

Appalti si servizi e di forniture nel regolamento di esecuzione dpr 207/2010

Organigramma del regolamento

- Programmazione ed organi del procedimento
- Requisiti di partecipazione
- Esecuzione del contratto
- Verifica di conformità
- Acquisizione di servizi e forniture in economia

I servizi e le forniture dell'allegato IIB
e l'applicazione del regolamento di
esecuzione

Art. 20 del D.Lgs 163/2006:

*“L'aggiudicazione degli appalti aventi per
oggetto i servizi elencati nell'allegato IIB
è disciplinata esclusivamente ...”*

Esclusione dell'esclusione

Ne consegue che:

- ciò che precede il procedimento di aggiudicazione
- ciò che costituisce principio generale
- Ciò che segue l'aggiudicazione
- Ciò che è espressamente escluso

Non rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 20 del D.Lgs 163/2006

Cosa si applica all'allegato IIB?

Si applicano i principi del codice (vedi anche art. 27 D.Lgs 163/2006; Direttiva Nicolais 2007; comunicazione interpretativa 179/2006 della Comunità Europea;

Si applicano le norme che disciplinano l'esecuzione del contratto di appalto in quanto successivo all'affidamento

Si applicano integralmente il D.Lgs 53/2010 ed il D.Lgs 104/2010, per cui:

Rispetto assoluto dei termini per stipulare il contratto e di tutte le comunicazioni concernenti l'aggiudicazione definitiva

In sintesi

- Disciplina responsabile del procedimento
- Obblighi connessi alle comunicazioni
- Obblighi in tema di accesso atti di gara
- Obblighi della fase esecutiva del contratto
- Disciplina del contenzioso
- Comunicazione circa il Preavviso di ricorso
- Rispetto termini per stipula contratto

Programmazione forniture e servizi

Mentre per i lavori pubblici oltre un certo importo è necessario il programma preventivo, per le forniture ed i servizi non v'è obbligo di redigere alcun programma.

La programmazione come atto formale da allegare al bilancio di previsione è un puro atto facoltativo.

Responsabile del Procedimento (272-274)

Il DPR 207/2010 provvede a dare attuazione all'art. 10 del D.Lgs 163/2006 e prevede come obbligatoria la nomina di un responsabile del procedimento che deve essere nominato:

- Tra il personale di ruolo
- Al momento di avvio della procedura

Caratteristiche del Responsabile

Il responsabile del procedimento è un FUNZIONARIO, anche di qualifica non dirigenziale.

Deve essere nominato con atto formale?

L'AVCP, con determinazione 23 febbraio 2001 n. 10, ha chiarito che l'atto di nomina deve costituire un provvedimento *ad hoc*, avente data certa, di competenza dell'organo amministrativo individuato in base al regolamento dell'ente (dirigente del settore lavori pubblici, direttore generale, segretario generale)

Consiglio di Stato, sez V, 20 marzo 1444/2006

Il dirigente ovvero il responsabile di area assumere in sé ogni ruolo nell'ambito del procedimento di affidamento così come previsto dall'art. 107 del TUEL.

Nello specifico presiede la gara e pone in essere il provvedimento di aggiudicazione definitiva.

RUP diverso del Dirigente

Quando il R.U.P. è un dipendente diverso dal dirigente/responsabile dell'area è essenziale soffermarsi sui criteri cui è doveroso attenersi per la nomina, tenendo presente quanto prescritto dal 5° comma dell'art. 10 del codice degli appalti e dal regolamento di attuazione:

"titolo di studio e competenza adeguati",

A) tipo di formazione;

B) livello di conoscenze e competenze ricollegabili sia al titolo di studio sia all'esperienza professionale;

C) specifiche capacità organizzativa.

Nella scelta del R.U.P., l'amministrazione deve valutare la professionalità dei propri dipendenti alla luce di tutti i suddetti parametri, rapportandoli, in concreto, alle peculiarità dell'acquisizione da realizzare.

Art. 273, comma 2: Il responsabile del procedimento svolge i propri compiti con il **supporto** dei dipendenti dell'amministrazione aggiudicatrice.

Servizi di supporto

Nei casi ed alle condizioni di cui all'articolo 10, comma 7, del codice, il responsabile del procedimento propone all'amministrazione aggiudicatrice l'affidamento delle attività di supporto secondo le procedure e con le modalità previste dal codice per l'affidamento dei servizi.

Art. 10, comma 7 D.Lgs 163/2010

Nel caso in cui l'organico delle amministrazioni aggiudicatrici presenti carenze accertate o in esso non sia compreso nessun soggetto in possesso della specifica professionalità necessaria per lo svolgimento dei compiti propri del responsabile del procedimento, secondo quanto attestato dal dirigente competente, i compiti di supporto all'attività del responsabile del procedimento possono essere affidati, con le procedure previste dal presente codice per l'affidamento di incarichi di servizi, ai soggetti aventi le specifiche competenze di carattere tecnico, economico finanziario, amministrativo, organizzativo, e legale, che abbiano stipulato adeguata polizza assicurativa a copertura dei rischi professionali.

Compiti del Responsabile

- l) svolge, su delega del soggetto di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81, i compiti ivi previsti.
- i) provvede alla raccolta, verifica e trasmissione all'Osservatorio degli elementi relativi agli interventi di sua competenza;

La progettazione

La progettazione è obbligatoria ed è di unico livello.

- a) la relazione tecnica-illustrativa con riferimento al contesto in cui è inserita la fornitura o il servizio;
- b) le indicazioni e disposizioni per la stesura dei documenti inerenti la sicurezza di cui all'articolo 26, comma 3, del decreto legislativo 9 aprile 2008, n. 81;
- c) il calcolo della spesa per l'acquisizione del bene o del servizio con indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso di cui alla lettera b);
- d) il prospetto economico degli oneri complessivi necessari per l'acquisizione del bene o del servizio;
- e) il capitolato speciale descrittivo e prestazionale;
- f) lo schema di contratto.

La progettazione è predisposta dalle amministrazioni aggiudicatrici mediante propri dipendenti in servizio.

Per i contratti che comprendono:

- prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico
- Prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze
- Prestazioni caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità.

la progettazione di servizi o forniture può avvenire nell'ambito di gare per l'affidamento di servizi o di concorsi di progettazione concernenti servizi o forniture, finalizzati a fornire alla stazione appaltante la progettazione.

Polizza e valore del contratto

(ART. 280)

Per i **contratti** relativi a servizi e forniture di importo pari o superiore a un milione di euro, il progettista o i progettisti **risultati vincitori di una gara di progettazione o di un concorso di progettazione** devono essere muniti, a far data dall'approvazione del progetto, di una polizza di responsabilità civile professionale per i rischi derivanti dallo svolgimento delle attività di propria competenza per tutta la durata della prestazione e sino alla data di emissione del certificato di verifica di conformità

Art. 9, comma, DL 78/2009 convertito in legge 102/2010

Al fine di evitare ritardi nei pagamenti e la formazione di debiti pregressi, il funzionario che adotta provvedimenti che comportano impegni di spesa ha l'obbligo di accertare preventivamente che il programma dei conseguenti pagamenti sia compatibile con i relativi stanziamenti di bilancio e con le regole di finanza pubblica.

Corte Conti Lombardia deliberazione 17/2006 ha specificato che il rispetto dei parametri previsti dal Patto di stabilità devono essere previsti già in sede di redazione del bilancio di previsione che a sua volta deve essere predisposto sulla base dei principi di veridicità e di attendibilità!

Commissione Giudicatrice

Nel caso di accertata carenza nell'organico della stazione appaltante di adeguate professionalità, attestata dal responsabile del procedimento sulla base degli atti forniti dal dirigente dell'amministrazione aggiudicatrice preposto alla struttura competente si procede alla nomina della commissione giudicatrice di cui all'articolo 84, comma 8, secondo periodo, del codice

Commissari esperti esterni

E' possibile ricorrere alla nomina dei commissari esterni:

- prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico
- Prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze
- Prestazioni caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità
- nel caso di servizi o forniture di importo superiore a 1.000.000 di euro.

Penali

In tema di penali l'art. 298, comma 1, del DPR 207/2010 dispone che *i contratti precisano le penali da applicare nel caso di ritardato adempimento degli obblighi contrattuali, in relazione alla tipologia, all'entità ed alla complessità della prestazione, nonché al suo livello qualitativo. Si applica l'articolo 145, commi 3 e 9.*

Penali

La norma di cui all'art. 145, comma 3, a sua volta dispone che per il ritardato adempimento delle obbligazioni assunte dagli esecutori, le penali da applicare sono stabilite dal responsabile del procedimento, in sede di elaborazione del progetto posto a base di gara ed inserite nel contratto, in misura giornaliera compresa tra lo 0,3 per mille e l'1 per mille dell'ammontare netto contrattuale, e comunque complessivamente non superiore al dieci per cento, da determinare in relazione all'entità delle conseguenze legate all'eventuale ritardo.

Penali

Ciò premesso si evince che le penali sono disciplinate per il mero ritardo, senza che vi siano norme che disciplinano l'esecuzione della prestazione in difformità rispetto quanto indicato in contratto.

Penali

In questa seconda evenienza, la disciplina in tema di contratto di appalto prevede tuttavia un rimedio in forma specifica in quanto nella disciplina dell'appalto è prevista l'eliminazione del vizio. L'art 1668 del codice prevede infatti che il committente possa chiedere che le difformità o i vizi siano eliminati a spese dell'appaltatore, oppure che il prezzo sia proporzionalmente diminuito, salvo il risarcimento del danno nel caso di colpa dell'appaltatore (1223). Se però le difformità o i vizi dell'opera sono tali da renderla del tutto inadatta alla sua destinazione, il committente può chiedere la risoluzione del contratto (2226; att. 181).

L'esistenza della tutela in forma specifica non toglie che le parti, in funzione del principio di autonomia negoziale, possano prevedere nel testo del loro contratto delle penali che abbiano come oggetto l'esecuzione della prestazione in modo non conforme a quanto pattuito. In sostanza posto che la prestazione deve essere eseguita ed essere eseguita correttamente, nelle more della sua corretta esecuzione, la parte privata, per il disagio arrecato può essere comunque tenuta al pagamento di penali sia per il ritardo che per aver eseguito non correttamente la prestazione.

Pagamenti

Il contratto indica **i termini** e le modalità di pagamento relativi alle prestazioni contrattuali.

I pagamenti sono disposti nel termine indicato dal contratto, previo accertamento da parte del direttore dell'esecuzione, confermato dal responsabile del procedimento, della prestazione effettuata, in termini di quantità e qualità, rispetto alle prescrizioni previste nei documenti contrattuali, è facoltà dell'esecutore presentare contestazioni scritte in occasione dei pagamenti.

Nel caso di ritardato pagamento resto fermo quanto previsto dal decreto legislativo 9 ottobre 2002, n. 231.

L'applicazione del D.Lgs 231/2002

Se il termine per il pagamento non è stabilito nel contratto, gli interessi decorrono, automaticamente, senza che sia necessaria la costituzione in mora, alla scadenza del seguente termine legale:

- trenta giorni dalla data di ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente;
- trenta giorni dalla data di ricevimento delle merci o dalla data di prestazione dei servizi, quando non è certa la data di ricevimento della fattura o della richiesta equivalente di pagamento;

Giurisprudenza amministrativa

tra le tante vedi: TAR Lazio n. 6277/09 secondo cui la clausola che prevede il pagamento del corrispettivo solo dopo 60 giorni dal ricevimento dalla fattura si pone in violazione dell'art. 4 del predetto d.lgs. n. 231/2002, il quale stabilisce la decorrenza degli interessi moratori, che evidentemente presuppongono l'avvenuta scadenza del termine, una volta decorsi trenta giorni dal ricevimento della fattura

Giurisprudenza amministrativa

Consiglio di Stato, 4996/2007: *La sentenza, invero, non si discosta dal consolidato orientamento della giurisprudenza (cfr., ex multis, Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2005, n. 1638) che considera illegittimi la lettera d'invito ed il capitolato normativo nella parte in cui impongono, a pena di esclusione, l'accettazione*

La Corte dei Conti con deliberazione n.9/CONTR/10 ha ritenuto che il decreto legislativo 12 aprile 2006, n.163 (codice dei contratti pubblici), con riferimento alle aggiudicazioni secondo il parametro dell'offerta economicamente più vantaggiosa di cui all'art.83, elenca una pluralità di parametri, solo in via semplificativa. Le amministrazioni committenti, pertanto, a seconda della disponibilità di liquidità, potrebbero assegnare al termine di pagamento ed al saggio di interesse richiesto dall'aspirante aggiudicatario un adeguato punteggio. Maggiore punteggio, ovviamente, dovrà riconoscersi alle imprese che accettino termini più dilatati e saggi di interessi inferiori rispetto a quelli previsti dal d.lgs. n.231 del 2002, appropriatamente definiti dalla dottrina come a carattere "sanzionatorio" per la loro consistenza.

Questa soluzione non può andar bene per almeno due motivi dirimenti la questione:

- 1) l'art. 83 in tema di offerta economicamente più vantaggiosa se è vero che elenca una pluralità di parametri, solo in via semplificativa è altrettanto vero che questi parametri devono essere in diretta correlazione con la qualità della prestazione da presentarsi, giacché l'oggetto dell'offerta è in teso in termini di qualità della prestazione e non in termini di pagamento della prestazione.
I termini di pagamento della prestazione prescindono dalla qualità ma attengono solo ai modi di esecuzione del contratto e del mero pagamento. Si andrebbe ad attribuire un punteggio per un parametro che, diversamente da quanto prevede la legge, non è legato "al come la prestazione viene eseguita", ma "al come viene pagata".
- 2) Si violerebbe il principio di *par conditio* dei concorrenti favorendo di fatto quegli operatori economici che, à parità di qualità della prestazione, hanno semplicemente maggiore liquidità, così da permettersi di poter essere remunerati più tardi rispetto altri.

Direttore dell'esecuzione

Il direttore dell'esecuzione del contratto coincide con il responsabile del procedimento.

Il direttore dell'esecuzione del contratto è comunque un soggetto diverso dal responsabile del procedimento nel caso:

- a) di prestazioni di importo superiore a 500.000 euro;
- b) di prestazioni particolarmente complesse sotto il profilo tecnologico ovvero che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze ovvero caratterizzate dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi.

Compiti del Direttore

Il direttore dell'esecuzione del contratto provvede al coordinamento, alla direzione e al controllo tecnico-contabile dell'esecuzione del contratto stipulato dalla stazione appaltante.

Efficacia del Contratto

Dopo che il contratto è divenuto efficace, il responsabile del procedimento autorizza il direttore dell'esecuzione a dare avvio all'esecuzione della prestazione.

Il responsabile del procedimento può autorizzare, ai sensi dell'articolo 11, comma 9, del codice, l'esecuzione anticipata della prestazione dopo che l'aggiudicazione definitiva è divenuta efficace:

- a) quando il contratto ha ad oggetto beni o servizi che, per la loro natura o per il luogo in cui deve essere eseguito il contratto, debbono essere immediatamente consegnati o svolti;
- b) in casi di comprovata urgenza.

Il capitolato speciale o altro documento contrattuale **può prevedere** che il direttore della esecuzione rediga apposito verbale di avvio dell'esecuzione del contratto in contraddittorio con l'esecutore.

Molto meglio subordinare l'efficacia alla mera stipula del contratto.

Varianti introdotte dalla stazione appaltante

La stazione appaltante non può richiedere alcuna variazione ai contratti stipulati, se non nei casi di seguito previsti:

- a) per esigenze derivanti da sopravvenute disposizioni legislative e regolamentari;
- b) per cause impreviste e imprevedibili accertate dal responsabile del procedimento o per l'intervenuta possibilità di utilizzare materiali, componenti e tecnologie non esistenti al momento in cui ha avuto inizio la procedura di selezione del contraente, che possono determinare, senza aumento di costo, significativi miglioramenti nella qualità delle prestazioni eseguite;
- c) per la presenza di eventi inerenti alla natura e alla specificità dei beni o dei luoghi sui quali si interviene, verificatisi nel corso di esecuzione del contratto.

4. Nei casi previsti al comma 2, la stazione appaltante può chiedere all'esecutore una variazione in aumento o in diminuzione delle prestazioni fino a concorrenza di un **quinto del prezzo** complessivo previsto dal contratto che l'esecutore è tenuto ad eseguire, previa sottoscrizione di un atto di sottomissione, agli stessi patti, prezzi e condizioni del contratto originario senza diritto ad alcuna indennità ad eccezione del corrispettivo relativo alle nuove prestazioni. Nel caso in cui la variazioni superi tale limite, la stazione appaltante procede alla stipula di un atto aggiuntivo al contratto principale dopo aver acquisito il consenso dell'esecutore.

Sono inoltre ammesse, nell'esclusivo interesse della stazione appaltante, le varianti, in aumento o in diminuzione, finalizzate al miglioramento o alla migliore funzionalità delle prestazioni oggetto del contratto, a condizione che tali varianti non comportino modifiche sostanziali e siano motivate da obiettive esigenze derivanti da circostanze sopravvenute e imprevedibili al momento della stipula del contratto. L'importo in aumento o in diminuzione relativo a tali varianti non può superare il cinque per cento dell'importo originario del contratto e deve trovare copertura nella somma stanziata per l'esecuzione della prestazione .

Divieto di modifiche introdotte dall'esecutore

Nessuna variazione o modifica al contratto può essere introdotta dall'esecutore, se non è disposta dal direttore dell'esecuzione del contratto e preventivamente approvata dalla stazione appaltante

Incombenze per i pagamenti

Quando la stazione appaltante provvede al pagamento della prestazione, dopo aver accertato che la stessa corrisponde a quanto richiesto, deve preliminarmente porre in essere due incombenze:

1) Deve acquisire di ufficio il DURC

deve acquisire di ufficio il DURC in quanto l'art. 6, comma 3, del DPR 207/2010 dispone che le amministrazioni aggiudicatrici acquisiscono d'ufficio, anche attraverso strumenti informatici, il documento unico di regolarità contributiva in corso di validità per il pagamento delle prestazioni relative a servizi e forniture; per altro il comma 8 del medesimo DPR chiarisce che in caso di ottenimento del documento unico di regolarità contributiva dell'affidatario del contratto negativo per due volte consecutive, il responsabile del procedimento, acquisita una relazione particolareggiata predisposta dal direttore dei lavori ovvero dal direttore dell'esecuzione, propone, ai sensi dell'articolo 135, comma 1, del codice, la risoluzione del contratto, previa contestazione degli addebiti e assegnazione di un termine non inferiore a quindici giorni per la presentazione delle controdeduzioni.

2) Ritenuta dello 0,50 per cento

Sull'importo netto progressivo delle prestazioni deve essere operata una ritenuta dello 0,50 per cento; le ritenute possono essere svincolate soltanto in sede di liquidazione finale, dopo l'approvazione da parte della stazione appaltante del certificato di collaudo o di verifica di conformità, previo rilascio del documento unico di regolarità contributiva. Questo in quanto per i contratti relativi a lavori, servizi e forniture, l'esecutore, il subappaltatore e i soggetti titolari di subappalti e cottimi di cui all'articolo 118, comma 8, ultimo periodo, del codice devono osservare le norme e prescrizioni dei contratti collettivi nazionali e di zona stipulati tra le parti sociali firmatarie di contratti collettivi nazionali comparativamente più rappresentative, delle leggi e dei regolamenti sulla tutela, sicurezza, salute, assicurazione assistenza, contribuzione e retribuzione dei lavoratori

Verifiche di conformità

I contratti pubblici di forniture e di servizi **sono soggetti a verifica di conformità** al fine di accertarne la regolare esecuzione, rispetto alle condizioni ed ai termini stabiliti nel contratto, fatte salve le eventuali leggi di settore e fermo restando quanto previsto nelle norme del presente titolo

Oggetto della Verifica

Le attività di verifica di conformità sono dirette a certificare che le prestazioni contrattuali siano state eseguite a regola d'arte sotto il profilo tecnico e funzionale, in conformità e nel rispetto delle condizioni, modalità, termini e prescrizioni del contratto, nonché nel rispetto delle eventuali leggi di settore

Affidamenti in Economia

Nel rispetto degli atti di programmazione eventualmente previsti delle amministrazioni aggiudicatrici, le stazioni appaltanti possono fare ricorso alle procedure di acquisto in economia nelle ipotesi tassativamente indicate all'articolo 125 del codice, nonché delle ipotesi specificate in regolamenti o in atti amministrativi generali di attuazione emanati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle proprie specifiche esigenze, ai sensi dell'articolo 125, comma 10, del codice.

L'operatore economico uscente va invitato alla nuova procedura in economia?

Quando il contratto sulla cui base è stata previamente posta in essere la procedura in economia è prossimo alla scadenza ci si può porre la seguente domanda: L'operatore economico uscente deve essere invitato?, può essere invitato? o non deve essere invitato alla nuova procedura?

La giurisprudenza palesa una certa insofferenza poiché se da un lato il principio di rotazione dovrebbe imporre che alla nuova procedura siano invitati nuovi operatori economici, dall'altra qualche giudice di *prime cure* ha ritenuto colpevole la stazione appaltante di responsabilità precontrattuale per non avere invitato alla procedura l'operatore economico uscente.

- Il Consiglio di Stato per altro riconoscere la piena discrezionalità dell'ente circa i soggetti da invitare, sottolineando tuttavia che laddove l'operatore economico si sia distinto per serietà e precisione di esecuzione, possa ragionevolmente vantare una aspettativa giuridicamente rilevante all'invito

Precisa infatti che "Infatti il cottimo fiduciario, proprio perché basato su un rapporto diretto fiduciario, intercorrente tra il competente funzionario dell'amministrazione e il privato contraente, non esclude affatto, ma anzi comprova, la sussistenza di un interesse legittimo alla partecipazione alla gara del soggetto che ad es., per gli esercizi finanziari precedenti, ha goduto della fiducia dell'amministrazione, essendo stato invitato a presentare un'offerta, risultando più volte aggiudicatario del servizio ed avendolo svolto in modo regolare. Quindi, sebbene nel caso di cottimo fiduciari, da sempre considerato una forma di trattativa privata, non sussista un obbligo in capo all'amministrazione di invitare tutte le imprese che ne facciano richiesta, nè di illustrare diffusamente le ragioni di ogni mancato invito, è però ravvisabile l'obbligo di motivare il mancato invito di una ditta che versa nelle peculiari condizioni sopra rammentate

Ne consegue che laddove l'operatore economico uscente abbia svolto la sua prestazione in modo apprezzabile, regolare e corretto, la stazione appaltante abbia l'onere di provvedere al suo invito in ossequio all'aspettativa giuridicamente rilevante che questi, in ragione del suo comportamento, ha precedentemente maturato.

Anche alle procedure in economia trova applicazione il D.Lgs 231/2002 in tema di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali con la conseguenza che termini diversi da quelli minimi previsti per legge, devono essere concordati e non imposti unilateralmente nella lettera di invito

Recentemente il T.A.R. Toscana^[1] ha ritenuto applicabile anche alle procedure in economia la clausola *stand-still* di cui all'art. 11, comma 10, del D.lgs 163/2006 in quanto volta ad assicurare l'effettività di un principio fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici.

^[1] T.A.R. Toscana, sez, I, n. 6570/2010.