



**Le determinazioni del procedimento
amministrativo contrattuale e della
procedura di affidamento – prima parte**

*A domanda Risponde **Stefano USAI***

26 novembre 2020 dalle ore 15.00 alle 16.00

Quesiti pregresso webinar

Le procedure emergenziali si applicano per venire incontro alle incompetenze del personale pubblico. A mio parere la legge ha il compito di impedire abusi e derogare a determinate norme provoca abusi.

Quesiti – in rosso le risposte –

- Si chiede di trattare il tema del sorgere dell'obbligazione giuridicamente perfezionata ai sensi dell'articolo 183 del TUEL. In quale momento sorge l'OGP a cui segue la registrazione contabile dell'impegno?
- - **risposta nel web.**
- QUANDO RISULTA POSSIBILE NON APPLICARE IL PRINCIPIO DELLA ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTO IN GENERE .
- - **nel caso di procedura aperta ad ogni operatore in possesso dei requisiti o che li acquisisse prima della scadenza del termine per presentare la propria candidatura o offerta.**
- Negli affidamenti diretti, la determinazione dirigenziale è unica ed è la determina a contrarre ossia quella di affidamento?
- - **esattamente: come si evidenzia nel webinar non si tratta di una determina a contrarre ma di una determina di affidamento (visto che deve riportare l'indicazione del fornitore)**

Quesiti – in rosso le risposte –

- La determina semplificata di cui all'art. 32 comma 2 del DLgv 50/2016 è ammessa per affidamento diretto di lavori fino a 150000 euro o per forniture e servizi fino a 75.000?
- - si
- È possibile fare una determina di convalida di una determina precedente sanando solo il vizio di impegno errato? Se si quali sono i presupposti secondo l'art 21nonies c.2 della l.241?
- - non ha senso, sufficiente effettuare l'incremento dell'impegno di spesa (a condizione che vi siano tutte le condizioni e adeguamento del valore di riferimento del CIG)
- E' possibile avere delle tracce diversificate delle determine?
- - nel web prime indicazioni sulla casistica il secondo momento formativo
- casistica di adozione della determina semplificata
- - vedi sopra

Procedimento amministrativo procedura

- Il procedimento amministrativo contrattuale
- La procedura di affidamento
- Una differenza sostanziale, per comprendere la differenza (procedimento e procedura **non sono sinonimi**), emerge proprio dalla legge 120/2020 in cui si distingue il riferimento alle procedure di affidamento dal procedimento amministrativo contrattuale.

La legge distingue chiaramente perché necessario per l'individuazione del *dies a quo* che rileva ai fini dell'applicazione delle norme emergenziali sia per la tanto discussa potenziale responsabilità erariale qualora il RUP non giungesse ad aggiudicazione entro i termini fissati dal legislatore per responsabilità imputabile con determinazione di danno erariale.

Gli atti iniziali del procedimento e della procedura

- L'atto iniziale del procedimento amministrativo contrattuale è (normalmente) la determinazione a contrarre)
- L'atto iniziale della procedura di aggiudicazione è il bando/avviso pubblico a presentare la migliore offerta/lettera di invito, in certi casi l'avviso a manifestare interesse
- Il legislatore dell'emergenza collega il termine finale (entro cui giungere all'aggiudicazione) **all'atto di avvio del procedimento**

Gli atti iniziali del procedimento e della procedura

• E' irrilevante, ammesso che sia vero (vedi Tar Piemonte 736/2020) la circostanza che l'atto che avvia il procedimento abbia normalmente effetti interni (ma sarà vero?) - Tar Campania, 5380/2018? (ma scherziamo?) che c'entra?

• E' sufficiente effettuare una ricerca (attraverso il motore di ricerca ad hoc) e verificare che – anche solo dalla recentissima giurisprudenza del CdS – tra determinazione a contrarre e “esternalizzazione” dell'atto tecnico trascorre un tempo non fisiologico (in certi casi anche due mesi, in altri addirittura – per “piegare” in modo non normale gli obblighi di legge – le determinazioni vengono adottate senza CIG) ... si tratta di un tempo “morto” non giustificabile su cui nessuno interviene (neanche in sede di controllo interno .. Perché?) E' **sufficiente avvicinare i due momenti ---rendere contestuali avvio del procedimento e avvio della procedura di aggiudicazione**

Le determinazioni del procedimento amministrativo contrattuale

- Il procedimento amministrativo contrattuale prende avvio, quindi, con la determinazione a contrarre
- Prima atti di programmazione, dopo l'avvio della procedura di aggiudicazione, il provvedimento di aggiudicazione non efficace/provvedimento di aggiudicazione efficace e, quindi, perfezionata l'obbligazione giuridica, la determinazione di impegno di spesa

I riferimenti

Art. 32 del Codice dei contratti

Art. 183 del decreto legislativo 267/2000

Principio contabile applicato concernente la contabilità finanziaria 4.2

La determinazione a contrarre – di cosa si tratta?

La determinazione a contrarre – sotto il profilo amministrativo – sintetizza il programma della competizione che il RUP andrà a sviluppare

- Sotto il profilo contabile (aspetto che il RUP non può ignorare, per le varie implicazioni, delegando questi aspetti al responsabile del servizio finanziario) contiene la prenotazione di impegno di spesa

Cos' è la prenotazione dell'impegno di spesa?: un vincolo "provvisorio" di indisponibilità verso lo stanziamento di bilancio che assicura la copertura del contratto e delle acquisizioni/esecuzioni civilistiche.

Il vincolo provvisorio quando diventa definitivo?

Distinguere prenotazione da impegno di spesa

La prenotazione assicura la copertura finanziaria

“dell’operazione” ..dell’intervento apponendo un vincolo PROVVISORIO ALLO STANZIAMENTO DI BILANCIO

• PERCHE’ LA PRENOTAZIONE DIVENTI IMPEGNO (E QUINDI UN VINCOLO SULLO STANZIAMENTO DEFINITIVO) E’ NECESSARIO L’IMPEGNO DI SPESA

• L’IMPEGNO DI SPESA SEGUE (E NON PRECEDE) IL PERFEZIONAMENTO DELL’OBBLIGAZIONE GIURIDICA

• COME SI “ARRIVA” AL PERFEZIONAMENTO DELL’OBBLIGAZIONE GIURIDICA? ..UNA NOZIONE CIVILISTICA

La disciplina della determinazione e la disciplina della prenotazione dell'impegno di spesa

Art. 192 del decreto legislativo 267/2000

- Art. 183 disciplina della prenotazione e dell'impegno
- 1. L'impegno costituisce la prima fase del procedimento di spesa, con la quale, a seguito di obbligazione giuridicamente perfezionata è determinata la somma da pagare, determinato il soggetto creditore, indicata la ragione e la relativa scadenza e viene **costituito il vincolo** sulle previsioni di bilancio, nell'ambito della disponibilità finanziaria accertata ai sensi dell'articolo 151

La disciplina della prenotazione d'impegno di spesa

3. Durante la gestione possono anche essere prenotati impegni relativi a procedure in via di espletamento. I provvedimenti relativi per i quali entro il termine dell'esercizio non è stata assunta dall'ente l'obbligazione (nda giuridica) di spesa verso i terzi decadono e costituiscono economia della previsione di bilancio alla quale erano riferiti, concorrendo alla determinazione del risultato contabile di amministrazione di cui all'articolo 186.

La disciplina della prenotazione d'impegno di spesa

- Le spese di investimento per lavori pubblici prenotate negli esercizi successivi, la cui gara è stata formalmente indetta, concorrono **alla determinazione del fondo pluriennale vincolato e non del risultato di amministrazione**. In assenza di aggiudicazione definitiva (in assenza di obbligazione giuridica principio contabile 4/2) della gara entro l'anno successivo le economie di bilancio confluiscano nell'avanzo di amministrazione vincolato per la riprogrammazione dell'intervento in c/capitale e il fondo pluriennale è ridotto di pari importo.

Gli aspetti “amministrativi”

- Il RUP, con la determina “scrive” perché e come farà svilupperà la procedura di gara
- La determina è un atto del RUP ? (FAQ ANAC La determina a contrarre è l’atto, di spettanza dirigenziale, con il quale la stazione appaltante, pubblica amministrazione, manifesta la propria volontà di stipulare un contratto)
- L’attività propositiva del responsabile unico del procedimento
- Il passaggio della determina a contrarre condizionate dall’implicazione contabile
- Chi esercita una funzione di controllo sulla determina a contrarre?

La rilevanza della determina a contrarre

- La determina a contrarre (tra atto e adempimento) non è adempimento stereotipato
- L'atto ha una rilevanza fondamentale non solo per le implicazioni già dette ma per la legittimità degli atti del procedimento amministrativo

La rilevanza della determinazio ne a contrarre faq ANAC

D11. Quali sono le conseguenze della mancata adozione della determina a contrarre o i vizi di cui può essere affetta quest'ultima?

La mancata adozione della determina contrarre, in quanto atto amministrativo, la sua nullità o la presenza di un vizio di legittimità che la renda annullabile, determinando un vizio dell'iter procedimentale che riguarda la formazione della volontà contrattuale del soggetto pubblico, **si riflette su tutti gli atti del procedimento di gara compreso il provvedimento di aggiudicazione ed il successivo contratto**, invalido per effetto di un vizio derivato (secondo alcuni, di annullabilità, secondo altri, di nullità o di inesistenza).

LA RILEVANZA INTERNA

- Il fatto che abbia una rilevanza interna è affermazione stereotipata e “non totalmente corretta”..
- Se la sua carenza determina illegittimità degli atti del procedimento e si riverbera sulla stessa validità del contratto

**La questione
attuale
collegata alla
legge
120/2020**

- L'aspetto della responsabilità ..erariale..
- Tar Campania, Napoli n. 5380/2020 e Tar Piemonte Torino n. 736/2020
- Una rinnovata importanza della determina a contrarre...

Una rinnovata importanza della determina a contrarre...

**Perché oggi (con le nuove disposizioni
emergenziali) la determinazione a contrarre deve
essere rivalutata ..?**

- **Oltre alla sua funzione tradizionale ne ha una
nuova ... il documento che consente di dar conto
della gestione del tempo ... e delle deroghe ...**

**In particolare nel sopra soglia con la deroga
generalizzata di cui al comma 4 dell'articolo 2 della
legge 120/2020**

**delibera del 26 ottobre scorso, l'ANAC (che
riconosce gli enormi problemi posti dalla
disposizione)**