



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA



ASSESSORATO REGIONALE
DELLE AUTONOMIE LOCALI E DELLA FUNZIONE PUBBLICA
DIPARTIMENTO DELLE AUTONOMIE LOCALI

Linea 2.5 "Rafforzamento della capacità di
attuazione dei Fondi SIE da parte degli Enti Locali"

WEBINAR 25 GIUGNO 2020

L'affidamento diretto di cui all'art. 36, lett. a) del Codice Appalti, alla luce delle novità e della prassi applicativa formatasi dopo il decreto Sblocca Cantieri, le misure anti-COVID e il decreto Rilancio (con esame di modelli pratici da utilizzare e della giurisprudenza formatasi in materia)

Avv. Elisa Vannucci Zauli



Unione Europea



Repubblica Italiana



Regione Siciliana



Fondo Sociale Europeo

FSE FONDO SOCIALE EUROPEO
SICILIA 2020
PROGRAMMA OPERATIVO



FormezPA

NUOVO ART. 36 NUOVO CODICE DEI CONTRATTI (come modificato dal D.L.32/2019, con v. in L. 55/2019)

affidamenti < 40.000 euro: affidamento diretto senza gara o amministrazione diretta (ma solo per i lavori); non più necessaria la consultazione di due o + operatori economici

affidamenti = tra 40.000 e 150.000 euro (per i lavori): mediante AFFIDAMENTO DIRETTO previa VALUTAZIONE, ove esistenti, di 3 PREVENTIVI o amministrazione diretta (eccetto acquisto e noleggio mezzi, che si affidano con procedura negoziata).

affidamenti = tra 40.000 e 139.000/214.000 euro (per servizi e forniture): **occhio al testo!** La norma recita: affidamento diretto previa valutazione di almeno 5 (NON PREVENTIVI), ma operatori economici, individuati tramite indagini di mercato o elenco operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli **inviti**. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Dunque c'è l'avviso esplorativo con manifestazione di interesse e c'è l'invito, ma qui pare non ci sia più la vera e propria procedura negoziata. Nel dubbio, la farei comunque (anche considerando l'originaria formulazione e «intenzione» dello Sblocca Cantieri).

affidamenti di lavori = tra 150.000 e 350.000: mediante PROCEDURA NEGOZIATA di cui all'art. 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, nel rispetto criterio rotazione **inviti** individuati tramite indagini di mercato o elenco operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

affidamenti di lavori = tra 350.000 e 1.000.000: come sopra, ma previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici.

affidamenti di lavori = tra 1.000.000 e < 5.350.000: ricorso alle procedure ordinarie, e il criterio del PPB ora è applicabile, non più fino alla soglia di 2.000.000, ma fino alla soglia.



FASI AFFIDAMENTO ORDINARIE (artt. 32-33)

-Determina a contrarre (nel rispetto della programmazione): con essa, valutato il valore dell'appalto, si determina la tipologia di procedura da seguire e, pertanto, qui si stabilirà anche se ricorrere a strumenti di acquisto e negoziazione telematici e quali. **Sotto €40.000,00 anche determina semplificata** (oggetto, importo, fornitore, ragioni scelta fornitore, possesso requisiti caratt. generale da parte del fornitore scelto e requisiti tecnico-profess. se richiesti) – **oggi anche per affidamento diretto lavori fino a 150.000** (modificato art. 32, comma 2, 2° paragrafo del Codice)

-Svolgimento gara;

-Proposta di aggiudicazione (PRIMA agg. provvisoria);

-Aggiudicazione definitiva;

- Comunicazioni (art. 76);

- **OBBLIGO del periodo di Stand-still** (35 gg tra aggiudicaz. e contratto), salvo: una sola offerta e no impugnato bando, appalti basati su accordo quadro, s.d.a. (sist. dinam. acquisizione), MEPA, **affidamento sotto-soglia (MA SOLO PER BENI/SERVIZI; LAVORI INVECE SOLO FINO 150MILA)**



AFFIDAMENTO DIRETTO: PROCEDURA TELEMATICA O NO?

Art. 52 - Comunicazioni e scambi di informazioni: *obbligo di ricorso ai mezzi di comunicazione elettronici, salvo (qui via posta o altro idoneo supporto e obbligo di motivazione):*

- Natura specialistica appalto impone ricorso a strumenti e dispositivi non comunemente disponibili;*
- I programmi idonei a gestire i file adatti a presentare l'offerta utilizzano formati gestiti da programmi non facilmente disponibili o protetti da licenza di proprietà esclusiva;*
- L'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici richiederebbe il ricorso a attrezzature specializzate per ufficio non comunemente disponibili;*
- Documenti di gara impongono presentazione modello fisico o in scala ridotta;*
- l'uso di mezzi di comunicazione non elettronici si rende necessario per ragioni di sicurezza e garanzia di livelli altri di protezione di dati sensibili.*

La S.A. può imporre a partecipanti l'uso di strumenti e dispositivi che in genere non sono disponibili, purché siano offerte anche modalità alternative di accesso., per non limitare l'accesso agli o.e..

+



AFFIDAMENTO DIRETTO: PROCEDURA TELEMATICA O NO?



ART. 40: dal 18.10.2018, obbligo di ricorso a mezzi di comunicazione elettronici per le comunicazioni e gli scambi di informazioni nell'ambito delle procedure del Codice.

Che significa? E che portata ha?

Che di fatto bisogna ricorrere alle gare su piattaforma telematica (v. Start o autonoma piattaforma della stazione appaltante).

Questo perché è stato chiarito che per COMUNICAZIONE deve intendersi anche la domanda di partecipazione ad una gara e **non sarà sufficiente inviare/ricevere il materiale via PEC** perché, stabilisce l'art.52 del Codice dei Contratti, *«in tutte le comunicazioni, gli scambi e l'archiviazione di informazioni, le stazioni appaltanti **garantiscono che l'integrità dei dati e la riservatezza delle offerte e delle domande di partecipazione siano mantenute. Esse esaminano il contenuto delle offerte e delle domande di partecipazione soltanto dopo la scadenza del termine stabilito per la loro presentazione**».*

ANAC ha precisato (**Atto di segnalazione ANAC n. 7 del 19 dicembre 2018**) che sarebbe comunque inefficiente che ogni stazione appaltante si dotasse di una **propria piattaforma** poiché si verrebbe a determinare una proliferazione di sistemi con duplicazioni rispetto a quelle già in uso, soprattutto da parte di centrali di committenza e soggetti aggregatori. Proliferazione che sarebbe particolarmente inefficiente nel caso di enti medio-piccoli che svolgono un numero annuo di procedure piuttosto limitato anche in termini di importo.



AFFIDAMENTO DIRETTO: PROCEDURA TELEMATICA O NO?

DUBBI INTERPRETATIVI (Atto di segnalazione ANAC n. 7 del 19 dicembre 2018):

1. Dubbi sull'applicabilità dell'obbligo di utilizzare le comunicazioni elettroniche anche **nell'ambito del sotto soglia**, perché l'art. 36 del Codice non richiama, fra le disposizioni o i principi applicabili, gli artt. 40 e 52 del Codice. La questione, però, sembra assumere rilevanza solo laddove la vigente normativa non obblighi già ad ricorrere al MEPA o ad altri mercati elettronici regionali (sicuramente esclusi gli acquisti di importo inferiore a 5.000 (art. 1, co. 450, della l. 296/2006 come modificata dalla legge 145/2018).

2. Dubbi sulla possibilità di derogare alla telematizzazione **in presenza di affidamenti diretti**, nei quali non opera l'obbligo di attivare rituali procedure. Non sembrerebbero ad oggi sussistere elementi per escludere gli affidamenti diretti dall'ambito oggettivo di applicazione dell'art. 40, co. 2, **ad eccezione di quelli di valore inferiore a 5.000 euro** (legge citata).

- D'altra parte, è anche vero che l'affidamento diretto, benché in alcuni casi preceduto da sondaggi, indagini di mercato e sistemi comparativi, si sostanzia nella assegnazione diretta di un appalto a un determinato soggetto; il che affievolisce significativamente, eliminandole forse del tutto, le esigenze dichiarate dalle norme della Direttiva e del Codice del rispetto dei principi di non discriminazione e di accesso degli operatori economici nell'utilizzo delle comunicazioni elettroniche.



AFFIDAMENTO DIRETTO: PROCEDURA TELEMATICA O NO?

TAR Sardegna Cagliari, sez. II, 17 febbraio 2020, n. 101

Il carattere informale di una procedura di gara **giustifica la previsione dell'inoltro dei preventivi a mezzo della PEC (posta elettronica certificata)** senza che ciò rappresenti violazione del principio di segretezza delle offerte economiche che, come noto, è posto a presidio dell'attuazione dei principi di trasparenza e par condicio dei concorrenti, a garanzia “del corretto, libero ed indipendente svolgimento del processo intellettuale–volitivo che si conclude con il giudizio sull'offerta tecnica ed in particolare con l'attribuzione dei punteggi ai singoli criteri attraverso cui quest'ultima viene valutata” (Cons. Stato n. 3287/2016).

Si tratta di una modalità operativa che risulta congrua anche se applicata ad una procedura di affidamento di un servizio in concessione gestita dalla stazione appaltante ex art.36 co.2 lett.a) del Codice e con aggiudicazione al rialzo a favore del miglior canone offerto.



AFFIDAMENTO DIRETTO: PROCEDURA TELEMATICA O NO?

3. Secondo un orientamento sarebbe comunque possibile per le stazioni appaltanti, nelle more dell'acquisizione di piattaforme telematiche idonee alla gestione delle comunicazioni e dell'adozione del decreto attuativo di cui all'art. 44 del Codice, **consentire sistemi alternativi, come ad esempio la presentazione di offerte redatte su supporto telematico e inserite all'interno di un plico cartaceo.**

Tale impostazione non appare, però, convincente in quanto l'art. 52, oltre ad aver previsto un certo periodo di tempo per l'adeguamento, esonera dall'uso di mezzi elettronici solo in determinati casi tassativamente previsti, per lo più legati a profili di carattere tecnico o alla specialità dell'appalto, e tra i quali non è ricompreso il caso poc'anzi richiamato.

Inoltre, la soluzione dell'inserimento delle offerte redatte su supporto telematico all'interno di un plico cartaceo rischia di vanificare la ratio della norma, finalizzata alla semplificazione della partecipazione delle imprese, soprattutto estere, ai mercati pubblici e comunque non sembra aderente al tenore letterale dell'art. 40.

Infine, la disposizione dell'art. 52 **fa riferimento al concetto di comunicazioni e scambio di informazioni in formato elettronico**, lasciando chiaramente intendere che la trasmissione dei documenti di gara debba avvenire in modo telematico.

*

E' stata quindi segnalata al Legislatore l'opportunità di una modifica normativa: nelle more è immaginabile che non vi sia eccessivo rigore, anche perché non sono previste sanzioni ad hoc per la violazione degli artt. 40 e 52 e non è ancora stato approvato il D.M. sulla digitalizzazione delle procedure di cui all'art. 44 Codice Contratti. Non esiste dunque, nell'attuale quadro ordinamentale della materia, una definizione dello standard da utilizzare per la digitalizzazione delle procedure di gara.

PER QUESTE RAGIONI, LA GUIDA OPERATIVA dell'ANCI ha confermato la possibilità di ricorrere, nelle more, alla soluzione di presentare l'offerta in formato elettronico, su supporto informatico, all'interno della busta chiusa, sigillata e controfirmata). Il ricorso a tali altri mezzi, però, costituendo una deroga, andrà motivato in ordine alla impossibilità di ricorrere alla piattaforma telematica.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

L’AFFIDAMENTO E L’ESECUZIONE DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE DI IMPORTO INFERIORE A 40.000,00 EURO E FINO A 150.000 PER I LAVORI PREVIA VALUTAZIONE DI 3 PREVENTIVI: affidamento diretto senza gara adeguatamente motivato o amministrazione diretta (ma solo per i lavori)

Il Correttivo ha precisato: Affidamenti diretti anche senza consultazione di 2 o più operatori (salvo oggi il caso degli affidamenti diretti di lavori tra 40.000 e 150.000)

A) AVVIO DELLA PROCEDURA

Determina a contrarre (o altro atto analogo), contenente – nel rispetto dei principi richiamati dall’art. 36 - almeno, l’indicazione dell’interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire; la procedura che si intende seguire con sintetica indicazione delle ragioni; i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte; l’importo massimo stimato dell’affidamento e la relativa copertura contabile, nonché le principali condizioni contrattuali;

Dopo il Correttivo, possibile sempre procedere **con DETERMINA A CONTRARRE SEMPLIFICATA** per affidamento diretto, non solo x ODA e acquisti modico valore (ANCHE PER AFFIDAMENTO LAVORI FINO A 150.000 – V. art. 32, comma 2 del Codice).



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

A.1) CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE:

-FATTO SALVO QUANTO PREVISTO DALL’ART. 95, COMMA 3, **PER TUTTI GLI ALTRI AFFIDAMENTI SOTTO-SOGLIA** (compresi i lavori fino a € 5.350.000), le S.A. procedono agli affidamenti, indifferentemente, sulla base del criterio del PPB o del criterio dell’OEPV.

-Legge di conversione Sblocca Cantieri ha eliminato l’inciso «solo previa motivazione» (previsto per l’opzione OEPV prima della conversione del D.L. Sblocca Cantieri). E quindi i due criteri di aggiudicazione vengono oggi posti sullo stesso piano.

Art. 95, COMMA 3: Casi tassativi di necessità utilizzo OEPV (a. servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica e servizi alta intensità manodopera, ad eccezione dei contratti < 40.000 + b. Servizi ingegneria e architettura e simili pari o superiori 40.000 + **b-bis. 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)**

Art. 95, COMMA 4: Casi tassativi di possibilità di utilizzo PPB:

-SEMPRE, per s.e f. con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato, fatta eccezione per i servizi ad alta intensità di manodopera di cui al comma 3, lett.a);

~~-per s.e.f. caratterizzati da elevata ripetitività solo entro la soglia comunitaria, ad eccez. di quelli di notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo (per questi ultimi sepre OEPV).~~

~~-per lavori di importo = o > 2.000.000 di euro, quando l’affidamento dei lavori avviene con procedura ordinaria, sulla base del progetto esecutivo.~~



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

A.2) REQUISITI GENERALI E SPECIALI

L’o.e. deve essere in possesso **dei requisiti generali di cui all’art. 80 del Codice** nonché dei requisiti minimi di:

- idoneità professionale** (potrebbe essere richiesto all’operatore economico di attestare l’iscrizione ad un Albo, ove previsto o lo svolgimento delle attività in quello specifico settore);
- capacità economica e finanziaria** (potrebbe essere richiesta la dimostrazione di livelli minimi di fatturato globale proporzionati all’oggetto dell’affidamento o sufficiente livello di copertura assicurativa contro rischi profess.);
- capacità tecniche e professionali**, stabilite in ragione dell’oggetto e dell’importo del contratto (ad es.: l’attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell’anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo, ovvero il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico).

A fronte di operatori economici parimenti qualificati sotto il profilo delle capacità tecnico/professionali, possibile indicare, come criterio preferenziale di selezione, indici oggettivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell’esecuzione dei lavori ovvero i criteri reputazionali di cui all’art. 83, comma 10, del Codice.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

A.3) LA PROCEDURA: è snella ed informale, ma occhio al PRINCIPIO DELL’AUTO-VINCOLO!

- *“la Stazione Appaltante non può discostarsi dalle regole da essa stessa fissate e alle quali si è autovincolata e nemmeno può interpretare le suddette regole in modo palesemente contrario al suo chiaro tenore testuale”* (v. per tutte: TAR Lazio Roma sez. I 24/8/2019 n. 527);

- **E questo vale anche per le procedure “informali” come l’affidamento diretto** (v. ex multis, Tar Piemonte, Torino, 22 marzo 2018, n. 353), dove, se è pur vero che vi è maggior libertà della Stazione Appaltante, le modifiche alle regole che questa si è data sono però ammesse solo laddove “non pregiudichino la parità dei soggetti che partecipano alla procedura informale”.

Sul punto, vedi **TAR Puglia-Lecce, 6 dicembre 2018, n. 1834**, la quale – trattando un caso di affidamento diretto – chiarisce : *“tale procedura informale e snella non può essere inquadrata nel novero delle procedure ordinarie applicando ad essa tutte le regole previste per queste ultime, soprattutto se la stessa procedura prevede, al suo interno, clausole tese a mantenere la snellezza della stessa consentendo all’Amministrazione anche la modifica, in qualunque momento, della procedura.*

In tale caso, risulta fondamentale che la modifica non pregiudichi la parità dei soggetti che partecipano alla procedura informale, ma tale situazione non si è verificata nel caso concreto, in cui tutte e due le imprese sono state compulsate, con la medesima tempistica, a presentare una nuova offerta, il cui contenuto era stato predeterminato dalla stazione appaltante, residuando alle stesse la possibilità di offrire prezzi diversi”.

Dunque, anche una “modifica” alle regole originarie è ritenuta legittima, ma solo laddove non determini una violazione dei principi di trasparenza e parità di trattamento dei concorrenti.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

Principio confermato anche da ANAC con la delibera n. 581 del 26 giugno 2019.

- ANAC ricorda, in via preliminare, che «*la lettera a) del comma 2 dell’art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, ..., consente, per importi inferiori a 40.000,00 euro, di procedere all’affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori.*

La stazione appaltante può dunque contrattare direttamente con un unico operatore economico, motivando in merito alla scelta dell’affidatario, ovvero 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».

- Con riferimento al caso esaminato, rileva che però «*la stazione appaltante ha scelto invece di pubblicare un avviso per l’acquisizione di manifestazione di interesse per l’affidamento del servizio, in tal modo scegliendo un sistema di affidamento, aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate, purché in possesso dei requisiti ivi specificati, e basato sulla valutazione comparative delle offerte sotto il profilo del prezzo.*

ANAC precisa quindi che «tali caratteristiche fanno della procedura in esame una gara ufficiosa - poiché la stazione appaltante non si è limitata ad acquisire una conoscenza dell’assetto di mercato, ma ha formalmente dato vita ad un confronto concorrenziale tra più operatori economici – che impone all’amministrazione procedente il rispetto delle prescrizioni stabilite nell’avviso di manifestazione di interesse, in ossequio ai principi di trasparenza e parità di trattamento (Cfr. TAR Lombardia – Milano, sez. I, 23 ottobre 2017, n. 2011 e Tar Sardegna, Cagliari, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492). Secondo la giurisprudenza, in questi casi, assume infatti rilievo decisivo il principio del c.d. AUTOVINCOLO, in forza del quale la stazione appaltante è tenuta a rispettare la disciplina contenuta nella lex specialis di gara.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

«La scelta di aprire un confronto concorrenziale – conclude ANAC - esige che la stazione appaltante rispetti le regole prefissate nell’avviso pubblico, in modo da non ledere la par condicio dei concorrenti né sotto il profilo dei requisiti di partecipazione né sotto quello del contenuto dell’offerta».

E, si badi bene, l’orientamento dell’ANAC è stato confermato dalla giurisprudenza anche nelle poche recenti pronunce cautelari emesse su affidamenti già condotti **in forza della nuova disposizione introdotta all’art. 36, comma 2, lett. b) dalla Legge di conversione del Decreto “Sblocca-Cantieri”**.

Si veda, ad esempio, **Tar Sardegna-Cagliari, sez. II, decreto cautelare 30.08.2019, n. 212**, il quale rigetta la richiesta cautelare del ricorrente, tra l’altro, perché, “pur registrandosi uno scollamento tra l’autovincolo che la stazione appaltante si è imposta e la procedura effettivamente seguita (che dunque è considerato rilevante!), tale circostanza non ha portato ad una restrizione della concorrenza ma ha, anzi, pienamente rispettato i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità”.

*

In conclusione, quindi, anche nell’ambito di un affidamento diretto, dove la procedura è snella ed informale, qualora l’Amministrazione appaltante si sia auto-vincolata ad una determinata regolamentazione, essa potrà “svincolarsene” solo a patto che le modifiche così introdotte non vadano a restringere la concorrenza e comunque a pregiudicare la parità di trattamento dei concorrenti e la trasparenza della procedura.

Vediamo MODELLI di richiesta di preventivo, con allegati.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

A.4) INFINE, NON DIMENTICHIAMO:

ART. 36, COMMA 1: TUTTI GLI AFFIDAMENTI SOTTO-SOGLIA DEVONO AVVENIRE NEL RISPETTO:

- dei principi di cui all’art. 30,c.1, 34 (criteri sostenibilità amb. e energ.) e 42 (prevenzione corruzione e conflitto interessi) + possibilità applicare art. 50 (clausole sociali) tenendo conto delle indicazioni che saranno fornite da ANAC in specifico atto regolatorio

- in modo da assicurare l’effettiva partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese

- del principio di rotazione (il principio di rotazione, dunque, diventa cogente, risultando superato l’orientamento recentemente affermato dal giudice amministrativo circa la sua efficacia non precettiva (cfr. TAR. Lazio, sez. II, 11.3.2016, n.3319, TAR, Lombardia, Brescia, sez. II, 14.10.2015, n.1325). **Rinforzo principio rotazione, «degli inviti e degli affidamenti»** (v. Linee guida aggiornate)



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

Le stazioni appaltanti, nell’espletamento delle procedure semplificate, devono quindi attenersi ai seguenti principi specifici (v. Linee Guida ANAC, NON VINCOLANTI):

- a) al principio di economicità: l’uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell’esecuzione del contratto;
- b) al principio di efficacia: la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell’interesse pubblico cui sono preordinati;
- c) al principio di tempestività: l’esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
- d) al principio di correttezza: una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;
- e) al principio di libera concorrenza: l’effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;
- f) al principio di non discriminazione e di parità di trattamento: una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l’eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;
- g) al principio di trasparenza e pubblicità: la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l’uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;
- h) al principio di proporzionalità: l’adeguatezza e idoneità dell’azione rispetto alle finalità e all’importo dell’affidamento;
- i) al principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;
- j) ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell’ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;
- k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l’adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall’ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NELLA SOSTANZA VA APPLICATO COSÌ (+ vedi Linee Guida n. 4):

Tar Milano, sez. IV, 9 febbraio 2018, n. 380: «se è pur vero che l’art. 36, comma 2, lettera b), del codice, prevede il rispetto, fra gli altri criteri, di un criterio “di rotazione degli inviti”, **parimenti non sussiste un divieto assoluto di invito del gestore uscente, non assurgendo il principio di rotazione a regola inderogabile.**

*In tal senso, si vedano TAR Toscana, sez. II, 12.6.2017, n. 816, per cui il principio di rotazione è servente e strumentale a quello di concorrenza, **sicché non può disporsi l’estromissione del gestore uscente allorché ciò finisca per ridurre la concorrenza**, e TAR Veneto, sez. I, 26.5.2017, n. 515, secondo cui: <<...per unanime giurisprudenza proseguita anche sotto il vigore del nuovo codice dei contratti pubblici, il principio di "rotazione" degli operatori economici da invitare nelle procedure negoziate svolte in base all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, pur essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, sì che, a fronte di una normativa che pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, **la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione**, per cui in linea di massima non sussistono ostacoli ad invitare anche il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale (in questi termini: Consiglio di Stato, Sez. VI, 28.12.2011, n. 6906; TAR Napoli, II, 08.03.2017 n. 1336; TAR Lazio, Sez. II, 11.03.2016 n. 3119). Pertanto, "ove il procedimento per l'individuazione del contraente si sia svolto in maniera essenzialmente e realisticamente concorrenziale, con invito a partecipare alla gara rivolto a più imprese, ivi compresa l'affidataria uscente, e risultino rispettati sia il principio di trasparenza che quello di imparzialità nella valutazione delle offerte, può dirsi sostanzialmente attuato il principio di rotazione, che non ha una valenza precettiva assoluta, per le stazioni appaltanti, nel senso di vietare, sempre e comunque, l'aggiudicazione all'affidatario del servizio uscente. Se, infatti, questa fosse stata la volontà del legislatore, sarebbe stato espresso il divieto in tal senso in modo assoluto" (TAR Napoli, II, 27.10.2016 n. 4981)>>” (QUI GARA ANNULLATA IN AUTOTUTELA PERCHE’ NON RISPETTATO IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE)*



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

Consiglio di Stato sez. V 12/6/2019 n. 3943

AI FINI DELLA ROTAZIONE, rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura: per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (v. anche: Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

In definitiva l’impresa che in precedenza ha svolto un determinato servizio non può vantare alcuna legittima pretesa ad essere invitata ad una nuova procedura di gara per l’affidamento di un contratto pubblico di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, né di risultare aggiudicataria del relativo affidamento (ex multis, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854; V, 31 agosto 2017, n. 4142).



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NON SI APPLICA NELLE PROCEDURE «APERTE»

TAR Liguria Genova sez. II 22/10/2019 n. 805

TAR Trentino Alto Adige Bolzano 31/10/2019 n. 263

Come chiarito anche dalle linee guida ANAC n. 4, approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1.03.2018 “[...] **La rotazione non si applica laddove il nuovo 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 tra i quali effettuare la selezione**” (punto 3.6).

In sostanza, il principio di rotazione deve considerarsi servente e strumentale rispetto al principio di concorrenza su cui è imperniato tutto il sistema degli appalti, ed opera dunque soltanto nel caso in cui l’amministrazione abbia selezionato o comunque limitato il numero degli operatori cui attingere per gli inviti.

Diversamente, allorché l’amministrazione abbia fatto precedere l’invito da un’indagine di mercato volta ad acquisire manifestazioni di interesse da parte di tutti gli operatori economici operanti sul mercato per l’affidamento del servizio in questione e, successivamente, abbia invitato tutti quegli operatori economici (tra cui il precedente affidatario) che avevano manifestato interesse, senza operare alcuna selezione e/o limitazione, non vi è spazio alcuno per l’applicazione del principio, che altrimenti opererebbe – paradossalmente rispetto alla ratio legis - in senso anti-concorrenziale (cfr., in caso analogo, T.A.R. Campania, Salerno, I, 5.11.2018, n. 1574, e la giurisprudenza ivi citata).



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

Consiglio di Stato, sez. III, 25 aprile 2020, n. 2654

Il precedente affidamento non ha carattere assolutamente preclusivo rispetto alla partecipazione dei precedenti affidatari alla procedura, **se la procedura è aperta, ovvero se, in caso di diversa procedura, la stazione appaltante motiva le ragioni dell’invio dell’invito anche a costoro.**

Nella seconda ipotesi, l’obbligo di motivazione che incombe sulla stazione appaltante concerne, non già la partecipazione del precedente gestore ad una procedura aperta, bensì l’invito del medesimo ad una procedura ristretta (come ribadito dalla V Sezione nella recente sentenza n. 2182/2020).

Non andava pertanto motivato né l’invito a partecipare alla procedura (aperta) rivolto agli operatori “uscenti”, né l’aggiudicazione ai medesimi della commessa.

La rotazione pertanto deve essere intesa, non già come obbligo di escludere il gestore uscente dalla selezione dell’affidatario bensì, **soltanto, di non favorirlo**, risolvendosi altrimenti tale principio in una causa di esclusione dalle gare non solo non codificata, ma in totale contrasto col principio di tutela della concorrenza su cui è imperniato l’intero sistema degli appalti.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NON SI APPLICA DOVE E’ RICHIESTA UNA DIVERSA QUALIFICAZIONE

TAR Sicilia Catania sez. I 4/6/2019 n. 1380

Secondo la giurisprudenza, **il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti** risponde all'esigenza di evitare la c.d. asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione della Stazione Appaltante, senza che risultasse affidatario (per il quale il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente): in termini T.A.R. Campania, sez. IV, 09/07/2018, n.4541.

Ma se tale è la ratio del principio, risulta evidente come **allo stesso risulti estranea la fattispecie in cui l’operatore economico sia stato invitato a differenti gare, per le quali è stata richiesta una diversa qualificazione**, così come nel caso in esame in cui l’impresa ricorrente - per come pacifico tra tutte le parti in giudizio- era stata invitata ad una precedente procedura negoziata per la quale era richiesto il possesso di una categoria diversa (OS28 invece che OG1) rispetto quella di cui alla gara per cui è causa.

In tale situazione, non si rinviene alcuna giustificazione per estendere l’applicazione del principio di rotazione.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

MA, SOPRATTUTTO NEI SERVIZI SOCIALI, POSSONO PREVALERE ALTRI VALORI:

v. ad esempio **TAR Lazio, Latina, sez. I, n. 105/2018** con cui si è affermata l’adattabilità o relatività del principio di rotazione in relazione all’appalto affidato.

Nel caso di specie si trattava del **servizio scolastico di assistenza ad alunni con disabilità** e del propedeutico indirizzo regionale di assicurare – RAGIONEVOLMENTE – la continuità degli interventi già avviati con risultati positivi in deroga alla rotazione.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

B) SCELTA DEL CONTRAENTE E OBBLIGO DI MOTIVAZIONE

-MOTIVAZIONE APPROFONDATA per la scelta dell’aggiudicatario (ad. es: possesso requisiti, offerta rispondente interesse pubblico, congruità prezzo, caratteristiche migliorative, rispetto princ. rotazione, ecc.) - nella fase della scelta dell’aggiudicatario, un onere di motivazione più stringente: necessario dare dettagliata contezza del possesso da parte dell’operatore selezionato dei requisiti richiesti nella stessa determina a contrarre e della rispondenza di quanto offerto all’interesse pubblico che la stazione appaltante è chiamata soddisfare.

*-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.*

-L’obbligo di motivazione può essere attenuato per affidamenti di modico valore (ad es.: sotto i 1000 euro o in presenza di un regolamento proprio della S.A., ecc.) – qui la motivazione può essere espressa in forma sintetica, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell’atto equivalente redatti in modo semplificato.

-GARANZIE: In caso di affidamento diretto, è **facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia provvisoria** di cui **all’articolo 93, comma 1, del Codice dei contratti pubblici.**

-La stazione appaltante ha, altresì, **la facoltà di esonerare l’affidatario dalla garanzia definitiva di cui all’articolo 103** del Codice dei contratti pubblici, in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato articolo 103.



LA DISCIPLINA DELL’AFFIDAMENTO DIRETTO

C) STIPULA DEL CONTRATTO

- entro 60 gg. dall’aggiudicazione

- **a pena di nullità nelle seguenti forme:**

- 1) con atto pubblico informatico;

- 2) ovvero in modalità elettronica

- **per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro:**

- **mediante corrispondenza, secondo l’uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, anche mediante PEC o strumenti analoghi negli Stati membri (art. 32, comma 14);**

- **in forma pubblica amministrativa a cura del segretario comunale/provinciale;**

La forma scelta per la stipulazione del contratto deve essere indicata nella determina a contrarre.

Non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni (art. 32, comma 10, lett. b);

Vediamo modelli di determina a contrarre semplificata.

D) COMUNICAZIONI

Valgono anche qui gli obblighi di informazione e comunicazione ex art. 76 del Codice



LE VERIFICHE SEMPLIFICATE SOTTO I 40.000

V. LINEE GUIDA ANAC N. 4

1. Per lavori, servizi e forniture fino a 5.000,00 euro

- La stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi del DPR n. 445/2000, anche secondo il modello del DGUE, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti.

- In tal caso, la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto, alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica del DURC, nonché della sussistenza dei requisiti speciali ove previsti e delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012: informazione antimafia liberatoria per attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa). *Non più prevista verifica requisiti carattere generale tramite BDNOE nelle ipotesi comma 2, lett. a.*

- Sulle auto-dichiarazioni rese dagli o.e. le S.A. devono svolgere dei controlli a campione, secondo modalità definite in apposito Regolamento di cui ogni S.A. deve dotarsi.

- 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.



LE VERIFICHE SEMPLIFICATE SOTTO I 40.000

2. Per lavori, servizi e forniture tra 5.000,00 e 20.000,00 euro

- La stazione appaltante ha facoltà di procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico ai sensi del DPR n. 445/2000, anche secondo il modello del DGUE, dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e speciale, ove previsti.

In tal caso, la stazione appaltante procede comunque, prima della stipula del contratto, **alla consultazione del casellario ANAC, alla verifica della sussistenza dei requisiti di cui all'art. 80. comm 1, 4 e 5, lett. b) del Codice (condanne, regolarità fiscale e contributiva e fallimento ecc.) e dei requisiti speciali ove previsti nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad esempio ex articolo 1, comma 52, legge n. 190/2012: informazione antimafia liberatoria per attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa).**

3. Per lavori, servizi e forniture di importo superiore a 20.000,00 euro

-nel caso di affidamento diretto la stazione appaltante, **può stipulare il contratto solo dopo aver** proceduto alle **verifiche del possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici e di quelli speciali, se previsti**, nonché delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o l'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (es. articolo 1, comma 52, legge n.190/2012).



LE VERIFICHE SEMPLIFICATE SOTTO I 40.000

TEMPISTICHE:

La scelta di interpellare tramite PEC gli enti abilitati a produrre i certificati, **può comportare il fatto di non ricevere riscontro entro tempi brevi.**

E' discusso se possa applicarsi l'istituto del silenzio-assenso ex art. 17bis della L. 241/1990 (quello tra pubbliche amministrazioni) **introdotto dalla riforma "Madia" alle verifiche sui requisiti.** E' discusso, soprattutto perché il Codice dei Contratti Pubblici norma direttamente i casi in cui opera una forma di silenzio assenso: es. **in tema di verifiche anti-mafia**; oppure nella **ipotesi ora prevista dall'art. 86, comma 2bis Dlgs 50/2016 dopo l'entrata in vigore della L. 55/2019.**

Si ricorda, infatti, che, ai sensi dell'art. 86, comma 1, *«le stazioni appaltanti possono chiedere i certificati, le dichiarazioni e gli altri mezzi di prova di cui al presente articolo e all'allegato XVII, come prova dell'assenza di motivi di esclusione di cui all'articolo 80 e del rispetto dei criteri di selezione di cui all'articolo 83».*

*Il comma 2bis ha precisato che «Ai soli fini della prova dell'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 in capo all'operatore economico che partecipa alla procedura, alle imprese ausiliarie nonché ai subappaltatori, i certificati e gli altri documenti hanno una durata pari a sei mesi dalla data del rilascio. Fatta eccezione per il DURC, la stazione appaltante, per i certificati e documenti già acquisiti e scaduti da non oltre sessanta giorni e qualora sia pendente il procedimento di acquisto, **può procedere alla verifica dell'assenza dei motivi di esclusione con richiesta diretta agli enti certificatori di eventuale conferma del contenuto dell'attestazione già rilasciata.** Gli enti certificatori provvedono a fornire riscontro entro trenta giorni dalla richiesta. **Decorso tale termine il contenuto dei certificati e degli altri documenti si intende confermato.** I certificati e gli altri documenti in corso di validità possono essere utilizzati nell'ambito di diversi procedimenti di acquisto».*



LE VERIFICHE SEMPLIFICATE SOTTO I 40.000

TEMPISTICHE:

Nondimeno, l'inerzia degli enti interpellati non può tradursi in una paralisi della procedura di affidamento dell'amministrazione, vanificando con ciò la scelta di avvalersi della semplificazione messa a disposizione da ANAC con lo SmartCIG.

Per tale ragione un richiamo al silenzio-assenso, decorsi 30 giorni dalla richiesta, secondo alcune interpretazioni sarebbe concesso, quanto meno a fronte dell'obbligo -espressamente previsto dal DPR 445/2000 - di fornire un riscontro proprio entro dette tempistiche.

Infine, sembra non essere esclusa la possibilità di richiedere certificati anche direttamente all'operatore economico offerente/partecipante alla trattativa.

Lo prevedrebbe il già summenzionato art. 86, rubricato "mezzi di prova" prevedendo così una disciplina speciale nell'ambito delle certificazioni che possono essere richieste nelle richieste l'acquisizione d'ufficio.



LE VERIFICHE SEMPLIFICATE SOTTO I 40.000

RICORDA:

TAR Lazio Roma sez. II 1/4/2019 n. 4276

Ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.lgs n. 50/2016: "Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5".

*Quindi, in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, **pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna stazione appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario (..)***

Pertanto anche nelle procedure negoziate svolte facendo ricorso al MEPA si applica la previsione dell'art. 32, di cui in ricorso si assume la violazione, che dispone: "L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti".



GRAZIE PER L'ATTENZIONE



NUOVI PERCORSI DI SVILUPPO
DELLA CAPACITÀ AMMINISTRATIVA
DELLA REGIONE SICILIANA

FormezPA