



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

PALERMO – 17 luglio 2020

Dipartimento della Funzione Pubblica

WEBINAR

Il codice dei contratti pubblici di lavori, forniture e servizi (D.lgs. n. 50/2016)

Gli Affidamenti degli appalti sotto soglia

Docente: Avv. Salvatore Capezzuto



Unione Europea
Fondo Sociale Europeo



Repubblica Italiana



Regione Siciliana
Assessorato dell'Istruzione e
della Formazione Professionale



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

Mercati elettronici per le procedure sotto soglia – art. 36, comma 6

- Le stazioni appaltanti possono procedere agli **acquisti sotto soglia comunitaria** attraverso un **mercato elettronico** che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica.
- Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni (**MEPA**).
- Il Mercato Elettronico della P.A. è un mercato digitale dove le Amministrazioni registrate e le Imprese abilitate possono effettuare negoziazioni dirette, veloci e trasparenti per acquisti sotto la soglia comunitaria, mediante ordini diretti a catalogo o tramite richieste di offerta.
- Il DPR 101 del 2002 ha introdotto il Mercato Elettronico della P.A. quale nuovo strumento d'acquisto, utilizzabile da tutte le P.A., per approvvigionamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria.

Obbligo acquisti mercato elettronico amministrazioni statali

- L'art. 1, comma 450, della L. 296/2006 stabilisce che le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali, per gli **acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro** e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'articolo 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207.
- La stazione appaltante può decidere di procedere all'acquisto di beni e servizi attraverso il mercato elettronico realizzato dalla medesima stazione appaltante, ovvero attraverso il MEPA o attraverso il mercato elettronico realizzato dalle centrali di committenza.
- Al di sotto della soglia dei cinquemila euro l'affidamento è diretto e senza obbligo del mercato elettronico.



Obbligo acquisto mercato elettronico amministrazioni territoriali

- Le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

Procedure affidamenti sotto soglia < 40.000,00 euro

- L'articolo 1, comma 20, lettera h) della L. 55/2019 introduce più di una modifica al testo del comma 2 dell'art. 36 del Codice, al fine di modificare le diverse modalità di affidamento “sotto soglia”.
- In particolare la nuova disciplina prevede che:
per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, si può procedere mediante **affidamento diretto**, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici;

Procedure affidamenti sotto soglia > 40.000,00 euro

- Per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, è previsto l'affidamento diretto, previa valutazione di tre preventivi ove esistenti per i lavori, e, per i servizi e forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;
- per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro si applicherà la procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro si applicherà la procedura negoziata previa consultazione di almeno 15 operatori economici nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Soglie di rilevanza comunitaria

Dal 1° gennaio 2020 le soglie comunitarie sono le seguenti :

- a) euro 5.350.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- b) euro 139.000 per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati dalle amministrazioni centrali;
- c) euro 214.000 per gli appalti pubblici di forniture e servizi aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;
- d) euro 750.000 per gli appalti di servizi sociali.



Verifica dei requisiti di ammissione nei mercati elettronici per procedure sotto soglia

- Il D.L. 32/2019, attraverso la modifica dell'art. 36, comma 6 – bis, del D.Lgs. 50/2016, ha previsto che, ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del decreto del MIT, tale verifica sarà effettuata attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi.
- In luogo del DGUE, i soggetti che gestiscono mercati elettronici possono predisporre formulari standard mediante i quali richiedere e verificare il possesso dei requisiti di cui all'articolo 80 ed ogni eventuale ulteriore informazione necessaria all'ammissione. Nell'ambito della fase del confronto competitivo la stazione appaltante utilizza il DGUE per richiedere eventuali informazioni, afferenti la specifica procedura, ulteriori a quelle già acquisite in fase di abilitazione o ammissione.

Criteri di aggiudicazione per procedure sotto soglia– art. 36 comma 9 bis

L'art. 1, comma 20, lett. h) del D.L. 32/2019, conv. In L. 55/2019, prevede anche l'inserimento nell'art. 36 del comma 9 bis: *"Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa"*.

Il criterio del “**minor prezzo**” diventa alternativa sempre percorribile in luogo dell'offerta economicamente più vantaggiosa per l'aggiudicazione dei contratti “sotto soglia”.

Le eccezioni relative all'aggiudicazione con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa riguardano i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo, i servizi caratterizzati da alta intensità di manodopera e gli affidamenti di servizi di ingegneria e architettura di importo pari o superiore a € 40.000,00.

Contenuto semplificato della determina a contrarre per affidamenti < a 40.000,00 euro

- Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), 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.
- Obbligo di rispettare i principi definiti dall'articolo 30, comma 1, del codice: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità.
- Per affidamenti al di sotto dei 1.000,00 euro o per quelli effettuati in esecuzione di apposito regolamento della stazione appaltante (es. regolamento di contabilità) la motivazione può essere espressa in forma sintetica.
- In caso di affidamento diretto, è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia provvisoria e quella definitiva, purchè adeguatamente motivato e giustificato da un miglioramento del prezzo di aggiudicazione.



Obbligo di motivazione e verifica di congruità dei prezzi negli affidamenti < a 40.000,00 euro

- Al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante **motiva in merito alla scelta dell'affidatario**, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.
- A tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza (Linee Guida ANAC n. 4).

Criticità sul principio di rotazione

Criticità sul principio di rotazione :

- impossibilità per la stazione appaltante di avvalersi di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente;
- esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto non aggiudicatario di una precedente gara alla quale, tuttavia, ha partecipato;
- l'operatore economico che è invitato a partecipare alla procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore potrebbe vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a presentare offerta per l'aggiudicazione di un contratto di ben più considerevole importo, laddove il precedente invito impedisca inviti per le gare successive.
- L'ANAC, ha aggiornato le proprie linee guida n. 4, indicando specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata.

Nuove regole sul principio di rotazione nelle Linee Guida ANAC n. 4

Nuove regole sul principio di rotazione :

- si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti nei casi in cui il precedente affidamento al contraente uscente, ovvero all'operatore economico invitato e non affidatario, abbia avuto ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi;
- la rotazione non si applica laddove l'affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici selezionati;

Nuove regole sul principio di rotazione nelle Linee Guida ANAC n. 4

- la stazione appaltante, in apposito regolamento, può prevedere delle fasce suddivise per valore economico degli affidamenti, sulle quali applicare la rotazione;
- in ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non deve essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, per effetto di: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici.



Reinvito del precedente affidatario. Linee Guida ANAC n. 4

- Il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.
- La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore. Tale motivazione deve considerare l'affidabilità dell'operatore economico, desunta da precedenti contratti o altre ragionevoli circostanze, a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.
- Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.

Verifica delle cause di esclusione di cui all'art. 80 del D.Lgs. 50/2016 per affidamenti < a € 5.000,00

- Per importi fino a 5.000,00 euro, nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autocertificazione acquisita dall'operatore economico, in applicazione del D.P.R. n. 445/00, di attestazione del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice e speciale, se previsti, unitamente alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica del documento unico di regolarità contributiva (DURC) nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A..
- Il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche clausole, che prevedano, in caso di successivo accertamento del difetto del possesso dei requisiti prescritti: la risoluzione dello stesso ed il pagamento in tal caso del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta; l'incameramento della cauzione definitiva ove richiesta o, in alternativa, l'applicazione di una penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto, la segnalazione del fatto alle competenti Autorità e ad ANAC..



Verifica cause di esclusione ex art. 80 per importi tra 5.000,00 e 20.000,00 euro.

- Per importi oltre 5.000,00 euro e non superiori a 20.000,00 euro, nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autocertificazione acquisita dall'operatore economico, in applicazione del D.P.R. n. 445/00, di attestazione del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice e speciale, se previsti.
- La stazione appaltante, prima di stipulare il contratto, consulta il casellario ANAC ed effettua la verifica dei requisiti ex art. 80, commi 1, 4 e 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici (casellario giudiziario, imposte/tasse/contributi previdenziali e stato fallimentare) e dei requisiti speciali, nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. per specifiche attività (es. antimafia). Il contratto deve contenere le clausole indicate per gli affidamenti sotto i 5.000,00 euro.

Giurisprudenza sul principio di rotazione

- *“Il principio di rotazione ex art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, 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 nella 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. Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolano l'ingresso delle piccole e medie imprese, e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento” (Cons. Stato Sez. VI, 31/08/2017, n. 4125).*

Decreto semplificazioni

- Affidamenti diretti di lavori, servizi e forniture fino a 150.000,00 euro.
- Affidamento con procedura negoziata per i lavori fino alla soglia comunitaria, mediante invito di cinque, dieci o quindici operatori economici.
- Validità delle disposizioni fino al 31 luglio 2021, per le determinazioni a contrarre o atti di avvio del procedimento di gara emanati prima di tale termine..
- Fino al 31 luglio 2021, per le verifiche antimafia riguardanti l'affidamento di contratti pubblici, si procede mediante il rilascio di informativa liberatoria provvisoria conseguente alla consultazione della BDNA.
- La informativa liberatoria consente di stipulare i contratti sotto condizione risolutiva, fermo restando il rilascio della documentazione antimafia nei successivi trenta giorni.

La stipula del contratto

- La stipula del contratto per affidamenti di importo inferiore a € 40.000,00 può avvenire mediante scambio di lettere secondo la pratica commerciale, anche attraverso pec.
- Ai sensi dell'art. 32, comma 10, del D.Lgs. 50/2016, non si applica il termine dilatorio (c.d. clausola stand still) di 35 giorni per la conclusione del contratto negli affidamenti diretti sotto i 40.000,00 euro.
- Per affidamenti di importo superiore a € 40.000,00 la stipula del contratto avviene, a pena di nullità, con atto pubblico notarile informatico, in modalità elettronica della stazione appaltante, ovvero in forma pubblica amministrativa a cura dell'Ufficiale rogante della stazione appaltante, o scrittura privata.
- Ai sensi dell'art. 32, comma 10, del D.Lgs. 50/2016, anche per gli affidamenti di lavori da € 40.000,00 ad € 150.000,00 e di beni e servizi da 40.000,00 alla soglia comunitaria non si applica il termine dilatorio (c.d. clausola stand still) di 35 giorni per la conclusione del contratto.

Apertura dell'offerta economica prima della verifica della documentazione amministrativa

- Il D.L. 32/2019, art. 1, comma 3, ha previsto fino al 31 dicembre 2020 l'applicazione dell'art. 133, comma 8, del D.Lgs. 50/2016, valevole per i settori speciali, anche per gli appalti ordinari.
- Tale norma prevede che le stazioni appaltanti possono decidere che le offerte siano esaminate prima della verifica della documentazione relativa al possesso dei requisiti di carattere generale e di quelli di idoneità e di capacità degli offerenti.
- Tale facoltà può essere esercitata se specificamente prevista nel bando di gara o nell'avviso con cui si indice la procedura.
- Resta salva, dopo l'aggiudicazione, la verifica sul possesso dei requisiti richiesti ai fini della stipula del contratto.

Esclusione automatica delle offerte anomale per appalti sotto soglia

- Per lavori, servizi e forniture sotto soglia aggiudicati secondo il criterio del prezzo più basso, la stazione appaltante prevede nel bando l'esclusione automatica delle offerte anomale.
- L'esclusione automatica delle offerte anomale non è comunque ammessa quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci (art. 97, comma 8, D.Lgs. 50/2016).

Scelta operatori su MEPA 1

- Anche quando la stazione appaltante è obbligata a scegliere operatori economici presenti sul mercato elettronico essa non è esonerata dall'obbligo di esperire una indagine esplorativa o, almeno, di indicare i criteri utilizzati per la scelta degli operatori, non potendosi distinguere tale ipotesi da quella nella quale il ricorso al mercato elettronico e alla procedura interamente telematica gestita da Consip sia facoltativo per la stazione appaltante.
- Le stesse Linee Guida n. 4 dell'ANAC, hanno chiarito, al punto 5.1.1., lett. c), che le stazioni appaltanti possano dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengano disciplinati, tra gli altri, i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta a seguito di indagine di mercato o attingendo all'elenco degli operatori economici propri o da quelli presenti nel mercato elettronico delle pp.aa. o altri strumenti simili gestiti dalle centrali di committenza di riferimento.

Scelta operatori su MEPA 2

- L'opportunità di indicare almeno tali criteri risponde all'esigenza di evitare che il ricorso al mercato elettronico si presti comunque a facili elusioni della concorrenza, poiché la stazione appaltante deve selezionare, in modo non discriminatorio, gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero almeno pari a cinque, sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre ovvero nell'atto equivalente.
- Si vuole così evitare che anche il ricorso a cataloghi del mercato elettronico o standardizzati, in uso presso le stazioni appaltanti, presti il fianco all'aggiramento dei principi atti ad assicurare imparzialità, trasparenza, e par condicio tra gli operatori economici, quando pure qualificati e iscritti in detti elenchi, con la scelta di eventuali operatori "graditi" da invitare finanche in tali elenchi.

Cons. Stato Sez. III, 10/10/2018, n. 5833