

## **Deliberazione n. 81 Adunanza del 6/10/2011**

Fascicolo n 219/2011

**Oggetto:** Rossano Veneto (Vicenza) - Loc. S. Zenone.

- Bando di Gara mediante procedura aperta per la fornitura e posa in opera di una copertura in legno lamellare di un'area in zona "F" e di un impianto fotovoltaico di tipo architettonicamente integrato connesso con la rete elettrica. ( codice CIG 0427137499)
- Bando di gara mediante procedura negoziata per l'individuazione dell'Istituto Finanziario affidatario del Servizio di Locazione Finanziaria – Leasing – con il ricavato del "conto energia". (Codice GIG 0427121764). Importo a base d'asta Euro 1.080.000,00

**Stazione Appaltante:** Comune di Rossano Veneto.

**Esponente:** Consigliere Comunale Dott. Giuseppe Guarise

**Riferimenti normativi:** Artt. 2 c. 1, 15, 40, 57 c. 1 e 6, 70 D. L.gs 163/2006.

IL CONSIGLIO

Vista la normativa sopra richiamata;

Vista la relazione della Direzione Generale Lavori Servizi e Forniture;

Considerato in fatto

In seguito alla segnalazione del 23/11/2010 prot. 86593, con la quale il Dott. Giuseppe Guarise, Consigliere Comunale dell'Amministrazione aggiudicatrice, evidenziando la violazione e falsa applicazione, nonché l'erronea interpretazione degli artt. 40 e 57 del D.Lgs 163/06 e la violazione dei principi comunitari di libera concorrenza e di evidenza pubblica, l'AVCP ha avviato un'istruttoria, dalla quale è emerso quanto segue.

Con riferimento al primo bando indicato in oggetto, l'esponente ha evidenziato che l'Amministrazione avrebbe erroneamente configurato l'appalto come "fornitura e posa in opera", e non come "lavoro" sulla scorta della presunta prevalenza dell'importo economico dell'impianto fotovoltaico rispetto all'opera nel suo complesso. Conseguentemente, i requisiti dei concorrenti per la partecipazione all'appalto sono stati richiesti con riferimento al settore delle forniture e non dei lavori.

Ha evidenziato ancora che, configurando l'appalto come "fornitura" e non come "lavoro", l'Amministrazione ha eluso gli obblighi derivanti dal bilancio dove tale intervento dovrebbe essere stato collocato nella parte "spese in conto capitale" e non nella parte "spese in parte corrente", con i conseguenti limiti derivanti dalle norme sul patto di stabilità.

Per quanto riguarda invece il secondo bando, finalizzato alla individuazione dell'istituto finanziario, l'esponente ha precisato che i costi per la realizzazione dell'intervento di cui al primo bando (fornitura e posa in opera di una copertura in legno, ed installazione impianto fotovoltaico), sono a totale carico dell'Amministrazione ( punto 6 del disciplinare di gara) e l'investimento verrà autofinanziato attraverso un apposito piano di ammortamento, tramite leasing "mobiliare"; per

meglio precisare, la copertura delle rate del leasing verranno pagate dal Comune con il ricavato del c.d. “ Conto Energia”, generato dall’Impianto fotovoltaico.

Nel bando è stato evidenziato che in mancanza del piano di ammortamento, l’offerta economica non verrà presa in considerazione. Non sono state specificate però le condizioni del leasing (durata, tipologia di leasing, indici finanziari), elementi sostanziali necessari per predisporre quanto richiesto dall’Amministrazione. L’esponente ha fatto altresì presente che, poiché la gara è andata deserta, non c’è traccia di atti dell’Amministrazione che accertano tale l’esito e che motivano la scelta del ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione del bando, successivamente attuata in contrasto con quanto stabilito dall’art.57 comma 1 del D. Lgs 163/2006.

Ha fatto rilevare l’anomalia dove le richieste di offerta, per l’individuazione dell’istituto finanziario affidatario, non sono state firmate dal RUP ma dal Responsabile dei Servizi Finanziari del Comune, mentre la Determina di aggiudicazione definitiva è stata sottoscritta dal RUP.

Ha segnalato che le lettere di invito a formulare l’offerta (nell’ambito della iniziale procedura andata deserta) sono state inviate in tempi diversi ( 2 aprile, 6 aprile e 7 aprile), in contrasto con quanto prevede l’art. 57, comma 6 D.L.gs 163/2006 e prevedendo termini di presentazione delle offerte di 5-6 gg, senza specifica ragione di urgenza, in violazione dell’ art. 70 D.Lgs 163/2006.

Ha lamentato ancora che non è stato rispettato il principio della parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza rispetto a tutti gli operatori interpellati: alla sola ditta ING LEASE (Istituto Finanziario invitato a presentare l’offerta), l’amministrazione ha infatti, concesso ulteriori termini per la presentazione dell’offerta e dato la possibilità di presentare un’offerta contenente una modifica sostanziale, non prevista nel bando (versamento da parte del Comune di una maxi rata iniziale pari al 35% dell’importo da finanziare ).

Da ultimo ha fatto rilevare che al Segretario Comunale, in ragione della particolare complessità e specificità della materia, sono state attribuite anche le funzioni di RUP, incarico che sarebbe stato invece, opportuno affidare ad un Dirigente dell’Area Tecnica .

In data 23/03/2011 l’esponente ha integrato l’esposto con l’invio di ulteriore documentazione per fornire una migliore esposizione dei fatti precedentemente segnalati.

Il Comune di Rossano Veneto, tramite il Segretario Comunale, in data 25/02/2001 ha fatto pervenire una memoria (corredata da documentazione fotografica) fornendo una ricostruzione cronologica dei fatti inerenti l’andamento degli appalti; ha illustrato l’iter seguito, ritenendo l’operato svolto coerente con quanto divulgato dall’Autorità nel “ documento di consultazione sul fotovoltaico”.

Dalla documentazione fornita emerge che, con il primo appalto è stato realizzato un capannone, con struttura in legno lamellare (a cupola) delle dimensioni di mq.1500 ( m. 50x30 con altezza massima al colmo di m. 10,60), stabilizzato su terreno erboso con 18 plinti di cemento armato sui quali poggiano i nove archi della struttura lamellare.

Sulla copertura di tale opera (in legno lamellare perlinato) è stato collocato un impianto fotovoltaico architettonicamente integrato di potenza nominale di 198,72 KWE.

Considerato in diritto

Prima di procedere all'esame delle presunte irregolarità segnalate dall'Esponente, è opportuno premettere alcune considerazioni di carattere generale relative alla individuazione della disciplina pubblicistica applicabile ai contratti implicanti pluralità eterogenee di prestazioni.

Indicazioni circa la riconducibilità di detti appalti ad appalti di lavori, ovvero di forniture, sono state fornite da questa Autorità già con l'Atto di Regolazione n. 5/2001 del 31.01.2001, del quale si richiamano di seguito i principali contenuti.

“In base al disposto di cui al comma 1 dell'art. 2 della legge 109/94, rientrano nell'ambito di applicazione della legge-quadro in materia di lavori pubblici tutte le attività, qualunque ne sia il valore, inerenti a beni o impianti che si concretino in una rielaborazione o trasformazione della materia”.

Il legislatore ha tenuto a precisare che la differenza tra il contratto di appalto e quello di compravendita (che costituisce il presupposto della fornitura) si desume dalla prevalenza, non solo quantitativa, ma soprattutto funzionale della fornitura della materia (vendita) ovvero della prestazione relativa al lavoro (appalto d'opera).

Ai fini della individuazione della normativa applicabile, occorre, pertanto, sempre fare riferimento al criterio basato sulla valutazione della prevalenza funzionale delle rispettive prestazioni, nel senso, che quando l'appalto è funzionale alla realizzazione o alla modificazione di un'opera di ingegneria civile si applica la normativa dei lavori pubblici quale sia l'importo economico della fornitura e del lavoro.

Viceversa è configurabile un contratto di fornitura con posa in opera nel caso in cui con il contratto di fornitura si intenda conseguire una prestazione avente per oggetto una merce, un prodotto, che autonomamente soddisfano il bisogno per la loro stessa natura. In tal caso gli eventuali lavori di posa e installazione del bene fornito sono di carattere accessorio e strumentale rispetto all'uso dello stesso.

Di conseguenza è da ritenere che quando opere e impianti vanno inseriti in un organismo di ingegneria civile, commerciale, industriale, non è consentito dare rilievo alle forniture, anche se di valore superiore al 50%. Ciò in quanto in ogni appalto di lavori vi è una componente, talora economicamente prevalente, di forniture, ma detto appalto non muta natura quando l'opera si realizza o si modifica per consentire un'attività che costituisce finalità della iniziativa della pubblica amministrazione.

In base alle predette considerazioni di carattere generale, l'appalto indicato in oggetto al punto 1) si configura chiaramente quale appalto di lavori.

In ogni caso, come precisato dall'Autorità nelle Determinazioni n. 27 del 16/10/2002 e n. 3 del 6/04/2005, nei bandi relativi ad appalti misti, è da evidenziare la categoria e la classifica, con i relativi importi, dei lavori da eseguire, ancorché fossero accessori o di valore inferiore al 50 per cento, mentre i concorrenti dovranno dimostrare di essere in possesso della richiesta qualificazione, di importo e tipologia corrispondente a detti lavori.

Ciò è anche chiaramente affermato dall'Art. 15 del D. Lgs 163/2006, ove prevede che, per appalti di contratti misti, il concorrente deve possedere i requisiti di qualificazione e capacità prescritti per ciascuna prestazione.

Alla luce di quanto sopra, dalla documentazione pervenuta e dai dati presenti presso l'Autorità risulta che la Ditta Impianti Elettrici Botter Snc (impresa aggiudicataria dell'impianto fotovoltaico) è stata qualificata presso la SOA Nord Est con attestazione n. 4177/16/00 rilasciata in data 24/11/2006 ed al momento della partecipazione al bando di gara era in possesso della sola categoria "OS 30" Classe III (attualmente è qualificata presso la SOA Nord Alpi con attestazione n. 8751 rilasciata in data 15/07/2010 per la categoria OS30 classe IV), inadeguata alla realizzazione dell'opera in argomento.

Inoltre gli elaborati tecnici, relativi alla realizzazione della struttura e dell'Impianto di illuminazione, sono stati sottoscritti dall'Ing. Carlo Tonon e allegati all'offerta presentata dalla Ditta Botter. Non è stato precisato il livello di progettazione del progetto posto a base di gara e se tale progetto sia stato sottoposto a validazione ai sensi dell'art. 47 del D.P.R. 554/99.

Non è documentato infatti, se il RUP, prima dell'approvazione del progetto, abbia provveduto all'acquisizione di tutte le autorizzazioni necessarie con particolare riferimento agli accertamenti sulla fattibilità tecnica dell'intervento, alle indagini geologiche nell'area di intervento, all'acquisizione di tutte le approvazioni di legge necessarie per assicurare l'immediata cantierabilità del progetto.

Riguardo poi alla tesi sostenuta dal Segretario Comunale (che svolge funzioni RUP) nella relazione giustificativa inviata a quest'Ufficio, secondo il quale l'art. 10 del D.Lgs richiede la figura del "tecnico" solo per i bandi di lavori e per gli incarichi attinenti i servizi di architettura ed ingegneria, mentre tale figura non è prevista per i bandi di fornitura e posa in opera, i quali possono continuare ad avvalersi dell'art. 97, comma 4 lettera d) del D. Lgs 267/2000", si evidenzia, per quanto sopra riportato, come il caso in argomento sia riconducibile ad appalto di lavori; l'Autorità è intervenuta più volte sulla questione stabilendo che le funzioni di RUP per appalti di lavori devono essere attribuite necessariamente ad un tecnico (a titolo esemplificativo si richiamano le Deliberazioni n. 21 del 04.04.2006 e n. 35 dell'08.04.2009).

Per quanto riguarda il secondo bando indicato in oggetto (Leasing Finanziario) appaiono confermate le osservazioni fatte dall'esponente.

Dagli atti pervenuti risulta che il Comune di Rossano Veneto con la Determina n. 37 del 28.06.2010, a firma del Segretario Comunale:

- ha preso atto che la gara d'appalto, per l'individuazione dell'Istituto Finanziario, è andata deserta in quanto nessuna candidatura è pervenuta;
- in ragione dell'urgenza, ha attivato una procedura negoziata senza pubblicazione del bando, invitando otto istituti finanziari;
- ha preso atto che entro il termine previsto nella lettera di invito (12.04.2010) non sono pervenute offerte, salvo una richiesta di proroga da parte della ING LEASE;
- ha constatato che, a fronte della proroga concessa, la stessa Ditta ha presentato la propria migliore offerta;
- ha disposto l'aggiudicazione in via definitiva alla ING LEASE Spa.

Alla luce di quanto sopra e dall'esame della documentazione pervenuta ed esaminata, non risulta nessun verbale redatto dall'Amministrazione che dia atto dell'esperimento di gara andato deserto e, motivando la scelta, abbia attivato una procedura negoziata senza la previa pubblicazione del bando di gara.

Inoltre, non c'è riscontro in nessun documento delle modalità e dei criteri di individuazione degli operatori finanziari invitati. Tra l'altro dai documenti in possesso risulta che l'Amministrazione ha inviato le lettere di richiesta delle offerte in tempi diversi ( una richiesta inviata il 2 aprile, 5 richieste inviate il 6 aprile, due richieste inviate il 7 aprile) dando a tutti gli operatori lo stesso ristretto termine di scadenza ( 12 aprile 2010), senza nessuna indicazione sulle ragioni di urgenza che giustificano il termine estremamente ridotto assegnato.

Ciò appare in contrasto con le disposizioni dell'art. 57 c. 6 e dell'art. 70 del D.Lgs 163/2006.

L'Amministrazione, inoltre, con due note a firma del Responsabile del Servizio Contabile ha concesso alla Ditta risultata aggiudicataria, su richiesta della stessa, una prima proroga dei termini fino al 20.04.2010 (quindi oltre il termine iniziale del 12.04.2010) ed un ulteriore termine "concordato" per il 27.04.2010 (lett. del 19.04.2010 prot. n. 6018), condizioni non concesse agli altri operatori economici interpellati, in contrasto con il principio di parità di trattamento previsto dall'art. 2, comma 1 del D.Lgs 163/2006.

Tra l'altro, la prima nota inviata dall'Amministrazione alla Ditta ING Lease, per concedere un ulteriore proroga per la presentazione dell'offerta, risulta spedita lo stesso giorno ( 6.4.2010), con lo stesso prot. (5321) della lettera inviata per la richiesta dell'offerta.

Risulta, inoltre, che l'Impresa aggiudicataria ING Lease nel presentare la propria offerta (nota del 23.04.2010), ha richiesto il pagamento di una maxi rata iniziale pari al 35% dell'importo da finanziare. Tale richiesta, peraltro accettata dall'Amministrazione, comporta una modifica sostanziale non prevista nel bando posto a base di gara e si configura, pertanto, in contrasto con l'Art.57, comma 2 lettera a) del D. Lgs 163/2006, dove si afferma che in nessun modo le condizioni sostanziali del contratto iniziale possono essere modificate.

Si osserva, infine che il Responsabile del Procedimento dei bandi in oggetto, nella relazione inviata all'Autorità, lamenta la confusione che regna tra i consiglieri comunali nel non saper distinguere gli aspetti di un contratto di locazione finanziaria, ossia quando l'istituto costituisce appalto di lavori, leasing "in costruendo", e quando lo stesso costituisce invece, un appalto di servizi, leasing "mobiliare".

Al riguardo, è da evidenziare come la riconducibilità dell'appalto di cui al punto 1) in oggetto ad appalto di lavori avrebbe consentito l'utilizzazione dello strumento del leasing "in costruendo", attualmente previsto dal Codice dei Contratti Pubblici (art. 160 bis ).

In base a quanto sopra considerato,

Il Consiglio

- rileva:
- la non corretta qualificazione dell'appalto, di cui al primo punto indicato in oggetto ricondotto impropriamente al settore delle forniture e non a quello dei lavori;
- trattandosi di appalto di lavori, la carenza della progettazione dell'opera da realizzare e dell'acquisizione, preventivamente all'appalto, dei necessari pareri ed autorizzazioni;
- l'attribuzione del ruolo di RUP a soggetto non in possesso dei requisiti stabiliti dal Codice per tale ruolo;
- l'aggiudicazione dell'appalto a impresa priva della necessaria qualificazione;

- le modalità di affidamento del servizio di “ locazione finanziaria – leasing” di cui al secondo appalto in argomento, con procedura non improntata alla trasparenza e parità di trattamento delle ditte invitate all’appalto;
- dispone, quindi, l’invio della presente deliberazione, da parte della Direzione Generale Vigilanza Servizi e Forniture, al Sindaco del Comune, quale rappresentante della Stazione Appaltante, e al Responsabile del Procedimento, affinché gli stessi comunichino i provvedimenti adottati in relazione alle precedenti osservazioni, entro il termine di 30 giorni dalla ricezione della presente delibera, nonché all’esponente.

Il Consigliere Relatore: Alfredo Meocci

Il Presidente Supplente: Piero Calandra

Depositato presso la Segreteria del Consiglio in data 13 ottobre 2011.

Il Segretario: Maria Esposito