

COMUNE DI GIOIA TAURO

Provincia di Reggio Calabria

UFFICIO DEL SEGRETARIO COMUNALE

Ai
Responsabili dei Settori

E p.c. Al
Sig. Sindaco

OGGETTO: NUOVO CODICE DEGLI APPALTI (D. LGS 50/2016). GLI AFFIDAMENTI DIRETTI EX ART. 36 E GLI OBBLIGHI DI MOTIVAZIONE

Facendo seguito alle precedenti direttive in materia di Nuovo Codice degli appalti, con la presente si intende focalizzare l'attenzione delle SS.LL. sugli affidamenti diretti ex art. 36 del D.lgs. 50/2016 .

Il predetto articolo 36 del D. Lgs. 50/2016 introduce un sistema semplificato di acquisto di beni, servizi e lavori sotto soglia, relativamente ai settori ordinari.

In particolare:

- a) *per affidamenti (beni - servizi) o per i lavori in amministrazione diretta di importo inferiore a 40.000 euro (max 39.999,00) mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato.*

Sul punto si richiamano le specifiche linee guida dell'Anac che in ogni caso raccomanda l'interpello di almeno due operatori .

- b) *per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a :*

- 150.000 euro per i lavori,

- alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi,

mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

- c) *per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti,*

individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

d) *Per i lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro si fa ricorso alle procedure ordinarie.*

Il ricorso alle procedure semplificate di cui ai superiori punti a) b) e c) è rimesso alla scelta dell'amministrazione appaltante in quanto il legislatore, anche per gli acquisti rientranti nelle soglie di cui sopra, ha fatto salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di selezione del contraente (procedure aperte o ristrette) .

Nel caso poi in cui la scelta sia quella di fare ricorso alle "procedure semplificate" , l'affidamento dovrà avvenire nel rispetto dei principi fissati dall'art. 30 del D.Lgs 50/2016 .

Posto quanto sopra la conseguenza sarà che in forza dell' articolo 36 del codice il Responsabile del Settore che dia avvio, con determinazione a contrarre ex art. 192 TuoeL , a procedura di acquisto ex art. 36 del d. Lgs 50/2016 , dovrà corredare l'atto di duplice motivazione (entrambe obbligatorie):

1° MOTIVAZIONE (in ordine alla *ragione per cui si fa ricorso alla procedura semplificata*) :

Nella determinazione a contrarre -con cui si dà avvio alla procedura di acquisto - occorre motivare la ragione per cui si fa ricorso alle procedure semplificate in luogo di quelle ordinarie (pure ammissibile) atteso che l' art. 36 non impone il sistema semplificato ma semplicemente lo prevede quali possibile opzione rispetto a quello ordinario.

V'è pertanto un vero obbligo di motivazione sulla scelta della procedura semplificata piuttosto che di quella ordinaria.

Si tratterà di dare contezza delle ragioni poste alla base della stima (sotto le soglie sopra indicate) effettuata e posta quale riferimento per l'acquisto . Ciò significa che il Responsabile del settore che avvia una procedura di acquisto nella determinazione a contrarre deve dare conto e deve dimostrare il rispetto della soglia quale tetto complessivo che riguarda l' amministrazione nel suo complesso e non come limite solo settoriale, insufficiente a garantire il rispetto del divieto artificioso di frazionamento dei contratti.

La motivazione pertanto serve ad evitare problemi di legittimità della procedura e conseguenti responsabilità in capo al Responsabile precedente, in conseguenza di una da imprecisa o insufficiente programmazione degli acquisti e dalla violazione del divieto di frazionare gli appalti, allo scopo di abusare delle procedure semplificate o anche sotto soglia (es. per un servizio essenziali a carattere continuativo valutati per un arco temporale inferiore alla programmazione triennale del bilancio ovvero acquisizioni da parte di distinti settori ma entro una medesima categoria merceologica - es. hardware, arredi ecc - per importi superiori, nell' ambito dell' ente, ai 40 mila euro : in tali casi si determinerebbe di fatto un illegittimo frazionamento della base di gara di un appalto, sì da sottrarlo alle regole della programmazione o a specifiche procedure di acquisto (nel caso dei comuni anche agli effetti sulla necessità di avvalersi delle centrali di committenza).

Dunque, è il provvedimento a contrattare che deve dare conto della scelta di avvalersi effettivamente della procedura semplificata invece di quella ordinaria. Non si tratta di una questione meramente formale

2 ° MOTIVAZIONE (*in ordine al rispetto dei principi ex art. 30*)

Il secondo obbligo impone che la determinazione a contrarre contenga la motivazione in ordine al

rispetto ed attuazione dei principi indicati dall' articolo 30 e specificamente quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza e pubblicità.

In particolare nella determinazione contrarre occorre dimostrare che non si sta ponendo in essere un affidamento discriminatorio (in violazione della libera concorrenza) perché la P.A. si è rivolta rivolto «per via fiduciaria» ad un solo operatore economico, ma che la scelta ha comunque tenuto conto della presenza di altri operatori nel mercato ed è stata svolta in modo trasparente e verificabile nelle ragioni e nella procedura .

Di seguito si prospettano delle ipotesi motivazionali relativamente ai principi fondamentali di cui all'art. 30 del codice per meglio rappresentare le ragioni sottese al predetto obbligo di motivazione:

OMISSIS

NEL CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO AD UN SOLO OPERATORE ECONOMICO INDIVIDUATO PREVIA SELEZIONE TRA ALTRI

STABILITO di procedere, appunto, mediante affidamento diretto e non attraverso le procedure ordinarie delle quali, comunque, ai sensi del citato articolo 36, comma 2, del d.lgs 50/2016 è possibile avvalersi, poiché la scelta della procedura mediante affidamento diretto che si attiva col presente provvedimento garantisce adeguata apertura del mercato e l'individuazione dell'operatore economico in modo da non ledere, bensì attuare, i principi enunciati dall'articolo 30 del d.lgs 50/2016, così da rispettare il presupposto per non avvalersi delle procedure ordinarie, nel rispetto, appunto, dei principi generali codicistici;

ritenuto che l'opzione del ricorso all'affidamento diretto che la motivazione per procedere all'affidamento diretto è la seguente:

- a) il principio di economicità è garantito dalla circostanza che la fissazione dell'importo a base della negoziazione è stato determinato non mediante un confronto diretto tra Comune ed affidatario, ma sulla base di prezzi rilevati sulla base dell'indagine di mercato, come da relazione del responsabile del procedimento n. ____, in data ____;
- b) il principio dell'efficacia viene rispettato, perché l'affidamento non è assegnato in ragione della convenienza del prestatore, ma per rispondere alle esigenze tecniche del Comune, che attraverso l'esecuzione del contratto colma il fabbisogno di ____ (specificare in coerenza con l'oggetto), permettendo dunque di rendere il servizio in modo corretto e puntuale, a beneficio dell'utenza;
- c) il principio della tempestività viene assicurato perché l'acquisizione della prestazione avviene sia nei termini previsti dalla programmazione disposta dal Piano Dettagliato degli Obiettivi, sia nei termini previsti per acquisire/mettere in esercizio il bene/il servizio, necessari ai fini dell'efficace erogazione dei servizi, come rilevato sopra;
- d) il principio della correttezza viene rispettato, garantendo che il contraente non sia individuato attraverso una scelta apodittica o dando luogo nei suoi confronti ad un privilegio, bensì consentendo a tutti i soggetti interessati a negoziare con il Comune a parità di condizioni: tutti i soggetti che manifestano l'interesse a negoziare sono compulsati da un medesimo avviso che pone per tutti identiche condizioni e con essi si negozia sulla base di un univoco invito a presentare offerte;
- e) il principio della libera concorrenza viene rispettato, perché con la pubblicazione dell'avviso di manifestazione di interesse per il periodo di __ giorni, considerato congruo ai fini della sollecitudine propria della procedura che si intende attivare, si apre il mercato a tutti i soggetti interessati a negoziare con il Comune, permettendo, nella fase successiva, appunto di concorrere tra loro; *OPPURE* perché ci si avvale del MePa, strumento che garantisce la libera concorrenza, così come regolamentato dalle norme vigenti;
- f) il principio di non discriminazione viene garantito sia rispettando il principio di correttezza, sia rispettando il principio della libera concorrenza, sia perché non sono previsti requisiti posti ad escludere particolari categorie di imprese, ma si rispetta, al contrario, anche l'indicazione posta dal d.lgs 50/2016, di aprire il mercato alle piccole e medie imprese

SE SI UTILIZZANO I SISTEMI DI INDIVIDUAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI PREVISTI DAL MEPA;

- g) il principio della trasparenza viene garantito sia dal rispetto degli specifici obblighi di pubblicità posti dall'articolo 36 del d.lgs 33/2013 nonché dall'articolo 29 del d.lgs 50/2016;
- h) il principio della proporzionalità è garantito da un sistema di individuazione del contraente snello, che non richiede requisiti eccessivi e documentazione ed oneri eccessivi;
- i) il principio della pubblicità viene garantito precisando che, nel caso di specie, non sono indicate dal codice dei contratti specifiche modalità: si stabilisce di rispettarlo, quindi, attraverso la pubblicazione sul profilo del committente dell'avviso per invitare a manifestare l'interesse, che allegato sub ___ si approva col presente provvedimento;

CONSIDERATO , quindi, che la ragione per la quale si affida la prestazione all'operatore economico consisterà nella circostanza che esso sarà selezionato a seguito del confronto della sua proposta economica/progettuale, secondo le previsioni della lettera di invito a presentare l'offerta;

NEL CASO DI AFFIDAMENTO DIRETTO AD UN SOLO OPERATORE ECONOMICO NON INDIVIDUATO PREVIA SELEZIONE TRA ALTRI

STABILITO di procedere, appunto, mediante affidamento diretto e non attraverso le procedure ordinarie delle quali, comunque, ai sensi del citato articolo 36, comma 2, del d.lgs 50/2016 è possibile avvalersi, poiché la scelta della procedura mediante affidamento diretto che si attiva col presente provvedimento garantisce adeguata apertura del mercato e l'individuazione dell'operatore economico in modo da non ledere, bensì attuare, i principi enunciati dall'articolo 30 del d.lgs 50/2016, così da rispettare il presupposto per non avvalersi delle procedure ordinarie, nel rispetto, appunto, dei principi generali codicistici;

in particolare, si rispettano i principi posti dall'articolo 30 anche nel caso di specie, nonostante si negozi direttamente con un solo operatore economico, perché ricorrono i presupposti per la procedura negoziata, in analogia a quanto prevede l'articolo 63 del d.lgs 50/2016 e, in particolare, quanto indicato dal comma __, numero __, perché ____

[EVENTUALE nel caso che si ricada nell'obbligo di utilizzare il MePa]

RILEVATO che i principi di cui sopra sono integralmente garantiti e rispettati mediante il ricorso al MePa gestito dalla Consip (o diverso mercato elettronico di cui si avvalga l'Ente), in quanto l'apertura iniziale del mercato è assicurata dall'accreditamento degli operatori economici nel mercato elettronico da parte della Consip, mentre la negoziazione è assicurata (*scegliere l'alternativa*)

a) dalla selezione dell'offerta migliore esposta nel catalogo (formula da usare nel caso di OdA);

b) dalla selezione dell'offerta mediante la negoziazione avviata attraverso il sistema della Richiesta d'Offerta, inviata ad almeno 5 operatori economici;

RILEVATO che ai sensi dell'articolo 36, comma 6, secondo periodo, del d.lgs 50/2016 " *per lo svolgimento delle procedure di cui al presente articolo le stazioni appaltanti possono procedere attraverso un mercato elettronico che consenta acquisti telematici basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via elettronica. Il Ministero dell'economia e delle finanze, avvalendosi di CONSIP S.p.A., mette a disposizione delle stazioni appaltanti il mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni* ", sicché si può affermare che :

1- Il mercato elettronico, propriamente, ai sensi dell'articolo 3, comma 1, lettera b), del d.lgs 50/2016 è uno strumento di acquisto e di negoziazione che consente acquisti telematici per importi inferiori alla soglia di rilievo europeo basati su un sistema che attua procedure di scelta del contraente interamente gestite per via telematica.

Tale sistema di acquisto, poi si distingue in:

a) «**strumenti di acquisto**», regolati dalla successiva lettera c) come "strumenti di acquisizione che non richiedono apertura del confronto competitivo". Rientra tra gli strumenti di acquisto (numero 3) della lettera c)) "il mercato elettronico realizzato da centrale di committenza nel caso di acquisti effettuati a catalogo", cioè mediante ordine di acquisto diretto;

b) «**strumenti di negoziazione**», regolati dalla successiva lettera d) come "strumenti di acquisizione che richiedono apertura del confronto competitivo". Rientrano tra gli strumenti di negoziazione (numero 3 della lettera d) "il mercato

elettronico realizzato da centrali di committenza nel caso di acquisti effettuati attraverso confronto concorrenziale”, cioè mediante richiesta d’offerta.

2- il comma 6 dell’articolo 36 non chiarisce quali strumenti attuativi del “mercato elettronico” si possono utilizzare, se gli “strumenti di acquisto”, oppure se gli “strumenti di negoziazione”. Per cui sotto la soglia dei 40.000 euro appare dunque possibile anche avvalersi della richiesta d’offerta;

E’ del tutto evidente che , trovandosi nella fase di prima applicazione delle disposizione del Nuovo Codice degli appalti occorre prestare molta attenzione alle procedure di affidamenti da avviare tenendosi costantemente aggiornati anche mediante consultazione quotidiana del sito dell’Anac deputata dal legislatore ad intervenire nell’orientare e/o regolamentare aspetti di dettaglio in ordine alle nuove disposizioni di legge .

L’ufficio scrivente rimane comunque a disposizione per ulteriori chiarimenti -

Si incarica il Responsabile del Settore I della pubblicazione della presente direttiva sul sito istituzionale – Sez. Amministrazione trasparente > Disposizioni generali .

Li 25 .5.2016

IL SEGRETARIO GENERALE
Caterina Paola Romanò