



La disciplina dei servizi tecnici dopo la
conversione dello «Sblocca-Cantieri»
a domanda risponde
Battista BOSETTI

11 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.

L'affidamento dei servizi tecnici: le innovazioni

In realtà, a dispetto del titolo di questa sessione, la disciplina dei servizi tecnici (intendendo come tali i servizi di ingegneria e architettura), con riferimento in particolare al loro affidamento, non ha subito variazioni dirette né con il decreto-legge n. 32 né con la legge di conversione, conservando pressoché intatte le previsioni originarie.

Le variazioni che possiamo dire innovate (o riportate all'origine dopo una modifica rimasta in vigore solo nei 60 giorni tra decreto-legge e legge di conversione) riguardano solo indirettamente i servizi tecnici:

- 1. l'art. 113, comma 2, in materia di incentivi; dopo il tentativo di riconoscerli per la progettazione «interna» (com'era in vigore del Codice abrogato), sono stati riportati e limitati alle funzioni tecniche diverse dalla progettazione, come nella prima versione del nuovo Codice dei contratti;*

L'affidamento dei servizi tecnici: le innovazioni

- 2. la soppressione della parola «contemporaneamente» all'art. 35, comma 9, che i commentatori hanno ritenuto rilevante per le opere di urbanizzazione ma in realtà cristallizza il principio del divieto di frazionamento arbitrario delle prestazioni, soprattutto con riferimento al non sempre chiaro concetto di unitarietà nell'affidamento dei diversi livelli di progettazione e la direzione dei lavori, anche se affidati in tempi diversi;*
- 3. l'art. 59, comma 1, con la sospensione fino al 31 dicembre 2020 del divieto del ricorso all'appalto integrato che, in deroga a quanto appena visto al punto precedente, consente lo «spacchettamento» della progettazione esecutiva (sottratta al mercato diretto in quanto ricompresa nell'appalto integrato) dai livelli di progettazione inferiori (gli unici che la stazione appaltante deve affidare direttamente sul mercato dei servizi professionali);*

L'affidamento dei servizi tecnici: le innovazioni

4. *l'art. 35, comma 18 e l'articolo 113-bis (quest'ultimo in realtà introdotto dalla legge n. 37 del 2019) che rispettivamente hanno esteso l'anticipazione anche ai contratti di servizi tecnici e ridotto i tempi di pagamento degli acconti, che influiscono sull'articolo 9 della legge di tariffa n. 143 del 1949 richiamato dall'articolo 24, comma 8, del Codice, nei limiti della compatibilità tra le due disposizioni;*
5. *l'art. 1, comma 5, della legge n. 55 del 2019, con effetti diretti di modifica implicita agli articoli 21, comma 3 e 23, comma 11, che per gli anni 2019 e 2020 consentono l'**avvio** delle procedure di affidamento della progettazione nelle more dell'erogazione delle risorse assegnate. In altri termini è sufficiente la previsione nel bilancio ma l'impegno di spesa (con la relativa disponibilità delle risorse) può essere rinviato al momento della stipula del contratto con il progettista.*



L'affidamento dei servizi tecnici: le innovazioni

6. l'art. 105, comma 2, che fino al 31 dicembre 2020 consente l'ampliamento del subappalto dal 30% al 40%; di fatto la modifica non pare incidere sui servizi tecnici per i quali i limiti qualitativi al subappalto previsti dall'art. 31, comma 8, secondo periodo (che ammettono il subappalto solo per prestazioni minori e accessorie), difficilmente possono raggiungere i limiti quantitativi dell'art. 105, comma 2.

In conclusione, l'affidamento dei servizi tecnici non ha subito modifiche sostanziali.

Resta immutata la disciplina dell'affidamento diretto per importi inferiori a 40.000, a cura del RUP in forza del primo periodo del citato art. 31, comma 8 e dell'art. 36, comma 2, lettera a), con possibilità di offerta di solo prezzo ex art. 95, comma 3, lettera b), «a contrariis», senza consultazione di più operatori, senza confronto concorrenziale fermo restando la rotazione.

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Sembra necessario sgombrare il campo da un possibile e diffuso equivoco:

La nuova formulazione dell'art. 36, comma 2, lettera b), che consente l'affidamento dei servizi (senza altra specificazione) da 40.000 euro a 221.000 euro, si applica anche agli affidamenti di servizi tecnici? Oppure i servizi tecnici continuano a essere oggetto della diversa disciplina dell'art. 157 che, incidentalmente e incongruamente, al comma 2 richiama proprio l'art. 36, comma 2, lettera b)?

Secondo il criterio della successione delle leggi nel tempo apparentemente dovrebbe prevalere l'art. 36, comma 2, lettera b), in quanto modificato con l'ultimo provvedimento legislativo.

Tuttavia tale criterio soccombe di fronte alla specialità dell'art. 157 (art. 14 delle preleggi); anche perché riconoscere una prevalenza all'art. 36 comporterebbe l'inutilità dell'art. 157 comma 2, e come noto l'ordinamento non tollera norme inutili o senza efficacia alcuna.

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Al contrario, riconoscere l'applicabilità dell'art. 157, comma 2, agli affidamenti dei servizi tecnici, consente di conservare la piena vigenza ed efficacia dell'art. 36, comma 2, lettera b), per tutti i servizi diversi dai servizi tecnici.

In conclusione, sulle modalità di affidamento dei servizi di ingegneria e architettura non vi sono stati mutamenti di rilievo.

Fermo restando l'affidamento per importi inferiori a 40.000 euro (art. 31, comma 8, primo periodo e art. 36, comma 2, lettera a), per i servizi tecnici resta intatta la soglia intermedia di 100.000 euro, per cui la procedura «semplificata» con l'invito ad almeno 5 operatori è ammessa solo per affidamento inferiori a 100.000 invece che fino alla soglia comunitaria di 221.000 euro come previsto per tutti gli altri servizi.



L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Di conseguenza l'obbligo di procedere mediante procedura aperta o ristretta decorre già dalla soglia intermedia di 100.000 euro e non dalla soglia di rilievo comunitario.

Per questi affidamenti intermedi il Codice non utilizza la definizione di «procedura negoziata», né all'art. 157, comma 2, né all'art. 26, comma 2, lettera b) e non rinvia all'articolo 63 (procedura negoziata senza previa bando di gara), come invece si dispone all'art. 36, comma 2, lettere c) e c-bis) limitatamente agli appalti lavori.

Questo è il segmento più diffuso, sia perché la soglia di 40.000 euro, a meno di giochi di prestigio nel calcolo dei corrispettivi tariffari, è superata anche in caso di lavori pubblici di modesta entità, sia perché gli affidamenti a partire da 100.000 euro sono oggetto di procedure consolidate dall'esperienza.

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Quindi nel segmento intermedio gli affidamenti avvengono «a cura del responsabile del procedimento ... secondo la procedura dell'art. 36, comma 2, lettera b); l'invito è rivolto ad almeno 5 soggetti...» (art. 157, comma 2) ovvero «mediante affidamento diretto ... previa valutazione ... di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici...» (art. 36, comma 2, lettera b)).

In disparte la oscura rilevanza dell'aggettivo «diretto» e l'incoerenza della «valutazione degli operatori economici» (si valutano le offerte e non gli offerenti) non c'è dubbio che le due norme dispongono l'invito ad almeno 5 operatori e la necessità di un invito (che non può non essere un atto scritto o informatico) [] come conferma l'imposizione della rotazione, la pubblicazione dell'elenco degli invitati (art. 36) e l'«invito rivolto ad almeno 5 soggetti» (art. 157).*

[] per atto informatico oltre allo scambio via PEC si può intendere anche uno scambio di messaggi vocali o video, purché con garanzia dell'identità degli interlocutori, della immutabilità dell'atto e della sua conservazione.*

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Immutate le linee guida ANAC n. 1 (affidamento servizi tecnici) e le linee guida ANAC n. 2 (offerta di qualità/prezzo), immutato il bando-tipo n. 3 sui servizi tecnici che, tuttavia, andrà adeguato alle modeste innovazioni introdotte dalla riforma. Immutate le linee guida n. 4 sugli appalti sottosoglia, almeno in relazione al paragrafo 4 sull'indagine di mercato e gli elenchi di operatori, ad eccezione delle lettere j) e l) del punto 4.2.6 trattandosi di attività vincolata (non essendo possibile né il criterio del minor prezzo né tantomeno l'esclusione automatica), sostituendo con il punto 3.1.3 il punto 4.2 per i motivi che seguono. Si tratta di sostituire il punto 4.2 di pagina 8 non quello di pagina 10, dal momento che le linee guida per mera distrazione dell'estensore hanno paragrafi diversi con la stessa numerazione.

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

L'unica vera novità pare la modifica all'art. 32, comma 2, secondo periodo, dove l'affidamento «diretto» (e qui torna tale aggettivo incongruo) tramite determina a contrarre che contiene il nome del contraente (quindi anteriore al contratto ma necessariamente posteriore al procedimento di scelta del contraente) è estesa non solo agli affidamenti diretti veri e propri, di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), ma anche a quelli con l'invito a 5 operatori di cui alla lettera b) della stessa norma.

Ora non c'è dubbio che se si invitano 5 soggetti non si può parlare in alcun modo di affidamento «diretto» anche se dai lavori parlamentari sul punto risulta una evidente volontà di semplificazione (che poi non ha centrato l'obiettivo), salvo che, ma si tratterebbe di un fatto incidentale, ci si trovi in presenza di una sola offerta presentata e ammessa. Difficile parlare di affidamento diretto in presenza di una Commissione giudicatrice e di offerta di qualità/prezzo.

L'affidamento dei servizi tecnici: le conferme

Quindi per dare un qualche contenuto all'aggettivo «diretto» citato agli articoli 32, comma 2 e art. 36, comma 2, lettera b), sono tollerabili solo l'informalità dell'indagine di mercato o del ricorso agli elenchi e del relativo invito, purché in primo luogo di tali adempimenti rimanga traccia consultabile a posteriori; in secondo luogo la determina a contrarre, che segue l'individuazione del contraente, riporti:

- l'iter logico seguito per la scelta dei soggetti da invitare,*
- il rispetto del criterio di rotazione o la motivazione della deroga a tale criterio;*
- le modalità di scelta dell'offerta ritenuta migliore (e trattandosi di offerta con il criterio di qualità/prezzo dovrà riportare gli esiti verbalizzati della Commissione giudicatrice);*
- il possesso dei requisiti dell'offerente affidatario.*

L'avviso dei risultati della procedura, da pubblicare, potrà essere surrogato dalla predetta determina, corredata dall'elenco dei soggetti invitati.



Question Time:

Quesiti

1. Art. 36, comma 2, lettera b): affidamento diretto previa valutazione di 3 preventivi: determina di indizione e aggiudicazione unica?

*L'affidamento diretto previa valutazione dei 3 preventivi riguarda **solo** i lavori fino a 150.000 euro. Per i servizi tecnici è necessaria la valutazione (sic!) di almeno 5 soggetti qualificati e l'aggiudicazione sulla base della miglior offerta (secondo il rapporto qualità/prezzo).*

Ai sensi dell'art. 32, comma 2, è ammessa una determina a contrattare che coincida con la determina di aggiudicazione, come descritto in precedenza, in forza della possibilità di affidamento «diretto», che è tale in quanto appunto vi è un solo provvedimento decisionale, ma pur sempre con l'invito almeno 5 soggetti e un confronto competitivo in presenza di più offerte.

Quesiti

2. Per gli affidamenti sottosoglia, si procede con procedura negoziata tra almeno 5 operatori o con invito di tre operatori?

Come già detto in risposta al punto precedente la norma non parla di invito a tre operatori ma di valutazione di 3 preventivi solo per i lavori da 40.000 a 150.000 euro, mentre la procedura negoziata con l'invito di almeno 5 operatori è prevista per i servizi tecnici fino a euro 100.000 e per gli altri servizi fino a 221.000 (e fino a 750.000 per i servizi sociali e analoghi).

Quesiti

3. È possibile affidare il progetto definitivo-esecutivo a due progettisti interni e ad uno esterno? In tal caso come si calcola la parcella del progettista esterno?

Non si rinvengono ostacoli all'affidamento di una progettazione in parte a progettisti «interni» alla pubblica amministrazione e in parte a progettisti esterni. In corrispettivo del progettista esterno si calcola in funzione della ripartizione delle prestazioni, individuandole singolarmente in senso «verticale» in base alle tabelle Z-1 e Z-2 allegare del decreto tariffe e poi in senso «orizzontale» in proporzione alla quota della singola prestazione affidata all'esterno.

Il principio è che solo il corrispettivo per la parte di prestazioni affidate all'esterno è quello disponibile sul mercato (quindi la base di gara) che determina la soglia ai fini dell'individuazione del modello procedimentale.

Quesiti

Ad esempio se all'esterno sono affidate le progettazioni del 100% degli impianti, del 40% delle strutture, del solo computometrico estimativo delle parti architettoniche e di metà del Piano di sicurezza, il corrispettivo per il progettista esterno sarà calcolato sulla base delle categorie IA al 100%, delle categorie S con la riduzione al 40%, delle categorie E limitatamente alla voce Q.b.III.03 e di tutte le categorie coinvolte limitatamente alla voce Q.b.III.07.

Quanto invece affidato all'interno sarà quantificato con lo stesso criterio per le prestazioni trattenute, per differenza, ma solo come esercizio di scuola non potendo essere retribuite le progettazioni interne.

Quesiti

4. E' opportuno adeguare un regolamento disciplinante la ripartizione del fondo incentivante approvato ai sensi dell'art. 113 del d.lgs. 50/2016?

Dipende. La questione è già stata affrontata in precedenti incontri. Se il regolamento era stato adeguato al Codice dei contratti nella versione originaria del 2016, paradossalmente non occorre alcuna adeguamento in quanto la legge di conversione n. 55 del 2019 ha ripristinato la medesima disciplina originaria; al massimo è opportuno regolamentare il periodo transitorio, dal 19 aprile al 18 giugno 2019, quando era ammesso l'incentivo per la progettazione interna. Se il regolamento era stato adeguato alle previsioni del decreto-legge n. 32 oppure (circostanza possibile) era fermo al Codice abrogato del 2006 e mai aggiornato, allora l'adeguamento si impone senz'altro.

Quesiti

5. Un Comune deve affidare, in questa fase, la sola progettazione che, calcolata secondo i parametri vigenti, ammonta a euro 33.000,00. Potrà affidarla direttamente ai sensi dell'art. 36, comma 1, lett. a) o deve necessariamente fare riferimento al costo complessivo?

So bene di non soddisfare i desideri di molti: malgrado l'apparente ambivalenza degli articoli 23, comma 12 e 157, comma 1, l'affidamento della sola progettazione costituisce un arbitrario frazionamento del servizio, dovendo essere considerata l'interezza della prestazione affidabile sul mercato, quindi compresi il coordinamento per la sicurezza e la direzione dei lavori, anche se affidate separatamente, a soggetti diversi o in tempi diversi.

Salvo che vi sia una motivazione incontrovertibile che giustifica la separazione delle prestazioni (ad esempio progettazione esterna e direzione lavori interna o viceversa, oppure progettazione esecutiva affidata unitamente ai lavori in appalto integrato).

Quesiti

6. Nel caso di affidamento compreso tra 40.000 e 100.000 è obbligatorio procedere con l'offerta economicamente più vantaggiosa, o si può procedere con il massimo ribasso, nel caso di procedura negoziata, quindi nel caso di invito a professionisti già selezionati?

La prevalenza della norma speciale di cui all'art. 95, comma 3, lettera b), rispetto alla norma generale di cui all'art. 36, comma 9-bis, impone il ricorso al criterio dell'offerta secondo il rapporto qualità/prezzo a partire dall'importo di euro 40.000 anche in presenza di procedura negoziata o di procedura impropriamente definita «diretta» di cui all'art. 36, comma 2, lettera b) e disciplinata dall'art. 157, comma 2, secondo periodo.

Quesiti

7. Per servizi tecnici sotto i 40.000 euro nel caso di affidamento diretto art. 31, comma 8, e art. 36, comma 2, lett. a) (seguendone letteralmente l'indicazione), l'individuazione del tecnico può essere discrezionale? (garantendo la rotazione dei soggetti)

La risposta è affermativa, anche se la discrezionalità non può prescindere dal possesso dei requisiti minimi dell'operatore individuato e contrattualizzato e, ferma restando la rotazione (richiamata in via generale al comma 1 dell'art. 36) le norme che ammettono tale affidamento richiamate nel quesito così come le linee guida n. 1 e n. 4 di ANAC, non impongono come necessaria né la ricerca di mercato né il ricorso ad elenchi precostituiti.

Le sole linee guida n. 1 richiedono una motivazione sulla scelta del contraente. Curiosamente le linee guida n. 1, al paragrafo 1.3.2 ammettono come motivazione i precedenti rapporti contrattuali, contraddicendo parzialmente il criterio della rotazione.

Quesiti

8. Con la sospensione dell'obbligo delle Centrali di Committenza, le gare di affidamenti dei servizi tecnici li possiamo fare direttamente noi Stazioni Appaltanti?

La risposta è affermativa, almeno fino al 31 dicembre 2020.

Ovviamente per gli affidamenti in forma autonoma la stazione appaltante deve disporre di un RUP competente ai sensi delle linee guida n. 3 dei ANAC e cosciente di assumersi le responsabilità del procedimento di scelta del contraente.

Corre l'obbligo di ribadire ancora una volta che non bisogna confondere l'obbligo (sospeso) del ricorso alle Centrali di committenza con l'obbligo di utilizzo delle piattaforme telematiche che non è affatto sospeso e può essere derogato solo nei casi eccezionali di cui all'articolo 52, comma 1, terzo periodo e comma 10, del Codice.

Per info contattaci a:

 *webinar@asmel.eu*

 *800 165654*

 *www.asmel.eu*

**Grazie
per
la
partecipazione!**