

PARERI SETTEMBRE-OTTOBRE

Misura 1.4:

- Adeguamento prezzi
- Maggiori oneri a causa del ritrovamento di reperti archeologici.

Misura 4.8:

- Mandato all'incasso

Misura 4.18:

- Introduzione regime sanzionatorio

Misura 4.22:

- Ammissibilità spese sostenute antecedentemente alla presentazione dell'istanza
- Affidamento diretto per fornitura di beni e servizi
- Spese generali ed IVA

MISURA 1.4

Adeguamento prezzi

Quesito:

si chiede se e in che termini è ammissibile l'adeguamento dei prezzi precedentemente fissati in sede di gara d'appalto.

In riferimento al quesito di cui sopra, significhiamo quanto segue:

- 1) la L. 109/94 all'art. 26, commi 4 *bis* e ss. ha disciplinato l'ipotesi di adeguamento dei prezzi, in aumento o in diminuzione, a seguito di circostanze eccezionali;
- 2) la disposizione è confluita nell'art. 133 del D. Lgs. 12/04/2006 n. 163 – Codice dei Contratti Pubblici;
- 3) la revisione dei prezzi va effettuata per la parte eccedente il 10% rispetto al prezzo rilevato dal Ministero delle Infrastrutture e Trasporti, con proprio D.M., nell'anno di presentazione dell'offerta;
- 4) il comma 4 *sexies* dell'art. 26 della L. 109/94 precisa che per tali finalità possono essere utilizzate “le somme accantonate per imprevisti, senza nuovi o maggiori oneri per la finanza pubblica, nel quadro economico di ogni intervento...nonché le eventuali ulteriori somme a disposizione della stazione appaltante per lo stesso intervento nei limiti della relativa autorizzazione di spesa. Possono altresì essere utilizzate le somme derivanti da ribassi d'asta, qualora non ne sia prevista una diversa destinazione sulla base delle disposizioni vigenti ...”;
- 5) ciò posto, se dalla specifica analisi del quadro economico approvato, dovessero risultare disponibili somme utilizzabili dalla stazione appaltante, potrà essere riconosciuto l'adeguamento richiesto, nei limiti di cui al D.M. 30/06/2005 e secondo le modalità operative previste dalla Circolare prot. 871/CD del 04/08/2005 del Ministero delle Infrastrutture e Trasporti.

E' d'uopo precisare che le somme derivanti dai ribassi d'asta potranno essere utilizzate solo previa espressa autorizzazione da parte del Responsabile di Misura, sempre che le economie non siano già state impegnate per altri progetti in attuazione del P.O.R. Campania 2000 – 2006.

In ogni caso si evidenzia che l'eventuale adeguamento disposto dalla stazione appaltante non potrà generare ulteriori stanziamenti di fondi da parte della Regione, rispetto al quadro economico approvato.

Maggiori oneri a causa del ritrovamento di reperti archeologici

Quesito:

Si chiede parere sull'ammissibilità a finanziamento delle spese autorizzate dal Settore Interventi sul Territorio Agricolo, Bonifiche ed Irrigazione ad un Consorzio di Bonifica, a valere sulla Misura 1.4, per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione degli impianti di irrigazione con maggiori oneri a causa del ritrovamento di reperti archeologici.

Con il presente parere si riscontra la richiesta formulata dal Coordinatore dell'A.G.C. Settore Attività Sviluppo Primario con la nota prot. n. 2006.0671101 del 3.08.2006, riguardante l'ammissibilità

a finanziamento delle spese autorizzate dal Settore Interventi sul Territorio Agricolo, Bonifiche ed Irrigazione al Consorzio di Bonifica, a valere sulla Misura 1.4 del P.O.R. Campania 2000 – 2006, per l'esecuzione dei lavori di ristrutturazione degli impianti di irrigazione con maggiori oneri a causa del ritrovamento di reperti archeologici.

Dalla documentazione allegata alla richiesta di parere si evince che la Soprintendenza per i Beni Archeologici delle Province di Napoli e Caserta, in conseguenza della scoperta di reperti archeologici inerenti ad un sepolcreto del territorio dell'antica Alifae, aveva disposto la sospensione dei lavori da parte del Consorzio ai sensi dell'art. 28 del D.Lgs. 29.10.1999 n. 490, norma successivamente rimasta sostanzialmente invariata anche nel nuovo testo del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42 - Codice dei beni culturali e del paesaggio.

Nell'ambito di un appalto di opera pubblica, il rinvenimento di reperti archeologici va correttamente inquadrato come causa di forza maggiore impeditiva della prosecuzione dei lavori. Si tratta, infatti, dell'adempimento di doveri imposti dalla legge (*factum principis*), per i quali nessuna discrezionalità ha l'ente committente nella scelta di sospendere l'esecuzione dell'appalto, atteso che solo il nulla osta della competente sovrintendenza può consentire, in una tale evenienza, la prosecuzione eventuale dei lavori (Cass. civ., Sez. I, 14/05/2005, n. 10133).

Solo a seguito di successive intese con la Soprintendenza, il Consorzio ha potuto far riprendere i lavori alla ditta incaricata, previa adozione di particolari cautele e sorveglianza tese a salvaguardare il patrimonio archeologico, le quali hanno comportato oneri aggiuntivi per la realizzazione del progetto.

E' da evidenziare che la scoperta dei ritrovamenti archeologici è avvenuta proprio in occasione dei lavori di ristrutturazione degli impianti di irrigazione del Consorzio, nell'area oggetto dell'intervento agli impianti irrigui.

Il caso in questione rientra nel disposto dell'art. 25, primo comma, lett. b – bis, della L. 109/94 (allora vigente ed oggi recepita nel D.Lgs. 163/2006 – Nuovo Codice degli Appalti), secondo il quale le varianti in corso d'opera possono essere ammesse “*per la presenza di eventi inerenti la natura e specificità dei beni sui quali si interviene verificatisi in corso d'opera, o di rinvenimenti imprevisi o non prevedibili nella fase progettuale*”.

Essendo evidente che i ritrovamenti in questione non potevano essere previsti nella fase progettuale, devono considerarsi pienamente legittime le perizie suppletive di variante autorizzate dal Responsabile del Procedimento ed ammesse a finanziamento con DD.DD. del Settore Interventi sul Territorio Agricolo, Bonifiche ed Irrigazione.

Tali maggiori spese, peraltro comprese nella somma impegnata per la realizzazione del progetto mediante utilizzo delle economie derivanti dai ribassi di gara, sono da considerarsi direttamente connesse alla realizzazione dei lavori in questione, nonché assolutamente indispensabili alla realizzazione dell'intero progetto, in quanto senza di esse la Soprintendenza non avrebbe concesso il nulla osta alla prosecuzione dei lavori, a discapito anche della parte di opere già realizzata.

I maggiori oneri, è bene precisare, non possono essere catalogati come spese per “scavi archeologici”, bensì come spese necessarie per la continuazione e l'ultimazione dei lavori per la

realizzazione del progetto di ristrutturazione degli impianti di irrigazione, previa variante autorizzata in corso d'opera a norma di legge.

Inoltre, tali spese sono obbligatoriamente poste a carico della stazione appaltante ai sensi dell'art. 35 del D.M. 19 aprile 2000 n. 145, secondo il quale: *“L'appaltatore ha diritto al rimborso delle spese sostenute per la loro conservazione e per le speciali operazioni che fossero state espressamente ordinate al fine di assicurarne l'integrità ed il diligente recupero”*.

In conclusione, si è del parere che le spese in argomento siano ammissibili a finanziamento.

MISURA 4.8

Mandato all'incasso

Quesito:

Si chiede l'ammissibilità della procedura adottata qualora un beneficiario conferisca ad una banca mandato all'incasso con obbligo di resa del conto

In riferimento alla richiesta di cui sopra, presa visione della documentazione allegata, si è dell'avviso che il mandato irrevocabile all'incasso inoltrato dalla Provincia di Salerno differisca dal quello relativo alla richiesta della Provincia di Avellino, oggetto del precedente parere, nella parte in cui il mandato alla "Banca di C. " risulta "anche conferito nell'Interesse dell'Istituto mandatario, ai sensi del secondo capoverso dell'art. 1723 C.C., con l'obbligo della resa dei conti".

In tale fattispecie, il mandato c.d. in *rem propriam* è diretto al soddisfacimento di un interesse del mandatario diverso da quello strettamente limitato all'esecuzione del mandato, funzionalmente collegato ad un sottostante rapporto obbligatorio tra mandante e mandatario, la cui attuazione soddisfa anche l'interesse del mandatario ad estinzione di un suo credito.

Tale schema negoziale è inconciliabile con la destinazione vincolata delle somme concesse dalla P.A. in attuazione di un programma cofinanziato dalla U.E., per cui la suddetta clausola va eliminata dal contratto di mutuo.

MISURA 4.18

Introduzione regime sanzionatorio

Quesito:

Si chiede di verificare la legittimità dell'introduzione di un regime sanzionatorio nel caso di ritardata consegna di documentazione attinente al monitoraggio finanziario.

Con il quesito di cui sopra viene chiesto di verificare la legittimità dell'introduzione di un regime sanzionatorio nel caso di ritardata consegna di documentazione attinente al monitoraggio finanziario, considerato che né il Bando, né le Disposizioni Generali prevedono alcuna sanzione.

In linea generale, nel momento in cui un soggetto deve sottostare ad un obbligo, deve essere nota anche la sanzione in caso di mancato o ritardato adempimento.

Il principio di legalità, previsto in materia di sanzioni amministrative dall'art. 1 della L. 24/11/1991 n. 689, non consente l'irrogazione di sanzioni pecuniarie non previste.

Ciò posto, appare non percorribile l'ipotesi di comminare una sanzione a quanti, pur non avendo tenuto fede al rispetto delle scadenze, non erano già a conoscenza della corrispondente sanzione per il silenzio del bando.

Pervero, la portata vincolante delle norme contenute nel bando esige che alle stesse sia data puntuale esecuzione nel corso della procedura, senza che in capo all'organo amministrativo cui compete l'attuazione delle regole stabilite nel bando residui alcun margine di discrezionalità in ordine al rispetto della disciplina del procedimento. Pertanto, qualora il bando non commini espressamente sanzioni in conseguenza di determinate violazioni, anche solo formali, l'Amministrazione non ha alcuna possibilità di inserire nel decreto di concessione sanzioni non contemplate nella *lex specialis*, alla cui osservanza l'Amministrazione si è autovincolata al momento dell'adozione del bando.

E ciò per la necessità di garantire l'imparzialità dell'azione amministrativa e la parità di condizioni tra i concorrenti.

Invece, essendo previsto dal bando l'obbligo a carico del beneficiario di consegnare la rendicontazione nei termini stabiliti, pena la revoca del finanziamento, nel decreto di concessione potrà essere dettagliato il termine di consegna della specifica documentazione e la conseguente revoca o decadenza dal contributo in caso di inadempimento.

Ammissibilità spese sostenute antecedentemente alla presentazione dell'istanza.

Quesito:

Si chiede se è possibile ammettere a finanziamento spese sostenute antecedentemente alla presentazione dell'istanza.

Il bando della misura e le Disposizioni Generali (BURC numero speciale del 26/02/2003) non prevedono espressamente la decorrenza delle spese ammissibili. Al fine di inquadrare tale decorrenza occorre, pertanto, analizzare in via preliminare la disciplina comunitaria ed in particolare gli "Orientamenti comunitari per gli aiuti di Stato nel settore agricolo", pubblicati sulla G.U.C.E. del 01/02/2000, e quindi precedentemente all'emissione dei bandi (B.U.R.C. del 04/06/2001)

Tali Orientamenti, al parag. 3.6 prevedono che: *"un aiuto concesso con effetto retroattivo per attività già intraprese dal beneficiario non presenta la necessaria componente di incentivo e va pertanto considerato un aiuto al funzionamento ... In tutti i regimi di aiuti, ad eccezione di quelli di natura compensativa, deve pertanto essere vietata la concessione di aiuti a favore di lavori già iniziati o di attività intraprese prima che la domanda di aiuto sia stata debitamente presentata all'autorità competente"*.

Ciò posto, appare evidente l'impossibilità di ammettere a finanziamento spese sostenute antecedentemente alla presentazione dell'istanza.

Affidamento diretto per fornitura di beni e servizi

Quesito:

Si chiede chiarimento relativamente alla possibilità da parte degli Enti Pubblici di stipulare convenzioni con una cooperativa sociale o loro consorzi di incarichi per la fornitura di beni e servizi.

Con il presente parere si riscontra la richiesta formulata dal Dirigente del Settore Foreste, Caccia e Pesca dell'A.G.C. Settore Attività Sviluppo Primario con la nota prot. n. 875223 del 25/10/2006, riguardante la possibilità da parte degli Enti Pubblici, secondo la legge 381/91 art. 5 e la legge 52/96 art. 20, di attribuzione diretta ad una cooperativa sociale o loro consorzi in deroga alla normativa ordinaria sulle gare di appalto per forniture non superiori a €211.000,00.

Al riguardo, l'art. 5, comma 1, della Legge 8 novembre 1991, n. 381 - Disciplina delle cooperative sociali -, nel testo modificato dall'art. 20, l. 6 febbraio 1996, n. 52, stabilisce che : "Gli enti pubblici, compresi quelli economici, e le società di capitali a partecipazione pubblica, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della pubblica amministrazione, possono stipulare convenzioni con le cooperative che svolgono le attività di cui all'articolo 1, comma 1, lettera b), ovvero con analoghi organismi aventi sede negli altri Stati membri della Comunità europea, per la fornitura di beni e servizi

diversi da quelli socio-sanitari ed educativi il cui importo stimato al netto dell'IVA sia inferiore agli importi stabiliti dalle direttive comunitarie in materia di appalti pubblici, purché tali convenzioni siano finalizzate a creare opportunità di lavoro per le persone svantaggiate di cui all'articolo 4, comma 1”.

Le attività previste dall'art. 1, comma 1, lettera b), richiamate dall'art. 5 cit., riguardano : “lo svolgimento di attività diverse - agricole, industriali, commerciali o di servizi - finalizzate all'inserimento lavorativo di persone svantaggiate”.

L'art. 5, l. n. 381 del 1991, quindi, risulta disposizione prioritariamente dettata per l'inserimento lavorativo di persone svantaggiate in senso proprio ed a tal fine prevede la stipula di convenzioni da parte di enti pubblici, anche in deroga alla disciplina in materia di contratti della p.a. per gli appalti c.d. "sotto soglia", con cooperative sociali.

Le convenzioni con cooperative sociali da parte di Enti pubblici sono quindi ammesse per la fornitura di beni diversi da quelli socio – sanitari ed educativi, in deroga alla normativa sugli appalti pubblici per importi inferiori alla soglia comunitaria, ove le stesse perseguano la finalità di inserire nel mondo del lavoro persone svantaggiate.

Un ulteriore requisito è però previsto dal comma 2 dell'art. 5 L. 381/91, il quale recita : “Per la stipula delle convenzioni di cui al comma 1 le cooperative sociali debbono risultare iscritte all'albo regionale di cui all'articolo 9, comma 1”.

Tale requisito costituisce presupposto necessario per la stipula delle convenzioni in questione, come ha statuito la giurisprudenza : “La normativa di cui all'art. 5 l. 8 novembre 1991 n. 381, derogatoria della stessa disciplina in materia di contratti della p.a., nel consentire agli enti pubblici la stipula di convenzioni con le cooperative che svolgono attività nel campo della fornitura di servizi diversi da quelli socio sanitari ed educativi (nella specie trattasi di servizi socio assistenziali), pone espressamente quale requisito per la stipula delle convenzioni medesime l'iscrizione all'albo regionale di cui all'art. 9 comma 1 l. n. 381, cit., e tale iscrizione - che è effettuata sulla base di una serie di elementi inerenti alla capacità professionale ed economico finanziaria delle cooperative medesime - costituisce parametro di riferimento per l'individuazione dei soggetti in possesso della prescritta idoneità alla stipula della convenzione, sicché il suddetto requisito deve giudicarsi imprescindibile, a nulla rilevando la circostanza che la cooperativa esclusa abbia sede legale in una regione (nella fattispecie la Calabria) che non ha ancora attivato il suddetto albo ex art. 9 l. n. 381 del 1991” (T.A.R. Umbria, 16/07/1996, n. 284).

Inoltre, occorre far riferimento alle eventuali condizioni stabilite dalla Regione per la stipula delle convenzioni con le cooperative sociali, ai sensi del comma 3 dell'art. 5 della L. 381/91.

Pertanto, si ritiene ammissibile la stipula di convenzioni con le cooperative sociali da parte di Enti pubblici, in deroga alla normativa sugli appalti pubblici, nei limiti indicati nel presente parere.

Spese generali ed IVA

Quesito:

Si chiede chiarimento circa l'applicazione dell'aliquota relativa alle spese generali nel caso di forniture ed il riconoscimento dell'IVA

In riferimento al quesito di cui sopra è opportuna una preliminare precisazione per quanto concerne la finanziabilità dell'IVA per gli Enti Pubblici.

L'evoluzione che il bando ha subito è sempre stata in linea con la normativa comunitaria e nazionale dettata in materia. Si rileva, infatti, che sin dall'originaria stesura del bando, in caso di impossibilità di recupero dell'IVA per l'Ente Pubblico, l'onere connesso a tale imposta va ad incremento della spesa dell'imponibile.

Conseguentemente, le spese generali vanno calcolate sul totale di imponibile ed IVA.

Ed infatti, il bando della misura 4.22, al pari dei bandi delle altre misure del POR Campania 2000 – 2006, Fondi FEOGA e SFOP, prevede il riconoscimento delle spese generali in percentuale “*del costo totale degli investimenti realizzati*”, che vanno calcolate sulla somma tra il costo effettivo dell'investimento più l'IVA.

Lo stesso bando della misura 4.22, che propone analogamente la formulazione sul punto prevista dai bandi delle altre misure, attribuisce ai beneficiari dei finanziamenti una percentuale forfetaria del costo dell'investimento, non prevedendo l'aggiunta dell'IVA all'importo riconosciuto a titolo di spese generali.

Sul punto deve, decisamente, considerarsi che il calcolo delle spese generali è completamente sganciato dal costo effettivo delle spese di progettazione, direzione lavori, collaudo, ecc. ed è connesso, invece, unicamente al costo dell'investimento realizzato, comprensivo di IVA.

La semplice interpretazione letterale della disposizione del bando non lascia dubbi di sorta: le spese generali sono finanziate in misura forfetaria fissa, calcolate in percentuale sulle spese di investimento effettivamente sostenute.

Alla luce della chiarissima disposizione del bando, il riconoscimento dell'IVA sulle spese generali sarebbe ultroneo ed illegittimo, avendo l'Amministrazione adottato un criterio forfetario di attribuzione al quale, nella fattispecie, la Provincia di Salerno, in qualità di Ente Delegato, si è correttamente attenuta.

Nemmeno può sostenersi, come fa il Comune di C., che atti successivi al bando in questione abbiano avallato la tesi del riconoscimento dell'IVA sulle spese generali.

Per quanto concerne il disciplinare recante disposizioni in materia di rapporti tra la Regione Campania e i beneficiari del POR, anche a prescindere dalla dubbia interpretazione dell'inciso “*al netto dell'IVA ed altre imposte*”, va preliminarmente considerato che il suddetto disciplinare è un successivo atto di indirizzo, elaborato dall'Autorità di Gestione del POR ed emanato dalla Giunta Regionale, che non può incidere sulle disposizioni di un precedente bando, che è *lex specialis* della procedura concorsuale per l'attribuzione dei finanziamenti pubblici.

In secondo luogo, va segnalata la perfetta omogeneità delle disposizioni del disciplinare con quelle del bando, avendo il primo formulato l'indirizzo che: “*L'importo ammissibile per le spese*

tecniche non dovrà superare il 12% (dodici per cento) al netto dell'IVA ed altre imposte, ove dovute, dell'importo lordo dei lavori e delle espropriazioni.”

Se, quindi, il bando della misura 4.22 si è tenuto al di sotto e non ha superato la percentuale indicata nelle disposizioni del disciplinare, esso è perfettamente coerente anche con gli indirizzi successivi.

Per quanto riguarda, invece, le considerazioni svolte dal Comune di C. a proposito delle deliberazioni di G.R. n. 163 del 06/02/2004, pubblicata sul BURC n. 10 del 08/03/2004, va rilevato che tale deliberazione ha apportato alcune modifiche al regime delle misure 4.22 e 4.23 risultante dai bandi pubblicati nel 2003, tra cui la precisazione delle percentuali per la determinazione delle spese generali inerenti le singole sottomisure.

Per quanto concerne la riduzione dal 12 al 7 della percentuale delle spese generali riconosciuta per la sola fornitura di beni e servizi durevoli, essa in realtà era già stata esplicitata con i bandi pubblicati nel BURC del 26/02/2003. Il bando del 2001, che detta le regole in base alle quali è stato approvato il progetto in questione, a proposito delle spese generali prevede soltanto che: “Le spese generali per progettazione, direzione lavori, indagini preliminari e collaudi, saranno riconosciute sino alla concorrenza del 12% del costo totale degli investimenti materiali realizzati.” Nulla prevede a proposito della limitazione al 7% della percentuale delle spese generali riconoscibili per le forniture. A ben vedere, però, tale limite è deducibile seguendo correttamente i criteri dell'interpretazione letterale e sistematica.

Secondo i criteri dell'interpretazione letterale, si deve rilevare che il 12% a titolo di spese generali è previsto soltanto per progettazione, direzione lavori, indagini preliminari e collaudo, attività tipiche dei lavori pubblici.

E' corretto, pertanto, dedurre che la percentuale di spese generali da riconoscere per le forniture non è stata prevista dal bando del 2001.

Soccorrono, perciò, i criteri dell'interpretazione sistematica.

Al riguardo, proprio per ciò che concerne il POR Campania – fondi FEOGA e SFOP – , va preliminarmente rilevato che, con delibera di G.R. n. 2117 del 18/05/2001 è stato approvato il Prezzario per le opere di miglioramento fondiario, che tra le premesse fa espressamente riferimento al P.O.R. ed inoltre, al capo “*Norme per la determinazione delle spese generali*” stabilisce chiaramente che per la fornitura di beni durevoli la percentuale di spese generali per progettazione, direzione lavori, indagini preliminari è ridotta al 7%.

Ciò detto, nel silenzio del bando del 2001, si può ritenere applicabile alle forniture il principio di cui al prezzario approvato con delibera di G.R. n. 2117 del 18/05/2001, conformemente anche al disposto dei bandi delle altre misure, che pure prevedono espressamente per le spese generali la percentuale del 7% in caso di acquisti, a conferma della volontà dell'Amministrazione di ridurre a tale percentuale l'importo delle spese generali riconoscibili per le forniture.

A ben vedere, inoltre, il Reg. (CE) 1685/2000, alla norma 1, punto 1.7, prevede che “*le spese generali sono considerate spese ammissibili a condizione che siano basate sui costi effettivi relativi all'esecuzione dell'operazione cofinanziata dai Fondi strutturali*”. Il regolamento, quindi, nel prevedere

l'ammissibilità di spese generali, ne subordina comunque la finanziabilità all'esercizio di un'attività che per il destinatario finale ha rappresentato un costo.

Trattandosi nella fattispecie di attrezzature, per le quali in genere gli Enti non ricorrono a complessa progettazione o direzione lavori come nella realizzazione di opere pubbliche, risulta logica e ragionevole la limitazione al 7% delle spese generali per la fornitura di attrezzature, essendo altrimenti il riconoscimento di un limite più elevato e addirittura pari al ben più complesso onere finanziario che accompagna la realizzazione di opere pubbliche, privo di adeguata giustificazione o manifestamente incongruo.