Le modifiche al D.Lgs 50/2016 in tema di affidamenti sotto soglia, costo della manodopera, criteri aggiudicazione e terna subappaltori

Firenze 13 Novembre 2017

Dott.ssa Ivana Malvaso

Regione Toscana

Alcune novità del correttivo al D.Lgs 50/2016

- Tra le novità introdotte dal decreto correttivo al D.Lgs 50 /2016 vi sono le disposizioni in tema di :
- Affidamenti sotto soglia (art. 32 e 36)
- La disciplina del costo della manodopera (art. 23, 95 e 97)
- Criteri aggiudicazione
- Terna subappaltatori

Affidamenti sotto soglia

- Le modifiche introdotte all'art 36 riguardano aspetti diversi:
- i principi generali
- la disciplina degli affidamenti
- la disciplina dei controlli
- l'ambito di intervento con linee guida

I principi negli affidamenti sotto soglia

- Oltre ai principi contenuti nell'art. 30 comma 1 viene introdotto il richiamo al rispetto della disciplina contenuta agli articoli:

✓ 34 in tema di criteri di sostenibilità energetica e ambientale

✓ Art. 42 in tema di conflitto di interessi

✓ Principio di rotazione **degli inviti e degli affidamenti** e in modo da assicurare la partecipazione delle MPMI

✓ Le stazioni appaltanti possono altresì applicare le disposizioni art. 50 nel quale **si prevede l'obbligo di inserimento di clausole sociali in particolare negli appalti ad alta intensità di manodopera**

Art 34 criteri di sostenibilità energetica e ambientale

- l'art. 34 a sua volta è stato oggetto di modifica al comma 2 e 3
- Il comma 3 afferma l'obbligo del rispetto negli affidamenti di qualunque importo di forniture, servizi e lavori dei CAM adottati
- i CAM operano:
- ai sensi del comma 1 come criteri base nella definizione delle specifiche tecniche e nelle clausole contrattuali
- ai sensi del comma 2, per i criteri individuati nei CAM come premianti, come elementi da tenere in considerazione nell'aggiudicazione con il criterio qualità/prezzo
- Il comma 2 introduce nella seconda parte una attenuazione dell'obbligo del comma 1 per i lavori di ristrutturazione, inclusi quelli di demolizione e ricostruzione per i quali i CAM devono essere tenuti in considerazione

La disciplina degli affidamenti

- Le modifiche introdotte al comma 2 dell'art. 36 prevedono:

- **Aumento a 10** degli operatori da invitare negli affidamenti di lavori di importo pari o sup. a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro
- **Aumento a 15** degli operatori da invitare negli affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e fino ad 1 milione di euro tramite procedura negoziata
- Per i lavori di importo pari o superiore ad 1 milione di euro ricorso alle procedure ordinarie **nel rispetto di quanto previsto all'art 95 comma 4 lett. a)**
- Applicazione della disciplina del comma 2 anche agli affidamenti per le opere a scomputo di importo inferiore alla soglia dell'art. 35

Affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro

con le modifiche introdotte per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro si prevede che :

- gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro possono avvenire «**mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici**» (art. 36 comma 2 lett. a))
- Per questi affidamenti è possibile procedere ad adottare **un unico provvedimento determina a contrarre o atto equivalente** che contenga in modo semplificato l'oggetto dell'affidamento, l'importo , il fornitore, le ragioni della scelta, il possesso del requisiti di carattere generale e di quelli tecnico professionali ove richiesti. (art. 32 comma 2 ultimo periodo)

Disciplina dei controlli

- La disciplina dei controlli contenuta nei commi 5 e 6 primo periodo è stata riformulata prevedendo
- nel caso ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2 i controlli sui requisiti avviene solo sull'aggiudicatario salva la possibilità per le amministrazioni di estendere i requisiti su altri soggetti. I requisiti di capacità tecnica – professionale ed economico- finanziaria vengono verificati solo se la stazione appaltante li ha richiesti nella lettera d'invito.

- al comma 6 bis disciplina i controlli per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro nei mercati elettronici prevedendo al verifica a campione sui requisiti dell'art. 80 da parte del responsabile dell'ammissione sul mercato elettronico e la verifica sull'aggiudicatario da parte della stazione appaltante
- **la disciplina non semplifica i controlli sotto 40.000 così come auspicato e richiesto in fase di definizione delle modifiche**

Le linee guida ANAC

- Con la modifica al comma 7 dell'art. 36 è stata previsto un allargamento dei contenuti delle linee guida relativamente anche:

- alle modalità di rotazione degli inviti ed affidamenti

- alle verifiche sull'affidatario scelto senza procedura negoziata (affidamento diretto)

- All'effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale

Le opportunità mancate

- Nella fase di elaborazione delle modifiche e nei testi trasmessi erano state formulate dalle Regioni proposte ulteriori per risolvere alcune problematicità del sotto soglia :

- in tema di scelta degli operatori da invitare alle negoziate finalizzate alla partecipazione delle MPMI del territorio in percentuale non superiore al 50%

- Alla possibilità di inversione nelle procedure aperte aggiudicate con il criterio del prezzo dell'apertura delle buste economiche prima delle buste con la documentazione amministrativa

La recente modifica alla L.R. 38/2007

- Con la L.R. 54 del 2 ottobre 2017 il Consiglio ha approvato una proposta di modifica, formulata dalla Giunta Regionale, alla L.R. 38/2007
- Con la modifica si è introdotto nella legge regionale l'art. 35 bis al fine di consentire alle stazioni appaltanti di prevedere nei bandi delle procedure aperte, ***quando il criterio di aggiudicazione è quello del minor prezzo,*** di esaminare le offerte economiche prima di esaminare la busta contenente la documentazione amministrativa
- La finalità della modifica è quella di favorire un maggior ricorso alle procedure aperte e garantire in tal modo la più ampia partecipazione delle imprese assicurando il rispetto principi economicità e tempestività

La recente modifica alla L.R. 38/2007

- Le modalità di verifica della documentazione amministrativa sono stabilite nel bando

- La verifica può avvenire su un campione individuato mediante sorteggio

- Nel caso di applicazione dell'esclusione automatica di cui all'art. 97 c. 8 la soglia di anomalia è ricalcolata sulla base dell'esito della verifica

La disciplina sul costo della manodopera

- Con il decreto correttivo si reintroduce una disciplina per la tutela del costo della manodopera attraverso integrazioni ad alcune disposizioni che vanno applicate in modo combinato tra loro art. 23, 95 e 97

- La disciplina **si applica:**

- agli affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 di lavori, alle forniture con posa in opera e ai servizi con esclusione dei servizi di natura intellettuale
- Aggiudicati con il criterio del prezzo o con quello qualità /prezzo

La disciplina sul costo della manodopera (art 23 comma 16)

- all'art. 23 comma 16 ultimo periodo si prevede che « nei contratti di lavori e servizi la stazione appaltante, al fine di determinare l'importo a base di gara, individua nei documenti posti a base di gara i costi della manodopera sulla base di quanto previsto nel presente comma. I costi della sicurezza sono scorporati dal costo dell'importo assoggettato a ribasso.»
- il comma 16 prevede ai primi 2 periodi le modalità di determinazione del costo del lavoro per lavori, servizi e forniture sulla base delle tabelle approvate annualmente dal Ministero del lavoro sulla base della contrattazione collettiva

La disciplina sul costo della manodopera (art 23 comma 16) /2

- Nella documentazione di gara deve essere quindi indicato dalle stazioni appaltanti:
- l'importo complessivo dell'appalto
- il di cui dell'importo imputabile al costo della manodopera che viene assoggettato al ribasso
- il di cui dei costi della sicurezza che viene scorporato dall'importo assoggettato a ribasso.

La disciplina sul costo della manodopera (art 23 comma 16) /3

- Nei lavori il costo della manodopera viene individuato attraverso i prezzari e le analisi delle lavorazioni ed è la traduzione in importo dell'incidenza della manodopera risultante dal progetto

- Nei servizi, il comma 15, prevede fra i documenti che costituiscono il progetto del servizio il calcolo della spesa all'interno del quale rientra l'individuazione del costo del lavoro stimato dall'amministrazione quale componente del calcolo in aggiunta alle altre voci necessarie a seconda dei diversi servizi (attrezzature, prodotti, spese generali, utile ecc…)

La disciplina sul costo della manodopera (art. 95 comma 10)

- All'art. 95 comma 10 si prevede che « nell'offerta economica l'operatore deve indicare i propri costi della manodopera e gli oneri aziendali concernenti l'adempimento delle disposizioni in materia di salute e sicurezza sui luoghi di lavoro ad esclusione delle forniture senza posa in opera, dei servizi di natura intellettuale e degli affidamenti ai sensi art. 36 comma 2 lett. a). Le stazioni appaltanti relativamente ai costi della manodopera , prima dell'aggiudicazione procedono a verificare il rispetto di quanto previsto dall'art. 97 comma 5 lett. d)»

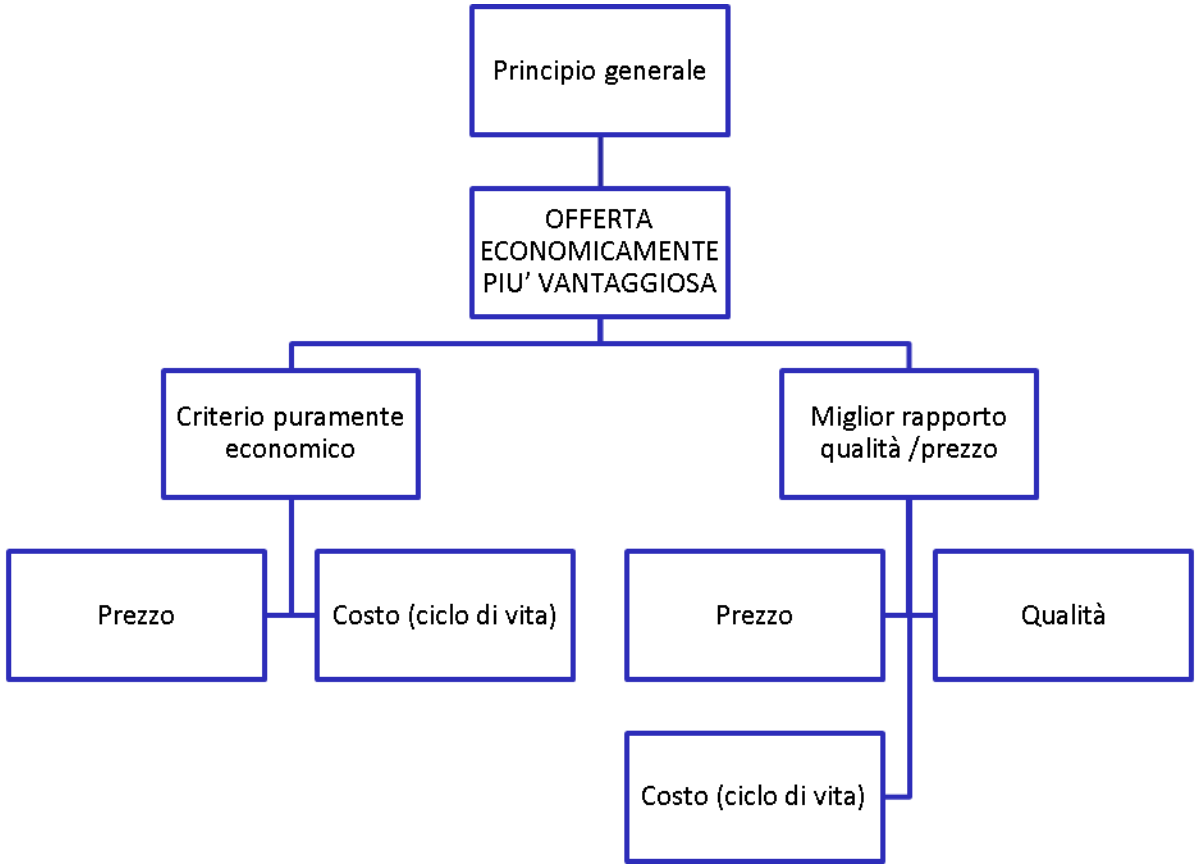
La disciplina sul costo della manodopera (art. 97 comma 5 lett. d)

- L'art. 97 comma 5 lett. d) non novellato prevede nell'ambito del procedimento di verifica dell'anomalia la verifica del rispetto del costo del personale e l'esclusione laddove lo stesso sia inferiore ai minimi salariali retributivi indicati nelle apposite tabelle di cui all'art. 23 comma 16.

La disciplina sul costo della manodopera
La procedura

- Sulla base della lettura combinata delle tre disposizioni:
- **le stazioni appaltanti** indicano nei documenti di gara l'importo complessivo da assoggettare a ribasso che comprende anche il costo della manodopera evidenziando quanta parte dell'importo è relativo a tale costo
- **gli operatori economici** indicano nella propria offerta l'importo complessivo e quanta parte dello stesso è riferito al costo complessivo della manodopera e agli oneri per la sicurezza aziendale ;
- **le stazioni appaltanti** prima di procedere con l'aggiudicazione non efficace procedono a verificare sempre che il costo della manodopera rispetti i minimi salariali retributivi indicati nelle tabelle del Ministero del lavoro

I criteri di aggiudicazione



I criteri di aggiudicazione qualità /prezzo

- **Miglior rapporto qualità/prezzo è CRITERIO ORDINARIO ED OBBLIGATORIO (ove ha maggior rilievo il fattore umano)**

➢I contratti relativi ai servizi sociali, di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, servizi ad alta intensità di manodopera, di importo pari o superiore a 40.000 € (sono stati fatti salvi gli affidamenti art. 36, comma 2 lett.a).

➢Servizi attinenti all'architettura ed ingegneria, altri servizi di natura tecnica e intellettuali di importo pari o superiore a 40.000 euro

I criteri di aggiudicazione solo prezzo

•**CRITERIO RESIDUALE :**

È possibile utilizzare il criterio del prezzo più basso per:

✓**a) fermo restando quanto previsto dall'art. 36 comma 2 lett. d) , per i lavori di importo pari o inferiore a 2 milioni di euro , quanto l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base di progetto esecutivo; in tali ipotesi, qualora la stazione appaltante applichi l'esclusione automatica, ha l'obbligo di ricorrere alle procedure di cui all'art. 97 commi 2 (modalità per calcolo anomalia) e 8 (esclusione automatica)**

✓**i servizi e le forniture** di **importo fino a 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 e sino alla soglia di cui all'art 35 solo se**, caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo

- Per appalti di lavori di importo superiore ad 2 milione di euro occorre utilizzare il criterio qualità/prezzo le stazioni appaltanti che aggiudicano al prezzo più basso devono motivare la presenza dei presupposti per utilizzare questo criterio

Anomalia dell'offerta

- All'art. 97 comma 2 le modifiche riguardano:
- La definizione del soggetto a cui compete determinare il metodo attraverso il quale determinare se ricorre l'anomalia dell'offerta o per l'applicazione dell'esclusione automatica (RUP)

- Ai metodi previsti alle lettere a) , b) c), d) ed e)

- Alla previsione del numero minimo di 5 offerte ammesse per poter procedere con il calcolo di cui al comma 2

Elementi valutazione criterio qualità/prezzo

- In ordine ai criteri di valutazione sono stati aggiunti i commi 10 bis e 14 bis che prevedono:
- La stazione appaltante, **al fine di assicurare l'effettiva individuazione del miglior rapporto qualità/prezzo**, valorizza gli elementi qualitativi dell'offerta ed **individua criteri tali da garantire un confronto concorrenziale effettivo sui profili tecnici**. A tal fine la stazione appaltante stabilisce **un tetto massimo per il punteggio economico entro il limite del 30%**
- In caso di appalti aggiudicati con il criterio di cui al comma 3 (qualità/prezzo) le stazioni appaltanti **non possono attribuire alcun punteggio per l'offerta di opere aggiuntive** rispetto a quanto previsto nel progetto esecutivo a base di gara.

La terna dei Subappaltatori

- L'art. 105 comma 6 modificato introduce l'obbligo di indicazione della terna dei subappaltatori in sede di offerta :
- Per tutti gli affidamenti di forniture, servizi e lavori **di importo superiore alla soglie comunitarie**

- **Per gli affidamenti di qualunque importo** se relativi alle attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa come individuate dall'art. 1 comma 53 L. 190/2012 (trasporto materiale a discarica per conto terzi, trasporto e smaltimento rifiuti, estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti, confezionamento fornitura e trasporto di calcestruzzo e bitume noli a freddo di macchinari, noli a caldo fornitura di ferro lavorato, autotrasporti per conto terzi e guardiania dei cantieri)

La terna dei Subappaltatori

- La terna nel caso di appalti che hanno ad oggetto più tipologie di prestazioni deve essere indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando

- Quando **non ricorre l'obbligo di indicare la terna per gli appalti sotto soglia nel bando o nell'avviso la stazione appaltante prevede:**

- le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'art. 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori
- l'indicazione dei mezzi per la verifica dell'assenza di cause di esclusione per gravi illeciti professionali come previsto dalle linee guida Anac

La terna dei Subappaltatori

- Le modifiche introdotte estendono di fatto l'obbligo di indicazione della terna senza dettare una disciplina attuativa delle problematiche sottese a tale indicazione afferenti a :

- Richiesta subappalto e mancata indicazione della terna di subappaltatori o indicazione di un numero inferiore a tre

- Indicazione dello stesso subappaltatore da parte di più imprese esclusione dalla gara ?

- La partecipazione alla gara in proprio e quale impresa subappaltatrice indicata ?

La terna dei Subappaltatori

- Queste problematiche sono state sollevate anche dal Consiglio di Stato nel parere al correttivo che aveva evidenziato la necessità di una disciplina di rango legislativo in quanto :
- Da una parte sulla base dei principi comunitari e di concorrenza tali possibilità dovrebbero essere ammesse

- Dall'altra parte non può trascurarsi il rischio di effetti distorsivi sulla procedura derivante dal molteplice ruolo assunto da alcuni operatori e dal loro contatto preventivo con più imprese, anche in relazione al principio di segretezza dell'offerta

- Da qui la necessità di limitare il margine di discrezionalità delle stazioni appaltanti anche per evitare l'insorgere di ulteriore possibile contenzioso

Grazie per l’attenzione