

10 Lug 2019

Sblocca-cantieri, dall'affidamento diretto ai subappalti: le risposte ai quesiti dei lettori

a cura di Mauro Salerno

Affidamento diretto «ibrido», subappalti, anticipazione del prezzo, esclusione delle offerte anomale, periodo transitorio. Sono tanti i quesiti che i lettori hanno cominciato a inviare al servizio «Edilizia Risponde» subito dopo l'entrata in vigore del decreto Sblocca-cantieri che ha modificato in ben 53 punti il codice appalti in vigore da ormai tre anni.

In questa pagina abbiamo scelto alcuni dei quesiti più significativi e dall'interesse più generale con la risposta offerta dai nostri esperti in materia di appalti, convinti che il parere offerto possa essere utile anche per tutti gli altri lettori.

Continuate in questi giorni a sottoporre i dubbi di interpretazione sulle nuove regole al nostro servizio di risposta a quesiti. Cercheremo come sempre di rispondere in pochi giorni e poi magari raccoglieremo le questioni più rilevanti in nuove pubblicazioni.

LE RISPOSTE AI QUESITI SUL DECRETO SBLOCCA-CANTIERI

La nuova legge n.55 del 14/06/2019 (cosiddetta «Sblocca-cantieri») ha modificato l'art. 36 comma 2 lettera b) del Dlgs 50/2016 parlando di «affido diretto» invece di «procedura negoziata». Si chiede la giusta interpretazione della stessa norma alla luce dell'art.157 comma 2 e dell'art. 95 comma 3 lettera b) dello stesso Dlgs. Grazie

Il riferimento all'articolo 157, comma 2 del D.lgs. 50/2016 fa ritenere che il quesito abbia ad oggetto le modalità di affidamento degli incarichi di progettazione. Al riguardo la norma citata prevede che per tali incarichi di importo ricompreso tra 40.000 e 100.000 euro l'affidamento debba avvenire secondo la procedura prevista dall'articolo 36, comma 2, lettera b). Nella nuova versione conseguente al decreto Sblocca-cantieri tale norma parla di affidamento diretto che tuttavia, per i servizi, deve essere preceduto dalla preventiva consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite appositi elenchi. In sostanza, non si tratta di un affidamento diretto in senso proprio - che presuppone una scelta del tutto fiduciaria - posto che vi deve comunque essere la preventiva comparazione di almeno cinque offerte. Rispetto alla precedente previsione che imponeva il ricorso alla procedura negoziata non vi sono sostanziali differenze, se non un minor grado di formalità nello svolgimento del confronto competitivo rispetto alla procedura negoziata. *(Roberto Mangani)*

Buongiorno, ho un dubbio interpretativo piuttosto ingombrante che riguarda il nuovo comma 2, lett. b) art 36 dopo l'entrata in vigore della legge di conversione n. 55/2019: l'obbligo di individuare gli operatori sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici riguarda solo i cinque operatori per servizi e forniture? Per i lavori invece è sufficiente rispettare il criterio di rotazione? Grazie

L'affidamento diretto deve essere preceduto da una consultazione con almeno cinque operatori economici scelti tramite indagini di mercato o nell'ambito di elenchi di fiducia solo per le

forniture e i servizi. Per i lavori è invece necessaria la previa valutazione di tre preventivi. (R.M.)

Secondo il decreto cosiddetto "Sblocca-cantieri" la nuova versione dell'art. 36 comma 2 lettera b) in che modo influenza i servizi di ingegneria ed architettura per la fascia tra 40.000 e 100.000 euro? È giusta l'interpretazione che sulla base delle nuove disposizioni il Rup sceglie discrezionalmente in un elenco precostituito i professionisti da invitare nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti?

Al riguardo vale quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera b) del D.lgs. 50/2016 per le forniture e i servizi. Per il loro affidamento l'ente appaltante può procedere ad affidamento diretto previa consultazione di almeno cinque operatori economici scelti sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti. È quindi corretto ritenere che tale scelta possa avvenire in maniera discrezionale selezionando gli operatori economici nell'ambito di un elenco di fiducia e rispettando il criterio della rotazione (R.M.)

Buongiorno, una verifica che la stazione appaltante deve effettuare a seguito di richiesta di autorizzazione al subappalto è il rispetto del limite massimo del 40% dell'importo contrattuale stabilito dall'art. 105 (a seguito di conversione del decreto Sblocca-cantieri). Con quali prezzi viene effettuata tale verifica? Prezzi di contratto tra Ente ed appaltatore o prezzi tra appaltatore e subappaltatore? Il limite del 40 % viene calcolato sull'importo di contratto a seguito di aggiudicazione o , come afferma il Tar della Lombardia Milano, Sez. I, 05 gennaio 2018, n. 28 sull'importo posto a base di gara? Grazie

La citata sentenza del Tar Lombardia ha effettivamente affermato che la quota massima dei lavori subappaltabili va commisurata all'importo a base di gara. Non risultano sullo specifico punto altri precedenti giurisprudenziali. Tuttavia ad avviso di chi scrive la soluzione accolta dal giudice amministrativo non appare condivisibile. Depone in senso contrario in primo luogo la dizione testuale della norma che parla di importo del contratto. In secondo luogo occorre considerare la ratio della norma, che è quella di porre un limite al subappalto rispetto all'effettiva esecuzione dei lavori, avendo quindi come riferimento non l'astratto valore a base di gara ma il concreto importo del contratto. (R.M.)

Il concorrente che partecipa ad una gara di servizi di sgombero neve sopra soglia, deve inserire nella terna di subappaltatori, in quanto attività esposta a rischio di infiltrazione mafiosa, anche le ditte di nolo a freddo di automezzi, che notoriamente non è subappalto? Grazie

Il comma 6 dell'articolo 105 del D.lgs. 50/2016 - sospeso fino a tutto il 2020 dal Decreto legge 32/2019 - prevedeva che fosse obbligatoria la terna di subappaltatori nel caso di "appalti" aventi ad oggetto le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate dal comma 53 dell'articolo 1 della legge 190/2012. È da ritenere che, nonostante la norma facesse riferimento agli appalti, l'intento del legislatore fosse quello di imporre l'indicazione della terna in relazione ai subappalti relativi ad attività esposte a rischio di infiltrazione mafiosa. In ogni caso si deve ritenere che, considerata anche la formulazione letterale della norma, l'obbligo di indicazione della terna non possa riguardare contratti che non sono subappalti, come appunto nel caso di noli a freddo. Anche da un punto di vista sistematico non avrebbe senso prevedere l'obbligo in questione rispetto a contratti che, per espressa previsione della legge, sono sottratti alla disciplina sul subappalto. (R.M.)

Nel nuovo testo del codice degli appalti l'esclusione delle offerte oltre la soglia di anomalia è obbligatoria? Oppure le S.A. possono continuare a decidere se applicare il criterio dell'esclusione o no?

Si presume che il quesito faccia riferimento al meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale. Al riguardo si evidenzia che, a seguito delle modifiche che il DL 32/2019 ha apportato all'articolo 97, comma 8 del D.lgs. 50/2016, gli enti appaltanti sono tenuti a procedere all'esclusione automatica delle offerte che superano la soglia di anomalia in relazione a tutti i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie. Si tratta quindi di un vero e proprio obbligo in tal senso e non più di una mera facoltà, come previsto nella formulazione precedente all'innovazione introdotta. Tale obbligo viene meno solo se le offerte ammesse sono in numero inferiore a dieci. (R.M.)

Con l'avvento dell'ultimo decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, si chiede se è possibile richiedere ai sensi dell'art. 35 comma 18 l'anticipazione della prestazione per un contratto di servizi di manutenzione stipulato prima dell'entrata in vigore del nuovo decreto legge. Grazie

Il quesito nasce dall'innovazione che il Decreto legge 32/2019 ha apportato all'articolo 35, comma 18 del D.lgs. 50/2016. In base a questa innovazione l'anticipazione è dovuta non più con riferimento ai soli lavori, ma in relazione a tutte le prestazioni genericamente intese. Ciò significa che l'anticipazione è dovuta, oltre che per gli appalti di lavori, anche per gli appalti di forniture e servizi. Tuttavia l'innovazione, come tutte le altre introdotte dal Decreto legge 32/2019, si applica - per espressa previsione contenuta nella disposizione transitoria di cui all'articolo 1, comma 2 del suddetto Decreto legge - alle procedure i cui bandi o avvisi sono pubblicati successivamente alla data di entrata in vigore del decreto, ovvero, se non vi è stata pubblicazione del bando, alle procedure per le quali non sono stati ancora inviati gli inviti a presentare offerte. Ne consegue che se il contratto è già stato stipulato esso non può che fare riferimento a una procedura che ha avuto inizio antecedentemente alla data di entrata in vigore del decreto. Di conseguenza, qualora si tratti di un appalto di servizi - nel caso specifico servizi di manutenzione - al relativo contratto non sarà applicabile l'anticipazione. (R.M.)

A seguito dell'entrata in vigore del decreto Sblocca Cantieri, le procedure negoziate ex art. 36 co. 2 lett. c) i cui Avvisi di Manifestazione di Interesse sono stati pubblicati sul profilo del committente prima del 19/04 (entro il 19/04 non sono state inviate le lettere di invito) potranno proseguire il loro iter procedurale applicando la normativa ante Sblocca cantieri oppure dovranno essere ribandite con le nuove disposizioni del decreto n. 32/19? Grazie della collaborazione.

Il quesito pone una questione di diritto intertemporale che trova risposta nella disposizione transitoria contenuta all'articolo 1, comma 2 del Decreto legge 32/2019. In base a quest'ultima disposizione le nuove norme contenute nel DL 32 trovano applicazione alle procedure i cui bandi o avvisi con cui si indice la gara sono pubblicati successivamente all'entrata in vigore del Decreto medesimo. Nel caso di specie si deve ritenere che l'avviso avente ad oggetto la manifestazione di interesse sia equivalente all'avviso con cui si indice la gara. Di conseguenza, essendo tale avviso stato pubblicato prima dell'entrata in vigore del D.lgs. 32, alla relativa procedura si continuerà ad applicare la disciplina pregressa.