

*Le modifiche al D.Lgs 50/2016 in
tema di affidamenti sotto soglia,
a seguito della conversione del
DL sblocca cantieri*

Firenze 19 Giugno 2019

Dott.ssa Ivana Malvaso

Regione Toscana

La modifica all'art. 35

✓ L'art. 35:

- individua le soglie di rilevanza comunitaria
- disciplina le modalità per il calcolo del valore stimato di un appalto pubblico
- il calcolo tiene conto dell'importo massimo stimato, ivi compresa qualsiasi forma di eventuali opzioni o rinnovo del contratto esplicitamente stabiliti nei documenti di gara
- la scelta del metodo di calcolo non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione del Codice relative alle soglie .
- un appalto non può essere frazionato artificialmente per escludere l'applicazione delle disposizioni del codice

La modifica all'art. 35 -2

- In caso di appalti di lavori e servizi quando un'opera prevista o una prestazione di servizi può dare luogo ad appalti aggiudicati per lotti distinti, ai fini della determinazione della soglia, è computato il valore complessivo stimato della totalità dei lotti
- prima della modifica introdotta con il DL 32 il valore dei lotti concorreva **solo se andavano a gara contemporaneamente**
- Ora è stata **eliminata la previsione della contemporaneità** e il valore dell'appalto ai fini del calcolo della soglia tiene conto di tutti i lotti anche se vanno a gara in tempi diversi.

I lotti

- I lotti sulla base delle definizioni contenute all'art. 3 possono essere:

“**Lotto Funzionale**, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, ovvero parte di un lavoro o servizio generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti”

“**lotto prestazionale**, uno specifico oggetto di appalto da aggiudicare anche con separata ed autonoma procedura, definito su base qualitativa, in conformità alle varie categorie e specializzazioni presenti o in conformità alle diverse fasi successive del progetto”.

I lotti -2

Il decreto legislativo 163 del 2006 all'art. 2 prevedeva che le stazioni appaltanti dovevano suddividere l'appalto in lotti funzionali, ove possibile ed economicamente conveniente

l'art. 10 del DPR 207/2010 (Regolamento di attuazione del Codice dei contratti pubblici) prevedeva tra i compiti del Responsabile Unico del Procedimento, nel caso di appalti suddivisi in lotti, che lo stesso doveva accertare ed attestare l'idoneità dei singoli lotti a costituire parte funzionale, fattibile e fruibile dell'intero intervento.

I lotti-3

- L'art. 51 del D.Lgs. 50/2017 prevede al comma 1 " Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle micro imprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'art. 3 comma 1 lett. qq) ovvero lotti prestazionali di cui all'art. 3 comma 1 lett. ggggg), in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture.
- Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera d'invito e nella relazione unica di cui all'art. 99 e 139.
- Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese.
- È fatto divieto alle stazioni appaltanti di suddividere in lotti al solo fine di eludere l'applicazione delle disposizioni del presente codice, nonché l'aggiudicazione tramite l'aggregazione artificiosa degli appalti.

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. a)

- L'art. 36 a seguito delle modifiche prevede per gli affidamenti di importo inferiore alla soglia di cui all'art.35:
- per affidamenti di lavori, forniture e servizi di **importo inferiore a 40.000 euro**, la disciplina resta invariata
- si può procedere mediante affidamento diretto, anche **senza previa consultazione** di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. b)

- La lettera b) viene modificata nel seguente modo:
 - b) per affidamenti di importo pari o superiore **40.000 euro** e inferiore a 150.000 per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e servizi, mediante affidamento diretto, **previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti**, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, **di almeno cinque operatori economici** individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta.....
 - l'avviso sui risultati della procedura contiene l'indicazione anche dei **soggetti invitati**

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. b)

- Dalla lettura del testo della lettera b) si rileva che si prevede l'affidamento diretto per:
- I lavori fino a 150.000 euro **previa valutazione di tre preventivi**
- Forniture e servizi fino alla soglia (221.000 euro) **previa di valutazione di almeno 5 operatori economici individuati sulla base indagini di mercato o tramite elenchi di operatori**
- Si conferma il rispetto del criterio di rotazione degli inviti
- L'Avviso sui risultati della procedura contiene i soggetti invitati

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. b)

- Dall'analisi del testo della lettera b) si potrebbe sostenere che:
 - Con la previsione dell'affidamento diretto si vuole introdurre delle semplificazioni procedurali confermate anche dall'estensione alla lett. b) delle previsioni dell'art. 32 comma 2;
 - Per i lavori l'individuazione degli operatori può avvenire da parte del RUP
 - La previsione della **previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, apre il dubbio a:**
 - Cosa sono i preventivi sono tre offerte?
 - Devo sempre averne acquisiti tre ?
 - Il termine valutazione è diverso da consultazione e pertanto è necessario acquisire 3 offerte/preventivi

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. c)

- c) per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 e inferiore a 350.000, mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. c bis)

- c- bis) per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 e inferiore a 1.000.000, **mediante la procedura negoziata di cui all'art. 63 previa consultazione**, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. c e c-bis)

- per gli affidamenti di lavori di importo di cui alle lettere c) e c-bis ovvero per importi inferiori ad 1.000.000 di euro è stato introdotto il richiamo all'art. 63
- L'art. 63, che recepisce l'art. 32 della direttiva 24/2014, disciplina la procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara in presenza di presupposti specifici

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. c e c- bis)

- Con il richiamo all'art. 63 il legislatore ha voluto ricondurre la disciplina all'interno di una procedura prevista nelle direttive integrando di fatto le ipotesi nelle quali si può ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara
- Le modalità di affidamento previste dal comma 6 dell'art. 63 sono diverse da quelle art. 36
- Nell'art. 63 non si fa riferimento alle indagini di mercato e il numero di operatori da consultare ove esistenti è di 5

Cosa cambia negli affidamenti sotto soglia - art. 36 lett. d)

- d) per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000, e fino alle soglie di cui all'art. 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'art. 60, fatto salvo quanto previsto dall'art. 97, comma 8 (applicazione dell'esclusione automatica delle offerte per appalti non presentano carattere trasfrontaliero)
- La procedura aperta attraverso il richiamo all'art. 60 diviene la procedura preferita salvo la possibilità prevista dall'art. 36 comma 2 per le stazioni appaltanti di utilizzare le procedure ordinarie al ricorrere dei presupposti previsti dalla normativa per il loro utilizzo

Inversione dell'apertura delle buste

- Il DL 32/2019 prevedeva all'art. 36 comma 5 la possibilità di esaminare le offerte economiche prima della verifica della busta contenente la documentazione amministrativa recependo l'art. 56 paragrafo 2 della Direttiva UE 24/2014
- Il comma 5 in particolare prevedeva che :
 - Questa facoltà può essere esercitata se prevista nel bando o avviso con il quale si indice la procedura
 - Le stazioni appaltanti se si avvalgono di questa facoltà verificano in maniera imparziale e trasparente che nei confronti del miglior offerente non ricorrono motivi di esclusione e che sussistano i requisiti di cui all'art. 83
 - Il controllo è esteso a campione anche sugli altri partecipanti secondo le modalità indicate nei documenti di gara
 - In base all'esito della verifica si procede eventualmente a ricalcolare la soglia di anomalia di cui all'art. 97
 - sull'aggiudicatario si procede alla verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto

Inversione dell'apertura delle buste

- In fase di conversione il comma 5 è stato eliminato
- è stato esteso ai settori ordinari fino al 31 dicembre 2020 l'applicazione dell'art. 133 comma 8
- il comma 8 con il Dl 32 era stato modificato per introdurre una disciplina analoga al comma 5 dell'art. 36
- Le modifiche al comma non sono state convertite pertanto la disciplina è la seguente:
- Nelle procedure aperte, gli enti aggiudicatori possono decidere che le offerte saranno esaminate prima della verifica dell'idoneità degli offerenti. Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la gara. Se si avvalgono di tale possibilità, le amministrazioni aggiudicatrici garantiscono che la verifica dell'assenza di motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione sia effettuata in maniera imparziale e trasparente, in modo che nessun appalto sia aggiudicato a un offerente che avrebbe dovuto essere escluso a norma dell'art. 136 o che non soddisfa i criteri di selezione stabiliti dall'amministrazione aggiudicatrice.

Inversione dell'apertura delle buste

- La disciplina è applicabile per gli appalti sopra e sotto soglia
- La disciplina prevista al comma 5 era più dettagliata rispetto al comma 8 dell'art. 133
- La norma non chiarisce se si applica solo quando il criterio di aggiudicazione è quello del solo prezzo ma :
- Questa modalità è utile nel caso di appalti aggiudicati sulla base del criterio del solo prezzo nei quali partecipano un numero notevole di operatori economici
- Nel caso di appalti aggiudicati con il criterio qualità /prezzo:
- Il numero delle offerte è minore
- l'apertura dell'offerta tecnica deve precedere quella economica

Inversione dell'apertura delle buste

- In Toscana, con la L.R. 54 del 2017, è stato introdotto, nella L.R. 38/2007, l'art. 35 bis con il quale si era recepito l'art. 56 della Direttiva e prevista questa possibilità
- L'art. 35 bis prevede :
- Nelle procedure aperte, quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo, le stazioni appaltanti possono decidere di esaminare le offerte economiche prima di verificare l'assenza dei motivi di esclusione ed il rispetto dei criteri di selezione ai sensi del d.lgs. 50/2016. Nel bando di gara sono indicate l'intenzione di avvalersi di tale possibilità e le modalità di verifica, anche a campione mediante sorteggio, dell'assenza dei motivi di esclusione e del rispetto dei criteri di selezione.
- La verifica di cui al comma 1 è effettuata nel rispetto dei principi di imparzialità e trasparenza, in modo che nessun appalto sia aggiudicato ad un offerente che debba essere escluso ai sensi dell'articolo 80 del d.lgs. 50/2016 o che non soddisfi i criteri di selezione stabiliti nel bando. Nel caso di applicazione dell'esclusione automatica delle offerte di cui all'articolo 97, comma 8, del d.lgs. 50/2016, la soglia di anomalia è ricalcolata sulla base dell'esito della verifica.

Inversione dell'apertura delle buste -1

- Come applicarla :
- Nel bando di gara e nel disciplinare occorre prevedere l'utilizzo di questa modalità e indicare la percentuale delle buste sulle quali è effettuato il controllo a campione della busta contenente la documentazione amministrativa
- Nella seduta di gara si procede quindi a:
 - Individuare le offerte sulle quali effettuare il controllo a campione delle buste amministrative che verrà effettuato dopo l'apertura delle buste economiche
 - Aprire le offerte economiche pervenute e procedere al controllo della loro regolarità e quindi alla loro ammissione/esclusione
 - Effettuare il calcolo dell'anomalia e individuare sulla base dello stesso la migliore offerta

Inversione dell'apertura delle buste -2

- Effettuare la verifica della busta amministrativa della migliore offerta e di quelle da sottoporre al controllo a campione
- Procedere a seguito della verifica sulla busta amministrativa all'ammissione / esclusione o all'attivazione del soccorso istruttorio se possibile
- A seguito dell'esito delle verifiche e dell'attivazione del soccorso istruttorio procedere se necessario a ricalcolare la soglia di anomalia e ad individuare la nuova migliore offerta e a verificare la documentazione amministrativa presentata dal nuovo soggetto che ha formulato la migliore offerta
- A conclusione a formulare la proposta di aggiudicazione

Inversione dell'apertura delle buste -3

- Quali gli effetti applicazione su gare di regione toscana:
- **Gara torrente Bicchieraia svolta con modalità ordinaria** offerte 285 sono state necessarie complessivamente 22 sedute di gara
- dal 11.05.2018 fino al 7.08.2018 si è svolta la fase di verifica della busta amministrativa per 18 sedute di gara
- dal 3.10.2018 al 12.10.2018 la fase di aperture delle busta economica per 4 sedute di gara
- **Gara svolta con inversione delle buste Gara Serchio Lotto B n. offerte 266** in totale sono state svolte 5 sedute di gara
- dal 3.10.2018 al 5.12.2018 .
- Per entrambe le gara è stato necessario attivare il soccorso istruttorio e le gare tengono conto anche dei tempi a ciò necessari.

Grazie per l'attenzione
