



Prot. 34478

23 ottobre 2014

Al Dirigente Ufficio di Piano
Dr. Samuele Pontino
Sede

e p. c. Alla Responsabile Ufficio di Piano
Dr. ssa Carmela Pierro

All'Istruttore Direttivo
Amministrativo Ufficio di Piano
Dr.ssa Romina La Macchia

Al Sig. Sindaco

LL. Sedi

Oggetto: Nota prot. n.25927 del 31 luglio 2014, ad oggetto: **nomina Commissione giudicatrice Gara per il Servizio di Cure Domiciliari Integrate.** Comunicazione notizie.

Facendo seguito alla nota in oggetto, con la quale la S.V. comunicava, tra l'altro, alla scrivente l'avvenuta nomina a componente della Commissione esaminatrice per la gara di cui all'oggetto, ed alle successive Sue note prot. n.26588 del 07 agosto 2014 e prot. n. 26870 del 11 agosto 2014, relative, rispettivamente, alla convocazione I seduta pubblica di gara ed al rinvio della stessa a data da destinarsi, "*causa sopraggiunto impedimento che comporterà l'assenza di un componente di gara*", con la presente La si informa che, con nota prot. n.30259 in data 17 settembre 2014, è stata inoltrata all'ANAC -Autorità Nazionale Anticorruzione, apposita richiesta di parere circa l'esistenza o meno di una situazione di conflitto di interessi per la sottoscritta, che riveste il ruolo di responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, giusto decreto sindacale prot. n. 13490 in data 3 maggio 2013, rispetto a quello di componente della precitata commissione.

Alla data odierna non è pervenuto alcun riscontro, tuttavia, al fine di assicurare il perseguimento del pubblico interesse, nel rispetto del buon andamento dell'attività amministrativa, presa doverosa visione degli atti di gara (bando di gara, capitolato speciale d'appalto, disciplinare di gara, e relativa modulistica), nonché del contenuto della richiesta chiarimenti verso criteri di valutazione (che conclude chiedendo "*la rettifica del bando di gara al fine di poter garantire l'accesso e parità di trattamento alla gara d'appalto in oggetto*") e della relativa risposta fornita dall'ufficio, nell'esercizio dei poteri di sovrintendenza allo svolgimento delle funzioni dei Dirigenti e di coordinamento della loro attività, ai sensi dell'art. 97 del D. Lgs. n.267/2000 e s.m.i., con la presente si comunica quanto segue:

1) il bando di gara, al punto II.1.5) CPV precisa “i servizi oggetto del presente appalto rientrano nella categoria n.25 di riferimento CPC:93 di cui all'allegato IIB del D. Lgs. n.163/2006 e s.m.i.”;

- a tale proposito, si ricorda che l'art.20 del D. Lgs. n.163/2006 (Codice dei Contratti), al comma 1, recita “L'aggiudicazione degli appalti aventi per oggetto i servizi elencati nell'allegato II B è disciplinata esclusivamente dall'articolo 68 (specifiche tecniche), dall'articolo 65 (avviso sui risultati della procedura di affidamento), dall'articolo 225 (avvisi relativi agli appalti aggiudicati)”; disposizione, questa, da integrare con quella del successivo art.27, a norma del quale l'affidamento dei contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'applicazione dello stesso Codice deve avvenire “ nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”;
- il bando di gara, tuttavia, precisa che trattasi di “gara a procedura aperta, ai sensi degli artt. 54 e 55 del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., da aggiudicare mediante il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, ai sensi dell'art.83 del D. Lgs.163/2006 e s.m.i.”.....”individuando, ai sensi dell'art.87, comma 2, del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i., le eventuali offerte potenzialmente anomale. Al verificarsi delle circostanze di offerte potenzialmente anomale, individuate ai sensi dell'art.87, comma 2, del D. 163/2006 e s.m.i., la Commissione di gara procederà alla verifica di congruità delle stesse, ferma restando la facoltà di procedere alla valutazione di congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa, ai sensi del comma 3 dell'art. 86 D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.”;
- il Disciplinare di gara, all'art.15, rubricato OFFERTE ANOMALE testualmente, recita “La valutazione della congruità dell'offerta sarà effettuata dal responsabile del procedimento, con il supporto della commissione di gara per quelle offerte in cui sia i punti relativi al prezzo, sia la somma dei punti relativi agli altri elementi di valutazione, siano entrambi pari o superiori ai 4/5 dei corrispondenti punti massimi previsti (art.86, comma 2, del D.Lgs. 163/2006 e s.m.i.). In ogni caso il RUP, con il supporto della commissione di gara può valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art.86, co. 3). Ai sensi dell'art.88, comma 7, del D. Lgs, 163/2006 e s.m.i., verrà sottoposta a verifica la prima migliore offerta, se la stessa appaia anormalmente bassa e, se ritenuta anomala, si procederà nella stessa maniera progressivamente nei confronti delle successive migliori offerte, fino ad individuare la migliore offerta non anomala. In alternativa la commissione di gara potrà procedere contemporaneamente alla verifica di anomalia delle migliori offerte, non oltre la quinta, fermo restando quanto previsto ai commi da 1 a 5 dell'art.88 del D. Lgs. 163/2006 e s.m.i.”;
- l'AVCP (Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici), nella Deliberazione n.40 del 19/12/2013 fa presente che l'art. 86, comma 3-bis, e l'art.87, comma 4, del d. lgs. n.163/2006 impongono la specifica stima ed indicazione di tutti i costi relativi alla sicurezza, tanto nella fase della “predisposizione delle gare di appalto” (e quindi nella predisposizione della documentazione di gara), quanto nella formulazione dell'offerta economica. E con specifico riguardo alla formulazione dell'offerta economica, l'indicazione dei costi c. d. specifici (o aziendali), unitamente alle altre voci di prezzo di detta offerta, consente alla stazione appaltante di effettuare una puntuale valutazione della congruità dell'offerta ai fini dell'eventuale giudizio di anomalia della stessa. Anche l'art.26, comma 6, del d. lgs. n.81 del 9 aprile 2008 (recante norme in materia di tutela della salute e di sicurezza nei luoghi di lavoro)..... stabilisce che, nella predisposizione delle gare di appalto e nella valutazione dell' anomalia delle offerte, nelle procedure di

- infine, si raccomanda, nella elaborazione dei criteri e nella loro scomposizione in sub criteri, di osservare attentamente il contenuto delle Linee Guida dell'AVCP di cui alla Determinazione n.7 del 24 novembre 2011, sopracitate, e, in particolare, il paragrafo 5.2, rubricato **La cd. “riparametrazione”**, al fine di una corretta attribuzione dei punteggi in sede di valutazione dell'offerta.

Tanto si riteneva di comunicare, nell'assolvimento della funzione istituzionale, fatte salve le determinazioni che la S.V., nella piena autonomia, riterrà opportuno assumere in merito.

Il Segretario Generale
Dr. ssa Maria Teresa Oreste



n.4 del 10 ottobre 2012, ad oggetto:**BANDO-TIPO. Indicazioni generali per la redazione dei bandi di gara ai sensi degli articoli 64, comma 4-bis e 46, comma 1-bis, del Codice dei contratti pubblici** e come puntualizzato dal Consiglio di Stato, ad. plen. del 25 febbraio 2014, n.9, secondo il quale nelle procedure di gara disciplinate dal codice dei contratti pubblici, il “potere di soccorso” sancito dall'art.46, comma 1, del d. lgs. n. 163 del 2006 si sostanzia nel dovere della stazione appaltante di consentire la regolarizzazione di certificati, documenti o dichiarazioni già esistenti ovvero di farli completare, ma solo in relazione ai requisiti soggettivi di partecipazione, chiedere chiarimenti, rettificare errori materiali o refusi e fornire interpretazioni di clausole ambigue nel rispetto della “par condicio” dei concorrenti (riportato in C.d.S., Sez. V, n.3093/2014);

- questo è il primo motivo che, a sommosso parere della scrivente, dovrebbe far propendere, a tutela del pubblico interesse, per una rettifica degli atti di gara e conseguente riapertura dei relativi termini;

2) il Disciplinare di gara, all'art.13 **Criteri di Aggiudicazione**, lett. A. **Criteri per la valutazione dell'offerta tecnica** – punteggio massimo attribuibile di **60 punti**, tra gli elementi relativi alla qualità organizzativa annovera, tra i sub-elementi: Presenza di sedi operative **nell'ambito territoriale** (Max punti 4); Capacità di attivare e collaborare con la rete dei Servizi **territoriali** (Max punti 3) inoltre, tra gli elementi relativi alla qualità del servizio, annovera, tra i sub-elementi: Esperienze e attività documentate **sul territorio** (numero e durata) (Max punti **10**); Capacità di lettura dei bisogni sociali **del territorio** (Max punti 4); Integrazione del progetto con altre iniziative, attività e Servizi esistenti **sul territorio** (A.S.L. BAT, Associazioni di Volontariato, Cooperative Sociali, Scuole, Oratori,...) (Max punti 6), per un massimo di punti attribuibili agli elementi afferenti la territorialità pari a 27, sui 60 riservati all'offerta tecnica.

- l'AVCP , con Deliberazione n.31 del 21/03/2012, in tema di clausole di territorialità, così si esprime “*....in tema di clausole di territorialità è stato evidenziato che dette condizioni contenute nei bandi di gara contrastano “con il principio costituzionale di parità di trattamento di cui all'articolo 3 della Costituzione ed è preclusa dalla normativa comunitaria in materia di appalti di servizi laddove si impone alle amministrazioni aggiudicatrici parità di trattamento tra i relativi prestatori”..... Questa Autorità ha già evidenziato che le limitazioni territoriali si manifestano sia “nella individuazione dei requisiti di partecipazione alle procedure di affidamento, così come nella valutazione delle pregresse esperienze in fase di valutazione delle offerte”..... Nel caso di specie, i criteri fissati per la valutazione dell'offerta appaiono evidentemente discriminatori in quanto non solo si attribuisce un punteggio in relazione alla vicinanza della sede legale al territorio dell'amministrazione procedente, ma si assegna un maggior punteggio alla pregressa esperienza ove maturata presso il comune di.....; a ciò si aggiunge che il criterio riguardante l'esperienza maturata e la conoscenza territoriale è quello al quale si prevede di attribuire il maggior peso in termini di punteggio, ossia fino a 43 pt. dei complessivi 100 a disposizione della Commissione di valutazione delle offerte.....concludendo “Il Consiglio rileva che: l'esclusione dalle procedure di aggiudicazione di servizi socio-assistenziali di operatori aventi la propria sede legale in altri comuni e la fissazione di criteri di valutazione delle offerte concernenti la pregressa esperienza nel territorio di riferimento costituiscono limitazioni territoriali non conformi ai principi di concorrenza, non discriminazione ed imparzialità dell'azione amministrativa;”*

- anche con il Parere di precontenzioso n.15 del 20/02/2013 l'AVCP, in materia di offerta economicamente più vantaggiosa, ribadisce che “ *l'Amministrazione deve individuare criteri di selezione che siano collegati all'oggetto dell'appalto, specifici ed oggettivamente quantificabili,rispettosi dei principi di parità di trattamento, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. I criteri di valutazione previsti nel bando devono, poi, essere sempre elaborati con riferimento all'offerta e non all'azienda concorrente in quanto tale (cfr. A.V.C.P., determinazione 24 novembre 2011 n.7)*”.

- tali principi, di derivazione comunitaria, trovano precisa enucleazione nella Determinazione AVCP n.7 del 24 novembre 2011 **Linee guida per l'applicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa nell'ambito dei contratti di servizi e forniture**, cui si fa integrale rinvio;

- corre l'obbligo di precisare che sull'elemento della territorialità è pervenuta nota del Consorzio Pentagono Onlus, datata 1 luglio 2014, acquisita al protocollo generale dell'ente in data 3 luglio 2014 al n.22737, ad oggetto :CHIARIMENTI VERSO CRITERI DI VALUTAZIONE GARA D'APPALTO “CURE DOMICILIARI INTEGRATE (CIG: 577114210A)” con la quale si chiede “*la rettifica del bando di gara al fine di poter garantire l'accesso e parità di trattamento alla gara d'appalto in oggetto*”, proprio con riferimento ai criteri di valutazione della gara riferiti alla territorialità. La risposta fornita dall'ente, a firma congiunta del Responsabile Ufficio di Piano e del Dirigente I Settore, precisa, tra l'altro, che “*i criteri e relativi punteggi di valutazione dell'offerta, per i soggetti in possesso dei requisiti di ammissibilità, sono stati approvati con deliberazione del Consiglio comunale n.8 del 26/02/2010, art.9, avente come oggetto: “Approvazione Regolamento Unico per l'affidamento di servizi sociali a soggetti terzi per i comuni dell'Ambito Territoriale n.3 (Canosa di Puglia – Minervino Murge – Spinazzola).*”

- in effetti, l'art.9, del precitato Regolamento Unico, rubricato CRITERI E RELATIVI PUNTEGGI DI VALUTAZIONE DELL'OFFERTA, contiene analitica e puntuale disciplina della materia; fa specie rilevare che si attribuisca al Consiglio Comunale, attraverso l'approvazione di un regolamento quale quello sopracitato, la competenza in materia di definizione dei criteri per l'affidamento di servizi con la modalità dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Ciò contrasta con le disposizioni di legge vigenti, che si vanno ad enucleare:

* a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione ed ai sensi dell'art. 117, comma 1, 2, lett. p) e 6) della medesima “*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali. Lo Stato ha legislazione esclusiva nelle seguenti materie:.....legislazione elettorale, organi di governo e funzioni fondamentali di Comuni, Province e Città metropolitane;.....La potestà regolamentare spetta allo Stato nelle materie di legislazione esclusiva, salvo delega alle Regioni. La potestà regolamentare spetta alle Regioni in ogni altra materia. I Comuni, le Province e le Città metropolitane hanno potestà regolamentare in ordine alla disciplina dell'organizzazione e dello svolgimento delle funzioni loro attribuite.*”;

* i principi e le disposizioni in materia di ordinamento degli enti locali sono contenute nel Decreto Legislativo 18 agosto 2000 n.267 **Testo Unico delle Leggi sull'Ordinamento degli Enti Locali**, come recita l'articolo 1, comma 1, del medesimo; il successivo comma 4 del medesimo articolo dispone “*..... le leggi della Repubblica non possono introdurre deroghe al presente testo unico se non mediante espressa modificazione delle sue disposizioni*”;

- * il successivo art. 107 del medesimo decreto, rubricato **Funzioni e responsabilità della dirigenza** al comma 3, dispone “Sono attribuiti ai dirigenti tutti i compiti di attuazione degli obiettivi e dei programmi definiti con gli atti di indirizzo adottati dai medesimi organi, tra i quali in particolare, secondo le modalità stabilite dallo statuto o dai regolamenti dell'ente:b) la responsabilità delle procedure d'appalto e di concorso”; il successivo comma 4 prosegue “Le attribuzioni dei dirigenti, in applicazione del principio di cui all'articolo 1, comma 4, possono essere derogate soltanto espressamente e ad opera di specifiche disposizioni legislative.”;
- * l'articolo 192 del sopracitato decreto, rubricato **Determinazioni a contrattare e relative procedure**, testualmente, recita “La stipulazione dei contratti deve essere preceduta da apposita determinazione del responsabile del procedimento di spesa indicante: a) il fine che con il contratto si intende perseguire; b) l'oggetto del contratto, la sua forma e le clausole ritenute essenziali; c) le modalità di scelta del contraente ammesse dalle disposizioni vigenti in materia di contratti delle pubbliche amministrazioni e le ragioni che ne sono alla base. Si applicano, in ogni caso, le procedure previste dalla normativa della Unione europea recepita o comunque vigente nell'ordinamento giuridico italiano”;
- * secondo la gerarchia delle fonti, come disciplinata dall'art.1, rubricato **Indicazione delle fonti delle Disposizioni sulla legge in generale** (Disposizioni preliminari del Codice Civile) le leggi prevalgono sui regolamenti e gli usi; l'art.4, rubricato **Limiti della disciplina regolamentare** delle medesime disposizioni, precisa “I regolamenti non possono contenere norme contrarie alle disposizioni delle leggi.....”;
- * da ultimo, l'art.10, comma 1 della Costituzione della Repubblica italiana recita, testualmente “L'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute.” Considerato che il Trattato che istituisce la comunità europea è norma di rango costituzionale, cui consegue la diretta applicabilità della norma comunitaria all'ordinamento interno, ai sensi dell'art.249 del medesimo Trattato e che, in caso di conflitto tra norma interna e norma europea prevale quest'ultima in quanto di rango legge costituzionale, il regolamento che preveda la disciplina della definizione dei criteri per l'affidamento di servizi con la modalità dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in modo contrastante con il precetto di legge, per il principio della gerarchia delle fonti, recede rispetto alla legge ed il soggetto competente ad assumere determinazioni in materia (Dirigente, secondo la struttura organizzativa del comune di Canosa di Puglia) non potrà discostarsi dal rispetto della disciplina contenuta nel Decreto Legislativo 12.04.2006 n.163 recante Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE; anche la giurisprudenza prevalente ammette la via della disapplicazione, sulla base della natura sostanzialmente normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti accordando prevalenza a quella di rango superiore (Consiglio di Stato, IV, n.1124 del 2006 e, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. VI, 02 marzo 2009, n.1169, T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 02 luglio 2010 n.682);
- questo è il secondo motivo che, a sommosso parere della scrivente, dovrebbe far propendere, a tutela del pubblico interesse, per una rettifica degli atti di gara e conseguente riapertura dei relativi termini;

affidamento di appalti di lavori pubblici, di servizi e di forniture, gli enti aggiudicatori sono tenuti a valutare che il valore economico sia adeguato e sufficiente rispetto al costo del lavoro ed al costo relativo alla sicurezza, “che deve essere specificamente indicato e risultare congruo rispetto all'entità e alle caratteristiche dei lavori, dei servizi o delle forniture”. Ciò significa che negli atti di gara devono essere specificamente indicati, separatamente dall'importo dell'appalto posto a base d'asta, i costi relativi alla sicurezza derivanti dalla valutazione delle interferenze, per i quali è precluso qualsiasi ribasso (art.86, comma3-bis e comma 3-ter, del d.lgs. n.163/2006), trattandosi di costi ritenuti necessari per la tutela dei soggetti interessati. Tali costi vanno precisati espressamente anche se pari a zero. Gli atti di gara devono poi prevedere che nell'offerta economica siano indicati gli altri oneri per la sicurezza (da rischio specifico di impresa) che sono variabili perché legati all'offerta economica delle imprese partecipanti alla gara. A loro volta, le imprese partecipanti devono includere nella loro offerta sia gli oneri di sicurezza per le interferenze (nella esatta misura predeterminata dalla stazione appaltante) sia quelli da rischio specifico (o aziendali), la cui misura può variare in relazione al contenuto dell'offerta economica, trattandosi di costi il cui ammontare è determinato da ciascun concorrente in relazione alle altre voci di costo dell'offerta. Infine, ai sensi dell'art.26, comma 5, del d. lgs. 81/2008, i contratti sono nulli se non vi sono riportati i costi e le misure adottate ai fini della sicurezza;

- nel parere n.67 del 10 aprile 2014 la medesima Autorità precisa che, anche nel caso di appalti di servizi di cui all'allegato IIB, le stazioni appaltanti possono comunque vincolarsi al rispetto di qualunque norma del Codice dei Contratti Pubblici e dunque anche all'osservanza degli artt. 86 e 87, sia in punto indicazione degli oneri della sicurezza non soggetti a ribasso sia in punto verifica dell'offerta anomala, prevenendo in tal modo la commissione di illeciti connessi alla violazione di norme poste a tutela dei lavoratori. Pertanto, la mancata specificazione degli oneri della sicurezza nelle offerte relative ad appalti di cui all'allegato IIB non può comportare l'automatica esclusione dalla gara, **che potrà essere comminata solo ove la stazione appaltante si sia autovincolata**, nel bando, al rispetto degli art.86 e 87. Eventualmente, questa, che ricorre nel bando in oggetto, predisposto da questa amministrazione;
- dal prosieguo dell'esame della documentazione di gara, si è rilevato che il Modello 6 – Offerta economica -Busta C, non reca alcuna menzione relativa all'indicazione, nell'offerta, degli oneri di sicurezza aziendali; secondo recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sentenza n.348/2014) l'indicazione (o meno) dei costi di sicurezza non incide sul prezzo di aggiudicazione, ma su un elemento essenziale dell'offerta, cui consegue la sanzione espulsiva, in quanto ingenera incertezza ed indeterminazione nella formulazione dell'offerta di gara, facendo quindi mancare uno degli elementi essenziali come previsti dall'art.46, comma 1-bis del D. Lgs. n.163/2006 (espressa causa d'esclusione dalle gare);
- orbene, essendosi questa amministrazione autovincolata al rispetto delle disposizioni del codice in materia di valutazione dell'anomalia dell'offerta, l'aver fatto uso, da parte delle ditte partecipanti, del modello di offerta predisposto dalla stazione appaltante, che non risulta conforme alle previsioni di legge, non può riverberarsi a loro danno, che hanno fatto affidamento sulla correttezza ed esaustività del modello predisposto dall'amministrazione; pur tuttavia, nel rispetto del principio del “favor participationis” e di tutela dell'affidamento, la possibilità che i concorrenti regolarizzino la documentazione allegata alla domanda incontra, tra gli altri, il limite della immutabilità dell'offerta, in quanto la cd. regolarizzazione non può in alcun caso essere riferita agli elementi essenziali della domanda o dell'offerta, come precisato dall' AVCP nella Determinazione