

## **Corso di aggiornamento professionale sul tema**

### **AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI: RUOLO E RESPONSABILITA' DEI PROFESSIONISTI NELLE COMMISSIONI DI GARA**

#### **Risposte del prof. Zeuli a quesiti avanzati dagli iscritti al Corso.**

1. In presenza ad una convenzione di servizio della durata triennale (tra l'azienda e l'Ente Provincia), relativa all'affidamento di servizi di manutenzione rivolti ai plessi scolastici di competenza dell'Ente, per la cui realizzazione l'Azienda ricorre spesso, a sua volta, ad affidamenti a terzi di alcune attività a mezzo procedure di cottimo fiduciario/procedure negoziate, per l'azienda in house l'avviso di pre-informazione disciplinato all'art. 63 del codice diventa necessario?

Assolutamente no. L'avviso di pre-informazione è necessario solo quando si vogliono abbreviare i termini minimi imposti dalla legge tra la pubblicazione del bando e la celebrazione della gara. In tutti gli altri casi è sempre e solo facoltativo. Oltre tutto l'articolo 63 non contempla fra i soggetti che sono tenuti all'avviso di prei. gli organismi in house.

2. Ai sensi dell'art 46R del DPR 445/200 e s.m. tra le autodichiarazioni ammissibili non compare quella relativa ad attestazioni SOA e ad altre certificazioni di qualità aziendali. La Stazione Appaltante può, quindi, richiedere "a pena di esclusione" tali attestazioni e certificazioni in originale/copia conforme sottoscritta dal legale rappresentante dell'impresa offerente, rifiutando eventuali autodichiarazioni?

Lo può senz'altro fare, in sede di bando perché questo richiede l'articolo 40 del d.lgs.163/2006 e proprio perché l'art. 46 del dpr 445/2000 esclude che queste certificazioni possano essere rese in autodichiarazione.

3. Nel cottimo fiduciario e nelle procedure negoziate in generale, nel caso in cui i documenti richiesti dalla lettera d'invito ad offrire o dal bando siano definiti "a pena di esclusione", la loro eventuale incompletezza in sede di apertura dell'offerta va comunque comunicata all'impresa con la relativa richiesta di integrazione, o al contrario, si può procedere all'esclusione automatica?

A questa domanda non si può dare una risposta assoluta, perché dipende dal tipo di incompletezza: per es. se manca la sottoscrizione della offerta, non c'è integrazione. Se manca l'indicazione del numero civico del soggetto o comunque dell'indirizzo del professionista che ha asseverato il progetto si può domandare l'integrazione. Il criterio di massima è che l'integrazione sia dovuta quando vi siano imperfezioni formali, la cui correzione (rectius: rispetto ai quali l'invito a correggerli) non produce una violazione sostanziale della par condicio fra i concorrenti.

4. Nel cottimo fiduciario a mezzo lettera di invito ad offrire, in base a quanto regolamentato dagli artt. 65, 66, 67, 70 e succ, ci chiediamo quanto segue:

4.1. i tempi di esposizione dell'invito di quanto possono essere ridotti per motivi d'urgenza? E tale urgenza deve essere motivata in modo dettagliato, o può essere solo nominata?

Le ragioni di urgenza – che comunque non possono mai autorizzare un restringimento dei termini inferiore a 15 giorni tra pubblicazione del bando e termine per presentare le domande - devono essere adeguatamente motivate nel bando, e non possono mai dipendere da cause soggettive dell'amministrazione, ma fondarsi su ragioni oggettive (Ad es. un bisogno impellente della collettività non prevedibile con largo anticipo, non invece, il

ritardo accumulato per colpe organizzative). I medesimi principi generali si applicano anche alle procedure negoziate. Lo stesso dovrebbe valere per il termine minimo di gg.15.

4.2 Le comunicazioni di aggiudicazione provvisoria e definitiva possono essere inoltrate solo al vincitore/aggiudicatario, o devono essere inoltrate anche agli altri candidati, anche se esclusi o non vincitori? In caso affermativo con quale tempistica?

A questo proposito c'è l'articolo 65 che così recita:

*Avviso sui risultati della procedura di affidamento*

Art. 65.

(art. 35, paragrafo 4, e art. 36, paragrafo 1, direttiva 2004/18;

art. 20, legge n. 55/1990; art. 5, co. 3, d.lgs. n. 358/1992;

art. 8, co. 3, d.lgs. n. 157/1995; art. 80, co. 11, D.P.R. n. 554/1999)

1. Le stazioni appaltanti che hanno aggiudicato un contratto pubblico o concluso un accordo quadro inviano un avviso secondo le modalità di pubblicazione di cui all'[articolo 66](#), conforme all'allegato IX A, punto 5, relativo ai risultati della procedura di aggiudicazione, entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione del contratto o dalla conclusione dell'accordo quadro (1).

2. Nel caso di accordi quadro conclusi in conformità all'[articolo 59](#), le stazioni appaltanti sono esentate dall'invio di un avviso in merito ai risultati della procedura di aggiudicazione di ciascun appalto basato su tale accordo.

3. Le stazioni appaltanti inviano un avviso relativo al risultato dell'aggiudicazione degli appalti basati su un sistema dinamico di acquisizione entro quarantotto giorni dall'aggiudicazione di ogni appalto. Esse possono tuttavia raggruppare detti avvisi su base trimestrale. In tal caso, esse inviano gli avvisi raggruppati al più tardi quarantotto giorni dopo la fine di ogni trimestre.

4. Nel caso degli appalti pubblici di servizi elencati nell'allegato II B, le stazioni appaltanti indicano nell'avviso se acconsentono o meno alla sua pubblicazione.

5. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene gli elementi indicati nel presente codice, le informazioni di cui all'[allegato X A](#) [punto 5] e ogni altra informazione ritenuta utile, secondo il formato dei modelli di formulari adottati dalla Commissione (2).

6. Talune informazioni relative all'aggiudicazione del contratto o alla conclusione dell'accordo quadro possono essere omesse qualora la loro divulgazione ostacoli l'applicazione della legge, sia contraria all'interesse pubblico, pregiudichi i legittimi interessi commerciali di operatori economici pubblici o privati oppure possa recare pregiudizio alla concorrenza leale tra questi.

(1) Comma modificato dall'[articolo 3 del D.Lgs. 26 gennaio 2007 n. 6](#).

(2) Comma modificato dall'[articolo 1, comma 1, lettera r\) del D.Lgs. 11 settembre 2008, n. 152](#).

Tuttavia, in giurisprudenza si ritiene che l'omissione dell'avviso non produce illegittimità dell'aggiudicazione (TAR Napoli 581/2008) e che il termine per impugnare decorre non dall'avviso, ma dalla conoscenza dell'aggiudicazione avuta dall'interessato (CdS 3786/2002).

Allo stesso modo le cause di esclusione di un'offerta vanno comunicate sempre alla ditta interessata? In caso affermativo con quale tempistica?

Absolutamente sì seguendo i principi generali connessi alla trasparenza ed alla correttezza dell'azione della PA nei confronti dei privati: l'atto di esclusione deve essere comunicato ed adeguatamente motivato. Tuttavia per giurisprudenza costante, l'esclusione dalla gara non rappresenta un sub-procedimento e quindi ad essa non sono applicabili né l'art. 7 né gli artt.10 e 10 bis della L. 241/90.

4.3 In seguito all'aggiudicazione provvisoria, in attesa di ricevere la documentazione richiesta all'aggiudicatario (cauzione definitiva), è possibile dal luogo a procedere con la realizzazione delle attività aggiudicate, se presenti i motivi di urgenza? In caso affermativo, quali tempi occorre rispettare?

Sebbene in astratto ammissibile, non è mai consigliabile (né per la PA né per l'aggiudicatario) l'inizio dei lavori non solo in sede di aggiudicazione provvisoria, ma anche di aggiudicazione definitiva, prima della stipulazione del contratto, a maggior ragione laddove non sia stata prestata la cauzione definitiva. E difatti potrebbe non seguire l'aggiudicazione definitiva con l'apertura di un contenzioso, che avverrebbe comunque con la cauzione provvisoria già nelle mani della stazione appaltante.

Ad ogni modo ragioni d'urgenza, anche nella previgente disciplina ed in giurisprudenza, autorizzavano questo che tuttavia era un malcostume. Ancor oggi è possibile, a condizione che vi siano ragioni d'urgenza, attestare dal responsabile del procedimento.

## Corso di aggiornamento professionale sul tema

### AGGIUDICAZIONE DEI LAVORI PUBBLICI: RUOLO E RESPONSABILITA' DEI PROFESSIONISTI NELLE COMMISSIONI DI GARA

#### Risposte del prof. Zeuli a quesiti avanzati dagli iscritti al Corso

Quesito:

La ns. è una società *in house*, in quanto tale, eroga servizi diversi per conto dell'Ente Pubblico e su suo diretto affidamento a mezzo convenzioni.

A nostra volta ci troviamo spesso a dover esternalizzare parte delle attività e in alcuni casi, in base agli importi, seguiamo la procedura di gara informale con lettere d'invito a presentare offerta con il criterio del massimo ribasso.

In relazione alla lezione n. 3 e dopo aver esaminato il materiale ricevuto, ci poniamo il seguente nuovo quesito:

1. Nella su indicata procedura, se si procede con fax/lettera d'invito e allegato disciplinare-capitolato, nel quale si prevede che tra le diverse dichiarazioni il concorrente debba anche dichiarare di *"aver preso conoscenza del capitolato e di accettarne incondizionatamente tutte le prescrizioni"* e di *"aver preso conoscenza di tutte le circostanze generali e particolari che possono aver influito sulla determinazione del prezzo e delle condizioni contrattuali che possono influire sull'esecuzione dell'incarico"* è possibile prevedere che la comunicazione di aggiudicazione definitiva e di esecuzione dei lavori, debitamente controfirmata per accettazione dall'aggiudicataria e richiamante, sia atto conclusivo del procedimento? O, al contrario, è in ogni caso necessario sottoscrivere un vero e proprio contratto riportando tutte le indicazioni? In quest'ultimo caso il contratto può essere rappresentato dallo stesso disciplinare-capitolato debitamente firmato dal ditta vincitrice?

Risposta:

Il procedimento di aggiudicazione è un procedimento amministrativo. L'atto conclusivo di esso è il provvedimento di aggiudicazione definitiva. Questo, ovviamente, per essere efficace, deve essere portato a conoscenza del destinatario (atto recettizio), che dunque, se lo controfirma, come nel caso da lei ipotizzato, attesta di averlo ricevuto e rende definitivamente efficace, sul versante pubblicistico, l'affidamento.

Altro discorso è a farsi per il versante privatistico (civilistico) della fattispecie, in cui il piano dei rapporti è e dovrebbe essere paritario. In questo diverso frangente occorre, per disciplinare rapporti ed obblighi reciproci, un vero e proprio contratto, sottoscritto da entrambe le parti, proprio come accade per i privati. E' ovvio, tuttavia, che il contenuto di esso deve ricalcare, anche nei dettagli, il disciplinare di gara se è stato allegato al bando ed accettato dagli offerenti in sede di offerta, ed è anche possibile - come accade quasi sempre - che il contratto si limiti a richiamare quel documento. Tuttavia, quando ciò accade, il codice civile appronta, a tutela del contraente aderente (debole) una serie di accorgimenti che sono sostanzialmente compendiate negli artt. 1341 e 1342 del c.c., per evitare che l'aggiudicatario si trovi a sottoscrivere, al buio, clausole che potrebbero rivelarsi per lui eccessivamente onerose.

Dunque, riassumendo, quanto al 1° quesito, poiché i piani sono due: uno pubblicistico, l'altro privatistico, la mera sottoscrizione del capitolato, in sede di procedimento di aggiudicazione, seppure impegna l'offerente a portare a termine la gara e gli impedisce di muovere eccezioni, chiedendo modifiche del contratto, all'atto dell'aggiudicazione, non lo impegna ancora riguardo al contratto, al quale rimarrà vincolato solo quando la sua accettazione giungerà a conoscenza dell'ente appaltante, secondo la regola del 1326 c.c.

o se la stipulazione è contestuale (come quasi sempre accade) all'atto della sottoscrizione del testo contrattuale.

Quanto al 2° quesito: il contratto può richiamare il disciplinare e, nel suo contenuto, limitarsi a questo; tuttavia dovranno essere rispettati i criteri formali dettati dal codice, a tutela dell'aderente o soggetto debole del rapporto contrattuale.

Naturalmente queste considerazioni non sono diverse perchè la vs. é una società in house, perchè queste caratteristiche influenzano semmai il rapporto tra la società e l'ente di riferimento e non quello tra la prima ed i terzi.