

L'affidamento diretto nel Codice dei Contratti Pubblici: le questioni aperte

09 Gennaio 2018
Vincenzo Varchetta

Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cosiddetto “Decreto correttivo” del Codice dei contratti pubblici) ha modificato sensibilmente le disposizioni in merito agli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. L'ANAC, di conseguenza, ha reputato opportuno formulare un aggiornamento delle Linee Guida n. 4 di attuazione del Codice dei contratti pubblici recanti “*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”.

Sono diverse – e decisamente rilevanti – le **questioni aperte** per le quali l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha auspicato, nella relazione introduttiva al testo delle nuove Linee guida n. 4 recanti “*Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*”, la più ampia partecipazione da parte degli operatori economici e delle amministrazioni aggiudicatrici, proponendo in consultazione una nuova versione del documento.

Tra i temi da approfondire un ruolo centrale è rivestito dalla questione relativa alla verifica dei requisiti dei soggetti aggiudicatari nei casi di **affidamento diretto**, anche in virtù del considerevole numero e dell'elevata frequenza di tali procedure.

L'articolo 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici dispone: «Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito». Il comma 7 del medesimo articolo prevede che nelle Linee guida di ANAC: «sono anche indicate specifiche modalità ... di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata».

La scelta del Legislatore di rimandare ad ANAC la regolamentazione delle verifiche cui sottoporre l'aggiudicatario in caso di affidamento diretto permette di ipotizzare che lo stesso Legislatore sia orientato verso una disciplina difforme rispetto a quella, già semplificata, prevista per le procedure negoziate. In sostanza, **si rende necessario individuare le specifiche modalità operative la cui attuazione possa semplificare in misura apprezzabile i controlli relativi agli acquisti di basso importo, preservando al contempo la garanzia del rispetto della legalità nello svolgimento delle procedure con cui tali affidamenti vengono realizzati**. L'ANAC ha, pertanto, invitato gli stakeholders a fornire le proprie valutazioni in merito alle seguenti opzioni:

a) “confermare, anche per gli affidamenti diretti, la medesima disciplina prevista per le procedure negoziate, verificando quindi il possesso da parte dell'aggiudicatario di tutti i requisiti previsti. Si tratta di una soluzione che non modifica il contesto attuale, ma che può essere invocata in ragione della preminenza

dell'interesse pubblico alla legalità”;

b) “prevedere la facoltà della stazione appaltante di non effettuare il controllo dei requisiti di ordine generale e speciale in determinati casi, ad esempio per gli affidamenti di importo inferiore a determinate soglie e/o per gli acquisti sul mercato elettronico, considerando in quest'ultimo caso che controlli, seppure a campione, sono stati effettuati per l'ammissione e la permanenza nello stesso;

c) “nelle fattispecie di cui al punto precedente, si potrebbe ipotizzare, in alternativa, di limitare le verifiche della stazione appaltante al controllo dell'assenza di annotazioni a carico dell'aggiudicatario nel casellario informatico dell'Autorità”;

d) “prevedere un minor numero di controlli sull'aggiudicatario, limitandosi, ad esempio, a quelli considerati obbligatori dalla direttiva 2014/24/UE (assenza di condanne penali e di irregolarità fiscali e contributive)”.

Le modalità di verifica dei requisiti dell'affidatario in casi di esigenze straordinarie e urgenti

Un ulteriore e fondamentale tema su cui l'Autorità ha richiesto osservazioni, concerne le modalità di **verifica dei requisiti** dell'affidatario nei casi di **esigenze straordinarie e urgenti**, tali da dover assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, non compatibile con i tempi di realizzazione canonici.

Sarebbe ragionevole prevedere, dunque, che la stazione appaltante possa chiedere all'operatore economico selezionato, prima della sottoscrizione del contratto, di attestare il possesso dei requisiti a mezzo autocertificazione, resa in conformità delle disposizioni di cui al testo unico delle norme legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La stazione appaltante, dunque, sarebbe a questo punto in grado di avviare tempestivamente il controllo dei requisiti oggetto di autocertificazione, esplicitando con adeguata motivazione, in occasione del primo atto successivo alla conclusione delle verifiche svolte, la sussistenza dei suddetti presupposti. Nel contratto di affidamento la stazione appaltante potrà sospendere il pagamento, anche parziale, del corrispettivo previsto (anche per ciò che riguarda prestazioni già eseguite) in mancanza di conferma del possesso dei requisiti dichiarati dall'aggiudicatario con autocertificazione. Qualora poi venga accertata l'assenza di uno dei predetti requisiti, la stazione appaltante recederà dal contratto, fermo restando il pagamento dei servizi già eseguiti e il rimborso di eventuali spese sostenute, segnalando successivamente l'esito degli accertamenti alle autorità competenti.

La modalità di rotazione degli inviti

Una seconda grande questione, meritevole di approfondimento da parte degli addetti ai lavori, riguarda le modalità di **rotazione degli inviti** e degli affidamenti, espressamente affidate alle Linee Guida di ANAC ai sensi dell'articolo 36, comma 7, del Codice dei contratti pubblici. All'uopo, è d'obbligo considerare i seguenti limiti:

a) precludere la partecipazione del precedente affidatario ad una procedura negoziata o ad un affidamento diretto potrebbe rivelarsi, in taluni casi, dannoso per la stazione appaltante, la quale sarebbe costretta a scartare *ab origine* la possibilità di valersi di un operatore economico che ha garantito servizi di ottima qualità. Contrariamente, è pur vero che l'instaurarsi di relazioni di collaborazione tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici comporta il forte rischio di posizioni privilegiate, corruzione e clientelismi;

b) le medesime riflessioni possono applicarsi al principio di rotazione degli inviti che, da un certo punto di vista, rischia di penalizzare fortemente le imprese. Gli operatori economici, consapevoli di avere un'unica chance (nel medio periodo) di riuscire a ottenere un affidamento da parte di una determinata stazione appaltante saranno indotti a presentare offerte molto competitive, con l'eventualità di non essere in grado, nella fase esecutiva del contratto, di assicurare il servizio offerto in sede di gara.

Diversamente, ignorare il principio di rotazione potrebbe, da un lato, inficiare il principio libera concorrenza (soprattutto laddove vi siano elenchi con pochi operatori economici), dall'altro, potrebbe ostacolare l'effettiva partecipazione di altri soggetti, in contrasto con il principio ispiratore della norma, che mira a ottenere la massima rotazione degli inviti;

c) sotto un ultimo, differente profilo, è necessario stabilire con quali modalità occorrerà tener conto del valore degli affidamenti in funzione del principio di rotazione. I **contratti sotto soglia** comunitaria, infatti, possono **variare considerevolmente**, passando da affidamenti dal valore poco più che modesto a contratti molto prossimi al valore limite. L'operatore economico invitato a concorrere alla procedura per l'affidamento di un contratto di basso importo rischierebbe, dunque, di vedersi pregiudicata la possibilità di essere invitato a partecipare a una procedura comparativa relativa a un contratto di ben più cospicuo importo, nel caso in cui il primo invito precluda inviti per le gare successive. In sostanza, si tratta di individuare le modalità che consentano il riconoscimento di **pari opportunità**, insieme al principio di rotazione, in modo tale da garantire una reale parità di valore della chance in capo agli operatori economici. Pertanto, preso atto che, per quel che concerne le condizioni minime che rendono legittimi nuovi inviti o affidamenti al precedente aggiudicatario, nella bozza di integrazione delle linee guida in parola viene ribadito quanto già disposto con il documento originale approvate prima del correttivo, l'ANAC ha invitato i soggetti interessati a esprimere osservazioni in merito alla possibilità di rendere **meno vincolante il principio di rotazione** degli inviti o degli affidamenti, in presenza di determinati presupposti, ovvero ipotizzando tre tipi di interventi, come testualmente riportati nelle premesse del documento:

i. “l'elenco degli operatori economici, oltre che per tipologia di affidamento, **anche per fasce di importo**, considerando ogni sezione come elenco a sé stante. In questo caso un operatore economico invitato per un affidamento rientrante in una determinata sezione non potrà partecipare a procedure per affidamenti relativi alla medesima sezione;

ii. adottare il principio di rotazione secondo un principio di casualità, ovvero permettendo di selezionare nuovamente un soggetto già selezionato per un precedente affidamento (eventualmente escludendo il solo affidatario). In questo modo si elimina il rischio di **moral hazard** determinato dalla consapevolezza di avere **un'unica chance** con una determinata stazione appaltante. Per elenchi numerosi o relativi ad affidamenti frequenti da parte della stazione appaltante non dovrebbero alterarsi significativamente le probabilità di estrazione dei singoli operatori economici

iii. nel caso di divieto di estrarre nuovamente un soggetto già selezionato si pone il problema di quando consentire il superamento di tale divieto: man mano che si eliminano dall'elenco i soggetti già selezionati si riduce la numerosità dello stesso, rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per determinate procedure”. [www.anticorruzione.it al link [Linea Guida n. 4](#)].

Da ultimo giova rammentare che l'ANAC ha invitato gli stakeholders a pronunciarsi su un ulteriore tema, altrettanto rilevante, ossia **la regolamentazione delle modalità di selezione** degli operatori economici da invitare. La questione, in particolare, si evidenzia laddove nell'elenco, a parità di requisiti di base o a valle di un'eventuale indagine di mercato, il numero di operatori economici risultante è maggiore rispetto a quello da invitare. In tal caso, essendo l'elenco già costituito in base ai requisiti di legge, sarebbe

impossibile ipotizzarne di nuovi, poiché gli stessi risulterebbero discriminatori.

Le osservazioni di Consip

Numerosi e significativi contributi sono pervenuti sulle predette questioni a seguito delle consultazioni online, strumento con il quale l'Autorità, ormai da prassi consolidata, raccoglie il feedback dei soggetti interessati.

Di particolare rilievo è il **contributo** fornito dalla stessa **Consip S.p.A.** che, in armonia con l'obiettivo perseguito dal Legislatore in ordine alla velocizzazione e semplificazione della procedura di affidamento diretto, manifesta la propria preferenza per l'opzione di cui al punto b) tra quelle proposte dall'ANAC, ovvero "la facoltà per la stazione appaltante di non effettuare il controllo dei requisiti di ordine generale e speciale per gli acquisti sul mercato elettronico". A sostegno di tale tesi la Società evidenzia che, dal punto di vista strutturale, il MePA è stato progettato in modo tale da non consentire l'abilitazione in differenti categorie/sottogruppi di operatori economici in funzione della loro partecipazione ad affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro ovvero ad affidamenti di importo superiore alla predetta soglia. Pertanto non è plausibile individuare un campione, ai fini della verifica, composto esclusivamente da operatori economici affidatari/aggiudicatari di contratti sotto la predetta soglia. Di conseguenza, per ciò che attiene la necessità di effettuare le verifiche "in fase di abilitazione e di permanenza" al MePA, considerata l'unicità delle dichiarazioni previste nelle predette fasi, sarà possibile individuare un unico campione, in cui saranno ricompresi sia gli operatori economici abilitati che si trovano in fase di ammissione, che quelli in fase di permanenza.

Sostanzialmente Consip potrebbe compiere i controlli ex articolo 80 del Decreto Legislativo n. 50/2016, "su un **campione significativo**", popolato su base statistica tra tutti gli Operatori Economici abilitati ai bandi del Mercato Elettronico. La soluzione in parola preserverebbe comunque l'interesse pubblico alla legalità, poiché il "campione significativo" su cui verrebbero effettuati i controlli si tradurrebbe comunque in un considerevole numero di verifiche svolte, in virtù delle decine di migliaia di Operatori presenti nel MePA. Consip suggerisce, infine, di lasciare in capo alle amministrazioni/stazioni appaltanti la sola attività di **verifica dell'assenza di annotazioni a carico** dell'aggiudicatario nel casellario informatico. In tal modo si consentirebbe alla singola stazione appaltante il controllo di specifici requisiti connessi all'oggetto del contratto, di cui la stessa ha maggiore cognizione rispetto al provider generale del mercato elettronico (a titolo esemplificativo, articolo 80 comma 5, lett. c).

TAG: ANAC, anticorruzione, appalti pubblici, codice dei contratti pubblici, corruzione, amministrativo, diritto degli appalti, pubblico

Avvertenza

La pubblicazione di contributi, approfondimenti, articoli e in genere di tutte le opere dottrinarie e di commento (ivi comprese le news) presenti su Filodiritto è stata concessa (e richiesta) dai rispettivi autori, titolari di tutti i diritti morali e patrimoniali ai sensi della legge sul diritto d'autore e sui diritti connessi (Legge 633/1941). La riproduzione ed ogni altra forma di diffusione al pubblico delle predette opere (anche in parte), in difetto di autorizzazione dell'autore, è punita a norma degli articoli 171, 171-bis, 171-ter, 174-bis e 174-ter della menzionata Legge 633/1941. È consentito scaricare, prendere visione, estrarre copia o stampare i documenti pubblicati su Filodiritto nella sezione Dottrina per ragioni esclusivamente personali, a scopo informativo-culturale e non commerciale, esclusa ogni modifica o alterazione. Sono parimenti consentite le citazioni a titolo di cronaca, studio, critica o recensione, purché accompagnate dal nome dell'autore dell'articolo e dall'indicazione della fonte, ad esempio: Luca Martini, La discrezionalità

del sanitario nella qualificazione di reato perseguibile d'ufficio ai fini dell'obbligo di referto ex. art 365 cod. pen., in "Filodiritto" (<https://www.filodiritto.com>), con relativo collegamento ipertestuale. Se l'autore non è altrimenti indicato i diritti sono di Inforomatica S.r.l. e la riproduzione è vietata senza il consenso esplicito della stessa. È sempre gradita la comunicazione del testo, telematico o cartaceo, ove è avvenuta la citazione.

*Filodiritto(Filodiritto.com) un marchio di **InFOROmatica S.r.l***