

L'affidamento diretto: ieri, oggi, domani

Avv. Carmine Podda

Responsabile Avvocatura AIT

Segretario regionale Unaep

Collabora con le riviste de "Il Sole 24 Ore"

podda2003@libero.it

L'affidamento diretto ...ieri

- D.lgs. n. 163/2006 art.125: c. 8 *«Per lavori di importo pari superiore a 40.000 euro e fino a 200.000 euro, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene 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 lavori di importo inferiore a quarantamila euro è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento»*
- c. 10 *«Per servizi o forniture di importo pari o superiore a quarantamila euro e fino alle soglie di cui al comma 9, l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene 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 o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento»*

L'affidamento diretto ...ieri

- D.Lgs. n. 50/2016 (pre Correttivo): «Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto adeguatamente motivato...»
- Il legislatore, per adeguare il testo di legge alla giurisprudenza ormai consolidata, aveva inteso precisare che anche gli affidamenti diretti necessitassero di, seppur minimo, confronto concorrenziale: tale linea di indirizzo era stata successivamente confermata dalle Linee Guida Anac 4/2016 (*Come previsto dall'art. 36, comma 2, lett. a), la scelta dell'affidatario deve essere adeguatamente motivata. Si reputa che una motivazione adeguata 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 ... A tal fine, si ritiene che le stazioni appaltanti, anche per soddisfare gli oneri motivazionali, possano procedere alla valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici...*)

L'affidamento diretto ...ieri

- D.Lgs. n. 50/2016 (post Correttivo): *«Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto ~~adeguatamente motivato~~ anche senza previa consultazione di due o più operatori economici...»*
- La formulazione post Correttivo non autorizzava comunque ad attribuire incarichi «fiduciari» privi di qualsivoglia motivazione di congruità. Ciò lo si deduce dal combinato disposto di almeno 3 norme:
 - 1) Il richiamo espresso dell'art.36 c.1 al rispetto, per qualsiasi acquisizione, dei principi comunitari richiamati all'art.30: «l'affidamento e l'esecuzione di appalti di opere, lavori, servizi ... si svolge nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza. Nell'affidamento degli appalti e delle concessioni, le stazioni appaltanti rispettano, altresì, i principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza ...»;

L'affidamento diretto ...ieri

- 2) L'art. 3 c.1 L.n. 241/90: Ogni provvedimento amministrativo ... deve essere motivato. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e di diritto che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria
- 3) La previsione di cui all'art. 32 c. 2 secondo periodo: *«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.»*

L'affidamento diretto ...ieri

- Legge di stabilità 2019: a) per lavori di importo inferiore a € 40.000, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta (ai sensi dell'art 36 c 2 lett.a del Codice; b) per lavori di importo pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di 3 operatori economici...
- Decreto “Sblocca Cantieri” (DL 32/2019): per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori ... procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici c) per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 63
- Legge di Conversione (L.n.55/2019): ritorno alla formulazione di cui alla Legge di Stabilità

L'affidamento diretto ...oggi

- DL 76/2020 art.1 c. 2 « ... Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 secondo le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro ...»
- L. 120/2020 (conversione DL) “...Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti procedono ...: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro...» (resta ferma la previsione ex art. 32 c.2 dell'obbligo di motivazione)
- **N.B.: QUESTA DISCIPLINA VALE PER TUTTE LE PROCEDURE AVVIATE ENTRO IL 31.12.2021**

L'affidamento diretto ...domani

- Stando all'attuale legge di conversione, a decorrere dal 2022 l'affidamento diretto secondo il precedente limite dei € 40.000 dovrebbe essere ripristinato ...
- Il tutto mentre si resta in attesa della pubblicazione del Regolamento attuativo del Codice dei contratti la cui versione definitiva consegnata al luglio - il testo definitivo risulta consegnato dalla commissione dei 13 esperti nominati dal Mit alla Ministra - non è tuttavia aggiornata alla Legge di Conversione del Decreto Semplificazioni di settembre.
- Non si escludono ulteriori colpi di scena ...

Affidamento diretto e criticità burocratiche

- Tre dilemmi si pongono oggi a cui ci si augura il legislatore possa rispondere con il prossimo (l'ennesimo) intervento normativo :
- 1) Si vuole continuare a perseguire l'obiettivo di provare a ridurre i fenomeni corruttivi nell'ambito degli appalti pubblici obbligando le pa a ricorrere ad un numero minimo sempre maggiore di operatori da consultare o si vuol provare a snellire l'iter di aggiudicazione riducendo il numero minimo di operatori da consultare?
- 2) Nel caso in cui si decidesse di intraprendere questa seconda strada (e tale appare l'attuale linea legislativa) che senso ha continuare a far sopravvivere l'ANAC il cui ruolo è sempre più depotenziato e le cui Linee Guida dovrebbero essere soppiantate dall'entrata in vigore del Regolamento Attuativo?
- 3) Siamo davvero sicuri che il metodo per «sbloccare i cantieri» e far partire le opere pubbliche consista nel ridurre il numero minimo dei soggetti da consultare?

Affidamento diretto e criticità burocratiche

- Ciò che determina il ritardo nell'avvio dei cantieri è rappresentato dalle lunghissime incombenze legislativo-burocratiche collegate alla fase di programmazione, all'impegno di spesa per arrivare alla progettazione, passando poi ad un mare di autorizzazioni, alle complesse procedure per l'individuazione dei progettisti, alle complesse attività per la validazione dei progetti MESI E MESI
- Eppure alla fine passa la superficiale idea secondo cui lo sblocco dei cantieri dipenda dallo svolgimento della gara e del numero degli operatori da consultare con rischio che il legislatore nazionale, nella foga della sua IPERTROFIA, legiferi andando oltre ED IN CONFLITTO con le Direttive Comunitarie che, come confermato dalla Corte di Giustizia UE, prevalgono rispetto alle norme nazionali, comportando la necessaria disapplicazione di queste ultime (vedasi affidamento dei servizi legali e subappalto) ...