

Edilizia e Territorio

Appalti/1. Affidamento diretto fino a 150mila euro: resta il vincolo di rotazione

11 gennaio 2019 - Romano Mangani

Focus sulla novità della legge di Bilancio che ha innalzato da 40 a 150mila euro il limite dell'assegnazione fiduciaria dei contratti



La legge di bilancio appena approvata modifica in alcuni aspetti le modalità di affidamento dei contratti sottosoglia, con esclusivo riferimento al settore dei lavori (le novità non sono quindi applicabili ai contratti aventi ad oggetto forniture e servizi).

La tecnica utilizzata dal legislatore lascia inalterato l'assetto normativo delineato dall'articolo 36 del D.lgs. 50/2016. Le novità vengono infatti introdotte attraverso il meccanismo della deroga alle previsioni contenute nell'articolo richiamato, deroga che ha peraltro carattere temporaneo, essendo valida fino al 31 dicembre 2019.

Anche tenuto conto di questa modalità di intervento prescelta dal legislatore, appare utile ricostruire le regole che ad oggi disciplinano gli affidamenti sottosoglia, che sono il risultato delle previsioni originarie contenute all'articolo 36 e delle integrazioni rappresentate dalle novità introdotte dalla legge di bilancio. In questa ricostruzione vanno inoltre tenuti presenti i principali orientamenti interpretativi emersi fino ad oggi, specie da parte della giurisprudenza che si è occupata del tema.

L'affidamento dei lavori fino a 40.000 euro

Per i contratti rientranti in questa fascia di importo la legge di bilancio non introduce alcuna novità. Resta quindi immutata la previsione contenuta al comma 2, lettera a) dell'articolo 36 che consente di procedere all'affidamento diretto.

La nozione di affidamento diretto implica la possibilità di contrarre direttamente con un soggetto liberamente prescelto, senza obbligo non solo di svolgere alcun tipo di procedura, ma neanche di porre in essere qualche forma di consultazione preventiva. **La scelta è quindi del tutto discrezionale, e come tale è difficilmente contestabile** in sede giurisdizionale a meno che non sia affetta da macroscopici errori di valutazione. Sotto questo profilo va peraltro rilevato che il comma 1 dispone che per tutti gli affidamenti disciplinati dall'articolo 36 – e quindi anche per quelli di importo fino a 40.000 euro – trovano applicazione i principi generali sanciti in particolare dall'articolo 30. Si tratta dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza nonché, per ciò che concerne in particolare gli affidamenti, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché di pubblicità.

In realtà l'applicazione di questi principi mal si concilia con la nozione di affidamento diretto nei termini sopra ricordati. In particolare alcuni dei principi indicati, quali la libera concorrenza e la trasparenza, presuppongono almeno un confronto competitivo, che invece nel nostro caso manca del tutto. Per non parlare del principio di pubblicità, posto che l'affidamento diretto prescinde da qualunque forma di pubblicità preventiva.

La stessa giurisprudenza ha evidenziato come l'affidamento diretto rappresenti una procedura in deroga rispetto anche ai principi della concorrenza, non discriminazione e similari, che implicano sempre e comunque una procedura competitiva, sia pure informale. Si tratta infatti di una modalità di affidamento nella quale la speditezza prevale su ogni genere di formalismo.

E sempre in giurisprudenza si trova affermato che è del tutto razionale che una procedura competitiva per contratti di importo più elevato si caratterizzi per delle regole che possono invece non trovare applicazione per i contratti di importo contenuto.

Lo stesso Consiglio di Stato, nel rilasciare il suo parere sul D.lgs. 50, ha sottolineato che per gli affidamenti fino a 40.000 euro il legislatore ha inteso delineare un micro sistema a sé stante e autosufficiente che non necessita di particolari formalità e rispetto al quale i principi generali sopra ricordati non determinano particolari limitazioni. Quanto alle modalità concrete per procedere all'affidamento diretto l'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che sia sufficiente una determina a contrarre che contenga, in termini semplificati, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, l'individuazione dell'affidatario, le ragioni della scelta e la verifica in ordine al possesso in capo a quest'ultimo dei requisiti generali e speciali.

L'unico vincolo che limita la libertà di scelta dell'affidatario deriva dal principio di rotazione. Secondo le indicazioni contenute nelle [Linee guida Anac n. 4](#), che hanno trovato conferma nella giurisprudenza prevalente, la regola è che l'affidamento non può essere operato a favore del contraente uscente. Questa regola può subire deroghe solo in presenza di condizioni particolari, legate da un lato alla particolare struttura del mercato e alla mancanza di valide alternative, dall'altro al grado di soddisfazione maturato nel precedente rapporto contrattuale e alla competitività del prezzo offerto.

Va peraltro evidenziato che l'applicazione del principio di rotazione riguarda più i settori dei servizi e delle forniture che non quello dei lavori. Infatti, mentre i primi hanno una loro ripetitività, ogni lavoro si caratterizza per la sua unicità. Tuttavia ciò non esclude che attraverso l'applicazione del principio di rotazione si tenda ad evitare che una pluralità di lavori, ancorché distinti l'uno dall'altro, siano affidati sempre al medesimo soggetto.

I lavori sopra i 40.000 euro: la disciplina dell'articolo 36.

Sopra la soglia dei 40.000 euro l'articolo 36 suddivide i lavori, ai fini del relativo affidamento, in tre fasce di importo. La prima riguarda i lavori di importo ricompreso tra 40.000 e 150.000 euro. Per il loro affidamento è previsto lo svolgimento di una procedura negoziata a cui devono essere invitati, se esistenti, almeno dieci operatori economici. La scelta di questi ultimi deve avvenire tramite indagine di mercato o elenchi precostituiti, garantendo il principio della rotazione.

L'Anac, sempre nelle [Linee guida n.4](#), ha fornito ulteriori indicazioni circa le modalità di svolgimento delle indagini di mercato e la tenuta degli elenchi di operatori economici, volte a garantire una sostanziale apertura del mercato attraverso in primo luogo idonee forme di pubblicità.

La seconda fascia di importo ricomprende i lavori tra i 150.000 e 1 milione di euro. Anche per l'affidamento dei contratti rientranti in tale fascia è previsto lo svolgimento di una procedura negoziata secondo i medesimi criteri illustrati per la fascia precedente, con l'unica differenza che gli operatori da invitare devono essere almeno quindici. La terza e ultima fascia riguarda i lavori di importo superiore a 1 milione di euro. Per questi contratti l'affidamento deve avvenire attraverso l'espletamento di procedure ordinarie, venendosi quindi ad operare, quanto alle modalità di affidamento, una sostanziale equiparazione con i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria.

Le novità introdotte dalla legge di bilancio

Rispetto al quadro delineato dall'articolo 36 la legge di bilancio introduce – attraverso una deroga temporanea – due novità.

La prima consiste nella previsione secondo cui i committenti possono procedere ad affidamento diretto dei contratti ricompresi tra 40.000 e 150.000 euro previa consultazione, se esistenti, di tre operatori economici. La seconda novità consente per i contratti ricompresi tra 150.000 e 350.000 euro l'affidamento tramite procedura negoziata con invito di almeno dieci operatori economici.

Il primo profilo rappresenta la novità di maggiore interesse e anche quella che presenta alcuni aspetti di problematicità. Il legislatore ha infatti previsto l'affidamento diretto ma subito dopo ha specificato che tale affidamento deve di norma essere preceduto dalla consultazione di tre operatori.

In realtà la nozione di affidamento diretto nel suo significato proprio presuppone – come visto sopra per la fascia di importo fino a 40.000 euro – una assoluta libertà di scelta del contraente, che prescinde da qualunque forma di confronto competitivo. Di conseguenza prevedere la preventiva consultazione di tre operatori economici finisce per delineare una modalità di affidamento diretto ibrida, che si pone tra l'affidamento diretto puro e lo svolgimento di una procedura di gara.

A quest'ultimo proposito va tuttavia sottolineato che la consultazione è qualcosa di diverso e di meno pregnante di una procedura, anche nella forma meno rigida della procedura negoziata. La consultazione è svincolata da qualunque regola procedurale e può svilupparsi nelle più diverse forme, e si deve ritenere caratterizzata da una estrema snellezza e semplificazione.

In sostanza sembra sufficiente che l'ente committente sia in grado di dimostrare che ha acquisito tre offerte da comparare, secondo modalità che non sono precostituite e la cui scelta rientra nella piena discrezionalità dell'ente stesso.

Anche l'individuazione dei soggetti con cui operare la consultazione è rimessa alla piena discrezionalità dell'ente appaltante. Non operano le previsioni dettate per la procedura negoziata, che impongono lo svolgimento di un'indagine di mercato o il ricorso ad elenchi precostituiti. L'unico vincolo che ragionevolmente dovrebbe sussistere anche nella consultazione è rappresentato dal criterio della rotazione, che impone di non svolgere la stessa sempre con i medesimi soggetti.

Quanto alla seconda novità introdotta, essa prevede lo svolgimento di una procedura negoziata con invito di almeno dieci operatori per gli appalti fino a 350.000 euro, innalzando quindi il limite che è attualmente previsto in 150.000 euro. In sostanza la novità introdotta si riduce alla previsione secondo cui per i lavori ricompresi tra 150.000 e 350.000 euro la procedura negoziata prevede l'invito di soli dieci operatori e non di quindici, secondo la previsione originaria dell'articolo 36. Peraltro il legislatore ha ommesso di modificare per coerenza la lettera c) del comma 2 dell'articolo 36, variando la soglia iniziale a 350.000 euro.

Restano ferme le previsioni relative alle modalità di svolgimento della procedura negoziata, e cioè la selezione degli invitati per mezzo di indagini di mercato o di elenchi precostituiti nonché l'applicazione del criterio di rotazione per gli inviti.

A proposito della scelta dei soggetti da invitare, va segnalato un orientamento giurisprudenziale che ha riconosciuto ad un operatore economico non invitato, che sia comunque venuto a conoscenza dello svolgimento della procedura, la facoltà di presentare un'offerta. Ciò a condizione che la sua partecipazione alla procedura non comporti un aggravio

insostenibile per l'ente appaltante, recando un pregiudizio alle esigenze di celerità e snellezza cui è ispirata la procedura. Secondo questo orientamento ciò sarebbe conforme sia al principio di favor participationis sia al principio di concorrenza, rappresentando altresì un limite congruo al potere discrezionale degli enti appaltanti nella scelta dei soggetti da invitare.

© RIPRODUZIONE RISERVATA