



COMUNE DI FANO
(Provincia di Pesaro e Urbino)

Ufficio Prevenzione della corruzione – Ufficio Trasparenza

Direttiva n.2/2017
Fano, 31 maggio 2017
Prot.38839

Ai Dirigenti
Al coordinatore dell'Ambito Territoriale Sociale – ATS n. 6
Alle Posizioni Organizzative

Sede

Oggetto: *Dlgs. n. 50/2016 (cd Codice dei Contratti), modificato ed integrato dal decreto legislativo n. 56/2017 (cd Decreto Correttivo)
Disposizioni in tema di affidamento diretto di cui all'art. 36, comma 2, lettera a), in combinato disposto con l'art. 32, comma 2*

In data 20 maggio 2017 è entrato in vigore il decreto legislativo 19 aprile 2017, n.56 che ha modificato alcune disposizioni del precedente decreto del 18 aprile 2016, n.50, "Codice dei contratti pubblici".
In merito agli **AFFIDAMENTI inferiori a €. 40.000,00** di cui all'art.36, comma 2, lettera a)¹ del novellato D.Lgs. n. 50 del 2016, si riportano di seguito i testi a confronto:

Testo originario

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta

Testo modificato

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

Il testo modificato non fa più menzione dell'obbligo di una adeguata motivazione nell'atto di affidamento. Nonostante ciò, si osserva quanto segue.
L'obbligo generale di motivazione di tutti gli atti amministrativi deriva *in primis* dall'art. 3, comma 1, della legge n. 241/1990.

1

Art. 36 Contratti sotto soglia

In vigore dal 20 maggio 2017

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. (103)

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; (104)

... omissis.....

(102) Comma così corretto da Comunicato 15 luglio 2016, pubblicato nella G.U. 15 luglio 2016, n. 164.

(103) Comma così modificato dall' art. 25, comma 1, lett. a), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

(104) Lettera così modificata dall' art. 25, comma 1, lett. b), n. 1), D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Occorre poi evidenziare che i principi di cui all'art. 30 del D.lgs. n.50/2016, tra cui quello, fondamentale, di economicità, nonché i principi di efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, obbligano di fatto l'Ente a motivare espressamente sulla congruità del prezzo di affidamento.

L'art.36 comma 2 lettera a) deve peraltro essere letto in combinato disposto con l'art.32 comma 2, che testualmente dispone "*Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettera a), 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.*"

Il collegamento dell'art.32 con il nuovo art.36 evidenzia dunque che, nonostante la modifica, **l'affidamento diretto continua a dover essere motivato**, in quanto viene fatto esplicito richiamo alle ragioni della scelta del fornitore.

In materia di principi ai quali devono conformarsi tutti gli atti di affidamento, e dunque il cui rispetto deve desumersi dalla motivazione dell'atto, si rammentano poi quelli di cui all'**art.34** (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e all'**art.42** (conflitto di interesse), oltre alla possibilità per le stazioni appaltanti di applicare l'**art.50** (clausole sociali del bando di gara e degli avvisi).

Si evidenzia poi che il rinnovato comma 2 dell'art.32 ha introdotto un'importante novità: **l'affidamento inferiore ad Euro 40.000,00, può essere disposto con atto unico** che ricomprenda sia la determina a contrarre che gli elementi di un ordinario atto di affidamento (oggetto, importo, fornitore, possesso dei requisiti). Nonostante fosse già in uso in questo Ente, tale prassi trova ora anche un espresso riconoscimento legislativo.

Il nuovo testo dell'art.36 del Codice degli Appalti sembrerebbe inoltre voler prescindere dalla necessità di una previa consultazione di due o più operatori economici.

Tuttavia, appare difficile garantire il rispetto dei principi generali enunciati dal già citato art.30 (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità) senza una preventiva consultazione di più operatori economici.

Si pone così il "*problema*" che Anac aveva risolto indicando (ma non imponendo) il confronto fra preventivi. Quindi, laddove sia possibile desumere le condizioni economiche da un'indagine di mercato anche informale (consultazione listini ufficiali, consultazione cataloghi Mepa, esame di analoghi servizi mediante accesso a banche-dati, siti *internet*, ecc.), la motivazione dovrà precisarlo.

In ogni caso, **proprio per il rispetto del citato art. 30 del Codice, il confronto fra più preventivi rimane senza dubbio, la forma più "sicura" di individuazione delle migliori condizioni economiche.**

Si riscontra tra l'altro che - in base al testo novellato - le pubbliche amministrazioni possono affidare direttamente "*anche*" senza previa consultazione di due o più operatori economici. La congiunzione "*anche*" lascia intendere che l'assenza della consultazione è solo una facoltà e non è automaticamente riconnessa al valore dell'importo.

Un ulteriore obbligo da rispettare per gli affidamenti diretti invece deriva dalla nuova definizione del **principio di rotazione**, riferita ora non solo agli inviti ma anche agli affidamenti.

In attesa di ulteriori "*Linee-guida*" Anac (integrative delle precedenti) con cui potrà essere meglio definito tale sistema di rotazione, quel che sembra certo sin d'ora è che, in merito alla possibile reiterazione degli affidamenti, anche diretti, al medesimo operatore, questi dovranno essere congruamente motivati sia per il principio generale sopra indicato sia per il rispetto dei presupposti di legge.

Se ANAC, o Corte dei conti o Tar enfatizzeranno la necessità di rispettare questi principi a svantaggio della riconduzione automatica della possibilità dell'affidamento diretto al valore del contratto, potrebbero ritornare - per via pretoria - gli stessi vincoli operativi enunciati dall'Anac con le Linee Guida 4, magari in parte attenuati.

L'obbligo di rotazione degli affidamenti rende tra l'altro ancora più cogente il divieto di frazionamento artificiale degli importi contrattuali.

Altro elemento da considerare in modo particolare sarà proprio la determinazione degli importi contrattuali.

Per quanto non sia obbligatorio il confronto tra più preventivi, in sede di determinazione a contrattare, ove si fissano i valori della prestazione da richiedere, occorrerà quanto meno, verificare la congruità della base negoziale. L'assenza di una selezione tra più concorrenti potrebbe evidenziare l'opportunità di dare atto che il prezzo concordato risulti congruo, in quanto compreso in una forcella di prezzi di affidamenti di medesime

prestazioni effettuati, per esempio, da altre amministrazioni e reperiti *on line*, dai siti dell'amministrazione trasparente.

I controlli che saranno effettuati - a consuntivo - sugli atti di affidamento andranno pertanto a verificare che i principi di legge e le disposizioni riassunti con la presente direttiva siano rispettati anche per finalità anticorruzione.

Si ricorda che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere n. 1903 del 13 settembre 2016, pur censurando l'eccessiva severità del documento di consultazione ANAC, prodromico all'emanazione della Linea Guida in materia (Delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016; Linee Guida n. 4), aveva evidenziato uno scenario di diffusa illegalità nel settore. Si legge infatti: *"Il Consiglio di Stato,....., ben comprende che l'onere di motivare persino le ragioni della scelta della procedura, ed anche per importi minimi, non è tanto gravoso per la stazione appaltante se si considera che proprio in tali procedure, frequentissime invero e "uti singulae" poco rilevanti, si annida largamente il fenomeno sistemico della corruzione"*.

La presente direttiva sarà inserita sul sito istituzionale dell'ente nella sezione "Amministrazione Trasparente – Altri Contenuti – Corruzione”.

Si demandano all'organismo interno di controllo eventuali verifiche a campione nell'ambito dell'ordinaria attività di controllo successivo sugli atti.

Il responsabile locale per la prevenzione della corruzione
dr.ssa Antonietta Renzi
f.to digitalmente