

11 SETTEMBRE 2024 ore 10:00

AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

RELATORE: AVV. FEDERICO BUSBANI

ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu



INQUADRAMENTO NORMATIVO

1. Nel corso del Webinar verranno trattati argomenti afferenti alle **procedure negoziate e sotto-soglia**. In particolare verrà trattato il Parere MIT del 03/06/2024, n. 2577, con il quale si è fatta chiarezza se nella fascia d'importo prevista per gli affidamenti diretti, sia altresì possibile effettuare una procedura negoziata, nonché della circolare MIT del 20 novembre 2023, n. 298 in tema di procedure utilizzabili sotto-soglia.

2. Inoltre verranno trattati i profili maggiormente operativi in tema di **rotazione**, ai sensi del Parere MIT del 25 luglio 2023, n. 2177 e del Parere MIT dell'1 aprile 2023, n. 1866.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Il 20 Novembre 2023 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha diramato la circolare n. 298/2023 sul tema delle procedure di affidamento nei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, il cosiddetto sottosoglia. Il riferimento, in particolare, inerisce l'applicazione dell'art.50 del Codice dei Contratti con riferimento all'applicabilità in tale ambito delle procedure c.d. «Ordinarie».

 Nel sottosoglia è possibile ricorrere alle procedure ordinarie anche nei casi differenti dalla lettera d) di cui al predetto art. 50?



Il MIT sancisce che la risposta è affermativa

Il provvedimento prevede che per gli affidamenti sottosoglia è possibile scegliere, per le amministrazioni aggiudicatrici, tra l'applicazione di procedure aperte o ristrette, come disposto dalla Direttiva 2014/24/ UE.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Relazione illustrativa del 5 gennaio 2023 - Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023

La precedente versione dell'art. 50 comma 1, lett. d) prevedeva che, in ipotesi di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee, la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, potesse utilizzare le **procedure ordinarie**, *«previa adeguata motivazione»*.

La disciplina del sottosoglia di cui al DL n. 76 del 2020 (art. 1, comma 2) non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie, ciò al fine di imporre l'utilizzo delle procedure semplificate.

Al contrario, l'art. 36, comma 2 del decreto legislativo n. 50 del 2016, prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come **facoltà sempre percorribile** dalla stazione appaltante (*«salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie»*).

«Nel comma 1, lett. d), in esame si è percorsa una via mediana, costituita dalla possibilità per le stazioni appaltanti, per gli appalti di lavori sottosoglia di importo più significativo, di impiegare le procedure ordinarie, ma «previa adeguata motivazione». Si tratta cioè non di libera opzione, ma della possibilità di accedere alle più complesse procedure ordinarie in esito a una specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel singolo caso, rendono preferibile – effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco – l'utilizzo del più garantistico, ma più complesso, procedimento ordinario di gara».

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Attuale assetto Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023

«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: [...]

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, **salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro.**»

Si può notare che nel testo elaborato dal Consiglio di Stato tale possibilità era subordinata alla **“previa adeguata motivazione”**. Questo presidio era finalizzato ad evitare il ricorso a procedure ordinarie, notoriamente più lente, che a volte possono essere preferite dagli amministratori al solo fine di evitare potenziali maggiori responsabilità. Nella formulazione della norma, in **versione definitiva**, la scelta di una procedura aperta in luogo di quella negoziata **può essere sempre effettuata senza onere di alcuna motivazione** il ché pare coerente con l'impianto complessivo del Codice che, comunque, privilegia le procedure ordinarie rispetto alle negoziate, utilizzabili esclusivamente al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

"La presente circolare intende fornire alcuni chiarimenti in merito alla portata normativa delle disposizioni di cui all'art. 50 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il «Codice dei contratti pubblici», che disciplinano le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie definite dall'art. 14 del medesimo decreto".

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

In particolare, l'art. 50, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede che, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 62 (in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze) e 63 (in materia di centralizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza), le stazioni appaltanti **procedono** all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 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;

Art.50,
comma 1

- c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno **cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;
- d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno **dieci operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;**
- e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di **almeno cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 14



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298



Attraverso **tali disposizioni**, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha inteso, in continuità con le semplificazioni introdotte dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, **individuare soglie di affidamenti al di sotto delle quali possono essere utilizzate procedure ritenute idonee a soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell'operatore economico, fermi restando i principi fondamentali del Codice**



Queste disposizioni costituiscono applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività. **Tale principio costituisce peraltro attuazione nel settore dei contratti pubblici del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità**. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Al contempo, viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Pertanto, va ribadito che l'art. 48, comma 1, del Codice, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama accanto al principio del risultato tutti i principi contenuti nel titolo I della Parte I del Primo Libro del Codice, tra cui rilevano, in particolare, il principio di (i) accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di (ii) concorrenza, di (iii) imparzialità, di (iv) non discriminazione, di (v) pubblicità e trasparenza, (vi) di proporzionalità e il (vii) principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Tale richiamo conferma che le procedure del sottosoglia saranno interpretate ed applicate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento attraverso le prassi delle Amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza.

In considerazione di quanto esposto, si ribadisce che le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla direttiva 2014/24/UE

La presente circolare reca indirizzi interpretativi condivisi con la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi. Roma, 20 novembre 2023



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Il testo del nuovo piano del PNRR, riformulato e concordato dal Governo con la Commissione europea, dispone all'obiettivo M1C1-73QUATER: *"Circular on below-EU threshold procurement adopted and published on the Italian Official Journal. The circular shall clarify that contracting authorities can use open and restricted procedures for below-EU threshold procurement"*, che tradotto porta a considerare ***l'adozione di una Circolare che chiarisca che negli affidamenti sotto soglia comunitaria le stazioni appaltanti possono utilizzare le procedure aperte e ristrette previste per il sopra soglia.***



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Chi è a favore....



L'ANAC ha subito accolto **positivamente** questa interpretazione. La circolare con la quale il MIT interviene sulle procedure sotto soglia (affidamenti diretti e procedura negoziata senza bando), innovando rispetto a quanto affermato col nuovo Codice degli Appalti e disponendo che **bisogna tenere conto non solo del principio di risultato, ma anche degli altri principi del Codice, tra cui quello di trasparenza**. E' quindi fatta salva la possibilità per le Stazioni Appaltanti di ricorrere a procedure selettive pubbliche e pubblicazione dei bandi, e che tutto va interpretato sulla base dei principi dell'UE. ANAC da ultimo eccepisce però che la circolare contiene una sostanziale innovazione che meriterebbe una modifica legislativa.

.... **chi non condivide in pieno la posizione.**

Il **Consiglio Nazionale degli Ingegneri**, di contro, esprime diverse perplessità. La circolare fornisce un'interpretazione del Codice dei Contratti che andrebbe **oltre all'interpretazione testuale del Codice**. L'articolo 50 prevederebbe chiaramente l'utilizzo di affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando per gli appalti sottosoglia, **in quanto procedure espressamente pensate per velocizzare e semplificare i processi**. Senza contare il fatto che, come richiamato dall'ANAC, **una circolare non può cambiare una legge**.



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

PARERE MIT 3 Giugno 2024, n. 2577

Con **Parere del 03/06/2024, n. 2577** il supporto giuridico del Servizio contratti pubblici del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT) ha chiarito, nell'ambito dei contratti sottosoglia, la possibilità di ricorrere alla procedura negoziata anche per le fasce di importo per le quali è previsto l'affidamento diretto.

La questione è sorta dalla seguente richiesta di una Stazione appaltante:
A. nella fascia d'importo prevista per gli affidamenti diretti di cui alle lett. a) e b) dell'art. 50, comma 1, del D. Lgs. 36/2023, è possibile aggravare la procedura effettuando invece una **procedura negoziata** prevista dalle lett. c), d) ed e) del medesimo articolo;

B. qualora fosse possibile, i **termini delle procedure d'appalto**, devono ritenersi quelli previsti dall'art. 1, lett. d) ed art. 2, lett. d) dell'allegato I.3 al D. Lgs. 36/2023.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

PARERE MIT 3 Giugno 2024, n. 2577

Con risposta al primo quesito, il MIT ha indicato che:

1. le indicazioni fornite dal MIT con Circolare del 20/11/2023, sulla possibilità per le stazioni appaltanti di utilizzare per gli appalti sotto soglia le procedure aperte e ristrette in luogo delle procedure semplificate previste dall'art. 50 del D. Lgs.36/2023, sono da ritenersi espressione del **principio del *favor* del legislatore euro unitario verso le procedure pro concorrenziali**, tra le quali possono annoverarsi anche le procedure negoziate;
2. la facoltà delle stazioni appaltanti di acquisire lavori, servizi e forniture mediante procedura negoziata anche entro le fasce di importo per le quali è previsto **l'affidamento diretto deve essere esercitata in applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del D. Lgs.36/2023** che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire **il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività**;
3. si deve tenere conto del divieto di aggravamento del procedimento sancito dall'art. 1, comma 2, della L. 241/1990, richiamata dall'art. 12 del D. Lgs.36/2023.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

PARERE MIT 3 Giugno 2024, n. 2577

4. In relazione al secondo quesito, in assenza di termini specifici per l'affidamento diretto, il MIT ha risposto in modo affermativo al secondo quesito.

Pertanto i termini massimi per la conclusione delle gare sarebbero di **4 o 3 mesi**, a seconda se si utilizzi, rispettivamente, il criterio dell'OEPV basato sul miglior rapporto tra **qualità e prezzo** o sul costo del ciclo di vita, oppure il criterio del **minor prezzo**. Resta ferma la necessità di **motivare adeguatamente la decisione di adottare una procedura negoziata in luogo dell'affidamento diretto**, anche in considerazione dell'allungamento dei tempi di conclusione del procedimento derivanti da tale scelta.

INQUADRAMENTO NORMATIVO – IL PRINCIPIO



Il principio era espressamente contemplato anche dal Codice 2016 (**art. 36 del D. Lgs. 50/2016, comma 1**), nonché meglio definito nei punti 3.6 e 3.7 della **Delib. ANAC 10/07/2019, n. 636** (Linee guida ANAC n. 4).

L'art. 49 del D.lgs. 36/2023 riprende in parte le previsioni delle Linee Guida ANAC, innovando su alcuni profili e precisando alcuni aspetti operativi rivelatisi critici nella precedente disciplina.

La ratio del principio è quella di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione della commessa da espletare acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici (cfr.: **C. Stato, 17/03/2021 n. 2292; C. Stato 12/06/2019 n. 3943**), così da garantire alle imprese concorrenti una posizione paritaria.

L'applicazione del principio non può pertanto essere aggirata mediante ricorso ad artifici quali arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce, ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto.

INQUADRAMENTO NORMATIVO – IL PRINCIPIO

Art.
49

Principio di rotazione degli affidamenti

1. Gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione.
2. In applicazione del principio di rotazione **è vietato** l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al **contraente uscente** nei casi in cui **due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante:
 - a) nello stesso **settore merceologico**, oppure
 - b) nella stessa **categoria di opere**, oppure
 - c) nello stesso **settore di servizi**.
3. La stazione appaltante può ripartire gli **affidamenti in fasce in base al valore economico**. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con **riferimento a ciascuna fascia**, fatto salvo quanto previsto dai commi 4, 5 e 6.
4. In casi **motivati** con riferimento alla
 - a) **struttura del mercato**
 - b) **effettiva assenza di alternative**, nonché di
 - c) **accurata esecuzione del precedente contratto**,**il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto**
5. Per i contratti affidati con le procedure di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.
6. **È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.**

Gli affidamenti dei contratti di importo **inferiore alle soglie** europee avvengono in applicazione del **principio di rotazione**

Art. 49 comma 2 riprende, innovandolo in alcuni punti, le Linee guida n.4: «In applicazione del principio di rotazione è **vietato l'affidamento o l'aggiudicazione** di un appalto al contraente uscente nei casi in cui **due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi»

NEW

il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa:

- **stesso settore merceologico;**
- **stessa categoria di opere;**
- **nello stesso settore di servizi.**

**NO ROTAZIONE
INVITI**

OLD

Linee guida n. 4 «Si applica il principio di rotazione degli affidamenti **e degli inviti**, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. L'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari»

**ROTAZIONE ANCHE
DEGLI INVITI**



La stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in **fasce** in base al valore economico.

In tale caso il **divieto di affidamento** o di aggiudicazione si applica **con riferimento a ciascuna fascia**.

ECCEZIONI

Il **contraente uscente può essere reinvitato** o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati in relazione a:

- **struttura del mercato;**
- riscontrata **assenza di alternative;**
- **accurata esecuzione del precedente contratto.**

➤ Per i contratti affidati con procedura negoziata senza bando, le SA **non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici** in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

➤ È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli **affidamenti diretti** di importo inferiore a 5.000 euro come per gli acquisiti MEPA per cui entro tale importo non è obbligatorio il ricorso

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Parere del 25 luglio 2023, n. 2177

Il principio di rotazione degli affidamenti, sancito dall'art. 49 del nuovo Codice dei Contratti Pubblici, è stato oggetto di chiarimenti interpretativi da parte del Supporto Giuridico del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti (MIT). La disposizione, che regola gli affidamenti per le procedure sotto soglia, stabilisce chiaramente il divieto di affidamento o aggiudicazione di un appalto al contraente uscente **nei casi in cui due affidamenti consecutivi abbiano lo stesso settore merceologico, la stessa categoria di opere o lo stesso settore di servizi.**

Il parere del MIT ha specificato il significato da dare alla locuzione “**due affidamenti consecutivi**”

DUE alternative possibili

1. Dopo il **primo** affidamento in una categoria di opere, non è possibile fare un affidamento o aggiudicare un appalto al contraente uscente nella stessa categoria di opere.
2. Il divieto opera dopo i primi **due** affidamenti.



PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Parere del 25 luglio 2023, n. 2177

Il Supporto Giuridico del MIT, con il parere del 25 luglio 2023, n. 2177, ha chiarito che le disposizioni dell'art. 49 vietano effettivamente l'affidamento di un appalto al contraente uscente nei casi di due affidamenti consecutivi con gli stessi parametri.

Inoltre, se la Stazione Appaltante ha previsto la suddivisione degli affidamenti in fasce di valore economico, **il divieto si applica separatamente a ciascuna fascia.**

QUESITO: *L'espressione "i due consecutivi affidamenti" vuol dire che, dopo il primo affidamento in una categoria di opere, non posso fare un affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nella stessa categoria di opere? oppure significa che il divieto opera dopo i primi due affidamenti?*

RISPOSTA: *Risulta corretta la prima delle due affermazioni da voi riportate nel quesito, eventualmente integrata con il riferimento anche alla fascia di importo.*

Pertanto, i presupposti che determinano il divieto di affidamento consecutivo sono identificati nel medesimo settore merceologico, nella stessa categoria di opere, nello stesso settore di servizi e nella stessa fascia di valore economico.

Il MIT ha confermato l'interpretazione che evidenzia l'importanza di considerare anche la fascia di importo per l'applicazione del divieto.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Divieto di affidamento - PRESUPPOSTI



I presupposti che determinano il divieto di affidamento (o aggiudicazione) consecutivo risultano essere:

- a) lo stesso **settore merceologico**, la stessa **categoria** di opere, lo stesso **settore** di servizi;
- b) la stessa **fascia** di valore economico.

Pertanto, secondo il MIT, è corretta la **prima interpretazione fornita**, eventualmente integrata con il riferimento anche alla fascia di importo.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

Parere dell'1 aprile 2023, n. 1866



Come si combinano tra loro le disposizioni dei commi 2 e 3 dell'art. 49?

Il dubbio nasce da una stazione appaltante che ha chiesto al Supporto Giuridico del MIT se la suddivisione in **fasce d'importo** in base alle categorie merceologiche sia **facoltativa**, onde evitare possibili errori di catalogazione per l'assegnazione di ogni procedura e **quindi se si possa procedere con la semplice applicazione del principio di rotazione senza suddivisioni in fasce di valori**.

Nel rispondere, **con il parere dell'1 aprile 2023, n. 1866, il MIT** ha evidenziato come dal tenore letterale del comma 3 dell'art. 49 per cui **"la stazione appaltante può ripartire..."**, il legislatore ha voluto considerare quale **mera possibilità** la ripartizione degli affidamenti in fasce d'importo in base alle categorie merceologiche, fermo restando che, qualora l'Amministrazione decida di dotarsi di **elenchi di operatori economici** ripartendo gli affidamenti in fasce d'importo, ai sensi di quanto previsto dall'art. 3, comma 1, dell'Allegato II.1 al D.Lgs. n. 36/2023, dovranno indicarlo nell'avviso di costituzione dell'Elenco.

Inoltre il Ministero ha disposto il **divieto di riaffidamento per la terza procedura**, sancito al comma 2 dell'art. 49, secondo cui *"In applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui **due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi"*.

MOTIVAZIONE PER IL CONCORRENTE USCENTE



L'art. 49 al comma 4 dispone che "*In casi motivati con riferimento alla **struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto**, il contraente uscente può essere [...] individuato quale **affidatario diretto***"

L'attuale disposizione di cui all'art. 49, co. 4, del Codice dispone un **regime motivazionale più leggero** a carico della stazione appaltante rispetto a quello richiamato nelle Linee Guida ANAC n. 4, in quanto attualmente sono previsti dei **semplici "casi motivati"** rispetto al precedente **"onere motivazionale più stringente"**.

A differenza delle Linee guida ANAC n. 4, non si richiede che la motivazione della deroga al principio di rotazione tenga conto anche *"della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento"*, in aggiunta agli ulteriori requisiti innanzi delineati.

In ogni caso, ai fini della deroga al principio di rotazione, i presupposti evidenziati devono risultare concorrenti, e non alternativi tra loro.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

CONSIDERAZIONI

Risulta confermato:

- che il **principio di rotazione dev'essere applicato avendo come riferimento il contratto immediatamente precedente rispetto a quello che la stazione appaltante intende aggiudicare;**
- che, ai fini dell'operatività del principio di rotazione, ciò che conta è l'identità (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime.

NON OPERATIVITÀ NEI CONFRONTI DELL'OPERATORE NON AGGIUDICATARIO

L'art. 49 del D. Leg.vo 36/2023 risulta innovativo nella parte in cui non prevede che la rotazione si applica anche nei confronti degli operatori economici invitati alla precedente procedura ma non risultati aggiudicatari.

Ai sensi delle previgenti Linee guida ANAC n. 4, il principio di rotazione comportava, di norma, il divieto di invito nei confronti del contraente uscente "e" degli operatori economici invitati e non affidatari.

Si è ritenuto, quindi, di escludere la rotazione a carico dell'operatore invitato ma non aggiudicatario, poiché in tale ipotesi la restrizione del principio di più ampia partecipazione non risulta giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative, come per il precedente aggiudicatario.

PRINCIPIO DI ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI PER LE PROCEDURE SOTTOSOGLIA

RIPARTIZIONE AFFIDAMENTO PER FASCE E PRINCIPIO DI ROTAZIONE



Al **comma 3**, art. 49 del D. Leg.vo 36/2023, viene introdotta una ulteriore specificazione ai fini dell'applicazione del principio di rotazione, per cui la stazione appaltante, con proprio provvedimento, può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico, e in tal caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia. Ciò, in analogia con quanto già previsto dalle Linee guida ANAC n. 4.

Ai sensi del **comma 5**, per i contratti affidati con le procedure negoziate senza bando di cui all'art. 50 del D.lgs. 50/2016, comma 1, lettere c), d) ed e), le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

Ai sensi del comma 6, è comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.



Grazie per l'attenzione