



Legge semplificazioni: affidamento diretto emergenziale e questioni operative per il RUP

A domanda Risponde Stefano USAI

15 ottobre 2020 dalle ore 15.00 alle 16.00

La prima
questione
pratica la
corretta
individuazione
del
range
temporale

E' necessario che l'atto di avvio del procedimento venga adottato nel *range* temporale preso in considerazione dalle norme

DL 76/2020 – 17 luglio ~~fino al~~
31/07/2021

Legge 120/2020 dal 15 settembre
fino al 31/12/2021

Tutto ciò che non è stato derogato espressamente e

- Programmazione ...
- Obblighi spending review...
- L'utilizzo della piattaforme telematiche ...
- Nomina del RUP ...
- Commissione di gara
- Controlli
- Criteri
- Principi contabili

...la questione delle linee guida n. 4

..l'affidamento diretto mediato ...(art. 36, comma 2, lett. b))

La norma
DL 76/2020
(dal 17 luglio)
Legge
120/2020 (dal
15 settembre)

2. Fermo quanto previsto dagli articoli 37 e 38 del decreto legislativo n. 50 del 2016, le stazioni appaltanti **procedono** all'affidamento delle attività di esecuzione di lavori, servizi e forniture, nonché dei servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 del decreto legislativo n. 50 del 2016 **secondo le seguenti modalità**:

a) **affidamento diretto** per lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro;

.....

**Obbligo o
facoltàper
quale ragione
si procede con
una scelta
diversa?**

- Che si sia in presenza di norme obbligatorie, finora, è riflessione a cui approda solo la deliberazione **Corte dei Conti Veneto n. 121/2020**
- Non vi è margine per ritenere che le disposizioni in deroga siano obbligatorie piuttosto che facoltative ... ma per comprendere l'intensità delle previsioni, in realtà, occorre rifarsi al corredo di "cautele" che il legislatore ha indicato nel primo comma dell'articolo 1 (allo stesso modo in cui le ha indicate nel comma 1 dell'articolo 2 dedicate al sopra soglia comunitario)

.....

**Obbligo o
facoltà ..le
cautele del
legislatore
come
deterrente**

...per il RUP

**...ad una scelta
differente**

*.....salve le ipotesi in cui la procedura sia
sospesa per effetto di provvedimenti
dell'autorità giudiziaria, **l'aggiudicazione o
l'individuazione definitiva del contraente
avviene entro il termine di due mesi dalla
data di adozione dell'atto di avvio del
procedimento, aumentati a quattro mesi
nei casi di cui al comma 2, lettera b).***

.....
**Obbligo o
facoltà ..una
scelta diversa**

Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

.....ma perché
il RUP non
dovrebbe
seguire le
indicazioni sul
procedimento
del legislatore
?...

La questione pratica operativa che il RUP ha davanti ... si risolve con una domanda (di buon senso) a cui occorre rispondere (con buon senso) ... ma se il legislatore mi "suggerisce" il procedimento da utilizzare (in realtà è più di un suggerimento) perché devo discostarmene? ..per quale ragione?

Buon senso: il legislatore si sostituisce al RUP indicando la procedura da seguire perché questo si deve discostare ...?

Dubbi determinati da che cosa?:

- responsabilità?

- incentivo?

- rotazione?

- problemi nel chiarimento sulla motivazione nella scelta dell'affidatario?

La
motivazione
Corte dei Conti
Veneto
delibera
121/2020 –
affermazione
già condivisa

fattispecie "continua a rimanere esclusa dalla disciplina degli incentivi tecnici (...) salve le ipotesi nelle quali per la complessità **della fattispecie contrattuale** **l'amministrazione, nonostante la forma semplificata dell'affidamento diretto, proceda allo svolgimento di una procedura sostanzialmente comparativa**".

Procedura comparativa, altra indicazione importante per i RUP, che "dovrà comunque emergere nella ***motivazione della determinazione a contrarre, in conformità al principio di prevalenza della sostanza sulla forma, di matrice comunitaria***".

.....
la corretta
configurazione
dell'atto che
avvia il
procedimento

Possibile utilizzare le
semplificazioni..

*"qualora la
determina a
contrarre o
altro atto di
avvio del
procedimento
equivalente sia
adottato entro
il 31 dicembre
2021"*

La potenziale
responsabilità
erariale

*.....l'aggiudicazion
e o
l'individuazione
definitiva del
contraente
avviene entro il
termine di due
mesi dalla data di
adozione dell'atto
di avvio del
procedimento,*

la corretta
configurazione
dell'atto che
avvia il
procedimento

Domanda a cui si deve rispondere con buon senso: **o faccio la determina a contrarre o faccio atto equivalente.!!!.** per gli enti locali **NON ESISTE ATTO EQUIVALENTE** (il riferimento riguarda enti diversi dall'ente locale che adottano un **ATTO EQUIVALENTE ALLA DETERMINA A CONTRARRE..**)

DELLE DUE L'UNA: ..NON FACCIAMO LA DETERMINA FACCIAMO DIRETTAMENTE L'AVVISO A MANIFESTARE ... LA RISPOSTA CHE DEVO DARE E' DI SEMPLICE BUON SENSO ...

IL RUP NON PUO' "TERGIVERSARE" (NON HA TEMPO E NON PUO' PERMETTERSELO..)

Se siamo in presenza di un termine
(legge: *l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data ...*) ... che senso ha continuare a discutere sulla natura? ..non credo che il legislatore avesse voglia di si tratta di un termine punto e basta ..il problema istruttorio è, CASO MAI, come posso rispettarlo!!!!... Non DEVO vederci qualcos'altro

.....

MA IO RUP
COME DEVO
CONSIDERARE
IL TEMPO?

.....
**MA IO RUP
COME DEVO
CONSIDERAR
E IL TEMPO?**

- Il termine è perentorio/obbligatorio nel senso che diventa un dato istruttorio imprescindibile nel momento in cui organizziamo la procedura (in realtà è già così ma in passato abbiamo avuto un approccio – al netto di specifiche ipotesi – meno *ossessivo* ...)

Il tempo rappresenta un valore ..

N.b. È perentorio (nel senso ortodosso) se **adottiamo la determina a contrarre il 31/12/2021** ..la prenotazione di impegno ...ma su quali stanziamenti?? .occhio alle regole contabili....da chiarire bene...

.....
il rup perde la
gestione
arbitraria del
tempo

Come gestire il tempo se si ritiene (a ragion veduta) che non sia sufficiente

1. Decreto di nomina del RUP
2. Determina a contrarre
3. Responsabilità che non è oggettiva (neanche quella da ritardo della 241/90 lo è...)
4. Si tratta di trovare approccio istruttorio proporzionato ... assoluto rigore ... quando sappiamo che con il nostro comportamento omissivo possiamo provocare un reale danno erariale...

.....
**L'individuazione
dell'aggiudicatario entro il
termine ..**

l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente **avviene** entro il termine di due mesi ...

- Deve ritenersi (fino a pronuncia ufficiale) che possa essere sufficiente la proposta di aggiudicazione ..ma il RUP come si deve porre?

- il termine nella procedura negoziata ..

Il termine nella procedura aperta ...

Se si applica il multicriterio ...

—

Si tratta di affidamento diretto “puro”?

- cos'è l'affidamento diretto puro ?
- La differenza rispetto all'affidamento diretto “mediato” (invenzione)

La posizione espressa dall'ANAC sulla **“nuova” fattispecie** con il documento del 3 agosto 2020 (di commento sul DL 76/2020)

—:
Si tratta di
affidamento
diretto "puro"?

- **Documento ANAC del 3 agosto**
- Con più prudenza va invece accolta la decisione di occupare lo spazio lasciato vuoto dalla procedura negoziata semplificata **espandendo la soglia dell'affidamento diretto "puro"**, che passa dal limite dei 40.000 euro dell'art. 36, comma 2, lett. a) a quello di 150.000 euro. La norma, in particolare, consente di affidare direttamente lavori fino a 150.000 euro e servizi e forniture entro la medesima soglia ---

Art. 36,
comma 2 lett.
a) affidamento
diretto puro

a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici (ante modifica si richiedeva l'adeguata motivazione al RUP) o per i lavori in amministrazione diretta. La pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria; (comma così modificato dal decreto legislativo 56/2017 e dall'art. 1, comma 5-bis, legge n. 120 del 2020)

Affidamento diretto puro (IFEL)

- **Estensione dell'utilizzo dell'affidamento diretto puro - La parte della disposizione del d.l. n. 76/2020 (art. 1, comma 2, lett. a) che disciplina l'affidamento diretto, (...) l'utilizzo del c.d. "affidamento diretto puro" (come evidenziato dall'Autorità Nazionale Anticorruzione nel proprio documento del 4 agosto 2020 ad esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale" in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione).**

Lettura ANCE
(**ma se il
legislatore
avesse voluto...
avrebbe
ribadito
l'affidamento
diretto
mediato..no?**)

Il Dl "Semplificazioni", ha innalzato fino a 150 mila euro, la possibilità di utilizzare l'affidamento diretto dei lavori.

• Al contempo, **non è stata riprodotta** la locuzione "anche senza previa consultazione di due o più operatori", contenuto nell'art. 36 c. 2, del Codice.

• La conseguenze potrebbe essere quindi che, fino al 31 dicembre 2021 anche in caso di affidamento

diretto, **debba aver luogo un**

minimo confronto

concorrenziale, *per*

l'individuazione dell'affidatario

.....:
cos'è il minimo
confronto
concorrenziale?

(IFEL) La parte della disposizione del d.l. n. 76/2020 (art. 1, comma 2, lett. a) che disciplina l'affidamento diretto, non prevede alcun percorso o processo predefinito per l'individuazione dell'operatore economico con il quale pervenire all'aggiudicazione,

.....
Il minimo
confronto
concorrenziale
(posizione di
ANAC)

- Le soluzioni indicate dall'Anac nelle Linee-guida 4, al paragrafo 4.3.1. (per la congruità del prezzo):
 - **comparazione dei listini di mercato,**
 - **Verifica di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe;**
 - **analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni;**
 - **confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici**
- ... se scelgo di articolare il procedimento

Richiesta preventivi/ procedure comparativa

- La differenza tra la richiesta di preventivi e la procedura selettiva/comparativa è stata oggetto di considerazione in giurisprudenza,....
- (...) "*in mancanza di precisi criteri di selezione non si realizza una gara in senso tecnico né si instaura una procedura competitiva, ma una mera consultazione e comparazione di offerte, sostanzialmente rimettendo la scelta del contraente alla valutazione fiduciaria della pubblica amministrazione (...)*" (Corte di Cassazione, sez. VI penale, sent. n. 52209 del 20 novembre 2018).

..se si formalizza
eccessivamente
la procedura ...

l'Anac v. delibera n. 569 del 1° luglio 2020

- Occhio al modo con cui configuriamo la procedura ..**chiariamo immediatamente cosa vogliamo fare** ...se io RUP ritenessi opportuno far emergere aspetti qualitativi ...devo fissare parametri di valutazione ..

A chi compete verificare se il RUP "eccede"
strutturando procedure *esagerate*?....
(responsabilità *in vigilando* del
dirigente/responsabile del servizio che si
riverbera in situazioni patologiche in
responsabilità *in eligendo*..)

Il possibile percorso istruttorio ..

- Allora ..il RUP prima deve individuare la "commessa" (da intende in generale come complessiva prestazione ..) che risponda adeguatamente alle esigenze dell'ente ..
 - Se non ho un riferimento contabile (il prezzo ..per intenderci..)
 - Si pone quindi il problema di individuare l'interlocutore in grado di eseguire quella **SOLUZIONE** ..in possesso dei requisiti (con rispetto della rotazione) ..
- ..Il preventivo"** ...fermo che siamo sempre in **INDAGINE INFORMALE CHE NON IMPEGNA IL RUP SE NON NEI LIMITI DI UN COMPORTAMENTO IN BUONA FEDE ...**

La rotazione

- ..quesiti che ..*a volte (ri)*tornano
- La giurisprudenza e l'ANAC
- Affidamento diretto e rotazione ...
- Se il RUP sceglie discrezionalmente
.....obbligo della rotazione ...salvo
ADEGUATISSIMA MOTIVAZIONE...
- N.B. La questione dei controlli interni

OVVIAMENTE

ovviamente questo approccio istruttorio non e' assoluto(nessuno può pensare che la prestazione/prezzo individuata in modo semplificato possa essere la prestazione migliore possibile) non puo' esserlo altrimenti non si arriverebbe mai a fare un affidamento diretto seguendo il modello virtuoso proposto dall'anac (o lo si limita all'affidamento diretto secco..) **..il legislatore è consapevole che in questo modo non si giungerà mai alla prestazione migliore possibile ma nel sotto soglia è disposto a tollerarlo pur di giungere nel tempo più breve possibile ad aggiudicazione (non a caso la ricalibratura della responsabilità art. 21)**

...il criterio di aggiudicazione

- A) affidamento diretto la questione non si pone...
- (art. 1, c. 3) **B)** Per gli affidamenti di cui al comma 2, lettera b), le stazioni appaltanti, fermo restando quanto previsto dall'articolo **95, comma 3, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50**, nel rispetto dei principi di trasparenza, di non discriminazione e di parità di trattamento, procedono, a loro scelta, all'aggiudicazione dei relativi appalti, sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso.

Il passo
“indietro”,
rispetto al DL
76/2020, sui
criteri
avvenuto con
la legge
120/2020

3. Sono **aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa** individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo:
- a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, (...), fatti salvi gli affidamenti ai sensi dell'**articolo 36, comma 2, lettera a)**;
 - b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di **importo pari o superiore a 40.000 euro**;
 - b-bis) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 40.000 euro caratterizzati **da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.**

I requisiti
CIG
la clausola
sociale ora
obbligatoria
anche nel
sotto soglia

**..non cambia nulla ..sotto i 40mila
Linee guida ANC N. 4 ..**

- **Smart sotto i 40mila - Simog ..nel resto ..**

- **La consegna in via d'urgenza generalizzata ...prevalutazione del legislatore ...**

La clausola sociale

L'affidamento con atto unico

- (art. 1. c.3) . *Gli affidamenti diretti **possono** essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016.*

L'affidamento con atto unico art. 32, comma 2

- Nella procedura di cui all'[articolo 36, comma 2, lettere a\) e b\)](#), 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.

Cos'è l'atto unico ? ..la sequenza fisiologica ...

- L'atto unico non è altro che una determina di impegno di spesa ..occhio ...
- L'oggetto: **determina di affidamento semplificata ex art.**
- Sequenza fisiologica (che i RUP devono memorizzare)....:
 1. determina a contrarre
 - 2.determina di affidamento-aggiudicazione (con atto dirigenziale) non efficace/efficace dopo verifica...
 - 3.perfezionamento dell'obbligazione giuridica (coperta finanziariamente dalla prenotazione ..un vincolo...)
 4. determina di impegno di spesa

Cos'è l'atto unico ?

- Con atto unico:
 - 1. attività del RUP .../
 - 2. *aggiudicazione non efficace/efficace*
 - 3. si chiude "contratto" (si perfeziona obbligazione giuridica)
 - 4. adotta determina semplificata di impegno di spesa

Come impostare l'atto unico

- L'atto unico "deve" già essere pronto ..nel momento in cui chiudiamo ... la formula *... "perfezionata l'obbligazione giuridica tramite.."*

La motivazione

Il RUP deve illustrare il percorso realizzato per individuare l'operatore economico al quale hanno affidato l'appalto in ordine alle modalità con le quali lo stesso è stato individuato.

- N.B. non devo dire perché ho scelto X..ma come sono arrivato ad individuarlo/sceglierlo (soluzione operativa, costo ..requisiti etc..)

L'esplicitazione delle ragioni della scelta dell'operatore economico richieste dal comma 2 dell'art. 32 del Codice dei contratti pubblici costituisce traduzione operativa del principio di trasparenza (sull'evidenziazione delle regole seguite) e del principio di pubblicità (che ha il suo veicolo proprio nell'atto di affidamento).

La forma del contratto

..non cambia nulla ...è chiaro che anche in questo caso occorre evitare di ritardare la stipula ...questo aspetto coinvolge diversi soggetti: RUP, dirigente/responsabile del servizio (che potrebbe rispondere oltre che per danni erariali anche per responsabilità disciplinare) ..segretario se si stipula l'atto nella forma pubblico/amministrativa con rogito ..

Incentivi a.113/50_2016

Corte dei conti ..costante ...no nel caso di affidamento diretto

- Ulteriore giro di vite delibera 121/20200 Veneto (occorre spiegare perché sto formalizzando rispetto alla prerogativa dell'affidamento diretto ..timore)
- Forniture e servizi: occorre nomina formale del DEC ... su questo non decide il RUP in modo arbitrario ..deve esserci una oggettiva necessità ..sopra i 500mila euro ..(linee guida ANAC 3) ..**con il regolamento no sotto sogliae quindi si incide in alcuni servizi in cui il DEC potrebbe risultare realmente necessario ..**

Quesiti

- Nella richiesta di preventivo, la SA è obbligata ad indicare la base dell'offerta (non sempre di facile determinazione) oppure può lasciare l'indicazione all'o.E? Grazie
- **R. No.. Può chiedere un prezzo senza base d'asta che diventa necessaria nella trattativa vera e propria (ad esempio sul MEPA)**
- NEL CASO IN CUI VOGLIO AFFIDARE DIRETTAMENTE (SOTTO I 75.000,00€ AI SENSI DELL'ART. 36 CO 2 LETT. A)) UN SERVIZIO TECNICO E MI AVVALGO DEL MEPA DETERMINANDO IL COMPENSO DA CORRISPONDERE E CHIEDENDO LA PROPRIA OFFERTA A DUE O PIU' OPERATORI CHE VENGONO INDIVIDUATI NELL'ALBO DELL'ENTE DEI FORNITORI, FACENDO ATTENZIONE CHE NON ABBIANO AVUTO INCARICHI NEL BREVE TEMPO FACCIO UNA PROCEDURA LECITA?
- R. si, rispettando rotazione, secondo me è corretto. L'individuazione dall'albo dovrebbe venire per scorrimento o per estrazione (rispettando rotazione)

Quesiti

Descrivo una problematica che ho dovuto affrontare: contributo ministeriale, con scadenza 15 settembre per affidamento lavori . Ho il progetto esecutivo ed ho fatto spedita indagine di mercato per affidamento (importo lavori 20.000 euro). Nella redazione dell'atto di affidamento mi accorgo che il progetto non è mai stato approvato dalla giunta, **anche se è inserito nel DUP** e l'Amministrazione in carica ne ha fatto uno dei punti di forza della campagna elettorale...quindi l'indirizzo politico è manifesto. Io ho deciso di procedere all'affidamento, anche senza l'approvazione del definitivo in giunta...per evitare di perdere il finanziamento..

R. Se è inserito nel DUP è ok (lo schema di DUP viene approvato dalla giunta e poi dal Consiglio) ..importante è che sia stato validato dal RUP o da chi competeva...

Quesiti

- E' possibile procedere ad un affidamento diretto avente ad oggetto il medesimo servizio di supporto al RUP per la verifica e validazione di progetti esecutivi afferenti a due distinti lavori (e quindi con due distinti CIG), stante che afferiscono ad altrettanti due distinti decreti di finanziamento da rendicontare separatamente? Ciò al fine di eseguire una sola procedura di appalto servizi d'ingegneria, semplificando ed accelerando la procedura per l'esecuzione dei lavori medesimi?
- **R. Anche per l'incarico di supporto DOBBIAMO RISPETTARE LA ROTAZIONE .. O trovare adeguata motivazione ..ogni ulteriore ragionamento sembra, a chi scrive, una forzatura che potrebbe essere oggetto di censura.**
- Nel caso di regolamento interno più stringente rispetto alla norma e alla possibilità di affidamento diretto fino alla soglia dei 150000€, chi prevale?
- **R. dovete adeguare il regolamento alle nuove disposizioni emergenziali per evitare contestazioni.**

Quesiti

- La prenotazione di impegno sul titolo 2 può essere fatta anche a fine anno corrente costituendo il fondo pluriennale vincolato.
- **R. La domanda deve essere letta e riscontrata alla luce dei principi contabili (in particolare principio 4/2).**
- Trattando di lavori il principio consente delle eccezioni e la possibilità di "spostare" il quadro economico a fondo con delle condizioni precise (avvio procedura per affidamento progettazione di secondo livello, aggiudicazione l'anno successivo, avvio procedura lavori, aggiudicazione entro il terzo anno) ... non è chiaro il significato "*di impegno in conto capitale a fine anno*" ... il quesito andrebbe meglio esplicitato .. si raccomanda, in ogni caso, anche e soprattutto al RUP l'attenta lettura dei principi contabili (4/2)

Quesiti

Attualmente si sta predisponendo la procedura di gara, in questo caso bisogna predisporre il tutto al fine di fare una procedura aperta di cui all'art 60 del D.Lgs 50/2016 (l'importo netto della gara è inferiore a 40 mila euro)? Essendo la determina a contrarre datata a dicembre 2019 e quindi antecedente al D.L. 76/2020 e ss.mm.ii.

R. Il quesito non è chiaro. Com'è possibile che la determina a contrarre sia datata il 31/12/2019 (su stanziamenti del 2020) e l'affidamento non sia stato ancora effettuato.?