

PROGETTO DELIVERY UNIT NAZIONALE

CUP J54B16000140007

Webinar del 13 aprile 2023

Relatore: Avv. Michele Damiani

L'AFFIDAMENTO DIRETTO ALLA LUCE DEI NUOVI DECRETI SEMPLIFICAZIONE



UNIONE EUROPEA
Fondo Sociale Europeo
Fondo Europeo di Sviluppo Regionale



*Agenzia per la
Coesione Territoriale*



Presidenza del Consiglio dei Ministri
**Dipartimento della
Funzione Pubblica**



**GOVERNANCE
E CAPACITÀ
ISTITUZIONALE
2014-2020**

FormezPA

AFFIDAMENTO DIRETTO

- IL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI (ALL'ARTICOLO 3, COMMA 1, LETT. D, ALLEGATO I) DEFINISCE L'AFFIDAMENTO DIRETTO QUALE “AFFIDAMENTO DEL CONTRATTO **SENZA UNA PROCEDURA DI GARA**, NEL QUALE, **ANCHE NEL CASO DI PREVIO INTERPELLO DI PIÙ OPERATORI ECONOMICI**, LA SCELTA È OPERATA DISCREZIONALMENTE DALLA STAZIONE APPALTANTE O DALL'ENTE CONCEDENTE, NEL RISPETTO DEI CRITERI QUALITATIVI E QUANTITATIVI PREVISTI DAL CODICE”.

La definizione risolve numerosi dubbi operativi rilevati dalle Stazioni appaltanti, in sede di stipulazione di contratti pubblici non preceduti da una formale gara, recependo la Giurisprudenza amministrativa intervenuta in materia, giusta la quale *«la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori [...] non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze»* (ex multis, Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287)

L’AFFIDAMENTO DIRETTO PURO E QUELLO CD. MEDIATO O COMPARATIVO

L’AFFIDAMENTO DIRETTO PUÒ ESSERE CD. PURO OPPURE MEDIATO O COMPARATIVO, A SECONDA DELLA DIVERSA ATTIVITÀ ISTRUTTORIA ESPLETATA DALLA STAZIONE APPALTANTE IN SEDE DI SCELTA DEL CONTRAENTE PRIVATO. L’AFFIDAMENTO DIRETTO È CD. MEDIATO O COMPARATIVO QUANDO LA STAZIONE APPALTANTE FA PRECEDERE L’AFFIDAMENTO STESSO E LA STIPULAZIONE DEL CONTRATTO DALL’ACQUISIZIONE DI APPOSITI PREVENTIVI DA PARTE DI OPERATORI ECONOMICI DEL SETTORE, INDIVIDUATI «SULLA BASE DI INDAGINI DI MERCATO O TRAMITE ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI, NEL RISPETTO DI UN CRITERIO DI ROTAZIONE DEGLI INVITI».

È COMPARATIVO L’AFFIDAMENTO DIRETTO DISCIPLINATO DALL’ARTICOLO 36, COMMA 2, LETT. B), DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI DI CUI AL D.LGS. N.50/2016 E S.M.I., AI SENSI DEL QUALE *«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’ARTICOLO 35 PER LE FORNITURE E I SERVIZI, MEDIANTE AFFIDAMENTO DIRETTO PREVIA VALUTAZIONE DI TRE PREVENTIVI, OVE ESISTENTI, PER I LAVORI, E, PER I SERVIZI E LE 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. I LAVORI POSSONO ESSERE ESEGUITI ANCHE IN AMMINISTRAZIONE DIRETTA, FATTO SALVO L’ACQUISTO E IL NOLEGGIO DI MEZZI, PER I QUALI SI APPLICA COMUNQUE LA PROCEDURA DI CUI AL PERIODO PRECEDENTE. L’AVVISO SUI RISULTATI DELLA PROCEDURA DI AFFIDAMENTO CONTIENE L’INDICAZIONE ANCHE DEI SOGGETTI INVITATI ».*

Le tre principali fattispecie di affidamento diretto disciplinate dalla normativa vigente

<p>1. L'articolo 36, comma 2, lett. a), del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.), disciplina l'affidamento diretto cd. puro</p> <p>2. L'articolo 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016 e s.m.i.), disciplina l'affidamento diretto cd. temperato o comparativo</p>	<p>Ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lett. a), del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., «Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 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:</p> <p>a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria».</p> <p>b) 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'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le 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. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati</p>
<p>2. L'articolo 1, comma 2, lett. a), del D.L. n.70 del 2020, convertito in Legge n.120 del 2020, così come modificato ed integrato da D.L. n.76/2021, convertito in Legge n.108 del 2021, disciplina l'affidamento diretto cd. emergenziale</p>	<p>Ai sensi dell' articolo 1, comma 2, lett. a), del D.L. n.70 del 2020, convertito in Legge n.120 del 2020, «Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità:</p> <p>a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermi restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione»</p>

2. L'articolo 1, comma 2, lett. b), del D.L. n.70 del 2020, convertito in Legge n.120 del 2020, così come modificato ed integrato da D.L. n.76/2021, convertito in Legge n.108 del 2021, disciplina, invece, un'ipotesi di procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, per regolamentare, nel periodo emergenziale sino al 30 giugno 2023, gli affidamenti di lavori, servizi e forniture di valore maggiore, rispetto a quelli disciplinati dalla precedente lett. a), del summenzionato articolo 1, comma 2, del D.L. n.70 del 2020

Ai sensi dell' articolo 1, comma 2, lett. a), del D.L. n.70 del 2020, convertito in Legge n.120 del 2020, «*Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità*

a) [...];

b) procedura negoziata, senza bando, di cui all'articolo 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 139.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro, ovvero di almeno dieci operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016. Le stazioni appaltanti danno evidenza dell'avvio delle procedure negoziate di cui alla presente lettera tramite pubblicazione di un avviso nei rispettivi siti internet istituzionali. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, la cui pubblicazione nel caso di cui alla lettera a) non è obbligatoria per affidamenti inferiori ad euro 40.000, contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati»

AFFIDAMENTO DIRETTO E PROCEDURA NEGOZIATA

PARTICOLARMENTE RILEVANTE È LA DISTINZIONE TRA L’AFFIDAMENTO DIRETTO E LA PROCEDURA NEGOZIATA SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO, QUALE È, AD ESEMPIO, IL PROCEDIMENTO REGOLAMENTATO DALL’ARTICOLO 1, COMMA 2, LETT. B), DEL D.L. N.77/2020 CONVERTITO IN LEGGE N.120/2020 E S.M.I.. LA PROCEDURA NEGOZIATA È INFATTI UNA PROCEDURA CONCURSALE DI SCELTA DEI CONCORRENTI, POICHÉ LE ATTIVITÀ CHE LA STAZIONE APPALTANTE DEVE ESPLETARE SONO SEMPLIFICATE MA SONO PROCEDIMENTALIZZATE, COSÌ COME LE PROCEDURE ORDINARIE, APERTE E RISTRETTE

MENTRE LE PROCEDURE NEGOZiate SENZA PREVIA PUBBLICAZIONE DI UN BANDO SONO DELLE PROCEDURE FORMALI DI SCELTA DEL CONCORRENTE AL QUALE AFFIDARE L’APPALTO, L’AFFIDAMENTO DIRETTO AVVIENE IN ESITO AD UN’ATTIVITÀ DI NEGOZIAZIONE DI DIRITTO PRIVATO. L’AFFIDAMENTO DIRETTO PUÒ ESSERE DEFINITO - USANDO LE STESSE PAROLE UTILIZZATE DALLA MIGLIORE DOTTRINA - PER DEFINIRE LA (PREESISTENTE) FORMA DI STIPULAZIONE DEI CONTRATTI PUBBLICI DENOMINATA «TRATTATIVA PRIVATA»: IN QUESTE IPOTESI, «IL MODO DI FORMAZIONE DEI CONTRATTI AD EVIDENZA PUBBLICA [È] QUELLO PROPRIO DELLE NORME INTER PRIVATE COMUNI: L’AMMINISTRAZIONE PROPONE A UNO, A PIÙ SOGGETTI; VI POSSONO ESSERE TRATTATIVE E POSSONO NON ESSERCI NON TI, SI STENDE LO SCHEMA DI CONTRATTO, SI CONCLUDE: UN ITER, QUINDI, SOSTANZIALMENTE INFORMALE, COME QUELLO CHE CORRE TRA PRIVATI, IN CUI LA DISCIPLINA NORMATIVA SI LIMITEREBBE A QUELLA DI ALCUNE DICHIARAZIONI ESSENZIALI, COME LA PROPOSTA, L’ACCETTAZIONE, E I RELATIVI ATTI DI SECONDO GRADO”

LE SPECIFICHE MODIFICHE

Art. 36, comma 2, lett. b) ante modifica apportata con D.L. 32/2019 (limitatamente alla parte relativa ai lavori)

b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, (...), mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno **dieci operatori** economici per i lavori, (...), individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati

Art. 36, comma 2, lett. b) posto modifica apportata con D.L. 32/2019, come convertito in Legge 55/2019

b) 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'articolo 35 per le forniture e i servizi, **mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi**, ove esistenti, per i lavori (...) **nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti**. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati

I REQUISITI GENERALI E SPECIALI

Modifica apportata all'articolo 36 dal D.L. 32/2019

6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico-professionali

Modifica apportata all'articolo 36 dalla Legge di conversione n. 55/2019 (in grassetto le novità in vigore dal 18 giugno 2019)

6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico-professionali **ferma la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis**

CRITERI DI AGGIUDICAZIONE NELLE PROCEDURE NEGOZiate SENZA BANDO

Art. 36, comma 9-bis, in vigore dal 19 aprile al 17 giugno 2019 (introdotto dal D.L. 32/2019)	Art. 36, comma 9-bis, come modificato dalla Legge di conversione 55/2019
<p>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, previa motivazione, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa</p>	<p>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</p>

NESSUN CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE DEVE ESSERE INVECE PREDETERMINATO IN CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO
La Giurisprudenza ha chiarito che la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma, secondo giurisprudenza consolidata, l'affidamento diretto in una procedura di gara (Consiglio di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Venezia, sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Potenza 11.02.2022 n. 108; TAR Ancona 07.06.2021 n. 468)

L'AFFIDAMENTO DIRETTO PUÒ DUNQUE AVVENIRE:

- «SENZA CONSULTAZIONE DI PIÙ OPERATORI ECONOMICI», NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI AFFIDAMENTI (SALVA MOTIVATA DEROGA)
- TRAMITE RICHIESTA DI MERI PREVENTIVI DI SPESA, CHE PUÒ AVVENIRE, A SUA VOLTA INDIVIDUANDO DEGLI OPERATORI ECONOMICI, NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI AFFIDAMENTI OPPURE PUBBLICANDO UN APPOSITO AVVISO DI MERA INDAGINE DI MERCATO

LA PROCEDURA NEGOZIATA, DI CUI ALLA LETT. B), DELL'ARTICOLO 1, COMMA 2, DEL D.L. N.76/2020 E S.M.I., PUÒ DUNQUE AVVENIRE:

- ❖ «IN BASE AD INDAGINI DI MERCATO», CHE SONO AVVISI CHE GENERANO LA C.D. MANIFESTAZIONE DI INTERESSE DA PARTE DEL MERCATO (OCCORRE IL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI ROTAZIONE ANCHE NEGLI INVITI, SALVA MOTIVATA DEROGA O SALVA LA CONFIGURAZIONE DI UNA PROCEDURA SOSTANZIALMENTE APERTA)
- ❖ «TRAMITE ELENCHI DI OPERATORI ECONOMICI» A CREAZIONE PREVIAMENTE PUBBLICIZZATA, RISPETTO AI QUALI L'INVITO DEVE COMUNQUE AVVENIRE NEL RISPETTO DEL PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE