

ATTO
N. 376 DEL 22/11/2018

OGGETTO

CIRCOLARE N. 3/2018. INDICAZIONI APPLICATIVE IN MERITO AGLI AFFIDAMENTI DI LAVORI, SERVIZI E FORNITURE MEDIANTE PROCEDURE NEGOZiate

Il segretario generale

Con precedente Circolare n. 7/2018 sono state fornite indicazioni in materia di affidamenti di lavori servivi e forniture mediante procedure negoziate di cui all'art. 36 del d.lgs. 50/2016. Successivamente il Codice dei Contratti è stato modificato con il d.lgs. 56/2017 e sono state aggiornate le linee guida, mentre stanno diventando operativi alcuni strumenti (albo fornitori e gare telematiche) destinati a modificare sensibilmente le prassi di gara.

Insieme al responsabile del Servizio contratti, si è quindi ritenuto opportuno aggiornare quella circolare, integrandola con nuove indicazioni. La presente circolare, conseguentemente, annulla e sostituisce la precedente n. 7/2016.

Il **Codice degli appalti e delle concessioni** approvato con d.lgs. 50/2016 (d'ora innanzi "Codice") e modificato con D.Lgs.vo n. 56/2017 ha innovato sensibilmente la materia che nella disciplina previgente rientrava nell'ambito dell'affidamento di lavori, servizi e forniture in economia, regolato dall'art. 125 del d.lgs. 163/2006.

Dal nuovo codice è scomparso l'istituto delle procedure "in economia", terminologia che presupponeva una specialità giuridica e una differenza rispetto all'appalto che nel corso del tempo si era effettivamente affievolita fino a venir meno. Oggi l'ambito degli affidamenti di minore importo è regolato dall'art. 36 del Codice ricomprendendoli all'interno della disciplina delle procedure "sotto soglia" e quindi in un quadro in cui scompare la distinzione giuridica tra "economia" e "appalto" e si consentono procedure differenziate e semplificate in relazione esclusivamente alle differenti soglie di importo.

In questo quadro generale - ulteriormente precisato dalle Linee guida dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC) n. 4 del 26/10/2016, come modificate con provvedimento del 1° marzo 2018, e dal Regolamento provinciale dei contratti approvato con deliberazione di Consiglio provinciale n. 47 del 14/12/2017 - la presente circolare intende fornire indicazioni che garantiscano la correttezza e l'omogeneità dell'azione amministrativa relativamente alle procedure negoziate.

Va ricordato, infine, nel frattempo sono entrati a regime altri istituti, fra i quali "la gara interamente telematica" il cui obbligo - previsto dalla Direttiva UE 2014/24, Considerando 52 - è stato recepito negli artt. 52 e 58 del Codice con decorrere dal 18 ottobre 2018.

A. Profili generali.

1. Soglie. Sul presupposto della prevalenza della disciplina di legge rispetto a quella autonoma dell'ente, appare ragionevole tenere conto delle soglie previste dal legislatore, peraltro non modificate in sede di Regolamento provinciale per la disciplina dei Contratti.

Consequentemente gli uffici utilizzeranno come riferimento le soglie indicate dall'art. 36:

- per lavori, servizi e forniture fino a 40.000 euro si consente l'affidamento

diretto adeguatamente motivato (la locuzione “adeguatamente motivato” non è più presente nel testo dell'art. 36, ma la motivazione costituisce comunque una componente necessaria di ogni atto amministrativo);

- per servizi e forniture pari o superiori a 40.000 euro e inferiori alla soglia comunitaria di 221.000 euro e per lavori di importo inferiore a 150.000 euro è possibile ricorrere alle procedure negoziate mediante avviso di manifestazione di interesse o utilizzo di elenchi di ditte con invito rivolto ad almeno 5 imprese per i servizi e 10 imprese per i lavori;

- per lavori di importo superiore a 150.000 euro e inferiore a un milione di euro è possibile ricorrere alle procedure negoziate mediante avviso di manifestazione di interesse o utilizzo di elenchi di ditte con invito rivolto ad almeno 15 imprese.

2. Mercato elettronico. La disciplina dell'art. 36 non ha in nessun modo inciso sugli obblighi di approvvigionamento mediante mercato elettronico per servizi e forniture fino alla soglia di rilevanza comunitaria per cui la verifica della disponibilità o meno di un bene o servizio risulta sempre necessaria e di essa va data evidenza all'interno degli atti. L'art. 37 comma 2 ha anzi introdotto l'obbligo di utilizzo degli strumenti di negoziazione elettronica anche per i lavori di manutenzione ordinaria da 150.000 a un milione di euro.

3. Procedure negoziate oltre 40.000 euro. Le disposizioni contenute nel Codice e nelle Linee guide chiariscono le intenzioni del legislatore rispetto agli obiettivi da perseguire mediante la disciplina delle procedure negoziate per importi pari o superiori a 40.000 euro. L'intento è certamente quello di offrire strumenti più snelli e rapidi per gli affidamenti fino alla soglia comunitaria, per servizi e forniture, e fino a un milione di euro per i lavori, escludendo, comunque, ogni forma di discrezionalità che possa limitare arbitrariamente l'accesso delle ditte al mercato degli affidamenti pubblici. Le procedure negoziate si distinguono per i termini più brevi e, soprattutto, per la possibilità di restringere il numero degli interlocutori con i quali negoziare i termini del contratto, ma le stazioni appaltanti non hanno la possibilità di scegliersi tali interlocutori. Qualora, a seguito di un avviso di manifestazione di interesse o dell'utilizzo di elenchi, il numero delle manifestazioni o degli iscritti all'elenco risulti superiore al numero prefissato dalla stazione appaltante e non sussistano criteri oggettivi per selezionare le ditte, occorre procedere per estrazione, garantendo la rotazione dei partecipanti. Anche l'ammissione alla gara del fornitore uscente deve avere carattere eccezionale ed essere adeguatamente motivata. Poiché è verosimile che la parità d'accesso alle procedure possa essere oggetto di particolare attenzione da parte delle imprese e generare un significativo contenzioso, risulta necessario che l'individuazione delle imprese da invitare segua i principi sopra indicati in modo documentabile anche in sede di giudizio.

A tal riguardo, la Linea Guida n. 4, di recente modificata, si sofferma puntualmente sul principio di rotazione degli inviti, principio che si contrae solamente rispetto a procedure che prevedono la più ampia partecipazione dei

concorrenti, quali le procedure ordinarie (aperte e ristrette) e le negoziate, precedute da manifestazioni di interesse, senza alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione, escludendo in tal modo il sorteggio finalizzato a ridurre il numero degli operatori economici.

E' stato pubblicato sul sito della Provincia l'Avviso per la formazione degli elenchi di operatori economici per gli appalti di lavori e per gli appalti di servizi tecnici di ingegneria e architettura; occorre pertanto utilizzare, per le procedure non ordinarie in via prioritaria gli elenchi medesimi. In considerazione della maggior complessità e dell'allungamento dei tempi, il ricorso, al fine di selezionare gli invitati, all'Avviso preventivo per manifestazione di interesse ha carattere eccezionale e deve essere congruamente motivato dal dirigente competente.

4. Atti. A prescindere dai diversi livelli di formalizzazione e complessità le procedure negoziate per importi pari o superiori a 40.000 euro hanno i loro capisaldi in due atti distinti che non possono mai mancare: la determinazione a contrattare e la determinazione di aggiudicazione. Come sottolineato in precedenti occasioni, nella determinazione a contrattare la componente più rilevante è quella motivazionale poiché devono risultare chiaramente:

- le ragioni della spesa, se non già contenute abbastanza dettagliatamente in altri atti (PEG) che in tal caso vanno puntualmente richiamati;
- le ragioni delle scelte negoziali, in particolare per quanto riguarda a) la procedura di gara, b) il ricorso all'avviso di manifestazione di interesse in alternativa all'elenco ditte, c) i criteri di aggiudicazione;
- le modalità di individuazione delle ditte da invitare (estrazione a sorte o altro).

B. L'affidamento diretto per gli importi fino a 40.000 euro. Gli ulteriori oneri motivazionali.

1. Atti. Qualora il responsabile del procedimento e il dirigente ritengano di procedere, per importi fino a 40.000,00 euro ad un affidamento diretto occorre che l'atto richiami espressamente la norma di riferimento cioè l'art. 36 comma 2 lett. a) del d.lgs. 50/2016 dal momento che anche per importi modesti la stazione appaltante potrebbe ritenere opportuno ricorrere a procedure negoziate o addirittura a procedure aperte. Il ricorso all'affidamento diretto va, ovviamente, motivato, in relazione non solo agli importi, quanto alla rapidità del procedimento e alla natura della prestazione richiesta. In caso di affidamento diretto tutto il procedimento può essere raccolto in un unico atto che funge sia da determinazione a contrattare che da aggiudicazione, anche quando sia stata preceduta dall'acquisizione di preventivi. La ragione di questa semplificazione non va rintracciata semplicemente nel modesto contenuto economico, ma nella tipologia del procedimento: si tratta qui di un affidamento diretto in cui l'acquisizione dei preventivi non costituisce un autonomo subprocedimento come nelle procedure negoziate, ma un'attività che confluisce nella motivazione a seguito di valutazioni che possono portare, come

si dirà più ampiamente sotto, anche ad esiti diversi dall'affidamento al prezzo più basso. Per tale fase di raccolta di preventivi – auspicabile, ma non necessaria – le Linee guida parlano di ricerca di mercato e non di acquisizione di offerte, come nelle procedure negoziate perché essa ha la funzione di offrire al RUP gli strumenti per motivare l'affidamento senza alcun tipo di automatismo.

2. La motivazione. L'onere motivazionale negli affidamenti diretti è quindi più complesso rispetto a quanto sopra esposte per le procedure negoziate: là si trattava di giustificare le scelte procedurali, qui oltre a questo occorre anche motivare la scelta di affidare direttamente ad una ditta rispetto ad un'altra. Il paragrafo 4.3.1 delle Linee guida n. 4 si preoccupa di precisare nel dettaglio. La stazione appaltante, infatti, deve motivare la scelta dell'affidatario con riferimento a cinque distinti elementi:

- 1) i requisiti posseduti;
- 2) la rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico;
- 3) le eventuali caratteristiche migliorative;
- 4) il rispetto del criterio di rotazione;
- 5) la congruità del prezzo.

Se per i punti da 1) a 3) la motivazione può risultare molto semplice e sintetica, come pure per il punto 4) salvo il caso in cui non si dia corso alla rotazione, l'ultimo richiede invece una particolare attenzione; la congruità economica dell'affidamento può essere motivata per diverse strade:

- l'indagine di mercato mediante acquisizione di preventivi;
- l'indagine di mercato mediante consultazione di cataloghi di prezzi;
- in assenza di termini oggettivi di confronto, la valutazione di altri elementi di contesto che rendono comunque congruo il prezzo.

Come anticipato, non trattandosi di procedura negoziale formale mediante presentazione di offerte, ma di ricerca di mercato, non sussiste alcun obbligo di aggiudicare al minor prezzo perché altri elementi potrebbero giustificare scelte diverse (la qualità del prodotto o del servizio, i tempi di intervento o di consegna, la presenza di particolari certificazioni o di marchi di esclusività) purché opportunamente motivate e tenuto conto che non costituiscono di per sé adeguata motivazione le referenze derivanti dall'aver già prestato attività per la stazione appaltante.

C. Le gare telematiche

A decorrere dal 18 ottobre 2018 le stazioni appaltanti debbono necessariamente svolgere le gare in via telematica utilizzando piattaforme già esistenti o dotandosi di una propria piattaforma. Il considerando n. 52 della direttiva UE 2014/24 evidenzia che è “opportuno introdurre l'obbligo di trasmissione di bandi e avvisi per via elettronica e l'obbligo di rendere

disponibile per via elettronica i documenti di gara, nonché la presentazione delle offerte”.

Poiché la Direttiva de quo mira alla diffusione delle gare telematiche solo per le gare vere proprie si può ritenere che possano non essere compresi gli affidamenti diretti fino a euro 40.000,00, ex art. 36, comma 2. lett a) del Codice; pertanto per gli affidamenti diretti, fermo restando l'obbligo di rivolgersi ai mercati elettronici di CONSIP e INTERCENT-ER, i singoli servizi possono optare sia per le piattaforme telematiche ovvero agire per la via tradizionale.

Per tutte le altre procedure aperte, ristrette e negoziate occorre svolgere le gare utilizzando piattaforme telematiche; la Provincia ha aderito alla piattaforma regionale SATER e sta ultimando gli adempimenti per aderire a quella di CONSIP. Lo svolgimento di gare secondo il metodo c.d. tradizionale rappresenta l'eccezione, da perseguire solo se si rientra nelle fattispecie indicate nell'art. 52 del Codice e motivando adeguatamente tale scelta.

Reggio Emilia, lì 22/11/2018

IL DIRIGENTE DEL
Servizio Affari Generali
F.to TIRABASSI ALFREDO LUIGI

Documento sottoscritto con modalità digitale ai sensi dell'art. 21 del d.lgs. 82/2005.

(da sottoscrivere in caso di stampa)

Si attesta che la presente copia, composta di n. ... fogli, è conforme in tutte le sue componenti al corrispondente atto originale firmato digitalmente conservato agli atti con n del

Reggio Emilia, lì.....Qualifica e firma