

PROGETTO DELIVERY UNIT NAZIONALE

CUP J54B16000140007

L'AFFIDAMENTO DIRETTO ALLA LUCE DEI NUOVI DECRETI SEMPLIFICAZIONE

Relatore Avv. Michele Damiani

Risposte alle domande del webinar del 13 aprile 2023

1. Qual è la relazione tra affidamento diretto e principio della rotazione?

Gli affidamenti diretti sono una forma di stipulazione di alcuni contratti sottosoglia e – com'è noto – ai sensi dell'articolo 36, comma 1, del D.Lgs. 50/2016 e s.m.i., il principio di rotazione deve trovare applicazione in sede di stipulazione di tutti i contratti sottosoglia.

Di seguito le principali norme di Legge statale in materia di affidamenti diretti e principio di rotazione.

Codice del 2016

Il menzionato articolo 36, comma 1, del Codice del 2016, statuisce che “L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese”.

Affidamento diretto Emergenziale: 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, statuisce che gli affidamenti diretti debbano avvenire “comunque nel rispetto del principio di rotazione”.

Il nuovo Codice del 2023 disciplina la materia, all'articolo 49, relativo ai contratti sottosoglia, statuendo che:

- “1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.
2. In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.
3. La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.
4. In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto.
5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.
6. È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro”.

In fase di prima applicazione del Codice del 2016, parte della dottrina e della giurisprudenza avevano ritenuto che il principio di rotazione dovesse trovare applicazione sia con riferimento agli operatori economici affidatari di un precedente servizio (stesso servizio), fornitura (stessa categoria merceologica), lavoro (stessa categoria generale o specialistica), sia con riferimento agli operatori economici invitati alla precedente procedura di affidamento per lo stesso servizio, fornitura o lavoro. È sempre stata pacifica, invece, l'insussistenza dei suddetti divieti, discendenti dal principio di rotazione, nel caso di mere indagini di mercato con richiesta di preventivi.

Il nuovo Codice del 2023 ha risolto il suddetto dubbio interpretativo, recependo gli insegnamenti della migliore Giurisprudenza, la quale – già prima della pubblicazione del Codice del 2023 – aveva più volte ribadito che non dovevano essere imposte limitazioni alla partecipazione degli Operatori economici già invitati alla precedente procedura di affidamento senza risultarne affidatari. Nella Relazione illustrativa al testo del nuovo Codice è infatti chiarito che: “In continuità con la disciplina pregressa e con le previsioni delle Linee Guida ANAC n. 4 si impone il rispetto del principio di rotazione già nella fase degli inviti, con lo scopo di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (Consiglio di Stato, sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943)”.

Anche la legislazione emergenziale di semplificazione dei procedimenti di affidamento dei contratti pubblici ribadisce la vigenza del principio di rotazione. Come si è già detto, 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, statuisce che gli affidamenti diretti debbano avvenire “comunque nel rispetto del principio di rotazione” (degli affidamenti – così dispone la norma - nel caso di affidamento diretto; nonché degli inviti nelle procedure di selezione riservate a pochi o, comunque, a determinati concorrenti, quali la procedura negoziata).

Per quanto attiene al sopravvenuto Codice del 2023, quest'ultimo detta – a differenza di quanto avvenuto con la previgente legislazione – una puntuale disciplina del principio di rotazione, senza delegarne la concreta definizione ed attuazione a fonti secondarie del diritto.

Ho già detto che il primo comma, del menzionato articolo 49, del Codice del 2023, conferma la vigenza del principio di rotazione nell'ambito degli affidamenti sotto soglia comunitaria di lavori, servizi e forniture.

L'articolo 49, comma 2, del Codice del 2023, non vieta l'invito degli Operatori economici già precedentemente invitati ma non risultati affidatari, limitandosi a vietare sia l'affidamento che l'aggiudicazione di un appalto soltanto al contraente uscente (è evidente, essendo preclusa l'aggiudicazione dell'appalto al contraente uscente, l'assoluta inutilità di invitarlo alla procedura di gara).

Pertanto:

- è vietato un nuovo affidamento diretto al cd. “contraente uscente”;
- è vietato l'invito alla procedura negoziata del “contraente uscente”, stante il divieto di una nuova aggiudicazione in suo favore;
- non è invece vietato l'invito degli Operatori economici già precedentemente invitati ma non risultati aggiudicatari.

Il divieto trova applicazione, soltanto qualora anche la precedente procedura di affidamento sia stata una procedura semplificata con un limite al numero degli operatori economici coinvolti e soltanto qualora – come si è già accennato - due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

Dal punto di vista dell'oggetto dell'appalto, il secondo comma, dell'articolo 49 cit., chiarisce che non è vietata l'assegnazione di un qualsiasi appalto ma solamente dell'appalto che abbia ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.



A tale ultimo riguardo, è stato spiegato dalla Giurisprudenza amministrativa che “ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030 e giurisprudenza ivi citata; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, n. 1524 del 2019, cit.).

Il terzo comma consente alle Stazioni appaltanti di ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e prevede che “in tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia”.

Il quarto comma, dell'articolo 49 in esame, prevede che il contraente uscente possa essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto solo in casi eccezionali, così rendendo improbabile l'ipotesi di un affidamento diretto al precedente affidatario.

Il comma 5, dell'articolo 49, stabilisce che il principio di rotazione non si applica quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici, in possesso dei requisiti richiesti, da invitare alla successiva procedura negoziata.

Ciò in quanto per questi casi, essendoci la possibilità di tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti di essere invitati alla procedura negoziata, senza alcuna limitazione, non è necessario applicare la rotazione e potrà pertanto essere invitato anche il contraente uscente.

La Relazione illustrativa spiega che tale opzione ermeneutica, avallata dalla migliore Giurisprudenza (Consiglio di Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999), è logica, in quanto in detta ipotesi non ricorre la ratio che caratterizza il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il quale, in attuazione del principio di concorrenza, ha la finalità di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente; esigenza che non viene in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcuno sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata all'esito dell'indagine di mercato.

Il sesto comma sancisce, infine, si può derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Com'è noto, le Linee Guida ANAC già prevedevano, prima della pubblicazione del Codice del 2023, la medesima deroga per affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro. Il nuovo Codice ha ritenuto di estendere tale previsione, che favorisce la semplificazione e velocizzazione degli affidamenti di importo minimo.

2. È possibile affidare direttamente più servizi, simili tra loro nei contenuti ma con CIG differenti, ad una stessa società?

Credo che la risposta si desuma dalle considerazioni in precedenza svolte per rispondere al quesito n.1, ove cerco di chiarire che il principio de quo trova applicazione soltanto qualora due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi.

Dal quesito sottoposto alla mia attenzione, non si comprende, invero, se trattasi di due contratti che l'Amministrazione intende stipulare consecutivamente e per fronteggiare la stessa esigenza di pubblico interesse oppure se si tratti di due appalti da affidare contestualmente e, dunque, diversi e distinti per definizione.

Il principio di rotazione trova applicazione soltanto nel primo caso.

Il principio di rotazione, infatti, si applica in relazione alla prima procedura di affidamento (di un servizio, di un lavoro o di una fornitura) successiva a quella nella quale il medesimo servizio o la

medesima fornitura sono stati affidati mediante affidamento diretto o con procedura negoziata con confronto comparativo coinvolgente un numero limitato di operatori economici.

Come si è già detto, “ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime” (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 15 dicembre 2020, n. 8030 e giurisprudenza ivi citata; cfr. anche Cons. Stato, Sez. V, n. 1524 del 2019, cit.).

Il CIG sembra, invero, irrilevante a questi fini, perché si tratta di un codice di 10 cifre assegnato dall'ANAC, preordinato a svolgere la specifica funzione di individuare una determinata procedura concorsuale ed uno specifico contratto pubblico, al fine di assicurare la tracciabilità dei flussi finanziari collegati alle procedure di appalto di lavori, servizi e forniture ed al primario fine di garantire la trasparenza delle operazioni compiute dalle stazioni appaltanti.

3. Se ne ha modo può parlarci della cosiddetta determina a contrarre semplificata ex articolo 32, comma 2, del codice del 2016 e dirci viceversa della forma che assume l'aggiudicazione a fronte di una determina a contrarre via affidamento diretto adottata ad avvio del procedimento?

Com'è noto, in caso di affidamento diretto, non vi è una procedura di gara e, dunque, non vi è neanche un provvedimento di aggiudicazione conclusivo del relativo procedimento amministrativo. L'articolo 32, comma 2, del Codice del 2016, statuisce che *“le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte”* e che *“Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), 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”*.

Questa forma di semplificazione procedimentale è stata naturalmente confermata dal D.L. n.76/2020 e s.m.i., il cui articolo 1, comma 3, statuisce che *“Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016. Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, [...] procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso”*.

Il D.L. n.76/2020 prevede – con riferimento agli affidamenti di cui al menzionato comma 2, lett. b), del suddetto articolo 1 - *“l'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso”*, perché si tratta di procedure negoziate e, dunque, pur sempre di procedure di gara e non di affidamenti diretti (così come nel caso degli affidamenti di cui al comma 2, lett. b), dell'articolo 36, del D.Lgs. n.50/2016).

Si è detto che non vi è una procedura di gara e che, dunque, non vi è neanche un provvedimento di aggiudicazione conclusivo del relativo procedimento.

In concreto, la fase di aggiudicazione è sostituita da una fase di negoziazione, così come avviene in diritto privato, questa può essere condotta nei confronti di un solo soggetto, quando l'Amministrazione sa già, in partenza, a chi deve rivolgersi; ma può essere condotta anche nei confronti di più soggetti, e, in tal caso, si ha quello che si denomina “sondaggio di mercato” o “gara esplorativa” e simili.

L'Amministrazione deve mettere a confronto le offerte così come opererebbe un privato allorché non ha idee precise circa ciò che gli conviene. La negoziazione con una pluralità di offerenti ad un certo punto si fissa sull'offerta più vantaggiosa per l'Amministrazione: un'offerta che non è scelta in base a criteri cd. meccanici; bensì in base ad un giudizio valutativo che formula la stessa

Amministrazione, nel quale l'elemento prezzo (*rectius*: corrispettivo) è uno degli elementi di valutazione, e può anche essere meno importante degli altri.

4. Un'attività di consulenza di un dipartimento universitario ai fini di una sperimentazione di natura tecnica rientra nel Codice dei Contratti e in particolare nella tipologia di affidamento diretto o può rientrare nella 241 accordo tra amministrazioni?

Ritengo si sia in presenza di un Accordo tra amministrazioni, di cui all'articolo 15, della Legge 7 agosto 1990, n.241 e s.m.i. e non di un appalto pubblico, se non altro perché un Dipartimento universitario non può essere qualificato come "operatore economico" e – com'è noto – gli Appalti pubblici sono definiti dall'articolo 3, del Codice del 2016, quali "*contratti a titolo oneroso, stipulati per iscritto tra una stazione appaltante o un ente aggiudicatore e uno o più operatori economici, aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti, la prestazione di servizi come definiti dal presente codice*".

Non so, peraltro, quale attività di consulenza sia stata demandata al Dipartimento e, dunque, non so se trattasi di attività imprenditoriale di interesse transfrontaliero.

4.bis Per precisare: si tratta di una sperimentazione affidata al dipartimento universitario che metterà attrezzature, personale e know how a fronte di un corrispettivo che dovrebbe essere consistere in un rimborso spese corrisposto dalla P.A. per la quale lavoro, interessata ai risultati della sperimentazione stessa. Mi scuso per la poca precisione, ho il dubbio se contrattualizzare la sperimentazione come affidamento diretto o come accordo tra amministrazioni tra il dipartimento universitario e la mia P.A.

Io formalizzerei un Accordo tra Amministrazioni, per le ragioni esposte in riscontro alla Sua precedente domanda.

Nel paragrafo 3.7. delle linee-guida Anac n. 4 (relative agli affidamenti sottosoglia), l'Autorità aveva stabilito che 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 o in atto equivalente.

Nel documento di consultazione sulla revisione delle stesse linee-guida n. 4, l'Anac ha chiesto di formulare osservazioni sulla possibilità di aumentare, in correlazione con la modifica normativa, la soglia entro la quale le amministrazioni possono "derogare" all'applicazione del principio di rotazione con una scelta supportata da una motivazione sintetica.

Il Consiglio di Stato, chiamato a rendere parere sul documento di revisione delle linee-guida per gli affidamenti sottosoglia, ha precisato nel parere n. 01312 del 30 aprile 2019 che condivide l'innalzamento della soglia (da 1.000 a 5.000 euro) entro la quale è possibile, con scelta motivata, derogare al principio di rotazione.

5. In riferimento al principio di rotazione, si può invitare anche la ditta uscente che si è aggiudicata lo stesso affidamento in precedenza, considerando che la stessa ha presentato un'offerta molto inferiore rispetto alle altre?

Il comma 4, dell'articolo 49, del Codice del 2023, prevede che il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati dalla sussistenza delle seguenti concorrenti condizioni:

- particolare struttura del mercato, che lo consigli o lo imponga;
- effettiva assenza di alternative;

- accurata esecuzione del precedente contratto.
La Relazione illustrativa – è importante sottolinearlo - precisa che i richiamati requisiti debbono sussistere contestualmente e non alternativamente tra loro.
Parte della Giurisprudenza già richiedeva, prima della pubblicazione del Codice del 2023, ai fini della legittimità della deroga al suddetto principio, l'esternazione di concorrenti motivazioni legate alla struttura del mercato e/o all'effettiva difficoltà di individuare delle utili alternative concorrenziali.
Certamente, la Stazione appaltante deve prendere in considerazione e valutare la circostanza giusta la quale l'appaltatore cd. uscente è obiettivamente avvantaggiato in sede di presentazione di una nuova offerta tecnica ed economica relativa alle stesse attività.
È stato chiarito, a tale ultimo riguardo, che “il principio di rotazione deve trovare applicazione già nella fase degli inviti, proprio al fine di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della commessa da realizzare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici” (così, Consiglio di Stato, Sez. V., 12 giugno 2019, n. 3943).

6. Nel caso di azienda speciale a totale partecipazione pubblica si applicano le stesse regole previste per l'affidamento diretto come innovato dal D.L. 77/2021?

A quali regole fa riferimento? Ciò che rileva è la natura dell'Azienda Speciale, che è un Organismo di diritto pubblico e, come tale, non soggiace alla disciplina dettata dal Codice dei contratti pubblici. Tenga presente che l'atto di costituzione di un'Azienda speciale è frutto di una volontà indissolubilmente connessa alla decisione di affidare a detto Ente, dotato di personalità giuridica, un determinato servizio pubblico, il quale può essere alternativamente gestito mediante altre forme, quali l'affidamento a terzi, a società in house, ec.

Dispone l'articolo 17, comma 1, del D.Lgs. n.175/2016, *“Tenuto conto del principio di autonomia nell'organizzazione dei servizi e dei principi di cui all'articolo 3, l'ente locale e gli altri enti competenti, nelle ipotesi in cui ritengono che il perseguimento dell'interesse pubblico debba essere assicurato affidando il servizio pubblico a un singolo operatore o a un numero limitato di operatori, provvedono all'organizzazione del servizio mediante una delle seguenti modalità di gestione:*

- a) affidamento a terzi mediante procedura a evidenza pubblica, secondo le modalità previste dal dall'articolo 15, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;*
- b) affidamento a società mista, secondo le modalità previste dall'articolo 16, nel rispetto del diritto dell'Unione europea;*
- c) affidamento a società in house, nei limiti fissati dal diritto dell'Unione europea, secondo le modalità previste dall'articolo 17;*
- d) limitatamente ai servizi diversi da quelli a rete, gestione in economia o mediante aziende speciali di cui all'articolo 114 del testo unico delle leggi sull'ordinamento degli enti locali di cui al decreto legislativo n. 267 del 2000”.*

7. Sembrerebbe, e uso il condizionale, che con il nuovo codice dei contratti in vigore dal 1° luglio 2023, sarà obbligatorio il ricorso al mercato elettronico anche per procedure sotto i 5000 euro. Conferma o meno? Attualmente questo obbligo vale solo per i contratti pari o superiore ai 5.000 euro

Ritengo di sì, perché questo limite è stato imposto da una norma speciale e cioè dall'articolo 1, comma 450, della Legge n. 296/2006 (la disposizione che disciplina gli obblighi di utilizzo del Mepa o di altre piattaforme telematiche per l'acquisto di beni e servizi di valore inferiore alle soglie UE

La disposizione individua pertanto (determinata dal 1° gennaio 2016 in 1.000 euro e aumentata dal 1° gennaio 2019 a 5.000 euro – in base alla modifica apportata dall'art. 1, comma 130 della legge n. 145/2018) un ambito entro il quale le Amministrazioni possono effettuare acquisti di beni e servizi senza fare ricorso a mercati elettronici o piattaforme telematiche.

In tal senso, l'ANAC ha avuto occasione di affermare, con il Comunicato del Presidente del 30 ottobre 2018, che entro tale valore, le Amministrazioni non sono tenute all'utilizzo delle piattaforme telematiche, previsto obbligatoriamente dal 18 ottobre 2018 per tutte le procedure regolate dal Codice dei contratti pubblici, in base a quanto stabilito dall'art. 40, comma 2 dello stesso d.lgs. n. 50/2016, poiché l'articolo 1, comma 450, della Legge n. 296/2006 costituisce norma speciale rispetto al Codice.

8. Ma il principio di rotazione non si applica anche agli operatori economici già invitati in precedenza?

No, anche se, invero, si è discusso al riguardo in dottrina ed in Giurisprudenza.

Ciò trova conferma nel secondo comma dell'articolo 49, nella parte in cui si vieta sia l'affidamento che l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente (essendo preclusa l'aggiudicazione dell'appalto al contraente uscente appare evidente l'assoluta inutilità di invitarlo alla procedura di gara.

Pertanto:

- è vietato un nuovo affidamento diretto al contraente uscente;
- ed è vietato l'invito alla procedura negoziata al contraente uscente, stante l'impossibilità di una nuova aggiudicazione allo stesso.

Non vengono invece poste limitazioni ad un nuovo invito per operatori economici già precedentemente invitati ma non risultati aggiudicatari.

9. Come cambia l'affidamento diretto nel nuovo codice dei contratti?

È disciplinato dall'articolo 49, del quale è stato esaminato il contenuto, per rispondere ai precedenti quesiti, trattandosi, innanzitutto, di un atto giuridico utile all'interpretazione della normativa previgente.

Tenga presente, a tale ultimo riguardo, che l'articolo 49, del Codice del 2023, ha recepito il contenuto delle Decisioni giurisdizionali che erano intervenute in materia.

10. Un ente locale che ha affidato i servizi informativi (applicativi e gestionali) per importi inferiori a 40.000 euro applicare il principio di rotazione risulta difficile dovuto a diversi fattori (costi di migrazione delle banche dati, formazione del personale per il nuovo applicativo,) come può agire a riguardo?

Ritengo che possa esser affidato direttamente al precedente gestore motivando innanzitutto in ordine ai costi ed alle problematiche e rischi connessi alla necessaria migrazione delle banche dati. Valuti la sussistenza o meno della necessità di strutturare il capitolato in modo tale da non incontrare ulteriori problemi di sostituibilità di questo Operatore alla scadenza del nuovo contratto. La motivazione dell'atto di affidamenti dovrà dare atto dalla sussistenza delle seguenti concorrenti condizioni:

- particolare struttura del mercato, che lo consigli o lo imponga;
- effettiva assenza di alternative;
- accurata esecuzione del precedente contratto.

11. Le garanzie finanziarie sono comunque necessarie per gli affidamenti diretti, anche quelle previste dall'art. 103 comma 6?

L'articolo 1, comma 4, 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, statuisce – con riferimento soltanto alla garanzia provvisoria di cui all'articolo 93, de D.Lgs. n.50/2016 - che *“per le modalità di affidamento di cui al presente articolo la Stazione appaltante non richiede la garanzia provvisoria di cui all'articolo 93 del decreto legislativo n.50 del 2016, salvo che, in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o altro atto equivalente...”*.

La succitata norma, invero, nulla dispone in ordine alla garanzia di cui all'articolo 103 del Codice del 2016.

12. Se affido vari incarichi ad ENEL per attività sulle linee elettriche (in ambito di autorità per l'energia) si parla di frazionamento?

Quali attività? Tenga presente che è corretto parlare di frazionamento se le diverse attività affidate ad ENEL S.p.A. sono parti di un unico intervento, pur avendo una loro autonomia funzionale.

Com'è noto, la suddivisione di un'opera, di un servizio o, addirittura, di una fornitura in più parti, da affidare con contratti distinti, è una forma utilizzata dalle Stazioni appaltanti soprattutto nelle ipotesi di interventi di notevoli dimensioni che si prestano ad essere “spezzati” in sub-affidamenti, definiti “lotti”.

Già il Regolamento sulla contabilità generale dello Stato (Regio Decreto 23 maggio 1924, n. 827), disciplinava la materia, sancendo la legittimità del frazionamento in lotti successivi solo in casi eccezionali, a fronte del principio di carattere generale giusta il quale, quando i lavori formino parte di un unico intervento, l'impresa appaltatrice deve essere la stessa e si deve procedere ad un unico contratto, non ammettendosi alcuna artificiosa suddivisione.

L'art. 37 del citato regio decreto consentiva di appaltare separatamente i lavori, suddividendoli in lotti, *“quando ciò sia riconosciuto più vantaggioso per l'amministrazione”*.

L'ipotesi di realizzazione dell'opera mediante suddivisione in lotti è stata prevista anche dalla normativa successiva ed, in primis, dalla Legge quadro sui lavori pubblici che, al riguardo, ha provveduto a dettare in modo più concreto e dettagliato limiti e modalità di attuazione.

L'art 14, comma 7, della Legge n. 109/94 e s.m.i., ha previsto che l'Amministrazione possa inserire nella programmazione annuale anche uno solo o più lotti di un intervento (così legittimando un *modus operandi*, che era già largamente seguito dalle Stazioni appaltanti), a condizione che sia stata elaborata la progettazione almeno preliminare dell'intera opera e siano state quantificate le risorse finanziarie complessivamente occorrenti, al fine di raggiungere un sufficiente grado di certezza sulla realizzabilità dell'intero intervento.

Inoltre, la suddetta Legge quadro ha introdotto l'importante condizione della “funzionalità” del singolo lotto: ha, cioè, prescritto – ai fini del legittimo frazionamento dell'opera – che le Stazioni appaltanti debbano necessariamente individuare dei lotti “funzionali”, ossia delle parti di un lavoro generale la cui progettazione e realizzazione sia tale da assicurarne funzionalità, fruibilità e fattibilità, indipendentemente dalla realizzazione delle altre parti.

- 13. L'amministrazione ha già assegnato, con affidamento diretto, ad un operatore economico il servizio di redazione dello studio di Analisi di rischio prevista dall'art. 242 del D. Lgs. 152/2006. Lo studio è stato approvato in Conferenza di Servizi e ha evidenziato la necessità di procedere con la fase successiva della progettazione degli interventi di bonifica, previsti dal medesimo art. 242. L'amministrazione può incaricare, con nuovo affidamento diretto, lo stesso Operatore economico per il servizio di redazione della progettazione oppure detto operatore deve essere escluso per il principio di rotazione?**

Non viene in rilievo, a mio avviso, il principio di rotazione, ma temo sussistano altre ragioni ostative, nonostante l'evidente opportunità di avvalersi dello stesso prestatore di servizi. Avrei bisogno di alcune informazioni per poterLe rispondere correttamente.

- 14. È possibile affidare alla stessa ditta che ha creato un portale di promozione del territorio tramite procedura MEPA un'integrazione dello stesso portale con nuove funzionalità valore affidamento inferiore a 40.000?**

Siamo obiettivamente in presenza di *“due consecutivi affidamenti [che hanno] a oggetto una commessa rientrante [...] nello stesso settore di servizi”*; è anche vero, però, che Ella definisce il servizio come *“un'integrazione”, “con nuove funzionalità”* e, dunque, quale *“servizio complementare”* che non può essere separato, sotto il profilo tecnico o economico, dall'appalto principale senza recare rilevanti inconvenienti all'Amministrazione.

Com'è noto, la legislazione in esame è stata definita di *“semplificazione”*, proprio perché volta a semplificare l'azione delle Pubbliche amministrazioni, non a complicarla, moltiplicando e frazionando, ad esempio, la responsabilità del corretto funzionamento del portale.

Il nuovo Codice del 2023 statuisce che *“In casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto”*.

Anche quando entrerà in vigore la norma – ferma la necessità che vi sia stata la *“accurata esecuzione del precedente contratto”* - non si sarà, per il resto, in presenza di ipotesi tassative, ben potendo dare atto la motivazione del provvedimento di deroga al principio di rotazione di ogni altra situazione di necessità, che impone o consiglia l'affidamento di una commessa al contraente uscente: si pensi, ad esempio, alla necessità di ridurre i tempi - oltre che di affidamento – anche di esecuzione delle prestazioni dedotte nello stipulando contratto pubblico.

- 15. Un Comune nel 2022 ha effettuato una procedura negoziata senza bando, per la fornitura di servizi di manutenzione hardware per un importo di € 141.000,00 e per la durata di 12 mesi. Sono stati invitati gli operatori economici Alfa, Beta, Gamma, Delta e Omega, individuati tramite un elenco di operatori economici.**

Si è aggiudicata la procedura l'operatore economico Delta, che ha erogato un ottimo servizio a un costo vantaggioso. Nel 2023 lo stesso Comune ha la necessità di rinnovare la fornitura dello stesso servizio per lo stesso importo.

Il Dirigente preposto, dovendo definire tipo di procedura e quali operatori economici possano partecipare, come decide:

- 1. Invitare tutti gli operatori economici Alfa, Beta, Gamma, Delta e Omega**
- 2. Invitare solo gli operatori economici Alfa, Beta, Gamma e Omega**



3. Procedere a un affidamento diretto all'operatore economico Delta

4. Indire una procedura aperta.

Qual è la risposta ritenuta esatta, specificando le ragioni per cui ritiene le altre ipotesi non corrette.

La domanda è carente di alcune informazioni indispensabili per una compiuta risposta. Infatti, a seconda della situazione di fatto esistente, esposta – ripeto - comunque omettendo informazioni indispensabili per la soluzione, possono essere legittime tutte le soluzioni ipotizzate dal n.1 al n.4.