



Comune di Stilo (RC)

7/12/2017
Nr. 0006618

Titolario

COMUNE DI STILO

(Prov. di Reggio Calabria)

Viale Roma - C.A.P. 89049 - Tel. 0964/77006/07 - Fax 0964/775312

P.I. 00315780808 - C.F. 81001070804

AI Responsabili dei Settori
Amministrativo
Finanziario
TecnicoE,p.c., al Sig.Sindaco
Agli Assessori Comunali
SEDE

Direttiva in materia di anticorruzione e controlli interni.N.4

Oggetto : L'affidamento diretto dopo il correttivo appalti (D. Lgs. 56/2017) . Trasmissione direttiva interpretativa.

Come Vi è noto , è stato pubblicato il D.Lgs. 56/2017 , denominato "correttivo" del codice degli appalti . Molto si è già discusso sulla presunta ulteriore "semplificazione" della procedure di gara "minori" , che , ad una prima lettura , sembravano essere state totalmente svincolate dalla previa consultazione di più operatori economici . In realtà , una lettura attenta delle disposizioni ed il loro coordinamento sistematico e logico con il corpus giuridico incidente sulla disciplina degli appalti e con la normativa anticorruzione , conduce ad una interpretazione totalmente diversa a cui è necessario che gli uffici si conformino senza tentennamenti o tentazioni devianti di massima velocizzazione , la quale spesso si traduce in discrezionalità troppo ampia che svilisce e viola i principi fondamentali posti dal legislatore a presidio della legittimità e trasparenza delle procedure di affidamento .

Per fornire una utile traccia ermeneutica ed al contempo operativa agli uffici , ritengo opportuno trascrivere , di seguito , in modo integrale , un articolo apparso su rivista specializzata per gli enti locali che è totalmente coerente con la interpretazione che delle norme ha maturato lo scrivente , invitandoVi a lettura attenta dello stesso ed a conformazione dell'azione amministrativa ai suoi contenuti .

" E' stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale il D.Lgs. 56/2017, c.d. correttivo del codice degli appalti e delle concessioni. L'art. 25 del correttivo al Codice appalti interviene sull'art. 36 apportando alla procedura dell'affidamento diretto le seguenti modificazioni: a) al comma 1, le parole: "di cui all'articolo 30, comma 1, nonché del rispetto del principio di rotazione" sono sostituite dalle seguenti: "di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti" ed è aggiunto, infine, il seguente periodo "Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50"; b) al comma 2, alla lettera a), le parole: "adeguatamente motivato" sono sostituite dalle seguenti: "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici".

I primi commenti, reperibili in internet, richiamando l'attenzione sulla eliminazione dell'adeguata motivazione, finiscono per sostenere, erroneamente, che l'affidamento diretto non

richiederebbe più la motivazione in ordine alla scelta dell'operatore economico affidatario. Secondo queste prime riduttive e semplicistiche letture del correttivo, l'affidamento diretto andrebbe motivato richiamando soltanto, nella determina a contrarre, la circostanza che l'acquisizione è inferiore a 40.000 euro, e questo elemento sarebbe sufficiente, senza alcuna ulteriore indicazione, a giustificare l'individuazione dell'operatore economico affidatario, da effettuarsi "anche" senza previa consultazione di due o più operatori economici.

Addirittura, il correttivo - secondo queste prime interpretazioni- avrebbe l'effetto di porre sostanzialmente nel nulla le Linee guida n. 4/2016 dell'ANAC, sugli affidamenti sotto soglia. In realtà, non è così. Si tratta di una interpretazione assolutamente non condivisibile e fuorviante, soprattutto tenuto conto che la vigilanza sugli affidamenti diretti continuerà a competere all'ANAC che è anche, contestualmente, autorità nazionale anticorruzione, e l'ANAC ha dimostrato chiaramente, in tutte le Linee Guida e, soprattutto, nelle Linee Guida sugli appalti sotto soglia, di pretendere la piena integrazione tra la normativa appalti e la normativa anticorruzione, che annovera le procedure di scelta del contraente e di affidamento dei contratti tra le aree a maggior rischio di corruzione e di illegalità.

La necessaria integrazione, che si impone nell'attuale contesto operativo, tra affidamento degli appalti e prevenzione della corruzione e della illegalità, impedisce che le modifiche apportate dal correttivo si possano tradurre in una sopravvenuta libertà o licenza, incondizionata e svincolata da un idoneo obbligo di motivazione, per quanto concerne la scelta dell'operatore economico affidatario, di utilizzare l'affidamento diretto con un unico operatore economico e, in sostanza, di utilizzare l'ordine diretto di acquisto (ODA) o la trattativa diretta (TD). In realtà continua a persistere, anche dopo il correttivo, l'obbligo di motivazione - oltretutto imposto dall'articolo 3 della L. 241/1990 - in ordine alla identificazione dell'operatore economico destinatario dell'affidamento.

Il RUP continua pertanto ad essere obbligato - anche ai fini della vigilanza su segnalazione da parte dell'ANAC - ad esplicitare, nella determina a contrarre, in caso di ODA o di TD, i motivi in forza del quale è stato individuato quel determinato operatore economico e non un altro. Tale precipuo obbligo di motivazione continua ad essere imposto, nel nostro ordinamento, anche dall'art. 9, comma 2 del DPR 16 aprile 2013, n. 62 secondo cui "la tracciabilità dei processi decisionali adottati dai dipendenti deve essere, in tutti i casi, garantita attraverso un adeguato supporto documentale, che consenta in ogni momento la replicabilità. Ne consegue che, pur in presenza della sopravvenuta eliminazione delle requisito della "adeguatezza" quale requisito caratterizzante della motivazione dell'affidamento diretto, tuttavia, il processo decisionale che conduce il RUP a individuare un determinato operatore economico deve restare pur sempre tracciato per iscritto, anche dopo il correttivo, e la tracciabilità deve essere garantita su un adeguato supporto documentale (determina contrarre e determina di aggiudicazione).

In definitiva, nell'attuale contesto operativo non è possibile procedere isolatamente prendendo in considerazione soltanto le disposizioni del codice, ma è necessario affiancare le disposizioni del codice appalti con le disposizioni anticorruzione e del codice di comportamento.

Così ricostruita la doverosa interpretazione sistematica delle modifiche apportate dal correttivo, ne deriva che tali modifiche non fanno altro che confermare l'intera filosofia e il complessivo impianto di fondo delle Linee Guida ANAC n. 4/2016 dove, peraltro, la comparazione di due o più preventivi viene indicata dall'ANAC ai fini di motivare in ordine alla congruità della prezzo e al rispetto del principio di concorrenza.

Del resto, la necessità di garantire la necessaria integrazione tra appalti e anticorruzione è dimostrata proprio dal legislatore del correttivo laddove sostituisce le parole "di cui all'articolo 30, comma 1, nonché del rispetto del principio di rotazione" con le seguenti: "di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione

degli inviti e degli affidamenti". La disposizione ha l'effetto di potenziare, rispetto al quadro normativo vigente, il profilo anticorruptivo delle procedure di affidamento sotto soglia, e dell'affidamento diretto, tenuto conto che la prevenzione del conflitto di interesse, mediante l'obbligo di astensione, e la rotazione (di cui si precisa che deve essere riferita agli "inviti" e agli "affidamenti") costituiscono due tra le principali misure di prevenzione della corruzione, assieme alla trasparenza, anch'essa obbligatoria in ambito appalti.

L'obbligo di motivazione "adeguata" discende allora direttamente dalla doverosa applicazione -oltre che del citato art. 9, comma 2 DPR 62/2013 - dell'articolo 42 del codice appalti, risultando superflua e sovrabbondante nell'ambito dell'art. 37, comma 2, lett. a), potendosi desumere comunque "aliunde", da altre disposizioni dell'ordinamento.

In altri termini, che l'adeguata motivazione sia tuttora indispensabile per l'affidamento diretto discende dall'applicabilità a tale procedura, come abbiamo visto, del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e dell'articolo 42 del codice, il quale dispone che la stazione appaltante è tenuta a prevedere misure "adeguate" per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e di garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. Dal che discende l'obbligo di motivare in ordine alla identificazione dell'operatore economico affidatario quale scelta rispettosa del principio di rotazione, della concorrenza e della parità di trattamento, fermi restando i casi di deroga alla rotazione per la presenza di diritti esclusivi, compresi i diritti di proprietà intellettuale.

Non va dimenticato, al riguardo, che la definizione di conflitto di interesse fa riferimento a tutti quei casi in cui il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione o può influenzare, in qualsiasi modo, il risultato: ha direttamente o indirettamente un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità indipendenza nel contesto della procedura di appalto.

Non va, infine, dimenticato che, sempre ai sensi dell'articolo 42 del codice, la stazione appaltante è tenuta a vigilare affinché le disposizioni in ordine al contrasto del conflitto di interessi siano rispettate. E affinché tali disposizioni siano rispettate, e affinché la vigilanza della stazione appaltante possa essere effettivamente garantita, in un contesto operativo come quello attuale, aperto alle segnalazioni di illecito (che possono pervenire all'ANAC anche da parte degli operatori economici non affidatari), è necessario che, nella procedura di affidamento diretto, emerga comunque e pur sempre il profilo di imparzialità e di indipendenza del RUP in ordine alla individuazione dell'operatore economico affidatario.

Senonché a tale risultato può pervenirsi soltanto attraverso una motivazione che sia, sul punto, adeguata, indipendentemente dalla richiesta, espressa, di tale requisito nel corpo dell'articolo 36, comma 2, lett. a). In definitiva il RUP, anche dopo il correttivo, deve continuare ad effettuare l'indagine identificativa per individuare l'operatore economico a cui affidare il contratto, e deve continuare a garantire la tracciabilità del processo decisionale, che ha condotto a quella identificazione, mediante idonea motivazione. In particolare deve motivare: in ordine alla presenza di diritti esclusivi o altre ragioni di fatto o di diritto, ammesse dall'ordinamento (es. infungibilità del bene o servizio, assenza di alternative ragionevoli, etc.), che consentono l'affidamento ad un unico operatore economico; in ordine all'utilizzo dello strumento di acquisto dell'ODA al posto della TD, tenuto conto che - come evidenziato anche dalla Ragioneria generale dello Stato nell'articolo del 20 febbraio 2017 - il ricorso alla ODA dovrebbe essere ridotto a favore della TD o della RDO e limitato ai casi di urgenza e di necessità. Con riferimento a quest'ultimo aspetto, rileva la Ragioneria dello Stato che, dallo studio dell'Istat, "emerge la necessità di un miglioramento nell'utilizzo del Mepa da parte dei responsabili degli acquisti pubblici,

semplificando le procedure di accesso, limitando il ricorso agli ordini diretti a soli casi di necessità e urgenza e cercando di sfruttare al meglio le potenzialità di risparmio che possono derivare dalle richieste di offerta con conseguente contrattazione".

Fermo restando che, a seguito del correttivo, l'affidamento può avvenire "anche senza previa consultazione di due o più operatori economici" e, quindi, senza ricorso alla RDO, in concreto, tale possibilità, alla luce delle Linee guida n. 4/2016, di cui va confermata la validità dell'impianto complessivo, va riservata agli approvvigionamenti di modico valore ovvero ai casi - sopra riferiti - nei quali viene identificato un unico operatore economico, procedendo con TD o ODA".

I sigg.ri Responsabili vorranno fornire al personale incardinato nei rispettivi Settori le necessarie disposizioni operative tese ad uniformare i comportamenti e l'attività gestionale complessiva ai contenuti della presente .

**Il Segretario Comunale
(Dr Luciano PITTELLI)**

