



Regolamento disciplinante gli “affidamenti diretti”

(ARTICOLO 36, COMMA 2°, LETTERA “A” NUOVO CODICE CONTRATTI
PUBBLICI – D.LGS N. 50/2016)

di Massimiliano Alesio

eBook UPEL n.4
Aggiornato alla data del 12 maggio 2016

L'affidamento diretto e l'onere di adeguata motivazione: un enigma di non facile risoluzione. Una possibile regolamentazione?

Il comma 2° dell'articolo 36, alla lettera "a", introduce un'innovativa procedura in tema di affidamento diretto, destinata a rivoluzionare la precedente disciplina.

La disposizione normativa prescrive quanto segue: *"Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 (ndr: centrali di committenza) e 38 (ndr: qualificazione stazioni appaltanti e centrali di committenza) e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta"*.

Prima di procedere all'analisi del nuovo affidamento diretto, occorre porre attenzione alla prima parte del comma 2°. Non sarà sicuramente sfuggito un elemento di non secondaria importanza: *"salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie"*? Cosa vuol dire tale passaggio normativo? A cosa intende alludere? Il Legislatore del nuovo Codice intende ribadire e confermare che i modelli base di scelta del contraente sono quelli ordinari, cioè procedura aperta e procedura ristretta. Ciò, in quanto, le altre procedure (partenariato per l'innovazione; procedura competitiva con negoziazione; dialogo competitivo e procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara) sono "facoltative" ed "eccezionali". Sono eccezionali, in quanto possono essere utilizzate solo quanto ne ricorrono gli specifici presupposti; sono facoltative, in quanto, pur in presenza degli indicati presupposti, la stazione appaltante può sempre decidere di utilizzare una procedura ordinaria. Quindi, le procedure ordinarie (aperta e ristretta) possono essere sempre utilizzate. L'ANAC ha ben chiarito tale questione: *"Le stazioni appaltanti hanno comunque la facoltà di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale"*. Invero, l'Autorità va anche oltre e procede a formulare un importante suggerimento: *"Pertanto, in applicazione dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1 e soprattutto nelle ipotesi in cui il mercato risulti particolarmente ampio, le stazioni appaltanti, nella determina o delibera a contrarre, non dovrebbero limitarsi ad individuare la procedura applicabile con riferimento agli importi di cui all'articolo 36, ma dovrebbero, ad esempio, dare conto delle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate"*. In altri termini, l'ANAC sembra delinearne un onere motivazionale, non letteralmente presente nella disposizione normativa, ma desumibile proprio dall'inciso normativo prima indicato (*"salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie"*). Proprio in quanto è sempre possibile ricorrere alle procedure ordinarie e proprio in quanto le procedure eccezionali sono pur sempre facoltative, laddove si sia in presenza di un "mercato particolarmente ampio" (ipotesi indubbiamente frequente nella concreta realtà degli affidamenti), la scelta della procedura non ordinaria, pur se possibile, deve essere corredata da una motivazione, giustificante le ragioni che hanno indotto la stazione appaltante *"ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate"*. E' ben facile intravedere in tale posizione dell'ANAC, che indubbiamente dà luogo ad una plausibile, ma pur sempre forzante, interpretazione della norma, una valutazione non positiva nei riguardi delle procedure non ordinarie. Sembra emergere la chiara suggestione che le procedure ordinarie garantiscano, sempre e comunque, maggiore trasparenza e maggiore efficacia in chiave anticorruzione. Al riguardo, infatti, non deve dimenticarsi che la precedente AVCP (autorità per la Vigilanza sui Contratti Pubblici) è stata assorbita dall'ANAC, per cui l'enfasi sulla trasparenza e l'integrità massima delle procedure costituisce un elemento quasi scontato.

¹ Documento di consultazione.

Veniamo all'**affidamento diretto**. Dalla lettura della lettera "a", si desume agevolmente la presenza di una radicale novità: l'affidamento diretto è possibile, per importi fino ad € 40.000,00, ma occorre una "**adeguata motivazione**". Tale elemento prima non sussisteva. Infatti, sia il comma 8° in tema di affidamenti di lavori in economia, sia il comma 11° in tema di affidamenti di servizi e forniture in economia, prevedevano, sempre per importi infra € 40.000,00, la possibilità dell'affidamento diretto, ma senza l'obbligo dell'adeguata motivazione² Ovviamente, la giurisprudenza richiamava l'attenzione degli operatori delle stazioni appaltanti in merito alla necessità di rispettare, comunque, i principi generali in tema di affidamento: "*L'affidamento diretto di servizi di importo inferiore a 40.000 euro deve, comunque, avvenire nel rispetto delle disposizioni del codice dei contratti pubblici e dei principi generali di trasparenza e di contenimento dell'efficienza dell'azione amministrativa con i principi di parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza tra gli operatori. Nella controversia in esame, la pretermissione di un sia pur informale confronto competitivo tra operatori economici interessati all'affidamento evidenzia l'illegittimità degli atti impugnati*"³ Anche l'Autorità di vigilanza, proprio recentemente in sede di direttive ai fini dell'aggiornamento dei Piani di prevenzione della corruzione, anni 2016-2018⁴, ha assunto una posizione severa, in linea con le precedenti, invitando le Amministrazioni ad inserire nei propri Piani la seguente direttiva: *introdurre, come criterio tendenziale, modalità di aggiudicazione competitive ad evidenza pubblica ovvero affidamenti mediante cottimo fiduciario, con consultazione di almeno n. 5 operatori economici, anche per procedure di importo inferiore a 40.000 euro*"⁵

Ma, cosa vuol significare e dire adeguata motivazione? **Come si motiva adeguatamente un affidamento diretto?**

L'ANAC, nel già citato Documento di consultazione, ci offre interessanti chiavi interpretative. In primo luogo, l'Autorità evidenzia che l'affidamento diretto adeguatamente motivato deve rispettare gli illustrati principi generali e non può essere inteso come scelta arbitraria o capricciosa: "*L'espressa previsione normativa del necessario rispetto dei menzionati principi impone una rivisitazione delle prassi abitualmente seguite dalle stazioni appaltanti nelle procedure sotto soglia, soprattutto nel senso dell'adozione di procedure improntate ad una maggiore trasparenza nella scelta del contraente. In particolare, il richiamo ai principi che governano le procedure di evidenza pubblica esclude che gli affidamenti sotto soglia, ivi incluso l'affidamento diretto, possano essere frutto di scelte arbitrarie e impone alle stazioni appaltanti di predefinire ed esplicitare i criteri per la selezione degli operatori economici, con riferimento allo specifico contratto, nonché di assicurare adeguate forme di pubblicità agli esiti delle procedure di affidamento*". Dunque, necessità di predefinire ed indicare preventivamente i criteri di scelta anche per l'affidamento diretto, il quale perde il pregresso carattere di "contrattazione e scelta libera". In tal senso, secondo l'ANAC, il principio di rotazione esplica un ruolo essenziale: "*Il principio di rotazione, finalizzato ad evitare la formazione di rendite di posizione a favore di alcuni operatori economici in violazione del principio di concorrenza, è volto a favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico. È necessario altresì tenere conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale*". Sulla base della necessità di dar luogo, comunque, a procedure predefinite e tenendo conto della centralità

² Art. 125, comma 8°: *Per lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.* Art. 125, comma 11°: *Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento.*

¹ Tar Marche, sez. I, n. 28/2013; in tal senso, anche: Tar Campania, sez. Napoli I^a, n. 3.089/2012; parere AVCP n. 124/2012.

¹ Determinazione n. 12/2015.

¹ Altre prescrizioni indicate: - Obbligo di effettuare l'avviso volontario per la trasparenza preventiva; - Utilizzo di elenchi aperti di operatori economici con applicazione del principio della rotazione, previa fissazione di criteri generali per l'iscrizione.

del principio di rotazione, l'ANAC perviene ad un'importate esito interpretativo: la motivazione adeguata non può prescindere da una valutazione comparativa con due o più operatori economici! Precisamente: *“Si reputa che una motivazione adeguata dà dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione. A tal fine, si ritiene che le stazioni appaltanti, anche per soddisfare gli oneri motivazionali, possano procedere alla **valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici**”*⁶. Eccoci, forse, alla soluzione dell'enigma: l'**affidamento diretto adeguatamente motivato** altro non è, quale minima previsione in termini di legittimità della procedura, che **valutazione, selezione comparativa fra più operatori del settore oggetto del contratto**. Da questo livello di tutela della concorrenza e, soprattutto di trasparenza, non è possibile scendere!

Quindi, l'ANAC, valorizzando l'onere motivazionale, indirizza gli operatori economici delle stazioni appaltanti verso lo svolgimento di un “confronto concorrenziale”. In buona sostanza, per qualsivoglia affidamento infra € 40.000,00 (di qualsiasi importo, entro la predetta soglia!), occorre (indipendentemente dal fatto che si utilizzi il mercato elettronico, obbligatorio solo per servizi-forniture sotto soglia comunitaria) una motivazione, che si dispiega attraverso una forma di selezione fra gli operatori economici. La migliore soluzione potrebbe essere, allora, quella di approntare uno specifico **regolamento**, in cui disciplinare le modalità concrete di “affidamento motivato”. Un regolamento, ovviamente da “pensare e costruire” con attenzione e che potrebbe avere al proprio centro una differenziazione di “confronto concorrenziale” sulla base di diversi importi.

⁶ L'ANAC prosegue analizzando anche il caso dell'eventuale affidamento all'operatore economico uscente: *In caso di affidamento all'operatore economico uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente, in quanto la stazione appaltante motiva la scelta avuto riguardo al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e, si ritiene, anche in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione”.*

Sulla base di queste riflessioni, è stata elaborata la seguente bozza di regolamento, finalizzata ad attuare la “direttiva” dell'ANAC, contenuta nel Documento di consultazione (in attesa di divenire Linea-Guida) in materia di affidamenti diretti adeguatamente motivati. Tale direttiva può essere così sintetizzata: *l'adeguata motivazione si realizza nel confronto concorrenziale, seppur in forma semplificata, fra due o più operatori economici.*

Invero, in assenza di una esplicita previsione di “spazio regolamentare”, si potrebbe pensare di inserire la disciplina che segue nell'ambito del Piano Triennale di Prevenzione della Corruzione. L'importante è prevedere una disciplina e non lasciar solo il RUP alle prese con una difficile situazione di assenza di regole.

ARTICOLO 1 – Ambito di applicazione

1. Il presente regolamento disciplina gli “**affidamenti diretti adeguatamente motivati**”, previsti dall'articolo 36, comma 2°, lettera “a” del nuovo Codice dei contratti pubblici, approvato con il D.Lgs n. 50/2016.
2. Il presente regolamento è stato elaborato in aderenza alle prime direttive dell'ANAC, contenute nel Documento di consultazione (Linee guida attuative del nuovo Codice degli Appalti. Documento di consultazione. *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*).

3. Il presente regolamento si applica agli affidamenti di qualsiasi genere (lavori, servizi, forniture), il cui importo sia inferiore ad € 40.000,00, con esclusione dell’IVA.

ARTICOLO 2 – Divieto di frazionamento artificioso

1. Nessuna esecuzione di lavori o nessuna prestazione di servizi o forniture può essere artificialmente frazionata, al fine di eludere il limite di valore economico, previsto dall’articolo 1, comma 3°.

ARTICOLO 3 – Responsabile del procedimento

1. Le procedure, relative agli affidamenti diretti adeguatamente motivati, rientrano nell’esclusiva competenza del Responsabile del Settore, come formalmente individuato.
2. Il Responsabile adotta tutti i provvedimenti, atti e determinazioni, rientranti nell’ambito di competenza, di cui al comma 1°, fra cui, a titolo solo esemplificativo, gli atti relativi a: - individuazione delle esigenze (lavori, servizi o forniture) da soddisfare; - redazione preliminare determinazione a contrarre; - determinazione valore netto dell’affidamento ed ammontare complessivo della spesa; - particolari clausole contrattuali, relative all’affidamento; etc.....

⁷ Si ricorda che, ai sensi dell’articolo 3, comma 1°, lettera “p”, del nuovo Codice, per «operatore economico» si intende una persona fisica o giuridica, un ente pubblico, un raggruppamento di tali persone o enti, compresa qualsiasi associazione temporanea di imprese, un ente senza personalità giuridica, ivi compreso il gruppo europeo di interesse economico (GEIE) costituito ai sensi del decreto legislativo 23 luglio 1991, n. 240, che offre sul mercato la realizzazione di lavori o opere, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi

ARTICOLO 4 – Procedura di affidamento diretto

1. Gli affidamenti diretti avvengono attraverso “valutazione comparativa di offerte richieste” a due o più operatori economici ⁷
2. Il numero degli operatori da invitare alla procedura di valutazione si articola, in base al valore dell’affidamento, come segue:
 - a) Affidamenti da € 0,00 ad € 3.000,00: valutazione comparativa su almeno 2 preventivi;
 - b) Affidamenti da € 3.000,01 ad € 10.000,00: valutazione comparativa su almeno 3 preventivi;
 - c) Affidamenti da € 10.000,01 ad € 20.000,00: valutazione comparativa su almeno 4 preventivi;
 - d) Affidamenti da € 20.000,01 ad € 30.000,00: valutazione comparativa su almeno 5 preventivi;
 - e) Affidamenti da € 30.000,01 ad € 39.999,00: valutazione comparativa su almeno 6 preventivi.
3. L’invito alla procedura viene effettuato ordinariamente mediante “pec” (posta elettronica certificata) o altri strumenti di trasmissione prescelti dal Responsabile.

4. L'offerta, da parte dell'operatore economico invitato, deve pervenire ordinariamente mediante "pec" o altri strumenti di trasmissione prescelti dal Responsabile.
5. L'atto di invito alla procedura contiene i seguenti ed essenziali elementi:
 - a) Tipologia e genere dell'affidamento;
 - b) Valore del prezzo da porre a base di gara;
 - c) Criterio di aggiudicazione;
 - d) Termine per l'esecuzione delle prestazioni di lavori, servizi o forniture;
 - e) Prescrizioni tecniche (micro-capitolato) delle prestazioni oggetto dell'affidamento;
 - f) Requisiti di ordine generale ed altri eventuali da far autodichiarare agli operatori economici invitati;
 - g) Eventuale cauzione definitiva (ora: garanzia definitiva, ex art. 103 nuovo Codice);
 - h)

ARTICOLO 5 – Scelta degli operatori economici da invitare

1. Il Responsabile individua gli operatori economici da invitare alla procedura di valutazione, tenendo conto dei principi generali, di cui all'articolo 31, comma 1°, del nuovo Codice dei contratti pubblici⁸
2. In aderenza al principio di rotazione, espressamente richiamato al comma 1°, dell'articolo 36 del nuovo Codice, gli operatori economici, precedentemente invitati per qualsivoglia oggetto o genere di prestazioni, non possono essere invitati ad una nuova procedura, se non decorsi almeno 12 mesi dal precedente invito.
3. In aderenza all'articolo 30, comma 2°, del nuovo Codice, il Responsabile non può assumere decisioni dirette a limitare, in alcun modo, artificiosamente la concorrenza allo scopo di favorire o svantaggiare indebitamente taluni operatori economici.
4. L'individuazione degli operatori da invitare deve essere formalizzata in un atto, sottratto all'accesso e secretato sino alla scadenza del termine per la presentazione delle offerte, in aderenza all'articolo 53, comma 2°, lettera "b", del nuovo Codice. Su tale atto, il Responsabile deve espressamente autodichiarare, con separata sottoscrizione, l'assenza di eventuali propri conflitti di interesse, ai sensi dell'articolo 42 del nuovo Codice.

⁸ 1. L'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi, forniture e concessioni, ai sensi del presente codice garantisce la qualità delle prestazioni e si svolge nel rispetto dei principi di **economicità, efficacia, tempestività e correttezza**. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di **libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità**, nonché di **pubblicità** con le modalità indicate nel presente codice. Il principio di economicità può essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dal presente codice, ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico.

ARTICOLO 6 – Mercato elettronico

1. Nei casi di ricorso obbligatorio al mercato elettronico, il Responsabile deve utilizzare esclusivamente le RdO (Richieste di Offerta), dando luogo comunque e sempre ad una procedura comparativa.
2. Tenendo conto delle peculiarità del mercato elettronico, il Responsabile deve comunque osservare le disposizioni del presente regolamento, compresa la preventiva dichiarazione di assenza di conflitto di interesse in merito agli operatori da invitare.

ARTICOLO 7 – Pubblicità post gara

1. Effettuata la procedura comparativa e disposta l'aggiudicazione, il Responsabile, ai sensi dell'articolo 29, comma 1°, del nuovo Codice, deve pubblicare ed aggiornare sul profilo del committente, nella sezione "Amministrazione trasparente", con l'applicazione delle disposizioni di cui al decreto legislativo 14 marzo 2013, n. 33, i seguenti dati: - Tipologia e genere dell'affidamento; - Operatori economici invitati; - Numero delle offerte pervenute; - Nominativo dell'operatore economico aggiudicatario; - Importo dell'aggiudicazione.
2. Al fine di consentire l'eventuale proposizione del ricorso, ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo, sono altresì pubblicati, nei successivi due giorni dalla data di adozione dei relativi atti, il provvedimento che determina le esclusioni dalla procedura di affidamento e le ammissioni all'esito delle valutazioni dei requisiti soggettivi, economico-finanziari e tecnico-professionali.

ARTICOLO 8 – Stipula del contratto

1. Ai sensi dell'articolo 32, comma 14°, del nuovo Codice, trattandosi di affidamenti di importo non superiore a 40.000 euro, il contratto deve essere stipulato mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi negli altri Stati membri.

ARTICOLO 9 – Norma di rinvio

1. Per tutto quanto non previsto dal presente regolamento, trovano applicazione le disposizioni del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs n. 50/2016), nonché le Linee-Guida od altri provvedimenti dell'ANAC.

ARTICOLO 10 – Entrata in vigore

1. Il presente regolamento entra in vigore il giorno successivo alla data di avvenuta pubblicazione del medesimo sul sito istituzionale dell'ente.

Avv. Massimiliano Alesio: Segretario Generale in Comuni della Provincia di Cremona; collabora, in qualità di pubblicista, con le riviste "Il Nuovo diritto", "Prime Note", "Diritto&Giustizia" (Ed Giuffrè), "La Gazzetta degli Enti Locali", "Comuni d'Italia" ed "Appalti&Contratti" (Ed. Maggioli), TEME (Tecnica e Metodologia Economale); svolge attività di collaborazione scientifica con l'EDK e la De Agostini Professionale ed attività di convegnista.