

PROGETTO SUA

I principali percorsi di sviluppo delle Stazioni Appaltanti;
approfondimenti alla luce delle recenti novità normative

Andrea Martino, Martino & Partners



 **TECLA
EUROPA**

ASSOCIAZIONE DI ENTI LOCALI
PER LA COOPERAZIONE TERRITORIALE



Roma, 15 luglio 2019

Indice

- S** Il Ruolo delle stazioni appaltanti nell'attuale contesto istituzionale
- I** Inquadramento delle principali modifiche e degli impatti operativi dello sblocca-cantieri su codice dei Contratti Pubblici
- r** Gli appalti sotto-soglia e il principio di rotazione
- o** La valutazione dell'anomalia dell'offerta

Gli interventi normativi



*Agenzia per la
Coesione Territoriale*

18.04.2019

Sulla GU n. 92 viene pubblicato il **D.L. 32/2019** recante “Disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l’accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici”, più noto come **“sblocca-cantieri”**

17.06.2019

Il D.L. 32/2019 è stato **convertito** con la **Legge 55/2019**, pubblicata sulla Gazzetta Ufficiale n. 140

18.06.2019

Tutti i bandi di gara dovranno essere adeguati alle novità introdotte dallo “sblocca cantieri”.

Le nuove disposizioni si applicano anche agli appalti, senza pubblicazione di bandi o avvisi, nel caso in cui alla data del 18 giugno 2019 non siano ancora state spedite le lettere di invito a presentare le offerte o i preventivi.

I principali ambiti di impatto



*Agenzia per la
Coesione Territoriale*

Regolamento
unico attuativo

Subappalto

Obbligo di
utilizzo centrali
di committenza

Qualificazione
stazioni
appaltanti

Appalto integrato

Commissari
straordinari per
sbloccare le
opere

Appalti sotto
soglia
comunitaria

Pagamenti
diretti ai
progettisti

Albo dei
commissari di
gara

I criteri di
aggiudicazione

Cassa depositi e
fondi immobiliari
nel Ppp

La verifica
dell'anomalia

Principali modifiche



SOSPENSIONE FINO AL 31 DICEMBRE 2020

- ✓ art. 37, co. 4 del Codice, che **impone ai comuni non capoluogo di provincia di avvalersi degli strumenti di aggregazione e delle centrali di committenza**
- ✓ art. 77, co. 3, che prescrive l'obbligo di avvalersi esclusivamente dei **commissari iscritti all'Albo istituito presso l'Anac**;
- ✓ l'art. 59, co. 1, che sancisce **il divieto di procedere all'affidamento congiunto di progettazione ed esecuzione di lavori pubblici («appalto integrato»)**
- ✓ l'art. 105 sul **subappalto**, viene integrato con una norma che introduce **il valore massimo del 40%, l'eliminazione dell'obbligo della terna e dei controlli in sede di gara ex art. 80**

Le principali criticità



NUMEROSITÀ E COMPLESSITÀ PROVVEDIMENTI ATTUATIVI

1. **Regolamento unico attuativo** entro 180 giorni dal decreto (*non dalla legge di conversione*) e quindi entro il **18 ottobre 2019**
2. Il regolamento in realtà **non andrà a sostituire tutte le linee guida e regolamenti esistenti, ma solo una parte** (ad esempio rimarranno in vigore le linee guida Anac n. 6 su illecito professionale; le linee guida n. 9 su PPP; il dpcm ancora da emanare per la qualificazione delle stazioni appaltanti)
3. **18 decreti operativi** necessari per l'avvio dei commissari straordinari

(!) Difficile parlare di semplificazione, senza contare che nel periodo transitorio c'è forte incertezza. Nelle more dell'adozione del Regolamento, l'applicazione dei diversi provvedimenti di attuazione sarà possibile solo in quanto compatibili con il Codice

Affidamento diretto



Art. 36, comma 2, lett. a) del Codice (invariato)

a) **per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;**

Art. 32, comma 2

Nella procedura di cui **all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b)**, la stazione appaltante può procedere ad **affidamento diretto** tramite **determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato**, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti.

Affidamento lavori



RIEPILOGO PROCEDURE NEI SETTORI ORDINARI: LAVORI

< 40.000	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a) (<i>offerta del minor prezzo</i>)
=> 40.000 < 150.000	Affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi (art. 36, comma 2, lettera b), selezionati con rotazione (<i>offerta del minor prezzo</i>)
=> 150.000 < 350.000	Procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera c) e art. 63, comma 6), previa consultazione di <u>almeno 10 operatori</u> , selezionati con rotazione mediante avviso esplorativo o attingendo a elenchi)
=> 350.000 < 1.000.000	Procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera d) e art. 63, comma 6), previa consultazione di <u>almeno 15 operatori</u> , selezionati con rotazione mediante avviso esplorativo o attingendo a elenchi)
=> 1.000.000 < 5.548.000	Procedura aperta (art. 36, comma 2, lettera e) e art. 60
=> 5.548.000	Procedura aperta o ristretta (artt. 59, 60 e 61) (<i>solo offerta del miglior rapporto qualità/prezzo</i>)

Affidamento servizi e forniture



RIEPILOGO PROCEDURE NEI SETTORI ORDINARI: SERVIZI E FORNITURE	
< 40.000	Affidamento diretto (art. 36, comma 2, lettera a) (<i>offerta del minor prezzo</i>)
=> 40.000 < 221.000	Procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b), previa <u>valutazione di almeno 5 operatori</u> , selezionati con rotazione mediante avviso esplorativo o attingendo a elenchi
<i>solo servizi sociali e altri servizi di cui all'allegato IX</i> => 40.000 < 750.000	Procedura negoziata (art. 36, comma 2, lettera b), previa valutazione di almeno 5 operatori, selezionati con rotazione mediante avviso esplorativo o attingendo a elenchi (<i>solo offerta del miglior rapporto qualità/prezzo</i>)
=> 221.00 (per tutte le forniture e servizi) => 750.000 (per i servizi sociali)	servizi e forniture: Procedura aperta o ristretta (artt. 60 o 61) (<i>offerta del miglior rapporto qualità/prezzo; offerta del minor prezzo se con caratteristiche standardizzate o condizioni definite dal mercato, purché con manodopera < 50%</i>)

Focus: il diverso trattamento tra lavori e forniture/servizi



Lavori

tra 40.000 e 150.000 €
(art. 36, comma 2, lettera a)

Valutazione di 3 preventivi

Non è una gara, è un confronto informale, la norma parla di **“affidamento diretto”**

La regione Toscana, con delibera 842/2019, ha definito delle linee guida che confermano obbligo di richiedere comunque tre preventivi, ferma restando la possibilità di procedere ad affidamento diretto

Forniture e servizi

tra 40.000 e 221.000 €
(art. 36, comma 2, lettera b)

Procedura negoziata. Invito a **5 operatori economici** individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.

Le forniture e servizi sotto-soglia: due possibili interpretazioni



1

Procedura
selettiva/
negoziata

Acquisizione 5 preventivi

Avviso pubblico o utilizzo elenco
fornitori

Principio di rotazione

2

Affidamento
diretto

A sostegno di questa tesi il fatto che l'art. 32 novellato, quando fa riferimento alla determina semplificata per affidamento diretto, cita anche il riferimento all'art. 36, comma 2, lettera b

*(come per lavori...solo con
più preventivi)*

**(!) La Regione Toscana ha interpretato nel senso che
si tratti di procedura negoziata**

Indagini di mercato nelle procedure sottosoglia



- ✓ Le indagini di mercato sono **propedeutiche al lancio di una procedura negoziata**
- ✓ Nell'avviso relativo ad indagini di mercato, le amministrazioni definiscono i **requisiti generali, finanziari, tecnico-professionali** che devono essere soddisfatti per poter essere invitati alla successiva procedura negoziata
- ✓ Pertanto, l'indagine di mercato rappresenta **una fase della procedura negoziata**

(!) le indagini di mercato si distinguono dalle consultazioni preliminari ex art. 66

Consultazioni di mercato (ex art 66 d.lgs 150/2016)



- ✓ Prima dell'avvio di una procedura di appalto, le amministrazioni aggiudicatrici possono svolgere consultazioni di mercato per la preparazione dell'appalto e per lo svolgimento della relativa procedura e per informare gli operatori economici degli appalti da esse programmati e dei requisiti relativi a questi ultimi.
- ✓ Per le finalità di cui al comma 1, le amministrazioni aggiudicatrici possono acquisire **consulenze, relazioni o altra documentazione tecnica** da parte di esperti, di partecipanti al mercato nel rispetto delle disposizioni stabilite nel presente codice, o da parte di autorità indipendenti.
- ✓ Tale documentazione può essere utilizzata nella pianificazione e nello svolgimento della procedura di appalto, **a condizione che non abbia l'effetto di falsare la concorrenza e non comporti una violazione dei principi di non discriminazione e di trasparenza**

Anac ha pubblicato le linee guida n. 14 del 6 marzo 2019

Consultazioni di mercato (ex art 66 d.lgs 150/2016)



1. Si utilizza per **appalti complessi e/o innovativi**
2. **Non è una fase di procedura di appalto, ma precede la gara**
3. **Non sono previste graduatorie o attribuzione di punteggi, né requisiti di ammissione**
4. **Il soggetto partecipante:**
 - **non acquisisce diritti** rispetto alla partecipazione alla successiva procedura di gara
 - **non ha vantaggi**, di qualunque natura, nello svolgimento della successiva procedura
5. **Il soggetto non partecipante**, potrà partecipare alla successiva procedura, se ne avrà i requisiti
6. La SA può decidere di non pubblicare la gara

Il principio di rotazione



art. 36, comma 1

“L’affidamento e l’esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all’articolo 35 avvengono [...], nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l’effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese

Linee guida Anac n. 4

— PRINCIPALI CARATTERISTICHE E OBIETTIVI —

- ha portata generale perché consente di **ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo** e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei
- **tutela la concorrenza tra gli operatori economici**
- **evita il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente**

Il principio di rotazione - applicazione



e



CON RIGUARDO ALL’AFFIDAMENTO IMMEDIATAMENTE
PRECEDENTE A QUELLO DI CUI SI TRATTI

SI FA RIFERIMENTO AI CASI IN CUI I 2
AFFIDAMENTI (PRECEDENTE E ATTUALE)
ABBIANO UNA COMMESSA RIENTRANTE:

- ✓ *nello stesso settore merceologico
ovvero*
- ✓ *nella stessa categoria di opere
ovvero*
- ✓ *nello stesso settore di servizi*

Il principio di rotazione – la regola generale



*“(...) “Il principio di rotazione comporta, **DI NORMA**, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, **nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento**”*

Divieto di aggiramento riguardo agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a :

- arbitrari frazionamenti delle commesse
- ingiustificate aggregazioni o strumentali indicazioni del calcolo stimato dell’appalto
- alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori senza adeguata motivazione;
- affidamenti o inviti disposti senza adeguata giustificazione ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto ex art. 80, comma 5, lett. m.

Definire accuratamente il proprio fabbisogno (oggetto e durata), avendo presente la possibile ripetizione dell’affidamento nel tempo.

Possibile ricorrere all’accordo-quadro per una migliore gestione dei rapporti negoziali nel tempo

Il principio di rotazione - eccezioni



Non sussiste un divieto assoluto dell'invito o dell'affidamento al gestore uscente, non essendo il principio di rotazione un concetto inderogabile ("di norma"), ma eccezionalmente derogabile con una **motivazione stringente.**

CONDIZIONI PER IL REINVITO

- esistenza di **una particolare struttura del mercato, con pochi operatori** e/o riscontrata ed effettiva assenza di alternative;
- **elevato grado di soddisfazione** (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione);
- **la riscontrata affidabilità dell'operatore economico** e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e quantitativo atteso;
- La **competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi** praticati nel settore
- Lo svolgimento di una **procedura aperta**

Al verificarsi di una delle condizioni, è possibile l'affidamento/reinvito al contraente uscente, nonché il reinvito all'operatore economico invitato e non affidatario

Il principio di rotazione – cosa fare operativamente



1

Predisporre **un regolamento interno** che disciplini puntualmente le modalità di applicazione del principio di rotazione a livello di Ente, tenendo conto di diverse variabili, tra cui la segmentazione merceologica ed il valore.

2

Creare **specifici e dettagliati elenchi fornitori per beni, servizi, lavori**. Tali elenchi potrebbero eventualmente essere progressivamente integrati da specifiche consultazioni ed indagini di mercato.

3

Creare **un sistema informatizzato di aggiornamento e monitoraggio dei diversi affidamenti gestiti a livello di stazione appaltante**, così da consentire a tutti la verifica dell'applicazione del principio di rotazione.

La gestione “strutturata” del sotto-soglia richiede l’attivazione di diverse azioni e strumenti

Il principio di rotazione – pronunce del Consiglio di Stato



Consiglio di Stato, sez. V n. 3831 del 6.06.2019

(...) Infatti, come chiarito dalla richiamata giurisprudenza, il suddetto **avviso** non costituisce atto di indizione di una procedura di gara concorsuale, ma **un'indagine conoscitiva di mercato** non vincolante tesa ad individuare operatori economici da invitare alla successiva procedura negoziata sicché, già nella fase successiva dell'invito, per espressa statuizione dell'art. 36 del d.lgs. n. 50 del 2016, **si innesta la regola dell'esclusione del gestore uscente**: in definitiva, **lo strumento della manifestazione di interesse**, pur strumentale a garantire la più ampia partecipazione possibile agli operatori economici da invitare, **non rende affatto superflua la rotazione**.

Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3755 del 4.06.2019

Va condiviso l'avvio di una procedura negoziata in coerenza con il principio di rotazione che governa l'aggiudicazione degli appalti nell'ipotesi del ricorso alla procedura negoziata, così evitando la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti. Corollario del principio di rotazione è il **carattere eccezionale dell'invito all'affidatario uscente**. Il carattere di principio delle indicazioni predette ne comporta all'evidenza l'applicabilità in disparte delle peculiarità del caso in esame e delle relative contestazioni pendenti in sede esecutiva.

Il principio di rotazione – pronunce del Consiglio di Stato



Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 2209 del 3.4.2019

*Nelle procedure di affidamento di contratti pubblici c.d. sotto-soglia, l'amministrazione **non ha obbligo alcuno di invitare l'operatore uscente**, essendo la stessa, tutt'al contrario, in applicazione dei principi di massima partecipazione e di rotazione, **onerata di un obbligo motivazionale aggravato in caso di invito del medesimo**, a giustificazione della deroga ai menzionati principi; peraltro, l'art. 36, c.1, d.lgs. n. 50/2016, quale lex specialis di disciplina delle gare c.d. sotto soglia, laddove impone il rispetto del principio di rotazione, prevale sulla normativa sulle gare in generale e comporta che il precedente operatore debba essere normalmente escluso dall'affidamento.*

Consiglio di Stato sez. V, n.5854 del 13.10.2017

*Il Consiglio di Stato ha chiarito che il principio di rotazione, che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte, trova fondamento nell'esigenza di **evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente** (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.*

I criteri di aggiudicazione

art. 36, comma 9 bis

MINOR
PREZZO



OEV

ECCEZIONI:
IL CRITERIO
DELL'OEV E'
OBBLIGATORIO

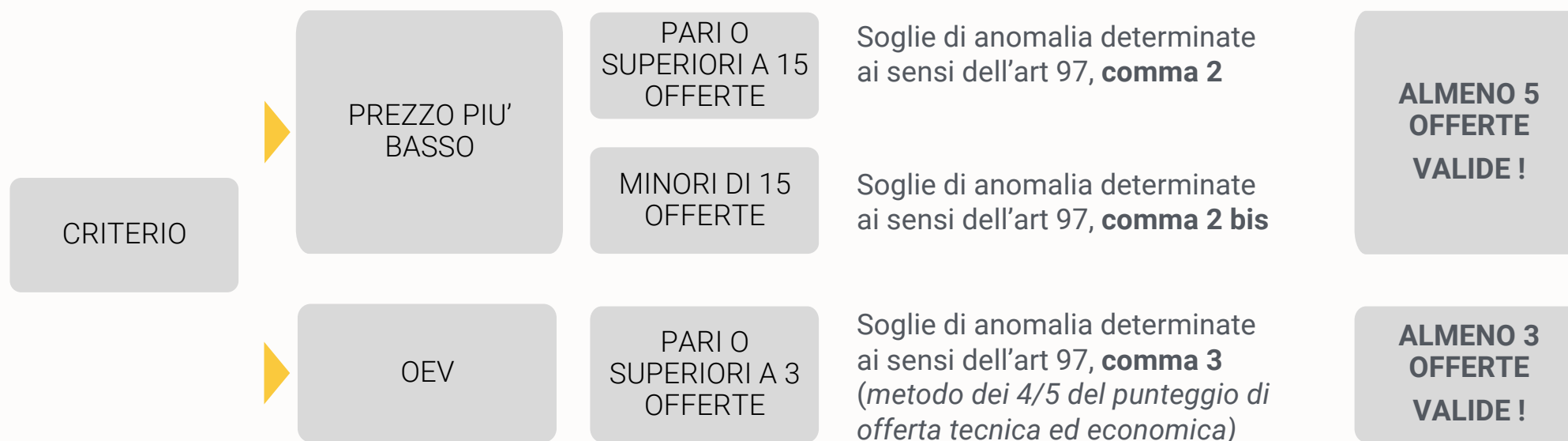
- servizi sociali
- ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica
- servizi ad alta intensità di manodopera (*il costo della manodopera è pari almeno al 50% dell'importo totale: es. pulizie, facchinaggio ecc.; anche quando hanno caratteristiche standardizzate*)
- servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica ed intellettuale di importo \geq a 40.000 €
- i contratti di **servizi e le forniture** di importo \geq a 40.000 € caratterizzati da **notevole contenuto tecnologico** o che hanno un **carattere innovativo**

Anomalia dell'offerta - principali modifiche



1. Soglie di anomalia differenti in funzione del criterio di aggiudicazione/numero delle offerte
2. Prevista la possibilità di **modifica delle regole di determinazione delle soglie da parte del MIT**
3. **Obbligatorietà (prima era una facoltà) dell'esclusione automatica delle offerte se:**
 - a) Prezzo più basso
 - b) Appalto non transfrontaliero (luogo, importo e caratteristiche dell'appalto, che possono attrarre investitori esteri)
 - c) Offerte pari o superiori a 10
4. **Rimane sempre la facoltà della SA di avviare sempre delle verifiche di congruità, laddove ne ravvisi gli elementi, indipendentemente dal numero di offerte ricevute ed al criterio di aggiudicazione**

Le soglie di anomalia dell'offerta



Regole differenti per la definizione della soglia di anomalia in funzione del criterio di aggiudicazione e del numero di offerte



martino & partners
PILLAR FOR SUCCESS

ADDRESS

Via di Porta Pinciana, 6 – 00187 Roma
Via Tartaglia, 1 – 20153 Milano

PHONE & EMAIL

info@martinopartners.com
+390236596154

SOCIAL MEDIA

in