

Codice dei contratti e istituzioni scolastiche



Avv. LAURA PAOLUCCI

Capacità negoziale

L'attribuzione di personalità giuridica attribuisce alle istituzioni scolastiche la "forza" giuridica per stipulare tutti i contratti consentiti dall'ordinamento (principio di autonomia negoziale).

Limitazioni derivanti dalla normativa "interna" (art 31 DI 44/2001: contratti aleatori e, in genere delle operazioni finanziarie speculative, nonché della partecipazione a società di persone e società di capitali)

Tipologie di contratti

Le iiss stipulano contratti di vario tipo, diversi per funzione, per oggetto, per “controparte”.....

Alcune regole si applicano a tutti i contratti delle iiss, in quanto enti pubblici

Le regole di scelta del contraente dipendono dalla “causa” del contratto

Regole comuni (1)

Forma scritta: l'ente pubblico non può assumere vincoli oralmente (a voce, per telefono, ecc.) né per comportamento concludente (ad es. ordine telefonico, seguito dal pagamento del corrispettivo indicato).

In assenza di forma scritta (scrittura privata, ma anche ordine scritto, anche per email), il contratto è nullo (cioè non esiste giuridicamente)

Regole comuni (2)

- Il procedimento di scelta del contraente ha natura di azione amministrativa, di diritto pubblico *procedimento di evidenza pubblica*
- In quanto azione amministrativa, ad essa si applicano le disposizioni della l. n. 241/90

Scegliere il tipo di contratto

**L'oggetto del contratto condiziona
l'identificazione delle regole di scelta del
contraente: cosa si chiede al "mercato"?**

- **Una prestazione professionale (es. ore di lezione) rese da un "docente"**
- **Un insieme di attività (progettazione, scelta delle metodologie, realizzazione dell'intervento)**

Qualificazione del contratto da stipulare

Contratto di prestazione d'opera

Art 2222 cc - Contratto d'opera.

Quando una persona si obbliga a compiere verso un corrispettivo *un'opera o un servizio, con lavoro prevalentemente proprio e senza vincolo di subordinazione nei confronti del committente, si applicano le norme di questo capo, salvo che il rapporto abbia una disciplina particolare nel libro IV*

Appalto di servizi

Art. 1655 cc – Appalto - Nozione.

L'appalto è il contratto col quale una parte assume, con organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio, il compimento di un'opera o di un servizio verso un corrispettivo in denaro.

Qualificazione del contratto da stipulare

Appalto pubblico di servizi

Art. 3, comma 10 D.Lgs 163/2006

E' un appalti pubblico diverso dall'appalto pubblico di lavori o di forniture, avente per oggetto la prestazione dei servizi di cui all'allegato II.

Allegato II A- servizi informatici e affini; servizi di ricerca e sviluppo, servizi di consulenza gestionale e affini

Allegato II B – servizi relativi all'istruzione anche professionale (CPV da 80100000-5 a 80430000-7)

Non rientrano nella disciplina del D.Lgs 163 i contratti di lavoro (le prestazioni professionali rese da persona fisica)

Come scegliere il prestatore d'opera

Art 7 D.Lgs 165/2001

Per esigenze cui non possono far fronte con personale in servizio, le amministrazioni pubbliche possono conferire incarichi individuali, con contratti di lavoro autonomo, di natura occasionale o coordinata e continuativa, ad esperti di particolare e comprovata specializzazione anche universitaria, in presenza dei seguenti presupposti di legittimità:

- a) l'oggetto della prestazione deve corrispondere alle competenze attribuite dall'ordinamento all'amministrazione conferente, ad obiettivi e progetti specifici e determinati e deve risultare coerente con le esigenze di funzionalità dell'amministrazione conferente;**
- b) l'amministrazione deve avere preliminarmente accertato l'impossibilità oggettiva di utilizzare le risorse umane disponibili al suo interno;**
- c) la prestazione deve essere di natura temporanea e altamente qualificata;**
- d) devono essere preventivamente determinati durata, luogo, oggetto e compenso della collaborazione.**

Come scegliere il prestatore d'opera?

Art 7 D.Lgs 165/2001

Le amministrazioni pubbliche disciplinano e rendono pubbliche, secondo i propri ordinamenti, procedure comparative per il conferimento degli incarichi di collaborazione.

- **PCM Circolare 11 marzo 2008 n. 2**
- **Corte dei Conti, delibera Sez. Centrale di controllo - Deliberazione 10/12/2009 n. 24/2009/P**
- **DI 44/2001 – art 40**

Tipici contratti di prestazione d'opera

L' "esperto" per particolari attività e insegnamenti

Lo psicologo per lo sportello di ascolto

Il responsabile del servizio di p. e p.

Lo psicomotricista

.....

I contratti di appalto (forniture e servizi)

Acquisto di beni (carta, cancelleria, prodotti informatici, LIM, libri, giocattoli, ecc.)

Acquisto di servizi (pulizie, assicurazione, brokeraggio, viaggi, ecc.)

ATT.NE: alcune prestazioni possono essere svolte sia nella forma del contratto di prestazione d'opera che del contratto di appalto (di servizi)

I contratti di appalto (Norme di riferimento)

D.Lgs. n. 163/2006

DPR n 207/2010

RD n. 2440/1923

RD n. 827/1924

Art.1, commi 449 ss L. n. 296/2006

Soglie di valore economico (art 28 D.Lgs 163/2006)

La predeterminazione del valore economico del contratto (la somma destinata) è una preconditione essenziale perché da ciò deriva il tipo di procedimento di scelta del contraente e la determinazione delle regole da applicare

Soglie di valore economico (art 28 D.Lgs 163/2006)

- **Revisione periodica biennale (artt. 28 e 248) – Reg CE 1177 del 30.11.2009**
- **Divieto di artificiosa frammentazioni in lotti**

Le soglie di valore delle iiss

- **MINUTE SPESE (art.17 D.I. 44/2001):** DSGA – senza gara – contratto senza vincolo di forma ex art.31 D.I. 44
- **ACQUISTI < 2000 € (o altro limite C.Ist):** D.S. – senza gara – con stipulazione contratto nelle forme **di legge o scambio corrispondenza**
- **ACQUISTI > 2000 € (o altro limite C. Ist) < SOGLIA comunitaria (125.000 €):** D.S. – gara (esame almeno tre/cinque preventivi) – con stipulazione di contratto nelle forme di legge o scambio di corrispondenza
- **ACQUISTI > SOGLIA :** D.S. mediante gara interamente normata dalla Direttiva 2004/18 e dal D.Lgs 163/2006 (codice appalti) e DPR 207/2010 (regolamento di attuazione)

Il limite di spesa fissato dal CI

- **La discrezionalità del Consiglio non è libera**
- **L'innalzamento del limite di spesa → illegittimo quando determina irragionevole limitazione della concorrenza in relazione al mercato di riferimento dell'istituzione scolastica**

Gli appalti cd “sotto-soglia”

Artt. da 121 a 125 D.lgs 163/2006

- Si applicano le disposizioni della Parte I (principi e disposizioni comuni), della Parte IV (contenzioso), della Parte V (coordinamento, transitorie e abrogazioni)
- Si applicano, in quanto non derogate, anche le disposizioni della Parte II (contratti di appalto sopra soglia nei settori ordinari)
- L’art.124 del Codice disciplina gli appalti e i servizi sotto soglia

Gli appalti cd “sotto-soglia”

Artt. da 121 a 125 D.lgs 163/2006

Ai sensi dell’art.253, comma 22, del Codice, per le forniture e i servizi in economia, restano in vigore il D.P.R. n.384/2001, in quanto compatibile, e i provvedimenti emessi dalle singole amministrazioni aggiudicatrici

MIUR – dd SCAGIS n. 60 del 5.2.2002

Non si applica alle scuole, salvo che per gli acquisti sui progetti ministeriali “delegati”: “agli uffici centrali e periferici di questa amministrazione” (ultimo “ritenuto” del preambolo)

Procedura “ordinaria”

Comparazione delle offerte di almeno tre ditte direttamente interpellate, per “acquisti, appalti e forniture” il cui valore complessivo ecceda il limite di € 2000 (art. 34 DM n. 44/2001)

**Procedura negoziata (già trattativa privata)
plurima**

Così la definizione art 3, comma 40, Codice

Gli atti del procedimento

la lettera di invito

● **Art.34,II, D.l.n.44 “l’invito a presentare un’offerta deve contenere, oltre ai criteri di aggiudicazione, l’esatta indicazione delle prestazioni contrattuali, nonché i termini e modalità di esecuzione e pagamento”**

● **Art.57,VI, D.Lvo 163 -> gli operatori economici devono essere invitati a presentare l’offerta CONTEMPORANEAMENTE e con ATTO SCRITTO**

Indispensabilità della lettera di invito

- Indispensabilità della lettera di invito (anche con un solo fornitore)
- Non si confrontano proposte pervenute spontaneamente dal privato
- Procedimento che inizia rigidamente d'ufficio
- *“il confronto concorrenziale si riferisce alla specifica iniziativa contrattuale avviata dall'amministrazione, poiché, altrimenti, risulterebbe violato il principio di trasparenza e di parità delle condizioni”* Consiglio di Stato, Sez.V, 8 ottobre 2008 n.4957

Le parti della lettera di invito

1. Le regole della scelta del contraente

- **i requisiti soggettivi (moralì, economici, tecnico-professionali)**
- **il criterio di aggiudicazione**
- **le modalità di presentazione dell'offerta**

2. Le condizioni contrattuali

Fissazione delle regole del gioco -> autolimitate alla discrezionalità dell'amministrazione

REGOLE COMUNI (1)

a garanzia di trasparenza, imparzialità, parità di trattamento

- **I requisiti soggettivi (moralì e di capacità – economica e tecnico-professionale) –es. DURC e regolarità circa la L. 69/99**
- **Rispetto dei termini minimi (artt. 70-124 DLgs 163/2006**
- **Distinzione della fase di preselezione (requisiti soggettivi) dalla fase di confronto delle offerte (requisiti oggettivi) - V. Circolare PCM 1 marzo 2007**
- **Predeterminazione dei criteri di valutazione delle offerte (prezzo più basso ed offerta economicamente più vantaggiosa)**

REGOLE COMUNI (2)

a garanzia di trasparenza, imparzialità, parità di trattamento

- **L'offerta deve rispettare le seguenti caratteristiche: tempestività, integrità, non essere condizionata, completezza e conformità, concretezza, irretrattabilità, unicità, deve essere sottoscritta da persona munita della legale rappresentanza**
- **Se si mescolano, quali criteri di aggiudicazione, elementi automatici (es. prezzo) con elementi non automatici, questi ultimi devono essere valutati per primi (senza conoscere quelli automatici)**
- **La procedura di gara deve essere "pubblica" (salvo che per la valutazione degli elementi discrezionali: es.offerta tecnica)**

Le fasi della gara

(artt. 11 e 12 DLgs 163/2006)

- **La delibera a contrarre**
- **Il bando di gara o la lettera d'invito**
- **L'aggiudicazione (provvisoria-definitiva) del contratto**
- **I controlli sui requisiti**
- **La stipulazione del contratto (stand still)**
- **L'approvazione del contratto da parte dell'autorità tutoria, se prevista (non prevista per le scuole)**

Conclusione del contratto e clausola di stand still

(art. 11 come modificato DLgs 104/2010)

Sequenza procedimentale: aggiudicazione provvisoria/aggiudicazione definitiva/termine dilatorio di trentacinque giorni dall'invio delle comunicazioni di avvenuta aggiudicazione definitiva (cd. clausola di stand still).

Si tratta di un termine dilatorio in cui il contratto NON può essere stipulato

La ratio è quella di rendere effettivo l'eventuale annullamento dell'aggiudicazione da parte del partecipante illegittimamente pretermesso

Conclusione del contratto e clausola di stand still

(art. 11 come modificato DLgs 104/2010)

- **E' discutibile l'applicabilità ai contratti che possano concludersi con scambio di lettere (cd usi commerciali)**
- **In senso contrario, con riferimento al cottimo fiduciario, TAR Lazio - Sez. II-ter - Sent. 11/04/2011 n. 3169, che afferma: *"Gli obblighi informativi di cui all'articolo 79 e la clausola standstill di cui all'articolo 11, comma 10 D.Lgs. 163/2006 sono applicabili anche al cottimo fiduciario, perché finalizzati ad assicurare l'effettività del principio di trasparenza, fondamentale e generale nel settore dei contratti pubblici"*.**

Servizio bar

e distributori automatici di cibi e bevande

- **È concessione (di servizi): art. 30 Codice(Cons Stato, IV, sent 4012/07; TAR Lombardia-Brescia 430/2010, Cons Stato, V, sent 513/2011)**
- **Rispettare la lettera di invito (TAR Toscana, 1086/07)**
- **Rispettare comunque i termini di cui all'art 124 Codice (TAR Toscana, 537/07)**
- **Divieto di clausole di prelazione (Tar Toscana 719/07, TAR Campania, 449/08)**

Concludendo

- **Qualificare il contratto (appalto o lavoro?)**
- **Determinarne il *contenuto***
- **In caso di applicazione del DLgs 163/2006 (appalto forniture o servizi o concessione di servizi)**
- **In caso di appalto, determinare il valore**
- **A seconda del valore, identificare la procedura di selezione**
- **Identificata la procedura, “tarare” i requisiti soggettivi (di capacità) ed il *criterio di aggiudicazione***