



Unione Europea

Repubblica Italiana

Regione Siciliana

Assessorato Infrastrutture, Mobilità e Trasporti

Dipartimento Regionale Tecnico

Vista la circolare n.16341/DRT del 22 Aprile 2014, avente ad oggetto "CRITICITA' UREGA – Direttive;

Considerato che sul contenuto di tali direttive sono pervenute osservazioni da parte di alcuni UREGA;

Rilevato che tali osservazioni riguardano in particolare:

- l'interpretazione dell'art. 22, comma 4, del D.P. n. 13/2012;
- l'applicazione dell'art. 7, comma 2, L.R. n. 12/2011 e dell'art. 11, comma 3, lett. a) del D.P. n. 13/2012;
- l'obbligo di iscrizione alla Cassa Edile;
- la pubblicazione del verbale;
- la comunicazione ai candidati circa la loro esclusione;
- l'adeguamento del protocollo di legalità.

Considerato che sono emerse nel frattempo altre criticità che riguardano in particolare:

- la verifica della regolarità dei DURC;
- l'interpretazione dell' Art. 15, comma 1, Art. 16, comma 1 del D.P. n. 13/2012;

Con riferimento alle osservazioni alla circolare sopra esposte si rileva:

- Per quanto riguarda l'interpretazione dell'art. 22, comma 4, del D.P. n. 13/2012, la previsione, in caso di rinnovazione degli atti da parte della commissione su richiesta del RUP, *".... restando comunque a carico dell'organo competente le conseguenze dell'insorgere di eventuali contenziosi che possono anche comportare la perdita o la revoca del finanziamento dell'opera."*, non può che portare alla conclusione che la commissione deve rinnovare gli atti secondo le prescrizioni del RUP, in caso contrario la disposizione citata non avrebbe nessun significato. Si osserva tuttavia, come già ribadito nella circolare n.16341/DRT del 22 Aprile 2014, che tale norma disconosce totalmente le competenze e le prerogative della Commissione di gara, il cui operato potrebbe essere così vanificato dalla stazione appaltante e pertanto la citata norma sarà oggetto di modifica in sede di riforma della normativa regionale sugli appalti.
- Per quanto riguarda l'applicazione dell'art. 7, comma 2, L.R. n. 12/2011 e dell'art. 11, comma 3, lett. a) del D.P. n. 13/2012, premesso che le osservazioni pervenute non sono attinenti alle criticità che la circolare ha inteso evidenziare e chiarire, si ribadisce, in questa sede, che la cauzione definitiva, come delineata dalle citate norme, potrà trovare applicazione solo dopo l'emanazione dei bandi tipo da parte dell'Assessore regionale per le infrastrutture e la Mobilità, come già chiarito con la circolare n. 71442 del 27/07/2012; si richiama comunque, relativamente alla fattispecie, la sentenza n. 401 del 2007 della Corte Costituzionale secondo cui la materia disciplinata dall'art. 113 del D.Lgs. 163/2006 e ss.mm. ii., "rientra nella competenza legislativa esclusiva statale in materia di ordinamento civile (art. 117, secondo comma, lettera l, Cost.)....".
- Con riferimento all'obbligo di iscrizione alla Cassa Edile si rileva che l'art. 38 del Codice dei contratti prevede, a pena di esclusione, una dichiarazione attestante esclusivamente la regolarità contributiva. Una eventuale previsione nel bando, di obbligo di iscrizione alla Cassa Edile, prima dell'aggiudicazione definitiva, ai fini dell'ammissione, si porrebbe ora in contrasto col principio della tassatività delle clausole di esclusione sancito dall'art. 46, comma 1 bis, del "Codice".

- Per quanto riguarda la pubblicazione del verbale, giova riportare testualmente quanto previsto dall'art. 13 del codice dei contratti:

2: *"Fatta salva la disciplina prevista dal presente codice per gli appalti segreti o la cui esecuzione richiede speciali misure di sicurezza, il diritto di accesso è differito:*

a) nelle procedure aperte, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle medesime;

b) nelle procedure ristrette e negoziate, e in ogni ipotesi di gara informale, in relazione all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, e in relazione all'elenco dei soggetti che sono stati invitati a presentare offerte e all'elenco dei soggetti che hanno presentato offerte, fino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte medesime; ai soggetti la cui richiesta di invito sia stata respinta, è consentito l'accesso all'elenco dei soggetti che hanno fatto richiesta di invito o che hanno segnalato il loro interesse, dopo la comunicazione ufficiale, da parte delle stazioni appaltanti, dei nominativi dei candidati da invitare;

c) in relazione alle offerte, fino all'approvazione dell'aggiudicazione;

c-bis) in relazione al procedimento di verifica della anomalia dell'offerta, fino all'aggiudicazione definitiva.

3. Gli atti di cui al comma 2, fino ai termini ivi previsti, non possono essere comunicati a terzi o resi in qualsiasi altro modo noti.

4. L'inosservanza del comma 2 e del comma 3 comporta per i pubblici ufficiali o per gli incaricati di pubblici servizi l'applicazione dell'articolo 326 del codice penale."

La norma, recepita in Sicilia, anche se può apparire eccessivamente rigorosa, vieta perentoriamente, prescrivendo una sanzione penale in caso di inosservanza, che gli atti di gara - "le offerte" - possano essere comunicati "o resi in qualsiasi altro modo noti". Di contro la mancata pubblicazione non viola alcuna norma, ed infatti non esiste una disposizione di legge o regolamentare che prevede la pubblicazione dei verbali da parte dell'UREGA. Si rammenta infine che l'approvazione dell'aggiudicazione è di competenza della stazione appaltante.

- Per quanto riguarda la comunicazione ai candidati circa la loro esclusione, la competenza relativa spetta attualmente alla stazione appaltante, come previsto chiaramente dall'art. 9, comma 7 della L.R. 12/2011; si osserva che l'esclusione viene disposta dalla Commissione di gara, e, poiché vige l'obbligo di comunicazione entro 5 giorni, è opportuno che il RUP venga immediatamente informato dell'esclusione, al fine di consentire allo stesso di effettuare le comunicazioni previste dall'art. 79 del "Codice", nei termini.
- Con riferimento all'adeguamento del protocollo di legalità lo stesso si rende necessario in conseguenza della modifica dell'art. 38 del "Codice" che, giova ribadire, è stato recepito dal legislatore siciliano dinamicamente.

Per tutte le considerazioni esposte in premessa, al fine di assicurare uniformità di comportamenti presso tutte le sezioni, Centrale e provinciali dell'UREGA dell'Isola,

DECRETA

ART. 1

Sono approvati i contenuti della Direttiva prot. 16341 del 22/04/2014, di seguito riportata:

- **Indicazione del ribasso in 4 cifre decimali.**

L'indicazione del ribasso in 4 cifre decimali senza tenere conto delle cifre decimali successive alla quarta, è prevista dall'art. 1, comma 9 della L.R. 20/2007; tale disposizione non risulta espressamente abrogata dalla L.R. 12/2011 (risultano abrogati solo i commi 1, 2 e 7); tuttavia neanche il comma 10 dello stesso articolo è stato espressamente abrogato, eppure lo stesso, che prevede che *"l'amministrazione interessata aggiudica l'appalto all'offerta, espressa in cifre percentuali di ribasso, che risulta pari, o in mancanza, che più si avvicina per difetto alla media aritmetica dei ribassi individuata con le modalità di cui ai commi 1 bis 1 e 1 bis 2. Le medie sono calcolate sino alla quarta cifra decimale, arrotondata alla unità superiore qualora la quinta cifra decimale sia pari o superiore a cinque"* è incompatibile con il sistema di aggiudicazione previsto dall'art. 19 comma 6 della

L.R. 12/2011, che recepisce la normativa nazionale. Invero la previsione dell'offerta espressa in 4 cifre decimali di cui al comma 9 dell'art. 1 della L.R. 20/2007 aveva una sua giustificazione proprio in virtù del sistema di aggiudicazione previsto dal successivo comma 10, (ora abrogato) al fine di evitare identici ribassi (tale soluzione come è noto non ha raggiunto il risultato sperato). Con la modifica legislativa tale previsione non ha più ragione di essere, e non si armonizza col sistema normativo vigente, pertanto è da ritenersi tacitamente abrogata. Alla luce delle superiori considerazioni, in mancanza di disposizioni legislative statali che prevedano il numero delle cifre decimali con cui debba essere formulata l'offerta, si potrà fare riferimento al Parere di pre-contenzioso n. 8 del 15/01/2009 dell'AVCP, secondo il quale *"la S.A. non viola i principi di parità di trattamento e di proporzionalità se nella determinazione della soglia di anomalia utilizza un numero di decimali omogeneo e sufficientemente ampio"*. Pertanto, nelle more dell'adozione di uno schema di bando tipo che sarà reso disponibile contemporaneamente all'adozione del sistema *"Alice gare"*, le stazioni appaltanti potranno prevedere un congruo numero di cifre decimali, sia per quanto riguarda l'offerta che per quanto riguarda la media, purchè lo indichino espressamente nel bando di gara;

- **Interpretazione dell'art. 22, comma 4 del DPR 13/2012.**

L'art. 22 del DPR 13/2012 dispone, ai commi terzo e quarto:

"3. Ove l'organo competente di cui al comma precedente individui vizi nel verbale di aggiudicazione provvisoria per il cui rimedio non è necessaria la rinnovazione di atti della procedura, con provvedimento congruamente motivato, procede direttamente alla correzione. In ogni altro caso, rimette gli atti al presidente della commissione di gara affinché provveda alla rinnovazione degli atti.

4. Ove la commissione a maggioranza non condivida le motivazioni che hanno dato luogo alla richiesta di provvedere alla rinnovazione, procede comunque alla rinnovazione degli atti in ottemperanza alla richiesta, restando comunque a carico dell'organo competente le conseguenze dell'insorgere di eventuali contenziosi che possono anche comportare la perdita o la revoca del finanziamento dell'opera."

Alla luce delle superiori disposizioni attualmente non sembra esserci dubbio sul fatto che in caso di richiesta di rinnovazione degli atti nonostante il parere contrario della commissione, la stessa debba rinnovare gli atti eseguendo le decisioni dell'organo competente della stazione appaltante (il RUP), altrimenti non avrebbe senso la previsione *".... restando comunque a carico dell'organo competente le conseguenze dell'insorgere di eventuali contenziosi che possono anche comportare la perdita o la revoca del finanziamento"*

dell'opera.". Tuttavia tale norma disconosce totalmente le competenze e le prerogative della commissione di gara, il cui operato può così essere vanificato dalla stazione appaltante, pertanto la norma sarà oggetto di proposta di modifica in sede di riforma della L.R. 12/2011 e relativo regolamento di esecuzione.

- **Adeguamento del protocollo di legalità a seguito delle modifiche apportate dalle modifiche all'art. 38 del codice dei contratti.**

La modifica operata dagli art. 3, comma 1, legge n. 166 del 2009, e 1, comma 5, legge n. 44 del 2012 all'art. 38, si ripercuote direttamente sulla dichiarazione relativa al protocollo di legalità, pertanto i modelli di dichiarazione relativi dovranno contenere la seguente previsione: ".....omissis....**Dichiara espressamente e in modo solenne:** di non trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale) con altri concorrenti, **o di trovarsi in situazioni di controllo o di collegamento (formale e/o sostanziale), con altri concorrenti, ma tale situazione non comporta che l'offerta sia imputabile ad un unico centro decisionale** e che non si è accordato e non si accorderà con altri partecipanti alle gare;".

- **Documentazione aggregata in un unico documento.**

Al fine di rendere più agevole il compito delle commissioni di gara, si invita a prevedere nei bandi di gara la documentazione aggregata in un unico documento; il bando cioè a titolo esemplificativo potrà contenere la seguente dicitura " Poiché l'offerta costituisce un "unicum", (al fine di agevolare le operazioni di gara), tutti gli atti che la compongono per comprovare il possesso dei requisiti tecno - amministrativi (documenti, dichiarazioni, autorizzazioni, etc.) dovranno essere aggregati per formare un solo documento, recante in prima pagina l'elenco degli atti allegati, con apposizione del timbro o della firma in modo da congiungere ogni foglio a quello successivo; è sufficiente in ogni caso allegare i documenti di riconoscimento una sola volta nella busta A"; **ovviamente tale adempimento non potrà essere previsto a pena di esclusione.**

- **Applicazione dell'art. 7, comma 2 L.R. 12/2011 e 11, comma 3, lett. a, DPRS 13/2012.**

Le suddette disposizioni, che riguardano la diversa disciplina della cauzione definitiva rispetto a quella nazionale, si riferiscono ai bandi tipo da adottare con decreto dell'Assessore regionale per le infrastrutture e la mobilità, non ai singoli bandi delle stazioni appaltanti, pertanto, fino all'emanazione dei bandi tipo, le stazioni appaltanti dovranno fare riferimento esclusivamente alle disposizioni contenute nel Codice dei contratti.

- **Durata della cauzione definitiva.**

L'art. 75 del codice dei contratti prevede al comma 8 che l'offerta "deve essere corredata dall'impegno di un fideiussore a rilasciare la garanzia fideiussoria per l'esecuzione del contratto, di cui all'articolo 113, qualora l'offerente risultasse affidatario"

In tal caso il fideiussore dovrà produrre un impegno temporalmente valido, cioè un impegno che faccia riferimento alla durata della cauzione definitiva prevista dalla normativa vigente. Le norme che disciplinano la validità della cauzione definitiva sono contenute nell'art. 113, comma 5, del Decreto legislativo n. 163/2006 e nell'art. 123, comma 1, del DPR 207/2010. La prima disposizione dispone:

"La garanzia copre gli oneri per il mancato od inesatto adempimento e cessa di avere effetto solo alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione."

L'art. 123, comma 1, del DPR 207/2010 recita: *"La cauzione definitiva, calcolata sull'importo di contratto, è progressivamente svincolata ai sensi dell'articolo 113 del codice. L'ammontare residuo della cauzione definitiva deve permanere fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato."*

l'apparente discrasia esistente fra le due norme (la prima prevede la durata fino all'emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, mentre la seconda aggiunge *"o comunque fino a dodici mesi dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato."* è stata chiarita dal Tar Catania, con sentenza n. 1578 del 30 maggio 2013, ove si afferma:

"Va tenuto conto, infatti, che secondo quanto disposto dall'art. 141 del D.lgs n. 163/2006 il collaudo deve avvenire entro sei mesi dall'ultimazione dei lavori ; ne consegue che, facendo applicazione dei principi civilistici in materia di interpretazione dei contratti (artt. 1363 e 1367 cod. civ.), la dichiarazione di impegno a costituire la cauzione definitiva valida fino alla scadenza del 12° mese dalla data di ultimazione dei lavori risultante dal relativo certificato va interpretato nel senso che la compagnia assicurativa ha inteso fornire una garanzia aggiuntiva che opera per ulteriori sei mesi, anche oltre l'espletamento del collaudo effettuato nel termine di legge (cfr. C.G.A.R.S. 28.07.2011, n. 516)"

Pertanto la validità si estende in ogni caso fino alla data di emissione del certificato di collaudo provvisorio o del certificato di regolare esecuzione, ed in tal modo dovrà essere prevista nei bandi di gara.

- **Iscrizione alla Cassa Edile esclusivamente delle imprese edili.**

Per quanto riguarda l'iscrizione alla Cassa Edile, si osserva che in sede di gara (ciò che interessa nella fattispecie), è sufficiente la regolarità del DURC; **l'obbligo di iscrizione alla cassa edile in ogni caso sorge dopo l'aggiudicazione provvisoria** come ribadito dall'Autorità di Vigilanza con apposito parere n. 30 del 26/02/2009. La stessa Autorità, con deliberazione n. 91 del 2007, precisa che *"Per quanto attiene all'obbligo di iscrizione alla Cassa Edile, nel far presente che l'iscrizione sussiste ipso facto per tutte le imprese aderenti al contratto collettivo degli edili, si precisa che, indipendentemente dal comparto di riferimento, le imprese che eseguono appalti di lavori pubblici sono anch'esse obbligate ad iscrivere i propri lavoratori alla Cassa Edile territorialmente competente"*.

- **Apertura offerte economiche**

La Commissione di gara dopo aver esaminato la documentazione prodotta dalle Imprese procede all'apertura delle buste contenenti le offerte economiche esclusivamente delle imprese ammesse. La prescrizione deve essere contenuta nel bando di gara (lex specialis) che disciplina puntualmente la procedura di aggiudicazione. Ove tale previsione non sia contenuta nel bando di gara si procederà anche all'apertura delle offerte escluse.

- **Pubblicazione del verbale.**

Con riguardo alla pubblicazione del verbale, si ribadisce che l'art. 13 del codice dei contratti vieta la comunicazione o pubblicazione di alcuna notizia relativa al contenuto dell'offerta fino all'approvazione dell'aggiudicazione, di competenza della stazione appaltante; pertanto si raccomanda la stretta osservanza della citata disposizione, la cui violazione comporta l'applicazione dell'art. 326 del codice penale (rivelazione di segreti d'ufficio).

- **Previsione della presentazione delle giustificazioni preventive in sede di offerta.**

La presentazione delle giustificazioni preventive in sede di offerta è vietata dal codice dei contratti; giova ricordare che il sistema di aggiudicazione, come ribadito da numerose sentenze della Corte Costituzionale, rientra nella materia *"tutela della concorrenza"*, di competenza esclusiva dello Stato, ai sensi dell'art. 117 Cost., pertanto la Regione Siciliana non può introdurre con legge, come da alcuni auspicato al fine di accelerare le procedure, la possibilità di presentare le giustificazioni preventive in sede di offerta.

- **Competenza circa la comunicazione ai candidati della loro esclusione.**

La competenza circa la comunicazione ai candidati della loro esclusione spetta attualmente alla stazione appaltante, come previsto chiaramente dall'art. 9, comma 7, della L.R. 12/2011; tuttavia tale norma potrà essere oggetto di modifica in sede di riforma della L.R. 12/2011 e relativo regolamento di esecuzione, per coordinare la disposizione con quanto previsto dall'art. 79 del Codice dei contratti e dall'art. Art. 120, comma 5 del Decreto Legislativo 2 luglio 2010, n.104 (codice del processo amministrativo), secondo il quale da tale comunicazione decorrono i termini di impugnazione al Tar.

Tuttavia, per opportunità, il Rag procede, a fine di ogni seduta della commissione di gara, ricevuto il relativo verbale, a comunicare ai candidati la loro esclusione al fine di ricevere eventuali osservazioni circa eventuali meri errori riguardanti l' esclusione. La comunicazione non è effettuata ai sensi e per gli effetti dell' art 79 comma 5 lett.b) D. Lgs. 163/2006 recepito dalla L.R. 12/2011(art. 9 comma 7).

Tale specifica previsione deve essere contenuta nel bando di gara (*lex specialis*) che disciplina puntualmente la procedura di aggiudicazione.

- **Interpolazione lineare e costo del lavoro (art. 29, comma 5, lett. b, DPRS 13/2012.**

L'art. 29 comma 5 del DPRS 13/2012 5. Prevede, nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'applicazione dell'interpolazione lineare limitatamente alla lett. a) - in relazione ai tempi di realizzazione dell'appalto - .

Per quanto riguarda gli elementi previsti alla lett. b) in relazione al costo del lavoro e c) in relazione all'utile di impresa, lo stesso articolo parla solo di punteggio *"a favore delle imprese che....."*.

Si osserva preliminarmente che l'allegato "g" al DPR 207/2010 prevede l'interpolazione lineare relativamente agli *"elementi di valutazione di natura quantitativa, quali il prezzo, il tempo di esecuzione dei lavori, il rendimento, la durata della concessione, il livello delle tariffe"*. Fra questi elementi non viene compreso il costo della manodopera né l'utile di impresa, e ciò si spiega col fatto che entrambi gli elementi non sembrano rilevanti ai fini della determinazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ma risultano determinanti solo in sede di valutazione delle offerte anomale. In sede di riforma della L.R. 12/2011 e relativo regolamento di esecuzione tale norma sarà oggetto di modifica o abrogazione, nelle more si ritiene che anche il costo della manodopera e l'utile di impresa possano essere considerati elementi di valutazione di natura quantitativa, pertanto è

possibile l'applicazione dell'interpolazione lineare; tuttavia, non essendo esplicitamente prevista dall'art. 29 comma 5 del DPRS 13/2012, si raccomanda di specificare espressamente e dettagliatamente nei bandi di gara i criteri di valutazione che la commissione sarà tenuta ad adottare in sede di esame delle offerte tecniche.

- **Reti di imprese ex art. 34 e-bis del Decreto legislativo n. 163/2006 e s.m.i..**

Relativamente alla previsione delle reti di imprese fra i soggetti che possono partecipare alle gare d'appalto, è in corso la stesura di uno schema di bando tipo, nell'ambito della gestione delle gare tramite il software "Alice gare", che prevede anche la partecipazione di tali soggetti.

ART. 2

Con riguardo alle ulteriori osservazioni/criticità pervenute successivamente alla direttiva prot. n. 16341 del 22/04/2014, si rileva:

Verifica della regolarità dei DURC

- la verifica della regolarità dei DURC è attualmente di competenza delle stazioni appaltanti; la stessa viene effettuata prima dell'approvazione dell'aggiudicazione; pertanto la Commissione di gara dovrà procedere all'aggiudicazione provvisoria senza attendere la verifica; tra l'altro, ai sensi dell'art. 9, comma 23 della L.R. 12/2011, "Il procedimento di gara si svolge senza soluzione di continuità, salve le interruzioni stabilite dal regolamento di cui al comma 26., pertanto non è ammissibile la sospensione della gara per la verifica dei DURC.

Compiti dell'Ufficio di segreteria tecnico-amministrativa

- l'art. 15, comma 1, del D.P. n. 13/2012, dispone che "1. *L'Ufficio di segreteria tecnico-amministrativa,costituisce struttura servente alle attività della commissione ed in particolare:*
 - a) *cura la predisposizione degli atti e documenti necessari per lo svolgimento delle sedute della commissione;*
 - b) *cura l'eventuale sub procedimento di verifica delle offerte anomale;*"

I compiti della struttura pertanto si sostanziano in attività propedeutiche e strumentali rispetto alla celebrazione della gara; tali compiti non possono ovviamente consistere nel coadiuvare i componenti della commissione nell'attività di esame del contenuto dei plichi né in qualsivoglia valutazione in merito alla documentazione di gara, attività di esclusiva competenza (e responsabilità) della Commissione.

nomina di un responsabile degli adempimenti relativi alla celebrazione della gara

- L'art. 16, comma 1, del D.P. n. 13/2012, prevede che “ *Il dirigente preposto all'ufficio di segreteria tecnico-amministrativa,, nomina un responsabile degli adempimenti relativi alla celebrazione della gara, con qualifica non inferiore ad istruttore direttivo.*”

La nomina del RAG pertanto può essere effettuata per i dipendenti con qualifica non inferiore ad istruttore direttivo e quindi, a forziori, anche i dirigenti compresi i responsabili di UU.OO., con criteri di rotazione e previa verifica dei carichi di lavoro.

ART. 3

Gli uffici Urega trimestralmente invieranno apposita relazione sulle criticità relative al funzionamento dei medesimi Uffici, al Dirigente generale ed al Coordinamento tecnico di cui al D.D.G. n. 295 del 27/04/2014.

ART. 4

Il presente decreto sarà pubblicato sul sito istituzionale del Dipartimento Regionale Tecnico.

25 GIU. 2014



Il Dirigente Generale

(Ing. Vincenzo Sansone)