

L'affidamento diretto nel nuovo Codice dei contratti

Il nuovo affidamento diretto, come riscritto nel nuovo Codice, pone le questioni della sua corretta configurazione (in termini di mera opzione o di autentico obbligo per la Stazione Appaltante, stante la perentorietà dei termini utilizzati dal legislatore)

L'art. 50 del d. lgs. 36/2023 disciplina le nuove fattispecie dell'affidamento diretto. Nella scelta e nella scrittura, il legislatore - nella sostanza - si è riferito alle fattispecie emergenziali, confermandone le soglie e prevedendone pertanto una più estesa applicabilità rispetto all'attuale d. lgs 50/2016: si può procedere infatti con ricorso all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fino all'importo di euro 140.000 per l'affidamento dei servizi e delle forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione e fino all'importo di euro 150.000 per lavori.

L'art. 50 c.1 lett a) e b) specifica che la stazione appaltante deve assicurare che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stessa.

Il nuovo affidamento diretto, come riscritto nel d. lgs. 36/2023, pone tuttavia le questioni della sua corretta configurazione (in termini di mera opzione o di autentico obbligo per la stazione appaltante, stante la perentorietà dei termini utilizzati dal legislatore). La prima questione che rileva è che, a differenza del comma 2 dell'art. 36 del Codice in cui si fanno salve le procedure ordinarie, praticamente legittimando la Stazione appaltante **anche** alla possibilità di utilizzare dette fattispecie, l'art. 50, comma 1 del nuovo codice non configura l'affidamento diretto o la procedura negoziata senza bando come una possibilità o facoltà. Il legislatore, poi, utilizzando l'indicativo presente, le Stazioni appaltanti **'procedono'** all'affidamento diretto, utilizza un tono che nel lessico giuridico ha valore imperativo. Il fatto che il legislatore disponga che nel sottosoglia si proceda con affidamento diretto o attraverso procedura negoziata senza bando non può essere letto come obbligo o vincolo: occorre, infatti, verificare se non si tratti pur sempre di un regime che deroga a quello delle procedure ordinarie. Quindi, è necessario valutare sempre le disposizioni del sottosoglia alla luce dei principi comunitari, nella consapevolezza che detti principi nel sottosoglia si attenuano, ma non si cancellano. Si richiama a tal proposito il testo che recita *“Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti **procedono** all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e*

architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante “.

Si richiama altresì l'allegato I.3 del Codice - dedicato al RUP - che specifica, a differenza delle attuali linee guida n. 3 dell'A.N.A.C. che il RUP "decide" le procedure di affidamento.

La scelta dell'affidamento diretto ha una prima necessaria condizione, ovvero che l'appalto non abbia interesse transfrontaliero certo (art. 42, co. 2). In questo caso si dovrà optare per una procedura ordinaria. Se l'appalto abbia o meno interesse transfrontaliero si chiarisce alla base della giurisprudenza comunitaria.

Questo disposto induce a ritenere che nel sottosoglia - salvo che vi sia interesse transfrontaliero – occorre adottare le opzioni disciplinate dal codice all'art.50 c.1.

Sotto il profilo tecnico si deve ritenere che alla Stazione appaltante non è preclusa la possibilità di effettuare una procedura maggiormente articolata ma occorrono delle motivazioni adeguate.

La scelta di non utilizzare l'affidamento diretto, per intendersi è anch'essa una scelta non discrezionale (nel senso che non può essere arbitraria) visto che deve essere determinata da considerazioni di tipo tecnico.

Non a caso, ad esempio, lo stesso principio del risultato (art. 1) impone di adeguare le regole a disposizione in relazione al caso concreto e questo significa, semplificando, il non aggravare il procedimento amministrativo.

L'affidamento diretto può configurarsi come affidamento diretto "puro" o mediante “interpello” di più preventivi/offerte; infatti anche se nell'art. 50 il legislatore non ha esplicitamente disciplinato la fattispecie dell'affidamento diretto mediato (lett. b) nel comma 2 art. 36) del codice 50/16, è pur vero che nella relazione e nello stesso allegato I.2 (dedicato alle definizioni) viene prevista (e quindi consentita) affermando che l'affidamento diretto, anche se avviene con interpello, non costituisce una procedura.

L'affidamento diretto non ha "struttura" come, ad esempio, la procedura negoziata, ma questo non porta a significare che la stazione appaltante possa agire con totale arbitrio. Infatti, richiamando, ad esempio l'art. 50, il legislatore raccomanda di assicurare che l'affidatario abbia una documentata **pregressa esperienza** sull'oggetto dell'appalto. Questo significa che un **minimo d'indagine di mercato** è sempre necessaria.

L'indagine può avvenire, oltre che in soggetti iscritti ad albi/elenchi, anche attraverso consultazione di specifici listini, pregresse esperienze e avviso pubblico a manifestare interesse (su cui non si potrà

innestare il sorteggio per la scelta degli operatori espressamente vietato dal Codice, sia pure con riferimento alla procedura negoziata).

Il corretto approccio deve essere inteso nel senso che l'azione amministrativa può sicuramente essere maggiormente articolata rispetto alla fattispecie/modello suggerito dal legislatore.

L'art. 49 impone **la rotazione** nei confronti del pregresso aggiudicatario (non anche ai soggetti già invitati) tenendo in considerazione almeno gli ultimi due affidamenti. La decisione di non fare rotazione dovrà avere adeguata motivazione come nella disciplina ordinaria.

Poco cambia rispetto agli importi entro cui è consentito l'affidamento diretto, ovvero infra 140mila euro per beni e servizi e infra 150mila euro per lavori.

Di conseguenza è evidente che se davvero il legislatore avesse inteso l'affidamento diretto come sistema esclusivo del sottosoglia, tale da vietare sistemi di aggiudicazione più concorrenziali e trasparenti, allora non avrebbe senso il richiamo alla rotazione, principio posto proprio come rimedio alla forte riduzione di pubblicità, trasparenza e concorrenza insiti negli affidamenti diretti.

Pertanto, concorrenza, trasparenza e pubblicità delle procedure di gara restano valori irrinunciabili, rispetto

ai quali non può che restare scelta discrezionale e ponderata di ciascuna PA decidere come applicarli, in relazione alle circostanze specifiche di ogni affidamento. Rilevata l'opportunità di utilizzare sistemi di affidamento più aperti alla concorrenza, l'applicazione di principi costituzionali e di derivazione comunitaria non può comportare nessuna illegittimità della scelta del contraente.

L'affidamento diretto, insomma, non può mai essere privo assolutamente di motivazione, di quella trasparenza minima necessaria per capire il perché dell'azione e la sua efficacia. E il principio di trasparenza, come visto prima, è espressamente ed irrinunciabilmente enunciato, né può ridotto in conseguenza del valore economico del contratto.

In ogni caso, le procedure ordinarie, come anche le procedure negoziate informali mediante avviso di manifestazione di interesse e successivo invito, non possono considerarsi vietate o escluse nel sottosoglia.

per ulteriori approfondimenti.

Cfr Luigi Olivero , Nuovo codice appalti: l'affidamento diretto sottosoglia non può essere obbligatorio, in leautonomie.asmel.eu, 02/04/2023 consultabile alla pagina <https://leautonomie.asmel.eu/sulla-configurazione-giuridica-dell'affidamento-diretto-senza-consultazione-di-piu-operatori-e-sulla-questione-della-motivazione-della-scelta-dell'affidatari/>;

Stefano Usai, Sulla configurazione giuridica dell'affidamento diretto “senza consultazione di più operatori” e sulla questione della motivazione della “scelta dell'affidatario”, in leautonomie.asmel.eu,

11/04/2023 consultabile alla pg. <https://leautonomie.asmel.eu/nuovo-codice-appalti-laffidamento-diretto-sottosoglia-non-puo-essere-obbligatorio/>