

**Lo <<strano caso>> degli affidamenti diretti
di importo superiore a 40 mila euro¹**

di Massimo Gentile

Come noto, la conversione del decreto legge 18 aprile 2019, n. 32 - a mezzo della legge 14 giugno 2019, n. 55 - è stata l'occasione per intervenire (nuovamente) sul contenuto dell'articolo 36 del Codice, disciplinante gli affidamenti sotto soglia.

Sono state, in particolare, riviste le fasce di importo e le modalità di affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di ammontare inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice.

Nell'odierna sede, ritengo utile svolgere alcune considerazioni sugli affidamenti rientranti nella fascia di cui alla lettera b) del comma 2 dell'articolo 36.

In base alla nuova formulazione di siffatto punto, le stazioni appaltanti, *“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”*, procedono secondo le seguenti modalità: *“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”*.

La formulazione non è, invero, di chiarissima intellegibilità.

Il punto fermo è che, al pari degli affidamenti di importo inferiore a 40 mila euro, per gli affidamenti rientranti nell'ambito economico di cui alla menzionata lettera b), non occorre l'espletamento di una procedura di gara, ancorché negoziata.

Il riferimento all'“affidamento diretto” porta, difatti, ad escludere inequivocabilmente tale ipotesi.

Questo, ad avviso di chi scrive, vale sia per i lavori, sia per le forniture e i servizi.

¹ In corso di pubblicazione su Appalti & Contratti.

Depone in tal senso il dato letterale della previsione, laddove individua nell'affidamento diretto la modalità tramite la quale la stazione appaltante deve procedere per tutte le tipologie di contratto. Si osserva, infatti, che l'inciso "*mediante affidamento diretto*" è, sotto il profilo sintattico, riferito a lavori, servizi e forniture.

Tuttavia, a differenza della fascia di importo fino a 40mila euro, nelle ipotesi di cui alla lettera b) non è possibile individuare direttamente l'affidatario senza consultare altri operatori economici, occorrendo una <<*previa valutazione*>>, nel caso dei lavori, di <<*tre preventivi*>> e, nel caso di servizi e forniture, di <<*almeno cinque operatori*>>.

La questione che si pone è, dunque, quella di comprendere come tale "valutazione" debba essere espletata.

Purtroppo, il Codice, sotto tale profilo, è di scarso aiuto, in quanto non reca alcuna definizione della procedura di "affidamento diretto" che possa consentire di individuare le modalità attraverso le quali siffatto modulo procedimentale possa estrinsecarsi nel concreto.

Né appare plausibile un'equiparazione dell'affidamento diretto alla procedura negoziata di cui all'articolo 63 del Codice, quantomeno per due ordini di ragioni.

Un primo, correlato alla circostanza che il legislatore, per le fasce di importo superiore a quella di cui alla lettera b), ha operato un espresso richiamo a tale procedura, a dimostrazione che, laddove ha inteso riferirsi ad essa, lo ha fatto, per l'appunto, espressamente.

Un secondo ordine di ragione poggia sulla circostanza che, laddove il termine "affidamento diretto" dovesse intendersi coincidente con quello di "procedura negoziata", verrebbe del tutto frustrato l'intento di snellimento procedurale, evidentemente insito nella modifica normativa.

Ciò detto, si rileva che un possibile riferimento interpretativo potrebbe essere individuato nel contenuto delle "Linee Guida n. 4" dell'ANAC, in tema di "*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*".

In particolare, al punto 4 di dette Linee Guida, l'ANAC, nel fornire indicazioni concernenti gli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro,

precisa 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***”.

La necessità di motivare la “scelta”, accompagnata all’obbligo di acquisire più offerte (*rectius*, preventivi) o valutare più operatori economici, porta a ritenere che l’affidamento deve, comunque, essere preceduto dallo svolgimento di un confronto concorrenziale – seppur privo dei canoni di formalità di una procedura negoziata - all’esito del quale individuare, mediante una “*motivata scelta*”, il soggetto contraente.

Per i lavori, in considerazione dell’espresso richiamo ai “tre preventivi”, la motivazione sarà evidentemente “economica”, mediante la scelta del preventivo economicamente più favorevole per la stazione appaltante.

Qualche dubbio in più sorge per servizi e forniture, in relazione ai quali il legislatore non ha fatto riferimento a preventivi, ma ha imposto la valutazione di “*almeno cinque operatori*”.

Ciò potrebbe stare a significare che, contrariamente ai lavori, dove, come detto, la scelta non può che essere basata sulla convenienza economica, nel caso di forniture e servizi, potrebbero esserci spazi per una valutazione più ampia, che potrebbe anche investire profili differenti rispetto a quello economico.

In particolare, la stazione appaltante potrebbe determinarsi nel senso di chiedere miglioramenti tecnici di specifiche parti dell’offerta, adottando così un criterio di “scelta” simile a quello dell’offerta economicamente più vantaggiosa.

Altro profilo non particolarmente chiaro della previsione è correlato alle modalità di individuazione dei soggetti da coinvolgere nella procedura di “affidamento diretto”.

A tal riguardo, la previsione in commento reca la precisazione che i soggetti vanno individuati “*sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti*”.

Tuttavia, letteralmente, la necessità di individuare gli interlocutori tramite indagini di mercato o consultazione di elenchi è riferita solo ai servizi e forniture e non ai lavori. Ciò in quanto, la richiamata precisazione segue le parole “*almeno cinque operatori*” senza una virgola che possa portare a ritenere

che la stessa sia applicabile anche all'ipotesi dei "tre preventivi" posto ad inizio della frase.

Ne deriva che, per i lavori, la stazione appaltante sembra legittimata a non svolgere indagini di mercato, né a creare specifici elenchi dai quali "attingere" i nominativi degli operatori economici cui richiedere i preventivi.

Il rispetto del principio di rotazione appare invece di portata generale, anche alla luce delle indicazioni fornite dall'ANAC con le richiamate Linee Guida n. 4, nelle quali si evidenzia che detto principio è applicabile sia all'affidamento diretto, sia alla procedura negoziata.

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.

Sarebbe, dunque, utile un intervento chiarificatore che, tuttavia, potrebbe arrivare solo a livello normativo, atteso che, ai sensi dell'articolo 36 comma 7, del Codice, le regole procedurali per gli affidamenti sotto soglia possono essere dettate solo dal regolamento e che, nelle more della sua emanazione, l'ANAC non ha possibilità di intervenire per aggiornare le Linee Guida, salvo che per finalità di "archiviazione" delle "procedure di infrazione" di cui ai nn. 2017/2090 e 2018/2273 (cfr. articolo 216 comma 27-octies del Codice).

Conclusivamente, può affermarsi che, ancora una volta, nel lodevole intento di semplificare, si è riusciti a rendere più complicato il compito delle stazioni appaltanti.

Anche questa è un'arte.