III, par. 3.a).

Ciò premesso, si provvede a svolgere le seguenti considerazioni in merito all'applicazione del principio di rotazione.

Per quanto riguarda l'ipotesi descritta nel quesito al punto 1), si conferma che in base alle Linee Guida ANAC n. 4 sopra richiamate e secondo l'indirizzo consistente della giurisprudenza<sup>2</sup> la rotazione non si applica in caso di procedure ordinarie (aperta o ristretta), o comunque aperte al mercato (negoziata previa indagine di mercato senza limitazione agli inviti). Al riguardo il Consiglio di Stato nella sentenza nella [sentenza 4 febbraio 2020, n. 875](#) (anche da voi citata) conferma che il principio di rotazione non è applicabile nelle procedure senza limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, confermando la decisione del giudice di primo grado (Tar Lazio, 24/8/2019, n. 527). Infine, si richiama la pronuncia del Tar Lazio, sez III-ter, 11 febbraio 2020, n. 1852, secondo cui in caso di invito aperto a tutti gli operatori interessati ed abilitati al MEPA si configura una procedura sostanzialmente aperta.

Diversamente nella fattispecie da voi descritta al punto 2), in quanto in questo caso il numero degli operatori economici risulta essere limitato al territorio della provincia di .... La procedura pertanto non risulta aperta al mercato e va confermato il principio di carattere generale della rotazione<sup>3</sup> finalizzato a evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato.

Come evidenziato della sentenza del Tar Lombardia, Brescia, sez. II, 26/3/2018, n. 354, l'interpretazione che potrebbe rappresentare l'equo

<sup>2</sup> cfr. Consiglio di Stato Sez. III 4/02/2020 n. 875; Tar Lazio, sez III-ter, 11/02/2020, n. 1852; Tar Brescia sentenza 9/03/2020, n. 209 ; Tar Lazio, 24/8/2019, n. 527; Tar Liguria, Genova, sez. II, 22/10/2019 n. 805 , Tar Campania, Salerno, I, 5/11/2018, n. 1574, Tar Calabria, Catanzaro, 20/07/2019, n. 1457; Tar Sardegna 17/ 12/ 2019, n. 891, [Tar Sardegna 02/ 01/ 2020, n. 8](#).

<sup>3</sup> Cfr. Cons. Stato, V, 5 marzo 2019, n. 1524; V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e VI, 31 agosto 2017, n. 4125

contemperamento dei due principi (rotazione e massima concorrenza) pare essere quella che ammette l'invito anche del gestore uscente, purché ciò trovi motivazione nella presenza di particolari condizioni che debbono essere esplicitate nel provvedimento che individua le ditte da invitare. Per l'invito all'operatore economico uscente, quindi, si dovrà fornire adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che hanno indotto a derogarvi facendo, in particolare, riferimento, al numero eventualmente circoscritto e non adeguato di operatori presenti sul mercato; al particolare grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle specifiche caratteristiche del mercato di riferimento (cfr. Cons. Stato, sez. V 12/06/2019 n. 3943 e Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539).

Si fa presente che in questa fattispecie il principio di rotazione trova applicazione non solo come rotazione degli inviti ma anche come rotazione degli affidamenti. Come precisato dall'ANAC nelle proprie Linee Guida, il principio opera con riguardo all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, laddove i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, nella stessa categoria di opere ovvero, ancora, nello stesso settore di servizi. Non basta peraltro un pregresso affidamento temporaneo e in via d'urgenza a far scattare l'obbligo di rotazione.

La stazione appaltante in ogni caso è tenuta a ruotare gli operatori economici cui affidare direttamente il contratto; la funzione pro-concorrenziale della rotazione qui è evidente in quanto si intende impedire che l'aggiudicatario possa nuovamente ottenere l'assegnazione del contratto, dovendo invece lasciare spazio a nuovo e diverso operatore economico. Secondo il Consiglio di Stato, rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, e non la circostanza che lo stesso scaturisca da una procedura di tipo aperto o di altra natura. In ogni caso dottrina e giurisprudenza convengono sulla portata relativa – non già assoluta – del principio di rotazione, che può essere derogato dalla stazione appaltante (cfr. Tar Toscana, Sezione II, 11 dicembre 2018, n. 1605 ).



Per completezza si ricorda che nella recente sentenza sez. V, 31 marzo 2020, n. 2182, il Consiglio di Stato ha chiarito che l'art. 36, comma 1, d.lgs. n. 50/2016 impone espressamente alle stazioni appaltanti nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia il rispetto del principio della rotazione che si applica già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara, principio che costituisce il necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata.

Il principio di rotazione comporta perciò, di norma, il divieto di invito nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento, con una forma di limitazione della libertà della stazione appaltante nella individuazione della platea dei soggetti da invitare alla gara neppure assoluta, essendo possibile giustificarne il superamento con adeguata motivazione.

## **QUESITO 7**

### **servizi educativi e sospensione covid**

#### **Quesito\***

il Comune aveva sottoscritto un contratto per la gestione dei servizi educativi con una ditta per l'a.s. 2020/2021. A seguito della chiusura delle scuole causa Covid, abbiamo sospeso il contratto ai sensi dell'art. 107 del D.Lgs. 50/2016, e lo stesso è stato riattivato con nuova validità fino al mese di dicembre 2020. Inoltre, causa pensionamento, si rende necessario reperire anche due insegnanti per tutto l'anno scolastico, che dovranno svolgere il proprio servizio all'interno del plesso ed in contatto con l'attuale gestore.

L'attuale quadro normativo e le indicazioni contenute nei DPCM così come le indicazioni specifiche fornite dalla USL in merito ai protocolli covid, alla formazione del personale e alla figura del referente covid, oltrechè sono tutte

nella direzione di obbligo di garantire, nei servizi educativi, una organizzazione stabile e la continuità nelle figure di riferimento (educatrici/ausiliarie, coordinatori, referenti COVID).

Tale quadro normativo ed epidemiologico rende impossibile procedere a nuova gara per l'affidamento del servizio per il periodo gennaio/giugno 2021, nonostante l'importo integrativo ammonta a circa €. 400.000,00.

Chiedo pertanto un Vs. supporto nel trovare una forma di affidamento che possa permettermi, con le dovute motivazioni, di garantire la conclusione dell'anno scolastico con il personale della ditta che lo gestirà per contratto fino al mese di dicembre

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente alla questione sottoposta ed in base a quanto da voi indicato, preliminarmente si osserva che la gestione dei servizi educativi è strettamente connessa alla durata dell'anno scolastico. Riguardo ai suddetti servizi, il D. Lgs n. 65/2017 (Istituzione del sistema integrato di educazione e di istruzione dalla nascita sino a sei anni, a norma dell'articolo 1, commi 180 e 181, lettera e), della legge 13 luglio 2015, n. 107) prevede che lo Stato eserciti una generale funzione di indirizzo, programmazione e coordinamento dell'intero sistema integrato e affida alle regioni la definizione degli standard strutturali, organizzativi e qualitativi dei servizi 0-3, mentre tali competenze per le scuole dell'infanzia (statali e non statali) sono riservate allo Stato (legge n. 53/2003 e legge n. 62/2000).

Dal punto di vista degli affidamenti, si rileva che i servizi educativi rientrano tra i servizi di cui allegato IX del D.Lgs n. 50/2016 per i quali, tra l'altro, ai sensi dell'articolo 35 la soglia di importo di rilevanza europea è pari ad euro 750.000€.

Senza entrare nel merito della natura dei servizi in oggetto, come anche da voi indicato preme evidenziare che nell'attuale periodo straordinario,

caratterizzato dall'emergenza sanitaria per la pandemia da Covid19, risulta rafforzata la necessità di mantenere la continuità educativa durante lo svolgimento dell'anno scolastico, come emerge dai protocolli per le misure anti Covid nonché dall'ultimo Documento di indirizzo del 03/08/2020 del Ministero dell'Istruzione.

Ciò posto, riguardo al quesito in esame si rileva che la suddetta esigenza di continuità educativa rappresenta una priorità per l'amministrazione comunale che va tenuta presente anche in rapporto alle disposizioni relative alle modalità di affidamento di cui al codice dei contratti pubblici, risultando difficilmente tollerabile un'interruzione della gestione dei servizi educativi.

Pertanto, sulla base delle disposizioni relative agli affidamenti di cui al D. Lgs n. 50/2016 prioritariamente occorre procedere tempestivamente ad un nuovo affidamento per i servizi educativi per tutta la durata del nuovo anno scolastico che prende inizio il 14 settembre p.v.

*In secundis*, tenuto conto che ciò non risulta possibile sia per la tempistica che per problemi inerenti la gestione del contratto in essere come da voi illustrato, si rileva che in ogni caso la straordinarietà dell'attuale momento storico suggerisce e supporta nella direzione di evitare comunque di frazionare la gestione dell'anno scolastico tra operatori economici diversi. Da questo punto di vista può essere utile l'articolo 63 del D. Lgs n. 50/2016 relativo all'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando, ed in particolare la fattispecie di cui al comma 2 lettera b, qualora ne ricorrano i relativi presupposti.

Pertanto si rimettono alla stazione appaltante le necessarie valutazioni in modo da garantire la continuità della gestione dei servizi educativi, nel rispetto delle disposizioni di cui al Codice dei contratti pubblici e delle indicazioni di cui alle Linee Guida ANAC n. 8 "Ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando nel caso di forniture e servizi ritenuti infungibili". Per completezza si ricorda che l'affidamento diretto, essendo una modalità di attribuzione di commesse pubbliche che deroga al principio generale della libera concorrenza, può essere usato esclusivamente nei casi in cui sussistano specifiche ragioni che impediscano di reperire l'opera, la

fornitura o il servizio sul libero mercato, oppure a condizioni sproporzionate (cfr Tar Lombardia, sez. IV, 21 febbraio 2018, n. 500). Come precisato dall'ANAC nelle Linee guida n. 8/2017, per il ricorso a procedure negoziate senza previa pubblicazione di un bando, per i casi in cui una fornitura e un servizio siano effettivamente infungibili il legislatore, comunitario e nazionale, ha previsto deroghe alla regola della selezione attraverso una selezione pubblica, considerato che l'esito di un'eventuale gara risulterebbe scontato, esistendo un unico operatore economico in grado di aggiudicarsela e, conseguentemente, l'indizione di una procedura ad evidenza pubblica determinerebbe uno spreco di tempo e di risorse. Ne consegue, allora, che ciascuna stazione appaltante accerta i presupposti per ricorrere legittimamente alla deroga in esame, valutando il caso concreto alla luce delle caratteristiche dei mercati potenzialmente interessati e delle dinamiche che li caratterizzano, e motiva sul punto nella delibera o determina a contrarre.

## **QUESITO 8**

### **servizio trasporto scolastico e costi covid**

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

La ditta che ha un contratto per la gestione del servizio scolastico ha inviato una richiesta di "ristoro maggiori oneri causa emergenza covid" che comporterebbe una integrazione del contratto per una spesa giornaliera di €. 21,00 oltre iva al giorno (per una somma complessiva di circa €. 260,00 al girono) per ciascun mezzo utilizzato per:

- Allestimento segnaletica
- Mascherine e guanti per autista
- Igienizzante per le mani
- Carta strappo ed igienizzanti per pulizie

- Formazione del personale "autista scuolabus in periodo Covid"
- Intensificazione sanificazione mezzi (già prevista giornalmente per contratto, oltre ad una sanificazione batteriologica almeno due volte a settimana)

Vorremmo comprendere se tali oneri debbano ricadere sull'attuale contratto o meno, e se vi sia un obbligo per l'Ente, considerando gli eventuali contributi statali previsti per legge per gli adeguamenti alle norme Covid.

## **RISPOSTA al quesito**

Relativamente al tema posto, si ricordano, tra gli altri, il Decreto Presidente del Consiglio dei Ministri 7 settembre 2020 "Ulteriori disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19" Gazzetta Ufficiale 07/09/2020, n. 222, ed in particolare l'Allegato B) "Allegato 16: Linee guida per il trasporto scolastico dedicato".

A livello regionale, si ricordano, tra le altre:

- Ordinanza del Presidente della Giunta regionale n 48 del 3 maggio 2020 "Misure di contenimento sulla diffusione del virus COVID-19 negli ambienti di lavoro. Revoca dell'ordinanza n.38/2020 e nuove disposizioni", che si applica a tutti gli ambienti di lavoro esclusi quelli sanitari e i cantieri, con la quale si è provveduto ad adeguare le disposizioni regionali alle misure contenute nell'allegato 6 del DPCM 26/04/2020, con particolare riferimento alla misura minima di distanziamento interpersonale;
- Ordinanza del Presidente della Giunta regionale n 76 del 5 agosto 2020 "Misure in materia di contenimento e gestione dell'emergenza epidemiologica da COVID-19. Recepimento Ordinanza del 1 agosto 2020 del Ministro della salute" per il trasporto pubblico regionale/locale e trasporto pubblico non di linea.

Ciò posto si rappresenta che, per tutta la durata del periodo emergenziale, occorre tener certamente conto dei maggiori costi a carico delle imprese dovuti all'apprestamento delle specifiche misure di sicurezza adottate per impedire il contagio. Le misure ivi previste comportano, infatti, la revisione delle procedure lavorative e gestionali normalmente impiegate richiedendo l'attuazione di nuovi e aggiuntivi apprestamenti e/o dispositivi di protezione individuale e collettiva, nonché la messa in atto di nuove/diverse modalità di gestione dei tempi lavorativi. Tali misure anti COVID-19 potranno essere riconducibili sia ai "costi della sicurezza"<sup>4</sup>, sia agli "oneri aziendali di

4

costi della sicurezza: ossia quantificazione economica analitica e dettagliata di tutte le specifiche misure di sicurezza definite dal coordinatore per la sicurezza in fase di progettazione (CSP)/esecuzione (CSE) all'interno del

sicurezza”<sup>5</sup>, ai sensi di quanto previsto dall’allegato 13 del Dpcm del 17 maggio 2020 “Disposizioni attuative del decreto-legge 25 marzo 2020, n. 19, recante misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19, e del decreto-legge 16 maggio 2020, n. 33, recante ulteriori misure urgenti per fronteggiare l'emergenza epidemiologica da COVID-19”.

Relativamente al quesito posto, pertanto, considerata l’eccezionalità e complessità dell’attuale situazione, si rileva che, laddove per l’espletamento del servizio sia stato redatto il DUVRI, il Dirigente Responsabile dell’Esecuzione del Contratto/datore di lavoro committente dovrà valutare la necessità di adeguare le disposizioni in esso previste, dettando le misure da mettere in atto e quantificando l’eventuale maggior costo derivante dalle stesse per i costi della sicurezza. L’eventuale maggiore costo deve essere riconosciuto all’impresa a seguito della messa in atto delle misure previste.

In secondo luogo, qualora ricorra la necessità, occorre valutare se riconoscere all’operatore economico i maggiori oneri per la sicurezza aziendali rappresentati mediante apposita richiesta, suffragata sia da idonea documentazione attestante le misure messe in atto presso il luogo di svolgimento della prestazione ed i connessi maggiori oneri della sicurezza sostenuti, sia da dichiarazione attestante di non aver beneficiato di sovvenzioni o contributi per la messa in atto di tali misure.

In conclusione si ritiene, quindi, che per quanto richiesto dalla scrivente stazione appaltante occorre effettuare le necessarie verifiche in rapporto a quanto richiesto dall’appaltatore per le diverse e più gravose modalità di svolgimento della prestazione dedotta nel contratto. In ogni caso può soccorrere lo strumento delle varianti di cui all’art. 106, comma 1 lett. c) del D. Lgs. n. 50/2016.

---

Piano di Sicurezza e Coordinamento (PSC). Tali costi non sono soggetti al ribasso d’asta.

oneri aziendali per la sicurezza: afferenti all’esercizio dell’attività svolta da ciascun operatore economico nella sua veste di ‘datore di lavoro’ e dovuti esclusivamente alle misure per la gestione del rischio proprio connesso all’attività svolta e alle misure operative gestionali. Tali oneri sono ricompresi nell’ambito delle spese generali riconosciute all’operatore e corrispondenti a procedure contenute normalmente nei “Piani Operativi di sicurezza redatti dalle singole imprese esecutrici (POS)”.

