

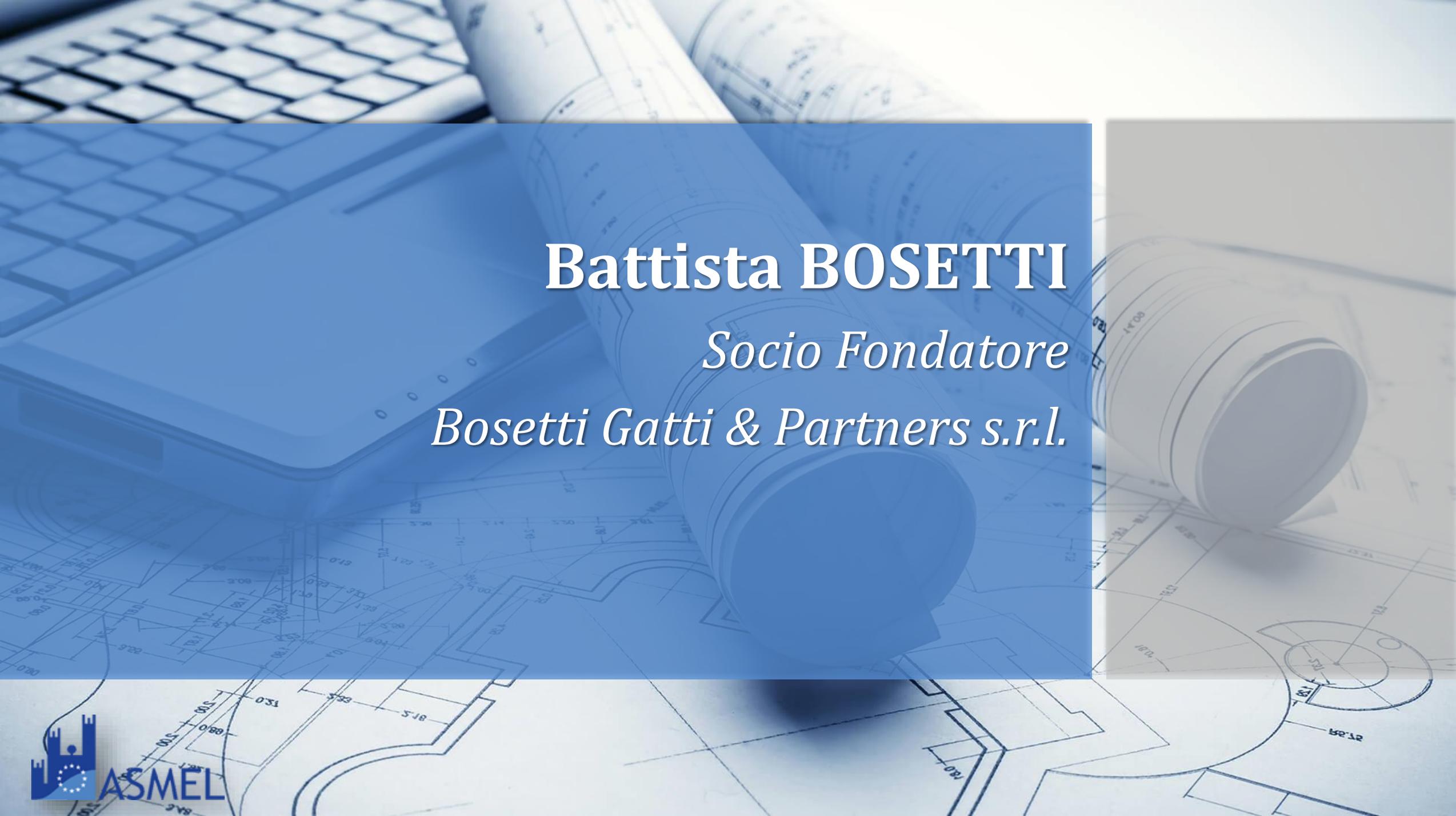


«Le procedure sotto-soglia dopo la
conversione dello Sblocca-Cantieri»
a domanda risponde
Battista BOSETTI

23 luglio 2019 dalle ore 11.30 alle ore 12.30



Avv. Vito RIZZO
Coordinatore Scientifico
Webinar ASMEL



Battista BOSETTI
Socio Fondatore
Bosetti Gatti & Partners s.r.l.

Introduzione

*Si premette che, fuori dai casi di forniture dove l'operatore ha già manifestato compiutamente la propria proposta contrattuale con un «catalogo» su un mercato elettronico o con un listino o altro documento simile su un sito pubblico, se inteso come proposta unilaterale della Stazione appaltante con accettazione obbligatoria da parte dell'operatore, nel mondo reale **l'affidamento diretto non esiste**. L'affidamento diretto, nei lavori, nei servizi e, fuori dal caso citato all'inizio, delle forniture, non può prescindere dall'esistenza (e messa a conoscenza della controparte) del progetto, del capitolato, dei patti e condizioni, delle specifiche tecniche dell'affidamento.*

Introduzione

Quindi ci sarà sempre un «doppio grado»:

la proposta unilaterale dell'amministrazione committente e la risposta (adesione, adesione condizionata, rifiuto) dell'interlocutore; risposta che non può che essere ponderata sulla disponibilità degli atti e sulla loro completezza, considerando da un lato che l'affidatario che accetta si estromette da affidamenti analoghi futuri e dall'altro che un'eventuale accettazione «al buio» non è il miglior viatico per avere una prestazione soddisfacente.

Lo stesso vale, a maggior ragione, per il cosiddetto affidamento diretto dei lavori da 40.000 a 150.000 euro, con la valutazione di 3 preventivi, dove vi deve essere un progetto vero e proprio.

Introduzione

Per ragioni di frequenza e di dimensioni, l'attenzione si è focalizzata quasi esclusivamente sui procedimenti di scelta del contraente negli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria e, in particolare, di importo inferiore a 1.000.000 di euro, di cui all'art. 36, comma 2, del Codice. Ne è prova che il 90% dei quesiti sono incentrati su questa norma. Affrontare la materia nel complesso quindi risponde direttamente o indirettamente alla maggior parte dei quesiti.

La norma citata prevede i seguenti modelli operativi:

- a) l'affidamento diretto per rimpporti inferiori a 40.000 euro, articolato in due modelli:
 - a.1) diretto vero e proprio **"anche"** senza previa consultazione di due o più operatori;*
 - a.2) diretto (nel nome) ma con previa consultazione di più operatori (ricavato a contrariis dalla stessa norma), che tanto diretto non sembrerebbe;**

Introduzione

- b) **diretto** (nel nome) ma non tanto nella pratica, articolato in due modelli:
- b.1) per i lavori da 40.000 a 150.000 euro **previa valutazione di 3 preventivi**, ove esistenti;
- b.2) per servizi e forniture da 40.000 a 221.000 euro (750.000 euro per i servizi ex allegato IX) **previa valutazione (!?) di almeno 5 operatori**;
- c) e c-bis) vere e proprie procedure negoziate, che si differenziano tra di loro solo per il numero minimo di operatori da invitare (almeno 10 da 150.000 a 350.000 euro, almeno 15 a partire da 350.000 euro).
- d) procedure aperte, per importi a partire da 1.000.000 di euro che, per la loro stabilità nel tempo, non necessitano di particolari approfondimenti in questa sede.

Introduzione

Tutti i modelli hanno **in comune** gli obblighi di:

- **rotazione** di inviti e affidamenti, imposto dal comma 1 dell'art. 36 e ribadito alle lettere b), c) e c-bis); la rotazione, con i problemi connessi, è **sempre obbligatoria** con le sole rarissime eccezioni costruite in via giurisprudenziale e avvallate da ANAC, non è oggetto di questa sessione;
- **pubblicazione** dei risultati dell'affidamento sul profilo di committente, imposta dal comma 1 dell'art. 29 e ribadito all'interno delle lettere b), c) e c-bis).

Altro elemento in comune sono le parole «**ove esistenti**» quando si parla di numero minimo di preventivi o di operatori. Si tratta di una locuzione che non può essere letta in senso assoluto: è ovvio che 3 preventivi, 5, 10 o 15 operatori, sono sempre rinvenibili tra quelli esistenti, ovvero tra qualche decina di milioni di operatori esistenti nell'Unione, quindi sarebbe una locuzione quantomeno "ipocrita".

Introduzione

Ove esistenti non può che intendersi come interni alla platea alla quale attingere (in pratica la platea di quelli che hanno manifestato interesse in fase di indagine di mercato o mediante iscrizione in un elenco, oppure, nel caso dell'affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, che hanno messo a disposizione il preventivo (o preventivo-offerta).

Possiamo sgombrare il campo dalle lettere c) e c-bis); si tratta di due modelli sui quali non vi sono innovazioni di rilievo, in quanto procedure negoziate consolidata nell'ordinamento e nell'esperienza, oggetto di una disciplina non chiarissima ma ampiamente digerita e sulla quale svolgono tutti i loro effetti le Linee guida n. 4 di ANAC (integrate dalle Linee guida n. 1 per gli affidamenti dei servizi tecnici).

Rispetto alla norma previgente (oltre all'introduzione di una soglia intermedia a 350.000 che discrimina il numero minimo di operatori da invitare) è l'introduzione del rinvio all'art. 63 (procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando).

Introduzione

*A differenza di molti commentatori non pare che il richiamo all'art. 63 abbia un particolare rilievo. L'art. 63 individua una serie di condizioni al ricorrere delle quali è ammessa la procedura negoziata senza bando **a prescindere dall'importo**. E' evidente che nessuna di tali condizioni è un presupposto per il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis), diversamente opinando queste due ultime norme sarebbero inutili. Ne consegue che la procedura negoziata dell'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis) è subordinata all'unica condizione dell'importo (rispettivamente inferiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro) a prescindere dalle condizioni di cui all'art. 63, commi da 1 a 5.*

Quindi il rinvio all'art. 63 ha una sua rilevanza solo con riferimento al comma 6, che definisce una sorta di formalizzazione dell'individuazione dei soggetti qualificati e scelta delle condizioni più vantaggiose, integrando la disciplina dell'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis).

Introduzione

All'interno di questo sistema irrazionale, è necessario individuare dei percorsi ragionevoli e applicabili, almeno rispetto alle previsioni di cui alle lettere a) e b), visto che le lettere c) e c-bis) disciplinano procedure negoziate note e consolidate.

*L'affidamento diretto di cui alla lettera a) con un unico interlocutore avviene individuando un soggetto, **non sulla "fiducia"** nell'incaricato ma sulla sua **"affidabilità"** ovvero sulla conoscenza della competenza, della capacità e dell'esperienza proporzionali alla modestia dell'affidamento. E' nella natura delle cose che anche nell'affidamento diretto è necessario sottoporre al potenziale incaricato il progetto, il foglio patti-condizioni, il capitolato o altri documenti analoghi; in altri termini l'affidamento diretto non avviene "al buio", nel senso di impostato su basi note e concluso con un contratto (semplificato ai sensi dell'art. 32, comma 14, ultimo periodo) con una proposta del RUP e l'accettazione o una controproposta dell'incaricato.*

Introduzione

Solo una scelta di una proposta contrattuale già ben definita sui mercati elettronici, dove il potenziale contraente si è già reso disponibile, l'affidamento si può dire effettivamente diretto. Questo anche quando si procede (caso marginale) previa consultazione di più operatori.

In ogni altro caso sarà necessario uno scambio di atti. Il tutto descritto nella determina unica di cui all'articolo 32, comma 2.

*Detto questo tutto si riduce alla complessità, contraddittorietà e sciatteria che, nelle convulse ultime ore della conversione in legge, hanno caratterizzato la formulazione dell'ambigua lettera b): «per affidamenti da 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante **affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi ... per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici ...»***

Introduzione

Gli equivoci sono più di uno: se l'aggettivo "diretto" si riferisce solo ai lavori previa valutazione di 3 preventivi o anche ai servizi e forniture previa valutazione (sic!) di 5 operatori?

Solo i 5 operatori per forniture e servizi sono individuati sulla base delle indagini di mercato e tramite elenchi o devono essere individuati allo stesso modo anche i 3 preventivi (o meglio: i 3 operatori titolari dei preventivi) per i lavori?

La lettera della norma prevede l'affidamento diretto sia in caso di 3 preventivi per i lavori che di 5 operatori per servizi e forniture mentre la selezione sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi solo per questi ultimi. Ma la lettera della norma si scontra con la realtà fattuale.

Si noti che mentre per le forniture (e per pochi servizi) i preventivi potrebbero essere acquisiti anche senza invito, attingendo a cataloghi, offerte sui mercati elettronici pubblici e privati, così non è per i lavori, dove i preventivi non possono che essere prodotti dalla stazione appaltante e incardinati su un progetto o un capitolato, mentre gli operatori offrono un ribasso.

Introduzione

In altri termini i preventivi da valutare non possono che essere “offerte” da valutare.

Se si lasciasse al mercato la formulazione di preventivi per i lavori, non vi sarebbe possibilità di valutazione tantomeno comparativa.

A complicare la situazione è intervenuta la modifica al comma 2 dell'art. 32, dove l'unificazione della determina a contrarre con la determina di aggiudicazione, con intenti di semplificazione, già prevista per gli affidamenti diretti di cui alla lettera a) è stata estesa agli affidamenti che si pretendono diretti di cui alla lettera b) (i 3 preventivi o i 5 inviti). Tale modifica, unitamente all'assenza nella lettera b) del rinvio all'art. 63 depone per una qualche semplificazione nell'affidamento di lavori fino a 150.000 euro e di servizi e forniture fino alla soglia comunitaria, ma non stravolge il sistema.

Introduzione

Abbiamo visto che una delle fattispecie di cui alla lettera b) riguarda i lavori di importo inferiore a 150.000 euro previa valutazione di 3 preventivi (ma lo stesso vale anche per l'ipotesi marginale di affidamenti diretti a 40.000 euro previa consultazione di più operatori).

Soffermiamoci sui lavori con affidamento diretto previa consultazione di 3 preventivi. Si noti che ANAC, pronunciandosi sul comma 912 della finanziaria del 2018 che prevedeva «l'affidamento diretto previa consultazione di 3 preventivi» ha qualificato tale fattispecie come procedura negoziata ordinaria, senza differenziarsi dalle procedure negoziate per lavori di importo superiore, salvo che per il numero di operatori coinvolti. Tale lettura, se confermata in sede di revisione delle Linee guida n. 4, rende inutile qualunque ragionamento, equiparando le lettere b), c) e c-bis) con la sola distinzione del numero degli operatori coinvolti, come se lo sforzo del legislatore oltre che contraddittorio e irragionevole fosse stato anche inutile.

Introduzione

Ferma l'applicazione della rotazione, questa dovrebbe operare solo per l'aggiudicatario, dal momento che la valutazione dei preventivi non presuppone un invito a soggetti che hanno manifestato interesse (in seguito a indagine di mercato o iscrizione in elenchi) ma a soggetti individuati dal RUP sempre sulla previa conoscenza della loro competenza e capacità, in sintesi della loro affidabilità. In altri termini ad essi è richiesto un preventivo-offerta senza che abbiano manifestato espressamente la loro volontà di partecipare, bensì solo in ragione della loro "presenza" sul mercato o, al massimo, in ragione della loro "presenza" in elenchi ufficiali. Ma se è così potrebbe accadere che qualcuno o tutti non rispondano con un preventivo-offerta, facendo venir meno i 3 preventivi; in presenza di un solo preventivo si potrebbe affidare il contratto sulla base della condizione "ove esistenti", ma in assenza di risposte il tentativo andrebbe reiterato, forse anche più volte.

Introduzione

Per avere la probabilità (non la certezza) di poter valutare almeno 3 preventivi bisognerebbe chiedere l'adesione alla richiesta della stazione appaltante a molti più operatori, ma questo manderebbe a farsi benedire la celerità e la semplificazione.

Trattandosi non più di invito in seguito a interessamento dell'operatore ma di invito diretto a presentare un preventivo o ad aderire a un preventivo, fatto "al buio" ad operatori inconsapevoli (nel senso di non preventivamente interessati) non potrebbe operare la rotazione. Diversamente opinando i 3 (o più) operatori dovrebbero essere esclusi dai successivi procedimenti solo perché la stazione appaltante ha chiesto loro dei preventivi per lavori ai quali non erano nemmeno interessati, con gli effetti paradossali per taluno di sperare di non essere interpellato. La rotazione, dunque, in tali casi opera solo per l'aggiudicatario e per gli eventuali operatori che hanno risposto alla sollecitazione della stazione appaltante presentando un preventivo-offerta.

Introduzione

Se invece il RUP anche per la valutazione dei 3 preventivi ricorre ad inviti formali rivolti a soggetti che hanno risposto all'indagine di mercato (quindi che hanno manifestato interesse) o sono iscritti negli elenchi della stazione appaltante (anche l'iscrizione è una manifestazione di interesse, nel senso che l'iscritto si è già reso disponibile ad essere invitato), allora si ricade nella normale procedura negoziata, senza alcuna caratteristica di affidamento "diretto".

Lo stesso per gli affidamenti di servizi e forniture da 40.000 alla soglia comunitaria: è la stessa lettera b) ad imporre l'individuazione degli operatori economici tramite indagini di mercato o elenchi, per cui si ricade nella normale procedura negoziata, dove l'unificazione in un solo atto della determina a contrarre con l'aggiudicazione è una magra consolazione.

Quindi servizi e forniture da 40.000 alla soglia comunitaria seguono lo stesso procedimento delle lettere c) e c-bis) per i lavori da 150.000 euro, indipendentemente dal rinvio all'art. 63.



Fatte queste premesse si può
passare al question time

ADR:

Quesiti

1. Affidamenti di **lavori** di importo inferiore a 150.000 euro l'art. 36, comma 2, del Codice dispone: procedura ordinaria o affidamento diretto con 3 preventivi. Si ritiene possibile, motivando nella determina indizione, il ricorso a procedura negoziata?

Per i lavori di importo inferiore a 150.000 euro, il comma 2, lettera a), prevede il cosiddetto «affidamento diretto» previa valutazione di 3 preventivi, ma non vieta affatto il ricorso alla procedura negoziata con più inviti prevista dalle lettere b) e c) per importi superiori. Se in tutti i casi l'alinea del comma 2 ammette il ricorso alle procedure ordinarie (ovvero aperte e ristrette) non si vede perché non possa essere ammessa la procedura negoziata ad inviti. Infatti:

- in primo luogo si potrebbe dire «Plus semper in se continet quod est minus»;

Quesiti

- *in secondo luogo l'ordinamento ammette sempre procedure che offrono maggiori garanzie in termini di perseguimento degli obiettivi (trasparenza, concorrenza, massima partecipazione ecc.) rispetto a quelle «minime» previste;*
- *in terzo luogo la valutazione di 3 preventivi (in realtà di «almeno» 3 preventivi), malgrado sia definita dalla norma come «affidamento diretto» non è forse essa stessa una procedura negoziata, per quanto atipica e semplificata (anche se sull'aggettivo «semplificata» vi sarebbe ancora molto da discutere)?*

In conclusione la risposta è affermativa e, per come è formulata la norma, che come detto ammette anche procedure ordinarie (in astratto più complesse) non sussistono ostacoli e non necessita particolare motivazione per ricorrere alla procedura negoziata «tradizionale» anche per lavori di importo inferiore a 150.000 euro (e, in astratto, per i più masochisti, anche per lavori di importo inferiore a 40.000 euro dove sarebbe possibile un vero affidamento diretto!).

Quesiti

- 2.a. Affidamento del servizio di pulizia locali comunali di importo inferiore a 40.000 euro. Oltre l'affidamento diretto puro volendo instaurare un confronto concorrenziale tra ditte a mezzo preventivo. E' corretto applicare il criterio del minor prezzo?
- 2.b. Si può utilizzare il criterio del massimo ribasso per affidamento servizi socio - assistenziali di importo inferiore a 40.000 euro?

Nei quesiti si scontano tre condizioni combinate tra di loro:

- l'importo inferiore a 40.000 euro (che consentirebbe l'affidamento diretto anche senza consultazione di più operatori);*
- l'instaurazione di un confronto concorrenziale che si configura come una procedura negoziata di un qualche genere (con almeno 5 operatori per i servizi fino alla soglia comunitaria);*



Quesiti

- la presenza indubbia dell'alta intensità di manodopera che, per principio, è un ostacolo insuperabile all'applicazione del criterio del minor prezzo.

La sovrapposizione delle norme, nel caso l'art. 36, comma 2, lettera a) e l'art. 95, commi 3, lettera a) e comma 4, lettera b), e il loro contenuto apparentemente contraddittorio, non consente di dare una risposta che possa avere la certezza di resistere nel tempo.

Considerato che per il servizio di pulizia è sempre obbligatorio il criterio dell'offerta di qualità/prezzo, con la sola deroga per gli affidamenti «diretti» di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), il confronto concorrenziale deve rimanere nell'alveo di tale norma, sfruttando il fatto che se l'affidamento diretto è ammesso «anche senza previa» consultazione, significa è ammesso «anche con consultazione» di più operatori.



Quesiti

Quindi allo stato si ritiene che la risposta sia affermativa a condizione che la consultazione non si trasformi in una procedura negoziata vera e propria, uscendo dal perimetro dell'art. 36, comma 2, lettera a), e quindi dalla deroga ex art. 95, comma 3, lettera a).

Analoghe considerazioni per gli appalti dei servizi socio-assistenziali di importo inferiore a 40.000 euro, nonché per i servizi di ingegneria e architettura nello stesso limite di importo, per i quali si giunge alla medesima conclusione.

Quesiti

3. Come devono essere inquadrare le concessioni di impianti sportivi piccoli e/o grandi?

Si suppone si intendano le concessione dei servizi di gestione degli impianti sportivi.

*A parte la ventennale diatriba sulla qualifica o meno di «servizio pubblico» dei servizi sportivi alla quale si collega analoga diatriba tra «concessione di servizi pubblici» e «appalto pubblico di servizi», in primo luogo non vi è dubbio che trova applicazione la Parte III del Codice, seppure temperata dalla disciplina speciale dell'art. 90, comma 25 della legge n. 289 del 2002: se il Comune non intende gestire direttamente gli impianti sportivi, la gestione è affidata in **via preferenziale** a società e associazioni sportive dilettantistiche, discipline sportive associate e Federazioni sportive nazionali, sulla base di convenzioni che stabiliscono i criteri d'uso e previa determinazione di criteri generali e obiettivi per l'individuazione dei soggetti affidatari.*

Quesiti

*Il secondo periodo del comma 25 delega alle **regioni**, con propria legge, la disciplina delle modalità di affidamento (per la Lombardia la legge reg. n. 27 del 2006), ne deriva che per le modalità di affidamento deve essere fatto riferimento alla normativa regionale di settore.*

*In genere si distingue tra gestioni di impianti sportivi **con rilevanza economica** (oggi equiparabili ai SIEG di derivazione comunitaria) che vanno affidati con procedure pubbliche riservate ai soggetti preferenziali e, in assenza di offerte, aperte anche a operatori terzi; gestioni **prive di rilevanza economica** (oggi equiparabili ai SIG) per le quali le varie norme regionali prevedono tendenzialmente formule non tipicamente imprenditoriali, come la gestione mediante associazioni, istituzioni, affidamenti diretti e simili, o col ricorso agli affidamenti riservati di cui agli articoli 142 e 143 del Codice, mentre l'art. 164, comma 3, dispone che i servizi non economici non rientrano nell'ambito di applicazione delle concessioni.*

Quesiti

Nel quesito si parla di «concessione» quindi se si tratta di una gestione con rilevanza economica e vi è trasferimento dei rischi in capo al gestore è senz'altro una concessione ai sensi del codice, se non c'è trasferimento del rischio è un mero «appalto di servizi» con la concessione amministrativa di affidamento del bene pubblico e non come concessione-contratto.

Una conclusione un po' più articolata si può rinvenire nella Deliberazione di ANAC n. 1300 del 14 dicembre 2016, alla quale si rinvia.

E' necessaria un'ulteriore precisazione: quanto detto vale per gli impianti sportivi dove i cittadini e le associazioni sportive sono ammessi quali utenti e praticanti; per gli impianti sportivi dove i cittadini sono ammessi solo come spettatori (stadi, palazzi dello sport ecc.) la concessione avviene esclusivamente ai sensi della Parte III del Codice.

Quesiti

4. Come interpretare nell'ambito della procedura negoziata semplificata di cui all'art. 36 del codice l'introduzione del richiamo espresso all'art. 63 del codice stesso (procedura negoziata senza pubblicazione del bando)?

Si rinvia alle argomentazioni esposte nell'introduzione. L'art. 63 individua una serie di condizioni al ricorrere delle quali è ammessa la procedura negoziata senza bando che non rilevano per il ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis). Ne consegue che la procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis) è subordinata all'unica condizione dell'importo (rispettivamente inferiore a 350.000 euro o inferiore a 1.000.000 di euro) a prescindere dalle condizioni di cui all'art. 63, commi da 1 a 5.

Quesiti

- 5.a. Come va interpretato l'art. 36, comma 2, lettera b), del codice, tra affidamento diretto con 3 preventivi per lavori e individuazione di 5 operatori economici (procedura negoziata?)
- 5.b. Quali differenze ci sono tra le procedure di cui all'art. 36, comma 2, lettera b), del codice dei contratti tra lavori e servizi?
- 5.c. Differenza fra formalità delle offerte e informalità dei preventivi: come gestire la diversità delle procedure negoziate senza bando e all'affidamento diretto previa consultazione di tre preventivi? Che differenze ci sono da un punto di vista operativo?

Si ribadisce che in caso di servizi con 5 operatori, trova applicazione (per espressa previsione) l'individuazione degli operatori mediante indagini di mercato o elenchi aperti, inviti e risposte agli inviti, rotazione e pubblicazione, quindi in pratica ci si trova in una procedura negoziata.

Per gli affidamento di lavori fino a 150.000 euro si rinvia alle argomentazioni svolte nell'introduzione.

Quesiti

- 6.a Cosa cambia in relazione all'affidamento dei Servizi attinenti all'Architettura e l'Ingegneria di importo inferiore ai 40.000 euro?
- 6.b E' consigliabile pubblicare almeno un avviso per affidamenti tecnici sotto i 40.000 euro oppure per celerità si può affidare direttamente (in modo fiduciario) a un tecnico fermo l'obbligo della rotazione per la stessa tipologia di prestazione?

6.a. Nell'affidamento dei Servizi tecnici di importo inferiore a 40.000 euro non è cambiato nulla.

6.b. In teoria è possibile, ma nella pratica ci si espone ad inutili contenziosi con i tecnici non affidatari (e con gli invitati non affidatari poi estromessi da successivi affidamenti a causa della rotazione). Comunque non si può mai parlare di incarico «fiduciario» data la fungibilità del servizio da affidare, ma di una scelta consapevole di un tecnico che abbia le dovute competenze e abbia operato correttamente sul mercato per quanto accertabile.

Quesiti

- 7.a. In occasione degli affidamenti con procedura diretta le verifiche presso il Tribunale e Agenzie Entrate devono essere fatte?
- 7.b. Quali verifiche occorre espletare nel post aggiudicazione provvisoria nell'ambito di una procedura MEPA sotto € 40.000,00 (es. DURC, annotazioni riservate, ecc.)?

7.a. Le linee guida n. 4 di ANAC fino a 20.000 euro ne ammettono la sostituzione con autodichiarazioni ai sensi del d.P.R. n. 445 del 2000, da verificare da parte della stazione appaltante. Quindi non si vede alcuna semplificazione ma si tratta della normale prassi; quindi la risposta è affermativa.

7.b. Dei soli requisiti economico-finanziari e tecnico-professionali; si estendono ai requisiti generali ex art. 80 solo se l'operatore non sia già stato verificato dal MEPA.



Quesiti

8. L'affidamento diretto di lavori/beni/servizi previa valutazione di preventivi è comunque soggetto all'obbligo di post informazione?

La risposta è affermativa, l'articolo 29, comma 1, non prevede eccezione alcuna.

Anche se, nel caso di specie, la pubblicazione è limitata al profilo di committente della stazione appaltante; questo vale sia per gli affidamenti diretti che per gli affidamenti mediante procedura negoziata quale che sia il modello operativo utilizzato.

Quesiti

- 9.a. Al momento la necessaria qualificazione di cui all'articolo 38, citata dall'art. 37 comma 3, è sempre l'iscrizione all'AUSA?
- 9.b. Relativamente alla sospensione delle Stazioni appaltanti centralizzate, per i comuni sotto 5.000 abitanti gli affidamenti diretti sotto i 40.000 devono comunque essere effettuati mediante utilizzo di sistemi telematici?

9.a. La risposta è affermativa.

9.b. La dimensione del comune non rileva. Gli affidamenti diretti (se diretti nel senso con un solo interlocutore) devono essere fatti con mezzi di comunicazione telematica, non necessariamente mediante utilizzo di una piattaforma telematica. Se scelti nell'ambito di un mercato elettronico il ricorso alla piattaforma telematica è implicito.

Quesiti

10. Per quanto riguarda i lavori nella fascia da 40.000,00 a 150.000,00 euro si può procedere con richiesta di preventivi tramite PEC o risulta necessario procedere tramite piattaforma telematica per gli affidamenti? In Toscana per la procedura (lavori) art. 36 sotto i 150.000 euro è comunque necessario passare dal sistema START o basta chiedere preventivi?

In assenza di indicazioni si suppone possa procedersi anche con richiesta dei 3 preventivi via PEC.

Sulle modalità di acquisizione dei preventivi e della loro valutazione si rinvia a quanto descritto nell'introduzione.

Quando è richiesto l'uso della piattaforma telematica non è necessario utilizzare START (in Toscana) o altra piattaforma regionale, l'unica condizione è che la piattaforma offra le garanzie e abbia requisiti tecnici imposti dal CAD.

Quesiti

11. L'istituto dell'anticipazione si applica agli appalti sotto soglia?

Malgrado l'ANAC ritenga che la risposta sia affermativa, ci sono forti dubbi in proposito che qui sarebbe troppo lungo esporre, vista la collocazione della norma (art. 35, comma 18), il suo carattere eccezionale e l'estraneità ai principi generali in materia di contratti.

La mancata previsione comunque non inficia la legittimità della gara e dell'aggiudicazione, in quanto, se dovuta, sarà invocabile dal contraente ai sensi dell'art. 1339 del codice civile.

Si rammenta che la legge di conversione del decreto-crescita ha introdotto il comma 4-bis all'art. 159, modificando il sistema delle anticipazioni per i contratti superiori al triennio anche se, ad un prima lettura, tale modifica pare riguardi solo i contratti del comparto Difesa.

Quesiti

12.a. In quali misure si concretizza la "sospensione" per due anni di alcune parti del D.Lgs. 50/2016?

12.b. Ci sono nuove soglie per affidamenti servizi?

*12.a. Le norme sospese con la formula «**fino al 31 dicembre 2020**» non trovano applicazione a partire dal 18 giugno 2019 e riprenderanno efficacia dal 1° gennaio 2021; le norme sospese con la formula «**per gli anni 2019 e 2020**», retroagiscono per l'intero anno corrente ove non abbiano già svolto i loro effetti. In ogni caso nel frattempo trovano applicazione le Linee guide ANAC ove compatibili con le nuove disposizioni del Codice (e con le sospensioni). Sono fatte salve diverse possibili (e probabili) modifiche legislative prima del 31 dicembre 2020.*

12.b. No, non sono state modificate le soglie per l'affidamento dei servizi.

Quesiti

13. Nel caso di affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. a), del Codice: occorre motivare la scelta del procedimento adottato? Inoltre ai sensi dell'art. 32 comma 2 secondo periodo, cosa s'intende per "ragioni della scelta del fornitore"?

Il tutto è collegato (almeno per gli enti locali) all'art. 192, comma 1, lettera c), del TUEL che usa una formulazione analoga. La motivazione sulla scelta del procedimento non potrà che essere un rinvio ai procedimenti ammessi dall'ordinamento. Le motivazioni sul soggetto affidatario (le ragioni della scelta del fornitore) se in affidamento diretto saranno sulla coerenza dei requisiti e delle caratteristiche dell'affidatario rispetto al contratto da affidare; se conseguenti ad una procedura comparativa saranno l'individuazione del miglior prezzo o della miglior prestazione, secondo i normali canoni previsti per le procedure negoziate.

Quesiti

14. Per servizi e forniture quali sono le modalità di indagine di mercato per l'individuazione degli operatori propedeutiche all'affidamento?

Sono quelle già note e, nel bene e nel male, consolidate:

- indagine di mercato mediante richiesta di manifestazioni di interesse;*
- ricorso agli elenchi aperti e pubblici.*

In tal senso sono inequivocabili le lettere b), c) e c-bis) dell'articolo 36, comma 2.

Per i dettagli si rinvia alle Linee guida n. 4, ancora efficaci ove non contraddette dall'innovazione normativa.

Quesiti

15. Per affidamenti di lavori ai sensi dell'art.36 comma 2 lettera b) è necessario acquisire tre preventivi o in alternativa è sufficiente richiedere l'offerta a tre ditte?

Malgrado sforzi interpretativi quasi sovrumani, non si riesce a distinguere tra acquisizione di 3 preventivi (che non può che avvenire «su richiesta» del RUP) e richiesta di offerta (o di preventivo-offerta) a 3 operatori; in tutti i casi è certo che non può prescindere da una richiesta corredata dalla disponibilità degli atti tecnici e delle condizioni contrattuali.

In presenza di meno di 3 preventivi riscontrati dagli operatori il RUP potrà affidare (si ricorda la locuzione «ove esistenti») o integrare con altre richieste. Per il resto si rinvia alle considerazioni esposte nell'introduzione.

Quesiti

16. Per gli affidamenti diretti inferiori a 40.000,00 euro, è sufficiente che il R.U.P. confronti i prezzi offerti dall'aggiudicatario con i prezzi di mercato desumibili da siti internet, cataloghi e/prezzari, senza chiedere altre offerte di paragone?

Non solo è sufficiente, ma non è nemmeno obbligatorio. Il RUP potrebbe fare affidamento sulla comune esperienza, sia propria che dei RUP di altri settori o di altre amministrazioni. L'importante è che non operi scelte abnormi o palesemente fuori mercato, ovvero è necessario che si comporti come un buon padre di famiglia e non incorra in dolo o colpa grave.

Quesiti

17. Per i servizi sociali di cui all'allegato IX, è applicabile l'affidamento diretto fino a euro 221.000 visto che è obbligatoria l'OEV? Le 5 offerte della lettera b) del comma 2 dell'articolo 36 sono preventivi?

*Il procedimento di scelta e il criterio di offerta sono due cose diverse e non necessariamente coincidenti. I servizi sociali di cui all'allegato IX sono affidabili direttamente **solo** se inferiori a 40.000 euro; il criterio può essere del solo prezzo, anche se non è escluso il criterio qualità/prezzo (che in un affidamento diretto appare almeno illogico).*

*A partire da 40.000 euro e fino a 750.000 (e non solo 221.000) sono affidabili con procedura negoziata invitando almeno 5 operatori individuati con le note modalità (indagini di mercato o elenchi) e **solo** con il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.*

Quesiti

18. Quando la rotazione diventa obbligatoria?

Qualora nel territorio ci siano poche ditte iscritte ed in grado di effettuare quel tipo di servizio, come si fa ad effettuare la rotazione?

La rotazione è sempre obbligatoria, il suo fine non è solo quello di non privilegiare posizioni di rendita agli affidatari precedenti (scrutinato dalla giurisprudenza amministrativa in senso estremamente restrittivo e non di rado oggetto di intervento del P.M. ex art. 323 c.p.).

La presenza sul territorio comunale quale condizione non è contemplata in alcun modo.

*Considerato che il divieto di invitare un affidatario precedente **non** consente di respingere per ciò solo un'offerta presentata spontaneamente dallo stesso, questi conseguirà il contratto se sarà l'unico offerente, senza che sia violata la prescrizione della rotazione. Diversamente opinando la procedura andrebbe deserta e forse deserta anche se reiterata più volte.*

Quesiti

19. Qual è la procedura più corretta per affidare i lavori di abbattimento degli alberi pericolanti sul territorio Comunale, a titolo gratuito, fermo restando che il legname tagliato resta di proprietà della ditta esecutrice?

Non è corretto dire che il legname resta di proprietà della ditta esecutrice.

*Diciamo che il legname, di diritto di proprietà esclusiva del Comune è **ceduto** alla ditta esecutrice a titolo di corrispettivo.*

Quindi non sono lavori “gratuiti” bensì onerosi anche se il corrispettivo è costituito dalla cessione di beni materiali anziché in numerario. Si tratta di un appalto a tutti gli effetti, da affidare come un normale appalto in funzione del valore dei lavori o, se maggiore, in funzione del valore del legname messo a disposizione e ceduto.

Quesiti

20. Si chiede di precisare il calcolo delle anomalie come modificate con la legge di conversione del decreto sblocca cantieri.

Dopo alcune incertezze iniziali, sull'art. 97, comma 2 (almeno 15 offerte ammesse) si condivide l'impostazione data dal MIT in esito a quesito specifico della Regione Toscana:

Soglia di anomalia = $M + S \times [1 - (c1 \times c2 / 100)]$, dove:

M = media aritmetica delle offerte (al netto delle ali accantonate quali 10% delle offerte di maggior ribasso e di minor ribasso),

S = scarto medio aritmetico,

c1 e c2 = prima e seconda cifra decimale dopo la virgola della somma dei ribassi (sempre al netto delle ali accantonate).

Il comma 2-bis, offerte ammesse inferiori a 15, non pone problemi interpretativi.

Quesiti

21. Procedura per servizi di natura intellettuale superiore a 40.000 ma inferiore alla soglia: negoziata a 5 operatori con OEPV? È necessario procedere su piattaforma o vanno bene anche le offerte cartacee?

La risposta è affermativa, alla prima parte del quesito ma il limite di soglia è di 100.000 euro per i servizi di ingegneria e architettura e della soglia di rilievo comunitario (euro 221.0000) per gli altri servizi intellettuali diversi dai servizi tecnici di cui all'art. 157 del codice.

Quanto all'uso della piattaforma gli articoli 40 e 52 del Codice impongono come obbligatori gli scambi delle informazioni (e delle offerte) per via telematica a prescindere dagli importi, quando vi sia una procedura competitiva che necessiti di riservatezza, conservazione e certezza degli scambi; per cui la risposta è affermativa.

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**