

AFFIDAMENTO DIRETTO

9 FEBBRAIO 2024

Art. 50, c. 1, CDC - Le ipotesi

Le stazioni appaltanti **procedono** all'affidamento diretto con le seguenti modalità:

lavori di valore < **150mila** (lett. a)

e servizi, anche tecnici e forniture di valore < **140mila** (lett. b) →

- anche senza consultazione di più operatori
- in favore di soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse
idonee
- anche con individuazione tra iscritti a elenchi e albi della SA

Le esperienze pregresse

RELAZIONE CDS, p. 74, ultimo capoverso →

La preferenza per il richiamo a “**esperienze idonee**” piuttosto che a “esperienze analoghe” attiene alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell’operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all’oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell’affidamento.

A ogni buon conto→

rientra nell’ampia discrezionalità della stazione appaltante, tenuto conto delle caratteristiche delle prestazioni da acquisire, valutare le modalità con cui devono essere documentate le idonee esperienze pregresse

parrebbe che la norma prenda in considerazione non dati relativi al fatturato, quanto alla tipologia di attività svolta dall’OE

L'interesse transfrontaliero certo

Ex art. 48, c. 2, CDC

Il RUP deve verificare se l'appalto in questione abbia un interesse transfrontaliero, perché, se dovesse verificarsi tale circostanza, si imporrebbe l'utilizzo delle procedure ordinarie e non di quelle semplificate

DIFATTI → Le procedure specifiche previste dalle direttive comunitarie si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente nelle direttive stesse (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard)

TUTTAVIA → le amministrazioni sono tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE e, in particolare, il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punti 20 e 21; Corte di Giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, punto 32; Corte di Giustizia, 14 giugno 2007, causa C-6/05, punto 33) nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

Il legislatore non ci ha dato una definizione di ITC.

Soccorre la CGUE

L'interesse transfrontaliero certo

CGUE → Una commessa può presentare interesse transfrontaliero:

- in ragione del suo valore stimato
- in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri;
- in relazione alle caratteristiche tecniche dell'appalto e del settore di riferimento (struttura del mercato, sue dimensioni e prassi commerciali in esso praticate)
- tenuto conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie" (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

CASI DUBBI → quantomeno con riferimento agli affidamenti "dubbi", potrebbe risultare opportuno pubblicare una preventiva manifestazione di interesse che abbia quali destinatari gli operatori e attendere che il termine per la presentazione di una manifestazione di interesse spiri vanamente. A valle di questa preventiva consultazione, in assenza di riscontri, l'Amministrazione potrà serenamente perseguire il percorso procedimentale prescritto dal Codice, dando atto, in seno alla determina a contrarre semplificata, dell'assenza di un interesse transfrontaliero proprio per effetto degli esiti della consultazione preventiva.

Gli strumenti di acquisto e negoziazione

Ex art. 48, c. 3, CDC

Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa.

Tuttavia

all'art. 25 è stato previsto, dal primo gennaio 2024, l'**obbligo di utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale** per svolgere tutte le procedure di affidamento e di esecuzione

E PER AFFIDAMENTI < 5000 EURO?

RICORDIAMO che l'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, non espressamente abrogato, individua in euro 5.000 la soglia di esenzione dall'obbligo di ricorrere a strumenti di negoziazione

Art. 50, c. 6, e art. 52, c. 1 e 2, CDC - La verifica dei requisiti

→ REGOLA

DOPO la verifica dei requisiti (*esclusivamente*) dell'aggiudicatario la SA può procedere alla consegna anticipata delle prestazioni, nelle more della stipula

→ DEROGA

TUTTAVIA, solo con riferimento agli affidamenti diretti di valore **non > 40mila**, gli OE attestano con DSAN il possesso dei requisiti richiesti (per importi superiori a 40mila → DGUE)

In tale ultimo caso (< 40mila), **la verifica delle dichiarazioni** può avvenire con sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate

FOCUS → Le modalità predeterminate

Art. 53 CDC - Le Garanzie

Nell'ambito della procedura di affidamento diretto:

1- NON sono richieste garanzie provvisorie

2- è facoltà della SA di richiedere o meno la garanzia definitiva (in tal caso pari al 5% dell'importo contrattuale)

Secondo Anac ([parere del 26.9.2024](#)):

- la ratio alla base dell'impianto del nuovo codice si rinviene nell'esigenza di semplificazione delle procedure
- il comma 4 dell'articolo 53 non stabilisce vincoli né detta preclusioni in ordine ai motivi che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva
- è possibile addurre quale motivo di esonero dalla garanzia definitiva il miglioramento del prezzo (condizioni particolarmente favorevoli)

Art. 53 CDC - Le Garanzie

Domanda 1 → Incremento garanzia definitiva è applicabile?

Ex art. 117, c. 2, in caso di aggiudicazione con ribassi superiori al 10 per cento, la garanzia è aumentata di tanti punti percentuali quanti sono quelli eccedenti il 10 per cento; se il ribasso è superiore al 20 per cento, l'aumento è di due punti percentuali per ogni punto di ribasso superiore al 20 per cento.

Il MIT (parere 2179) propende per un'interpretazione restrittiva → NO

Domanda 2 → Si applicano le riduzioni per certificazioni ISO?

Art. 49 CDC - La rotazione

L'art. 49 CDC vieta **l'affidamento** al contraente uscente nei casi in cui **due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, categoria di opere o settore di servizi.

Tale regola non è tuttavia assoluta:

comma 3 → concede la facoltà di ripartire gli affidamenti in fasce in base al loro valore economico; in tal caso il divieto di affidamento all'OE uscente si applica con riferimento a ciascuna fascia ([esempio qui](#))

comma 4 → consente l'invito o l'affidamento all'OE uscente *“in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto”*

comma 6 → ammette una deroga generalizzata al principio di rotazione per gli affidamenti di valore minimo (inferiore a € 5.000)

Art. 49 CDC - La rotazione

E IN RELAZIONE ALLE PROCEDURE SOSTANZIALMENTE APERTE?

EX ART. 49, C. 5 → Per i contratti affidati con le procedure negoziate 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.

Il comma può essere esteso anche agli affidamenti di cui alle lettere a) e b), ossia agli affidamenti diretti?

Affidamento diretto: Obbligo o Facoltà?

Ex art. 48, c. 1, CDC → L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea **si svolgono** nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II.

Ex art. 50, c. 1, CDC → Le SA **procedono** all'affidamento dei contratti sottosoglia secondo le modalità ivi indicate.

Presente indicativo = Imperativo (!!!)

E la ratio di semplificazione?

Affidamento diretto: Obbligo o Facoltà?

TUTTAVIA → Si veda [Circolare MIT 298/2023](#)

ordinarie. Pertanto, va ribadito che l'art. 48, comma 1, del Codice, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama accanto al principio del risultato tutti i principi contenuti nel Titolo I della Parte I del Primo Libro del Codice, tra cui rilevano, in particolare, il principio di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.

Tale richiamo conferma che le procedure del sotto-soglia saranno interpretate ed applicate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento attraverso le prassi delle Amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza.

In considerazione di quanto esposto, si ribadisce che le disposizioni contenute nell'articolo 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le

amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla Direttiva 2014/24/UE.

Affidamento diretto e Clausola Sociale

[Si veda Circolare MIT 2083/2023](#)

L'art. 57 CDC prevede "l'obbligo" per le stazioni appaltanti di inserire nei bandi di gara, avvisi e inviti, tutte le specifiche "clausole sociali" volte a tutelare la stabilità occupazionale, la parità di genere, le pari opportunità generazionali, l'inclusione lavorativa

Il dato testuale [induce a escludere](#) l'obbligo di applicazione della clausola sociale agli affidamenti diretti.

L'Affidamento Diretto non è una gara

Ex art. 3, comma 1, lett. d), dell'Allegato I.1:

- l'affidamento diretto è non è una procedura di gara
- quando si procede mediante A.D., anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente

CDS n. 503/2024 →

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
- non abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze

L'Affidamento Diretto non è una gara

TAR LOMBARDIA - MILANO n. 949/2023 →

evidenzia la natura semplificata della procedura, che si svolge non in ottica comparativa, ma solo in termini di economicità e di rispondenza dell'offerta alle esigenze della SA

anche in caso di apertura al mercato attraverso l'introduzione di regole improntate al confronto concorrenziale, non è necessario farsi guidare dai principi generali dell'evidenza pubblica e, quindi, prestabilire i criteri di valutazione delle offerte e valutare queste ultime in comparazione tra di loro assegnando un punteggio

non vi è obbligo di redigere apposita graduatoria (ma, al massimo, un verbale di valutazione del RUP)

l'avvenuta previsione dell'acquisizione di più offerte e la predeterminazione di criteri selettivi, con espressa previsione nell'atto di regolamentazione della selezione che non sarebbe stata formata una graduatoria, non snaturava la procedura individuata dall'Amministrazione e non trasformava l'affidamento diretto in una gara. Il procedimento intrapreso continua a configurarsi come mero "confronto di preventivi", e ad imporre esclusivamente la motivazione della scelta in termini di economicità e di rispondenza dell'offerta alle esigenze della PA

L'Affidamento Diretto non è una gara

TAR LOMBARDIA - MILANO n. 2968/2023 →

1- non modifica la natura dell'affidamento diretto e non lo trasforma in una gara la circostanza che la stazione appaltante abbia individuato criteri *latu senso* valutativi per l'individuazione del migliore servizio offerto (cfr. Cons. di Stato, Sez. IV, 23.04.2021, n.3287; TAR Lombardia, Milano, Sez. IV, 17.04.2023, n. 949; TAR Calabria, Reggio Calabria, Sez. I, 25.11.2022, n. 750)

2- tale scelta è piuttosto funzionale:

- a consentire la puntuale articolazione della proposta delle imprese partecipanti rispetto al fabbisogno specifico della stazione appaltante
- a garantire la trasparenza dell'azione dell'amministrazione attraverso l'assolvimento dell'onere di motivazione in merito all'individuazione del contraente, anche nell'ambito di una procedura che non prevede, di norma, alcuna forma preventiva di pubblicità e neppure obbliga alla consultazione informale del mercato

3- l'offerta, in sostanza, è una mera "proposta contrattuale" articolata dall'impresa in modo da rispondere alle richieste specifiche dell'amministrazione acquirente, sulla base dei parametri dalla stessa indicati, che non impegna a un confronto comparativo strutturato, né tantomeno a una "pesatura" dei contenuti delle proposte dei diversi operatori.

L'Affidamento Diretto non è una gara

TAR LOMBARDIA - MILANO n. 2968/2023 →

4- si impone esclusivamente la motivazione della scelta in termini di rispondenza dell'offerta alle esigenze dell'amministrazione. Quindi l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione si intende positivamente assolto indicando, nella propria relazione di valutazione allegata al provvedimento di affidamento, le ragioni per cui l'offerta è stata ritenuta, **nel suo complesso**, maggiormente rispondente alle esigenze dell'ente rispetto a quella formulata dalla ricorrente (es: indicando gli aspetti operativi e le differenze essenziali tra i preventivi in ordine alle modalità di svolgimento delle prestazioni)

5- non è determinante un maggior rialzo sul canone, per la scelta potrebbe non essere quella di massimizzare il criterio economico nell'individuazione del contraente, bensì di attribuire preminenza alle modalità esecutive delle prestazioni e alla rispondenza delle stesse alle esigenze dell'ente.

L'Affidamento Diretto non è una gara

E SE LA S.A. SI AUTOVINCOLA IN MODO ASSAI STRINGENTE?

BUON LAVORO!

luigifadda.it

luigifadda@gmail.com