ORRICK

Diritto Amministrativo Law Alert

GIUGNO 2016

GLI AFFIDAMENTI DIRETTI NEL NUOVO CODICE

A cura dei seguenti componenti del Dipartimento italiano di Diritto Amministrativo

Alessandra Quattrini

aquattrini@orrick.com

Alessandra Fani

afani@orrick.com

Cristina Denaro

cdenaro@orrick.com

Il presente documento è una nota di studio. Quanto nello stesso riportato non potrà pertanto essere utilizzato o interpretato quale parere legale né utilizzato a base di operazioni straordinarie, né preso a riferimento da un qualsiasi soggetto o dai suoi consulenti legali per qualsiasi scopo che non sia un'analisi generale delle questioni in esso affrontate. La riproduzione del presente documento è consentita purché ne venga citato il titolo e la data accanto all'indicazione: Orrick, Herrington & Sutcliffe, Newsletter.

L'Autorità Nazionale Anticorruzione ("**ANAC**") ha recentemente pubblicato uno schema di linee guida concernenti le "*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici*" (lo "**Schema di Linee Guida**") previste dall'art. 36 comma 7 del Decreto Legislativo n. 50 del 18 aprile 2016 (il "**Nuovo Codice**") in materia di procedure per l'affidamento dei contratti "sotto-soglia" in cui ricadono le procedure di affidamento diretto. Il periodo di consultazione di tale Schema si è concluso il 16 maggio 2016; allo stato, si è in attesa dell'approvazione delle Linee Guida.

Sommario

A) Gli affidamenti diretti nel Vecchio Codice
B) Gli affidamenti diretti nel Nuovo Codice
C) Gli affidamenti diretti nello Schema di Linee Guida
D) La comunicazione dell'ANAC per gli affidamenti diretti

A. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI NEL VECCHIO CODICE

La previgente disciplina, di cui all'art. 125 (commi 8 e 11) del D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163 e s. m. i. (il "**Vecchio Codice**"), consentiva di procedere:

a) con riferimento ai <u>lavori</u>:

- ad affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento per lavori di importo inferiore a Euro 40.000,00;
- ad affidamento mediante cottimo fiduciario *"nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono un numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante"* per lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 Euro e fino a 200.000,00 Euro;

b) con riferimento ai <u>servizi e forniture</u>:

- ad affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento per servizi e forniture di importo inferiore a Euro 40.000,00;
- ad affidamento mediante cottimo fiduciario "*nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei, individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante"* per servizi e forniture di importo pari o superiore a 40.000,00 Euro e fino alla soglie di rilevanza comunitaria.

Oltre alle ipotesi sopra richiamate, la norma in questione prevedeva (comma 10) il ricorso all'acquisizione in economia di beni e servizi anche in specifiche ipotesi derogatorie, individuate nello stesso art. 125, tra cui l'ipotesi di *"urgenza"*, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, nella quale l'acquisizione era da ritenersi strettamente necessaria "*al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali*

o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, ovvero per il patrimonio storico, artistico, culturale".

B. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI NEL NUOVO CODICE

Il Nuovo Codice – che, come è noto, ha sostituito il D. Lgs. 163/2006 - ha modificato la disciplina dei contratti "sotto-soglia" e, in particolare, quella degli affidamenti diretti.

La nuova normativa, all'art. 36 precisa, al comma 1, che l'affidamento e l'esecuzione del lavori, servizi e forniture "sotto-soglia" deve seguire i principi di concorrenzialità di cui all'art. 30 del medesimo Codice e i principi di rotazione "*in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese".*

Tale previsione, deve essere coordinata con l'art. 51 del Nuovo Codice che disciplina le nuove regole per la suddivisione in lotti, proprio allo scopo di favorire la partecipazione delle micro, piccole e medie imprese alle procedure di gara: "*Art. 51. (Suddivisione in lotti) 1. Nel rispetto della disciplina comunitaria in materia di appalti pubblici, sia nei settori ordinari che nei settori speciali, al fine di favorire l'accesso delle microimprese, piccole e medie imprese, le stazioni appaltanti suddividono gli appalti in lotti funzionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera qq), ovvero in lotti prestazionali di cui all'articolo 3, comma 1, lettera ggggg) in conformità alle categorie o specializzazioni nel settore dei lavori, servizi e forniture. Le stazioni appaltanti motivano la mancata suddivisione dell'appalto in lotti nel bando di gara o nella lettera di invito e nella relazione unica di cui agli articoli 99 e 139. Nel caso di suddivisione in lotti, il relativo valore deve essere adeguato in modo da garantire l'effettiva possibilità di partecipazione da parte delle microimprese, piccole e medie imprese*".

Come si può evincere dal tenore letterale della norma, la grande novità del Nuovo Codice rispetto alla precedente normativa, consiste nel fatto che la suddivisione in lotti costituisce la regola, mentre la mancata suddivisione è l'eccezione che deve essere motivata dalle stazioni appaltanti.

(i) L'art. 36 prevede, poi, al comma 2 lett. a), la possibilità di ricorrere alla procedura di affidamento diretto (i) per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 Euro (stessa soglia contenuta nel Vecchio Codice); o

(ii) per i lavori in amministrazione diretta.

L'affidamento:

(i) deve essere "*adeguatamente motivato*" dalla stazione appaltante;

(ii) rispetta "*quanto previsto dagli articoli 37* [centrali di committenza] *e 38* [qualificazione delle stazioni appaltanti e centrali di committenza]" .

Si evidenzia, al riguardo, che il Vecchio Codice non prevedeva l'obbligo di motivazione per gli affidamenti diretti, limitandosi a sancire solo un divieto di artificioso frazionamento (art. 125 comma 13 del Vecchio Codice).

L'art. 36, comma 2, alle lettere b), c) e d) consente poi:

(i) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000,00 Euro e inferiore a 150.000,00 Euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, 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. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati (lett. b);

(ii) per i lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 Euro e inferiore a 1.000.000,00 di Euro, mediante procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati (lett. c);

(iii) per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000,00 di Euro mediante ricorso alle procedure ordinarie (lett. d).

La novità più rilevante è quella relativa alla possibilità di affidare i contratti di lavori di importo sino ad

1.000.000 di euro mediante procedura negoziata e sembrerebbe senza alcuna motivazione al riguardo.

C. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI NELLO SCHEMA DI LINEE GUIDA

Lo Schema di Linee Guida emanato dall'ANAC ai sensi dell'art. 36 comma 7 del Nuovo Codice definisce "*gli aspetti di dettaglio*" delle procedure di affidamento per i lavori, servizi e forniture "sotto-soglia" e si applica, ai sensi dell'art. 2, (i) agli appalti aggiudicati nei settori ordinari "*inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria*"; (ii) ai "*settori speciali, gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica*"; e (iii) alle "*concessioni di lavori pubblici e di servizi*".

In particolare, il suddetto Schema:

a) all'art. 3 ribadisce i principi comuni che devono caratterizzare le procedure di affidamento "sotto-soglia";

b) all'art. 4 definisce la procedura di affidamento diretto.

Nel dettaglio:

a) con riferimento ai principi comuni.

L'ANAC nello Schema indirizza le stazioni appaltanti "*a ricorrere nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, anziché a quelle semplificate, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale*", rafforzando tale obbligo "*nelle ipotesi in cui il mercato risulti particolarmente ampio*" nelle quali "*le stazioni appaltanti, nella determina o delibera a contrarre*" non devono "*limitarsi ad individuare la procedura applicabile*" ma "*dovrebbero, ad esempio, dare conto delle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento non aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate*".

Lo Schema inoltre (i) individua e delinea i principi che devono essere rispettati nell'affidamento e nell'esecuzione di lavori, servizi e forniture "sotto-soglia", ossia i principi di "*economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità e rotazione*" (da intendersi come il "*non consolidarsi dei rapporti solo con alcune imprese*") al fine di evitare che gli "*affidamenti sotto soglia, ivi incluso l'affidamento diretto, possano essere frutto di scelte arbitrarie*"; (ii) "*impone alle stazioni appaltanti di predefinire ed esplicitare i criteri per la selezione degli operatori economici, con riferimento allo specifico contratto, nonché di assicurare adeguate forme di pubblicità agli esiti delle procedure di affidamento*"; e (iii) raccomanda alle stazioni appaltanti di individuare i requisiti degli affidamenti cercando di promuovere anche la partecipazione "*delle micro, piccole e medie imprese*".

b) con riferimento, in particolare, alla procedura di affidamento diretto.

L'ANAC chiarisce che tale procedura:

(i) deve essere avviata con una delibera a contrarre nella quale indicare "*l'esigenze che si intendono soddisfare, le caratteristiche delle opere/beni/servizi che intendono conseguire, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte*" nonché "*l'importo massimo stimato dell'affidamento*" e "*la relativa copertura, nonché alle principali condizioni contrattuali*";

(ii) deve preferibilmente prevedere "*una preliminare indagine, semplicemente esplorativa del mercato, volta a identificare la platea dei potenziali affidatari*" in ossequio ai principi di imparzialità, parità di trattamento e trasparenza;

(iii) deve effettuare la scelta dell'affidatario sulla base del possesso dei "*requisiti generali*" di cui all'art. 80 del Nuovo Codice e sulla base di "*criteri di selezione*" "*connessi al possesso di requisiti minimi di: "a) idoneità professionale" "b) capacità economica e finanziaria"*; e *"c) capacità tecniche e professionali"* nonché di eventuali "*criteri preferenziali di selezione*" fondati su "*accertamenti definitivi concernenti il rispetto dei tempi e dei costi nell'esecuzione dei contratti pubblici, quali i criteri reputazionali di cui all'art. 83, comma 10, del Codice*" (ossia il c.d. sistema di *rating* delle imprese che dovrà essere predisposto dall'ANAC con appositi Linee Guida).

Chiarito quanto sopra, l'Autorità delinea nel dettaglio come deve essere "*adeguatamente motivato*" da parte della stazione appaltante il ricorso alla procedura di affidamento diretto. A tal riguardo, infatti, lo Schema chiarisce che una motivazione si considera adeguata quando "*dà dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella delibera a contrarre, della rispondenza di quanto offerto alle esigenze della stazione appaltante, di eventuali*

caratteristiche migliorative offerte dal contraente e della convenienza del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione".

E, in particolare, per soddisfare tale onere motivazionale, l'ANAC suggerisce alle stazioni appaltanti di "*procedere alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici".*

Non solo. La suddetta Autorità chiarisce anche che "*in caso di affidamento all'operatore economico uscente, è richiesto un onere motivazionale più stringente",* onere che deve riguardare "*il grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti)"* e "*la competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione."*

Lo Schema impone altresì "*alle stazioni appaltanti la pubblicazione nei propri siti web istituzionali, delle motivazioni, almeno in sintesi, che hanno condotto alla scelta dell'affidatario del contratto"* in ossequio al principio di trasparenza, fatto salvo quanto previsto dall'art. 1, comma 32, Legge 190/2012 (concernente gli obblighi di trasmissione all'ANAC) e dal D. Lgs. 33/2013 (riguardante gli obblighi di trasparenza).

Alla luce di quanto sopra esposto è evidente che – se venissero confermate le stringenti indicazioni contenute nello Schema di Linee Guida – l'affidamento "diretto" di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 Euro si avvicinerebbe sempre più ad una vera e propria procedura di gara informale, con tutte le conseguenze del caso.

D. LA COMUNICAZIONE DELL'ANAC PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI.

Per mera completezza, si ricorda che l'ANAC con Comunicato dell'11 maggio 2016, contente le "*Indicazioni operative alle stazioni appaltanti e agli operatori economici a seguito dell'entrata in vigore del Codice dei Contratti Pubblici, d.lgs. n. 50 del 18 aprile 2016*, ha chiarito che continua ad applicarsi il Vecchio Codice alle procedure di "*affidamenti diretti o procedure negoziate in attuazione di accordi quadro aggiudicati prima dell'entrata in vigore del nuovo Codice*".