

Allegato A

RELAZIONE AL REGOLAMENTO PER L'AFFIDAMENTO DI CONTRATTI DI IMPORTO INFERIORE ALLE SOGLIE COMUNITARIE.

La legge di conversione del Decreto Sblocca Cantieri (Legge n. 55/2019) ha modificato, per la terza volta in pochi mesi, la disciplina delle procedure sotto soglia di cui all'art. 36 del Codice dei contratti, prefigurando un certo alleggerimento, con il passaggio dalla procedura negoziata ad un affidamento diretto, pure se limitato da una serie di vincoli procedurali.

Le nuove norme destano tuttavia alcuni dubbi interpretativi, determinati, per lo più, dalla genericità delle disposizioni.

Le stazioni appaltanti sono chiamate quindi a modulare soluzioni (anche differenziate) rapportate al contesto in cui operano ed alla tipologia e all'importo dell'affidamento, in termini più semplificati per i valori più limitati, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e dei principi comunitari e costituzionali di cui all'art. 30, co. 1, del Codice dei contratti (principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), richiamati anche in relazione ai procedimenti sotto la soglia comunitaria.

Le disposizioni del Regolamento aziendale devono essere finalizzate ad assicurare processi di acquisto che garantiscano termini temporali contenuti e modalità semplificate ed assicurino la qualità del risultato, in termini di prodotto/servizio acquistato e di qualità del fornitore. Si tratta di individuare dei meccanismi che garantiscano il raggiungimento dei risultati in termini di tempestività, economicità, efficienza, efficacia, tenendo comunque conto dei principi, costituzionali e comunitari, di trasparenza, correttezza, concorrenzialità e par condicio richiamati dal primo comma dell'art. 36.

Si riporta di seguito il testo integrale dell'art. 36 del Codice Appalti, modificato dal D.L. Sblocca Cantieri, come convertito in legge.

Art. 36. (Contratti sotto soglia)

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50.

2. 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 anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;*
- b) per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre*

preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, 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. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati:

- c) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, 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;
- c-bis) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, 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;
- d) per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60, fatto salvo quanto previsto dall'articolo 97, comma 8.

3. Per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 1, comma 2, lettera e), del presente codice, relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo per gli importi inferiori a quelli di cui all'articolo 35, si applicano le previsioni di cui al comma 2.

4. Nel caso di opere di urbanizzazione primaria di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 35, comma 1, lettera a), calcolato secondo le disposizioni di cui all'articolo 35, comma 9, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, si applica l'articolo 16, comma 2-bis, del decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380.

5. (abrogato)

6. Per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni.

6-bis. Ai fini dell'ammissione e della permanenza degli operatori economici nei mercati elettronici di cui al comma 6, il soggetto responsabile dell'ammissione verifica l'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 su un campione significativo di operatori economici. Dalla data di entrata in vigore del decreto di cui all'articolo 81, comma 2, tale verifica è effettuata attraverso la Banca dati nazionale degli operatori economici di cui all'articolo 81, anche mediante interoperabilità fra sistemi. I soggetti responsabili dell'ammissione possono consentire l'accesso ai propri sistemi agli operatori economici per la consultazione dei dati, certificati e informazioni disponibili mediante la Banca dati di cui all'articolo 81 per la predisposizione della domanda di ammissione e di permanenza nei mercati elettronici.

6-ter. Nelle procedure di affidamento effettuate nell'ambito dei mercati elettronici di cui al comma 6, la stazione appaltante verifica esclusivamente il possesso da parte dell'aggiudicatario dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali ferma restando la verifica del possesso dei requisiti generali effettuata dalla stazione appaltante qualora il soggetto aggiudicatario non rientri tra gli operatori economici verificati a campione ai sensi del comma 6-bis.

7. Con il regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, sono stabilite le modalità relative alle procedure di cui al presente articolo, alle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nel predetto regolamento sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, Fino alla data di entrata in vigore del regolamento di cui all'articolo 216, comma 27-octies, si applica la disposizione transitoria ivi prevista.

8. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza.

9. In caso di ricorso alle procedure ordinarie, nel rispetto dei principi previsti dall'articolo 79, i termini minimi stabiliti negli articoli 60 e 61 possono essere ridotti fino alla metà. I bandi e gli avvisi sono pubblicati sul profilo del committente della stazione appaltante e sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC di cui all'articolo 73, comma 4, con gli effetti previsti dal comma 5 del citato articolo. Fino alla data di cui all'articolo 73, comma 4, per gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo pari o superiore a cinquecentomila euro e per i contratti relativi a forniture e servizi sono pubblicati anche sulla Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana, serie speciale relativa ai contratti pubblici; per i medesimi effetti, gli avvisi e i bandi per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

9-bis. Fatto salvo quanto previsto all'articolo 95, comma 3, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

Di seguito, in sintesi, le 5 fasce di importo previste per gli affidamenti sotto la soglia comunitaria, negli appalti di forniture, servizi e lavori, alla luce del decreto Sblocca cantieri (dl n. 32/2019) come modificato dalla legge di conversione (legge n. 55/2019):

FASCIA DI IMPORTO EURO	TIPO PROCEDURA	OGGETTO AFFIDAMENTO
< 40.000	affidamento diretto puro	lavori, servizi, forniture
≥40.000 e < 150.000	affidamento diretto previa valutazione di almeno 3 preventivi	lavori
≥40.000 e < 221.000	affidamento diretto previa valutazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici	servizi e forniture
≥150.000 e < 350.000	procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici	lavori
≥350.000 e < 1.000.000	procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici	lavori
> 1.000.000	procedura aperta	lavori

Nel dettaglio.

(art. 36, comma 2, lett. a) Per i contratti di **importo fino a 40.000 euro** non viene introdotta nessuna variazione rispetto al testo previgente: è mantenuta la possibilità di **affidamento diretto “puro”**, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta. Fino all’importo dei 40 mila euro – ferma restando la cornice dei principi generali – il legislatore ha ritagliato una specifica disciplina ultra-semplificata, nella quale la speditezza dell’acquisizione deve prevalere sul rigido formalismo.

Molti operatori cadono nel fraintendimento perpetrato già dal D.Lgs. n. 56/2017 (*Decreto correttivo del Codice dei Contratti*) che ha consentito l’affidamento diretto previa acquisizione di un solo preventivo, sino ad importi inferiori ai 40.000 euro. Quella modifica ha fatto pensare a molti operatori che l’affidamento diretto consentisse la scelta del contraente, in maniera quasi privatistica e, quindi, disancorata dai principi di parità di trattamento, non discriminazione e imparzialità a cui tutta l’attività della Pubblica Amministrazione deve essere orientata.

Ma la giurisprudenza e le pronunce dell’Autorità di Vigilanza sui contratti pubblici attestano il contrario: l’affidamento diretto è sempre stato considerato come una modalità di affidamento tipica del nostro ordinamento e, pertanto, è soggetto al rispetto dei principi comunitari come tutte le procedure sottosoglia.

Quindi anche l’affidamento diretto richiede una motivazione per la scelta del contraente, anche nel caso in cui venga chiesto un solo preventivo e deve tenere conto della rispondenza dell’offerta rispetto all’interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, alla congruità del prezzo rispetto alla qualità della prestazione offerta, ad eventuali migliorie ritenute interessanti anche se accessorie a quanto richiesto dalla stazione appaltante e, ultimo ma non meno importante, a come è stato rispettato il principio di rotazione allo scopo di evitare che il carattere discrezionale della scelta si traduca in uno strumento di favoritismo.

Un’Amministrazione Pubblica per ragioni ordinamentali, dettate *in primis* dall’art. 97 comma 2 della Costituzione e poi dalla L 241/90 e dal Dlgs 50/2016, non può effettuare una scelta di un contraente che non sia dettata da ragioni oggettive, precostituite ed imparziali. Ciò impedisce gli affidamenti basati sull’*intuitu personae* o su altri criteri meramente soggettivi o arbitrari (es. affidabilità nell’esecuzione verificata nel precedente affidamento).

L’individuazione dell’operatore economico può essere effettuata anzitutto acquisendo informazioni dimostrative della sua esperienza e della sua capacità:

- mediante una sollecitazione degli operatori economici a manifestare interesse, adeguatamente veicolata nei settori di mercato di interesse dell’Amministrazione per la relativa acquisizione, mediante avviso pubblico o comunicazione ad ampia diffusione.
- da siti internet o da listini ufficiali comunque reperiti dall’Amministrazione;

- dal mercato elettronico della Pubblica Amministrazione gestito da Consip S.p.a., da altri mercati elettronici gestiti dal soggetto aggregatore regionale di riferimento o da altri soggetti aggregatori presenti nell'ambito territoriale di riferimento o da centrali di committenza costituite da Enti locali o da altre Pubbliche Amministrazioni, anche mediante consultazione dei cataloghi elettronici resi disponibili nei singoli mercati elettronici o nelle piattaforme telematiche;
- da altre Amministrazioni che abbiano recentemente affidato forniture di beni o servizi o lavori analoghi a quelli che l'Amministrazione intende affidare;
- verificando i requisiti di operatori economici iscritti a sistemi di qualificazione gestiti da Amministrazioni pubbliche o da soggetti gestori di servizi pubblici (ad es., società partecipate da Enti locali che gestiscono servizi di interesse generale).

Le indagini esplorative di mercato possono essere svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, con modalità volte ad assicurare un confronto progressivamente più ampio in ragione della maggiore rilevanza dell'importo o della maggiore complessità del lavoro, bene o servizio da acquisire, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità.

Occorrerà in ogni caso evitare di prevedere, nell'individuazione degli operatori da invitare alle procedure, sia l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, sia l'adozione del criterio della prossimità della sede dell'azienda rispetto al luogo di esecuzione della prestazione.

Spetta poi al RUP elaborare le informazioni acquisite al fine di:

- individuare un numero sufficiente di operatori economici con requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale e capacità economico-finanziaria tali da poter essere assoggettati a una procedura di valutazione;
- individuare tra i soggetti con requisiti idonei l'operatore economico per il quale gli elementi prestazionali, le condizioni di esecuzione delle prestazioni e i valori di prezzo siano i più congrui nel rapporto qualità-prezzo riferito all'esigenza dell'Amministrazione.

Gli operatori economici, interpellati secondo criteri di rotazione, dovranno comunque disporre degli elementi conoscitivi per la presentazione di un preventivo serio ed informato.

Come richiesto dall'ANAC nelle Linee guida n. 4, in ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sancito dalla Legge n. 241/1990 e al fine di assicurare la massima trasparenza, il RUP motiva adeguatamente in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.

Stante la conferma del testo previgente, si ritiene di prevedere all'art. 10 del Regolamento aziendale l'affidamento diretto "puro" per importi inferiori a 10.000 euro per beni e servizi e 20.000 euro per lavori, ferma restando, nella logica delle buone pratiche, la possibilità di valutare più preventivi e, per importi superiori/uguali a 10.000,00 euro per beni e servizi e 20.000 euro per lavori e minori di 40.000,00 euro, che all'affidamento diretto si possa giungere, pur con motivate eccezioni, solo, attraverso una indagine di mercato tra almeno due operatori economici preferibilmente tramite il MEPA o la piattaforma telematica di negoziazione dell'Istituto, o via PEC, che può essere informale, ma certificabile, sulla base delle seguenti considerazioni:

- nelle linee guida Anac n. 4, al paragrafo 4.3.1 relativo ai criteri di selezione, alla scelta del contraente ed all'obbligo di motivazione è precisato, tra l'altro, che, *"al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.*

.....

In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza.

- la stessa Autorità Nazionale Anticorruzione ha segnalato ad autorità di controllo (Procura e Corte dei conti) acquisti infra 40.000 euro dove si è "abusato" dell'affidamento diretto senza valutazione comparativa, non rinvenendo ragioni, soprattutto nei casi di beni, servizi, lavori facilmente reperibili sul mercato, per affidare l'intervento ad una specifica ditta senza alcun confronto che attesti l'economicità della scelta.

Occorre però comprendere la differenza tra affidamento (preventivo) e procedura di gara (offerta) anche informale.

Nel passato il Consiglio di Stato, in Adunanza Plenaria con sentenza n. 9 del 2014, aveva osservato che l'affidamento in via diretta non presuppone una vera e propria gara, quanto un confronto tra preventivi.

Si ha un'offerta quando vi è una procedura che prevede le modalità di confezionamento, consegna e valutazione dell'offerta stessa, la quale varrà limitatamente a quel confronto competitivo.

L'acquisizione di un preventivo, invece, viene considerata dal Codice dei Contratti come una fase propedeutica ed esplorativa vuoi di un affidamento diretto, vuoi afferente alla fase di progettazione di una procedura di gara negoziata o ordinaria. Pertanto, nonostante il preventivo contenga la volontà negoziale del proponente esattamente come l'offerta, la sua collocazione in una fase antecedente alla procedura di affidamento lo pone come non assimilabile ad una offerta.

Per poter effettuare un affidamento diretto in luogo di una procedura negoziata è bene ricordare alcuni accorgimenti.

La richiesta di preventivi, anche sotto forma di avviso di manifestazione d'interesse, non è considerabile come offerta ma come rilevazione di mercato, a patto che la stazione appaltante abbia cura di specificarne lo scopo nella richiesta.

In ogni caso, occorre ricordare quanto previsto dalle Linee Guida n. 4 in fatto di principio di rotazione.

Ultimo ma non meno importante, le Linee Guida n. 4 ANAC prevedono che la richiesta di preventivo preveda anche il criterio preferenziale attraverso cui verranno valutati i preventivi stessi. L'affidamento diretto avviene su base comparativa dei preventivi e non attraverso una gara con attribuzione dei punteggi.

Il TAR Piemonte, nella sentenza n. 353/2018, ha affermato che “ *la mera constatazione che la procedura in esame ha ad oggetto un contratto di valore inferiore ai 40.000,00 euro non implica, per questo solo fatto, che essa sia da qualificare come finalizzata ad un “affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.”; va inoltre precisato che ai fini della qualificazione della procedura non è vincolante il riferimento all’art. 36 comma 2 lett. a) effettuato dalla Stazione Appaltante negli atti impugnati, dovendosi invece guardare al contenuto concreto della lex specialis di gara.*”.

Le indicazioni dell’Autorità devono essere temperate con la giurisprudenza sopracitata: se il criterio di aggiudicazione prevede pesi e punteggi, la richiesta di preventivi si trasforma in una gara informale e quindi deve essere considerata almeno una procedura negoziata. Se, invece, vengono predefiniti e pubblicizzati meri criteri preferenziali di scelta da utilizzare in sede di comparazione dei preventivi, il RUP può effettuare la sua scelta senza che ciò possa essere considerato come una procedura di gara, rendendo possibile l'affidamento diretto.

Devono quindi essere garantiti la preventiva individuazione di specifiche minime e di eventuali criteri preferenziali di massima su cui predeterminare gli elementi oggetto di valutazione e sui quali si realizza la negoziazione.

In attesa della regolamentazione del nuovo istituto, che dovrebbe essere contenuta nel futuro Regolamento unico di attuazione del Codice dei contratti, e al fine di evitare che la discrezionalità del RUP possa apparire arbitraria, si ritiene di definire le seguenti “regole” circa le modalità di realizzazione dell'affidamento diretto:

- Si procede, attuando il criterio di rotazione, alla richiesta di preventivi economici e/o tecnici agli operatori economici interessati tramite, preferibilmente, il MEPA o la piattaforma telematica di negoziazione dell’Istituto, o via PEC, specificando che si tratta di procedura finalizzata all'affidamento diretto e comunicando le specifiche minime e, nel caso di valutazione tecnico/economica, gli eventuali criteri preferenziali di massima (p. es. prezzo, modalità e tempi di realizzazione, impatto sulle attività, risparmio energetico, etc.).
- Le offerte saranno valutate e confrontate al fine di individuare la migliore, ovvero la più adeguata a soddisfare le esigenze dell’Istituto. Qualora sia sufficiente il mero prezzo, ovviamente il confronto è di carattere vincolato. Se è previsto un preventivo anche di natura tecnica, la valutazione sarà

effettuata in modo complessivo sui criteri di massima individuati nell'invito, senza l'applicazione di formule di valutazione delle offerte tipiche delle procedure di gara. Non è necessaria la formulazione analitica dei criteri, tuttavia il RUP dovrà motivare in modo adeguato perché un'offerta è ritenuta la migliore rispetto alle altre in modo da rendere chiare e trasparenti le scelte effettuate. Leggendo le Linee Guida n. 4 di ANAC sugli affidamenti sottosoglia, al punto 4.3.1 si rileva che in *“ottemperanza agli obblighi di motivazione del provvedimento amministrativo sanciti dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 e al fine di assicurare la massima trasparenza, la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario”*.

- Sia la fase dell'invito sia quella della valutazione sono improntate all'assenza di particolari formalismi che sono tipici di un procedimento di gara. È quindi possibile richiedere integrazioni documentali certificabili, incluse proposte migliorative, e realizzare quanto necessario affinché il contratto *stipulando* sia il più possibile aderente alle esigenze dell'Istituto.

Ovviamente, il RUP può procedere, ove lo ritenga opportuno, utile o necessario in relazione all'oggetto ed all'importo, con procedura negoziata.

(art. 36, comma 2, lett. b) È previsto l'affidamento diretto per i contratti pari o superiori a 40.000 euro e:

- **inferiori a 150.000 euro**, per i **lavori**, previa valutazione di almeno 3 preventivi, ove esistenti
- **inferiori alla soglia comunitaria (221.000 euro)**, per le **forniture e i servizi** previa valutazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fiducia.

Se per gli appalti (di tutte le tipologie) sotto i 40 mila euro non vi è alcuna novità rispetto al testo previgente, rimanendo l'affidamento diretto “puro” (salvo diversa scelta della stazione appaltante), le modifiche riguardano gli appalti di valore pari o superiore ai 40 mila euro, soprattutto in materia di appalti di lavori.

Rispetto alla previsione del D.L. 32/2019, che incideva soltanto sul numero degli appaltatori e sulla soglia dei lavori oggetto della procedura negoziata semplificata, il legislatore interviene radicalmente sul procedimento di affidamento.

Non è più quindi espressamente prevista la procedura negoziata per gli appalti di lavori fino ai 150 mila euro e per gli appalti di servizi e forniture sotto le soglie comunitarie (attualmente, 221.000 euro).

Quindi con il comma in esame il legislatore ha introdotto una deroga (facoltativa) alla procedura negoziata semplificata. Viene introdotto sostanzialmente un nuovo livello o tipologia di procedimento molto simile alla previsione per acquisti infra 40.000 euro secondo quella che era l'iniziale interpretazione dell'ANAC contenuta nelle primissime linee guida n. 4, che tante difficoltà concettuali e pratico/operative ha posto. Ovvero la possibilità di porre in essere un affidamento diretto, mediato dalla previa escussione di preventivi.

Tale previsione sostanzia un “ossimoro”: ipotizzare una competizione e poi parlare di affidamento diretto significa proprio negare quest’ultimo. In realtà, il legislatore – a causa delle difficoltà di semplificare i procedimenti – ha introdotto un micro-procedimento informale il cui espletamento richiede comunque un minimo di “disciplina” anche per evitare di alimentare un facile contenzioso. Si tratta infatti, nella fascia di valore considerata, di procedure il cui importo risulta considerevole se rapportato al bilancio dell’Istituto, comprendendo gran parte degli affidamenti posti in essere. Si consideri che dei ventinove conti del budget annuale dell’Istituto per beni e servizi (budget 2019/1) ben venti hanno una previsione annua inferiore alla soglia dei 221.000 euro. Lo stesso programma annuale dei lavori 2019 prevede cinque interventi su sette con base di gara inferiore a 150.000 euro. Al di là delle valutazioni di contesto, è necessario rilevare che, malgrado i buoni propositi del Legislatore, la nuova modalità di affidamento, così come regolamentata dall’art. 36, comma 2, lett. b), desta perplessità, non specificando l’articolo in questione come dovrà materialmente realizzarsi tale affidamento.

L’aspetto maggiormente problematico della novità normativa è rappresentato proprio dal fatto che nessuna indicazione è prevista in merito alle modalità di acquisizione dei preventivi e ai criteri necessari per la loro valutazione.

Fatte salve le considerazioni relative alla lettera a) in tema di affidamento diretto “puro”, si rileva che l’ANAC, con la relazione tecnica che accompagna lo schema delle nuove linee guida n. 4 (non formalizzate e che, sicuramente, non vedranno la luce, vista la situazione transitoria in attesa del regolamento attuativo), pur con riferimento alla pregressa ipotesi di “affidamento diretto” previa consultazione di tre preventivi (per i lavori) prevista nel comma 912, art. 1, della legge di bilancio 145/2019, ha perentoriamente escluso che il RUP possa discrezionalmente scegliere senza alcun criterio oggettivo le imprese con cui contrattare. In sostanza, il percorso che determina la scelta dei tre preventivi e poi dell’affidatario esigono una puntuale esposizione nella determina di affidamento. L’ANAC, nella relazione tecnica di cui sopra, evidenzia che “ *... per gli affidamenti tra 40.000 euro e 150.000 euro, per l’anno 2019, è possibile ricorrere all’affidamento diretto previa richiesta di tre preventivi. Occorrerebbe, altresì, fornire indicazioni in ordine alle modalità di acquisizione dei suddetti preventivi, suggerendo alle stazioni appaltanti di adottare modalità idonee sulla base della tipologia e dell’importo dell’affidamento, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, e del principio di rotazione*”.

L’affidamento previsto dalla lettera b) non si può quindi definire propriamente “diretto”, bensì “mediato”, perché deve comunque concretizzarsi a valle di una consultazione o di una indagine di mercato. Si tratta di una procedura ibrida a metà tra l’affidamento diretto vero e proprio e una procedura di gara informale. Questa nuova modalità, ponendosi tra l’affidamento diretto puro e lo svolgimento di una procedura di gara, apre il campo a molti dubbi e possibilità di interpretazioni.

In sostanza, per semplificare, il legislatore ha introdotto delle fattispecie che poi, sotto il profilo pratico, risulta davvero complicato strutturare, considerata la rilevanza degli importi in questione.

La vera novità introdotta non consiste dunque nell'innalzamento della soglia oltre la quale è possibile ricorrere all'affidamento diretto, ma nell'aver previsto una nuova procedura negoziale semplificata.

In entrambi i casi la scelta non potrà prescindere comunque da un passaggio di trasparenza/pubblicità (una consultazione secondo i principi di cui all'art. 30, co. 1) ineliminabile (soprattutto in costanza di linee guida n. 4 ed in attesa che l'emanando regolamento attuativo indichi strade differenti): pertanto in caso di avviso questo dovrà essere pubblicato, o l'invito dovrà essere rivolto con criteri di rotazione ad operatori economici iscritti in un albo (di altre pubbliche amministrazioni o del MEPA). Ulteriore elemento da tenere in considerazione è che questi procedimenti "minimalisti" sono facoltativi. Nel senso che è la stazione appaltante, con il suo potere regolamentare o, in carenza, il RUP che decide o meno di utilizzarli strutturando la procedura e, se del caso, implementando – in ossequio alla oggettività, imparzialità e trasparenza – gli scarni riferimenti del legislatore.

Per gli interventi previsti in questa fascia economica è in ogni caso sempre possibile adottare procedure ordinarie, come stabilito dal comma 2 dell'art. 36 (*"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..."*).

Pertanto, le opzioni procedurali possono essere:

1. affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi (o consultazione di cinque o più operatori economici per forniture e servizi);
2. procedura negoziata previa consultazione di almeno tre o più operatori economici per i lavori (o cinque o più per forniture e servizi);
3. procedura ordinaria su bando o avviso (procedura aperta o ristretta).

Inoltre, la previsione per i lavori dell'obbligo della "valutazione di tre preventivi, ove esistenti" pare non rendere sufficiente il mero invito a tre operatori economici per l'acquisizione di tre preventivi, ove, in ipotesi, solo uno o due degli operatori interpellati presenti il preventivo richiesto, ma implichi l'acquisizione di almeno tre preventivi (in tal senso anche la deliberazione della Regione Toscana 25 giugno 2019, n. 842, recante *"Prime indicazioni agli uffici regionali per l'effettuazione delle procedure di affidamento diretto ai sensi dell'art. 36, comma 2, lett. b), del d.lgs. 50/2016"*, nella quale si dà conto che *"La lettura della suddetta norma, che parla testualmente di "valutazione" e non di "consultazione", fa ritenere come necessaria l'effettiva acquisizione di tre preventivi"*).

Aderendo a tale opzione interpretativa, in caso di presentazione di un numero inferiore di preventivi da parte dei tre operatori interpellati, scatterebbe l'obbligo di un'integrazione, nel senso di esperire almeno un ulteriore tentativo di acquisizione del numero di preventivi mancanti per raggiungere il numero minimo legale. Nel caso invece di invito rivolto ad un numero superiore di operatori economici, si potrebbe ritenere che sia la risposta del mercato a risultare "oggettivamente"

insufficiente. Si ritiene dunque opportuno valutare l'estensione dell'invito ad un numero maggiore di operatori economici al fine di tendere all'acquisizione del numero minimo legale di preventivi.

Resta, in ogni caso, il fatto che le scarse e non chiare indicazioni di legge mal si conciliano con l'esigenza di certezza che costituisce un presupposto indefettibile per assicurare quella rapidità procedurale che dovrebbe caratterizzare gli affidamenti in parola.

Considerate la laconicità della norma e le incertezze che ingenera, nonché la rilevanza degli importi in questione per l'Istituto, non essendovi ad oggi indicazioni univoche provenienti da orientamenti giurisprudenziali, si suggerisce, in via prudenziale, anche con riguardo ai lavori, di continuare a espletare le procedure di cui all'articolo 36, co. 2, lett. b), secondo le modalità tipiche delle procedure negoziate senza bando (previste nel Regolamento aziendale all'art. 11), prevedendo per lavori, servizi e forniture la consultazione di almeno 5 operatori economici (individuati mediante avviso o indagine di mercato o in albi di fornitori di altre pubbliche amministrazioni o MEPA) che garantisce, senza particolari aggravii di procedura, meccanismi selettivi più competitivi e più trasparenti, maggiormente rispondenti ai principi di adeguatezza e proporzionalità, oltre che di economicità e libera concorrenza, eliminando altresì ambiti di incertezza per il RUP nella scelta della procedura.

Quanto sopra sulla base della considerazione che, per importi rilevanti per l'Istituto, nel momento in cui la procedura anche informale viene strutturata innestando un meccanismo competitivo (il confronto e quindi la scelta tra più proposte tecnico/economiche) è del tutto evidente che "a monte" della procedura occorre in ogni caso fissare le regole partecipative e di competizione per rispettare i tradizionali canoni di pubblicità, trasparenza e soprattutto pari condizioni di trattamento, ponendo le imprese in condizione di presentare offerte serie ed informate.

(art. 36, comma 2, lett. c) Per l'affidamento di contratti di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, riguardante solo i lavori, si deve ricorrere alla procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno **10 operatori economici** individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fiducia, e comunque nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Altra novità dello Sblocca Cantieri è la previsione della fascia dei lavori tra i 150 mila e i 350 mila euro, in cui viene prevista la procedura negoziata con invito di 10 operatori (e non più di quindici), numero ritenuto sufficiente nelle modifiche al Regolamento aziendale.

(art. 36, comma 2, lett. c-bis) Per i contratti tra i 350.000 euro e inferiori a 1 milione di euro, relativi sempre solo ai lavori, l'affidamento deve avvenire sempre mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno **15 operatori economici** individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di fiducia, e comunque nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

(art. 36, comma 2, lett. d) Sempre per i lavori, per l'importo oltre 1 milione di euro è previsto il ricorso alla **procedura aperta**.

In sintesi, il Regolamento aziendale, come modificato, prevede le seguenti modalità di affidamento

FASCIA DI IMPORTO EURO	RIFERIMENTO REGOLAMENTO AZIENDALE	OGGETTO AFFIDAMENTO	TIPO PROCEDURA
< 5.000	Art. 10 comma 1	lavori, servizi, forniture	affidamento diretto puro anche senza previa consultazione di più operatori economici con provvedimento amministrativo, equivalente all'atto di determina a contrarre e riferito al bimestre precedente, che riepiloghi, in modo semplificato, il nominativo del RUP, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore relativamente ad ogni affidamento effettuato nel periodo di riferimento e non preventivamente autorizzato con specifico provvedimento, attestandone la conformità alle norme regolamentari in essere.
≥ 5.000 < 10.000	Art. 10, comma 5	servizi, forniture	affidamento diretto puro anche senza previa consultazione di più operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥ 5.000 < 20.000	Art. 10, comma 5	lavori	affidamento diretto puro anche senza previa consultazione di più operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥ 10.000 < 40.000	Art. 10, comma 6	servizi, forniture	affidamento diretto mediato previa valutazione di almeno 2 preventivi, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥ 20.000 < 40.000	Art. 10, comma 6	lavori	affidamento diretto mediato previa valutazione di almeno 2 preventivi, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥40.000 < 150.000	Art. 11, comma 1	lavori	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥40.000 < 221.000	Art. 11, comma 1	servizi e forniture	Procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 5 operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥150.000 < 350.000	Art. 12, comma 1	lavori	procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento
≥350.000 < 1.000.000	Art. 12, comma 2	lavori	procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 15 operatori economici, previa assunzione di una determinazione a contrattare da parte del Dirigente della struttura assegnataria del budget, su proposta del Responsabile del procedimento

> 1.000.000	Art. 12, comma 6	lavori	procedura aperta
-------------	------------------	--------	------------------

In merito alle modalità di selezione degli operatori economici nelle procedure negoziate resta ferma la previsione del Regolamento aziendale che, in alternativa al procedimento trifasico che prevede

- a) Pubblicazione di avviso di indagine di mercato per la selezione di operatori economici da invitare al confronto competitivo;
- b) Presentazione delle candidature e selezione degli operatori da invitare
- c) confronto competitivo (procedura negoziata) tra gli operatori economici selezionati e invitati, prefigura un procedimento bifasico, maggiormente rapido, trasparente ed aperto al mercato che, in quanto sostanzialmente aperto a tutti gli operatori economici, consente di superare i vincoli del criterio di rotazione, prevedendo
 - a1) pubblicazione di avviso con invito a presentare offerta da parte di operatori economici in possesso dei requisiti indicati nell'avviso (procedura negoziata aperta a tutti gli operatori economici) o pubblicazione di avviso per RDO aperta a tutti gli operatori economici abilitati al MEPA prima della scadenza per la presentazione delle offerte, con invito a presentare offerta da parte di operatori economici in possesso dei requisiti indicati nell'avviso;
 - b1) confronto competitivo tra gli operatori economici che hanno presentato offerta.

Come sottolineato da recente giurisprudenza, quando la stazione appaltante apre al mercato dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione, che non significa escludere chi abbia in precedenza lavorato correttamente con un'Amministrazione, ma significa non favorirlo.

Sempre in un'ottica di semplificazione ed accelerazione delle procedure, il decreto-legge nella sua versione originaria individuava, in caso di affidamenti al di sotto della soglia comunitaria, il ricorso al criterio del prezzo più basso, come regola generale di aggiudicazione, in luogo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV), com'era previsto nella versione originaria del Codice Appalti. Dopo il passaggio in Parlamento e la legge di conversione, il testo stabilisce che le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti sulla base del criterio del minor prezzo, ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, senza obbligo di motivare la scelta. La norma riscritta pone quindi i due criteri sullo stesso piano per gli appalti sotto la soglia comunitaria, salvo casi particolari, recepiti nella nuova formulazione dell'art. 8 del Regolamento aziendale.

Il decreto sblocca cantieri, come convertito, contiene inoltre l'obbligo di prevedere nelle procedure sotto soglia da aggiudicarsi al prezzo più basso l'applicazione del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, purché il numero delle offerte sia pari o superiore a 10, salvo che negli appalti di interesse transfrontaliero.