

### **Brevi osservazioni sugli affidamenti sotto soglia *ex art. 36 del nuovo codice appalti.***

In merito alla consultazione avviata dall'ANAC in ordine alla definizione degli aspetti di dettaglio della disciplina applicabile agli affidamenti di valore inferiore alla soglia di rilievo europeo, si osserva quanto segue:

1) l'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016 indica le soglie al di sotto delle quali è possibile, per la stazione appaltante, procedere mediante affidamento diretto o in amministrazione diretta, ovvero attraverso procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque o dieci operatori economici.

Il comma 6 dell'art. 36, d.lgs. cit., prevede che, per lo svolgimento delle procedure negoziate, le stazioni appaltanti *possano* 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.

Sul punto si segnala la necessità di un coordinamento tra le disposizioni di cui all'art. 36 del nuovo codice degli appalti pubblici e quelle vigenti in materia di contenimento della spesa, che impongono obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione telematici.

Un necessario coordinamento si impone anche tra l'art. 36 e l'art. 37 del d.lgs. n. 50/2016, che detta la disciplina in tema di qualificazione delle stazioni appaltanti, di centralizzazione delle committenze e di acquisti da parte di comuni non capoluogo di provincia.

Con riguardo agli acquisti di beni e servizi informatici e di connettività, si ricorda che l'art. 1, comma 512 della legge di stabilità 2016, impone alle amministrazioni pubbliche ed alle società inserite nel conto economico consolidato della pubblica amministrazione, di provvedere ai propri approvvigionamenti esclusivamente tramite CONSIP S.P.A. e i soggetti aggregatori, ivi comprese le centrali di committenza regionali, per i beni e servizi disponibili presso gli stessi soggetti.

Sarebbe, pertanto, auspicabile che, nelle linee guida, l'ANAC ricostruisse la disciplina applicabile agli acquisti sotto la soglia di rilevanza comunitaria in maniera analitica, alla luce di tutte le disposizioni normative esistenti in materia.

In particolare, andrebbero distinte le ipotesi di acquisto obbligatorio mediante MePA e le ipotesi residuali di acquisto facoltativo di cui al comma 6 dell'art. 36, d.lgs. n. 50/2016;

2) l'art. 36, primo comma, d.lgs. n. 50/2016, stabilisce che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture debbano avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art. 30, d.lgs. cit.

Si tratta dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità. A questi, l'art. 36, d.lgs. n. 50/2016 affianca il principio di rotazione. Deve, inoltre, essere assicurata l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

In ossequio al principio di trasparenza, libera concorrenza e non discriminazione, sono previsti in

capo alla stazione appaltante stringenti obblighi di motivazione in ordine al tipo di affidamento ed alla scelta del contraente.

Dovrebbe sussistere una stretta correlazione tra la determinazione a contrarre, in cui la pubblica amministrazione fissa l'oggetto dell'appalto e le esigenze da soddisfare, e la motivazione della stessa circa la scelta della procedura nonché del contraente risultato aggiudicatario.

Tanto più dettagliata, specifica e completa risulterà la determinazione a contrarre ed il bando di gara, tanto più agevolmente potrà verificarsi la ragionevolezza e coerenza delle motivazioni addotte dalla stazione appaltante a sostegno delle proprie scelte.

Con riguardo ai criteri di selezione dell'operatore economico ed, in particolare, ai requisiti minimi di capacità tecniche e professionali stabiliti in ragione dell'oggetto e dell'importo del contratto, l'ANAC suggerisce, al punto B della consultazione, di richiedere *“l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo [...]”*.

Tale richiesta, tuttavia, potrebbe rendere più difficoltosa la partecipazione alle imprese di nuovissima costituzione, prive di esperienza nel settore oggetto dell'appalto, limitando di fatto la concorrenza e il libero accesso alle gare.

Potrebbe prevedersi un punteggio aggiuntivo, al posto di un requisito di partecipazione, in caso di comprovata attestazione di pregresse esperienze.

Con riguardo al criterio di rotazione, il documento di consultazione dell'ANAC evidenzia che *“in ragione dell'espressa previsione dell'art. 36, comma 2, lett. b), la stazione appaltante è comunque tenuta al rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. L'accento posto dal legislatore sul richiamato criterio induce a ritenere che le amministrazioni debbano favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, evitando il consolidarsi di rapporti esclusivi con determinati operatori economici”*.

Il principio di rotazione ha come finalità quella di evitare che la stazione appaltante possa consolidare rapporti solo con alcune imprese, venendo meno al rispetto del principio di concorrenza e trasparenza.

Come noto, il predetto principio consente di non invitare ad una procedura di affidamento l'operatore economico risultato aggiudicatario in una pregressa procedura di affidamento indetta dalla medesima stazione appaltante. L'esclusione deve essere esercitata per un certo periodo di tempo successivo alla precedente aggiudicazione.

La giurisprudenza ritiene che il principio di rotazione non abbia valenza precettiva, nel senso che l'inosservanza del criterio di rotazione non infici la validità dell'aggiudicazione qualora nel giudizio comparativo tra le offerte non abbia inciso l'esperienza maturata dall'impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale dell'amministrazione aggiudicatrice.

Sarebbe opportuno specificare gli obblighi scaturenti dal principio di rotazione per la stazione appaltante.

In particolare, se l'esclusione dagli inviti debba limitarsi soltanto all'operatore risultato aggiudicatario ovvero anche agli operatori già precedentemente invitati in un'altra procedura di affidamento.

Ancora, sarebbe utile determinare un arco temporale massimo entro il quale è giustificata l'esclusione dell'operatore economico dagli inviti.