

NEWSLETTER

n. 04/2021



**Osservatorio
Regionale**

CONTRATTI PUBBLICI

Sezione Raccordo al sistema regionale

Dirigente: Nicola LOPANE

Bari, 13/10/2021

**Autore: Avv. Valeria CITARELLA
Responsabile P.O. Affari Legali**



In questo numero:

L'affidamento diretto fino a 139.000,00 euro ai sensi dell'art. 1, L. 120/2020.

Le novità della L. 108/2021, di conversione del D.L. 77/2021 (Decreto Semplificazioni-bis).

L'affidamento diretto fino a 139.000,00 euro ai sensi dell'art. 1, L. 120/2020.

Le novità della L. 108/2021, di conversione del D.L. 77/2021 (Decreto Semplificazioni-bis).

Con decreto-legge n. 77/2021 (c.d. decreto Semplificazioni-bis) "Governance del Piano nazionale di rilancio e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", (GU n. 129 del 31-05-2021), entrato in vigore il 1° giugno 2021, il Legislatore delegato è intervenuto nuovamente sulla disciplina degli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria di cui all'art. 1, L. n. 120/2020, modificando le soglie che legittimano il ricorso all'affidamento diretto e alla procedura negoziata e il periodo di applicazione della normativa "emergenziale". La disposizione così modificata è rimasta in vigore fino al 30 luglio scorso, in quanto con la Legge n. 108/2021, di "Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, recante governance del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure", il Legislatore è tornato a modificare l'assetto normativo dell'affidamento diretto, senza - questa volta - intaccare le soglie, ma introducendo alcuni elementi di (apparente?) novità.

Al fine procedere a una prima analisi delle modifiche intervenute, si riportano di seguito le due versioni della disposizione, quella precedente e quella successiva alla conversione in legge del D.L. n. 77/2021:

Art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020, post art. 51, comma 1, lettera a), decreto-legge n. 77 del 2021	Art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020, come sostituita dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.1), L. n. 108 del 2021.
<i>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:</i>	<i>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:</i>

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 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

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 139.000 euro. In tali casi la stazione appaltante procede all'affidamento diretto, anche senza consultazione di più operatori economici, fermo restando il rispetto dei principi di cui all'articolo 30 del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, e l'esigenza che siano scelti soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento, anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante, comunque nel rispetto del principio di rotazione.

In fase di conversione del D.L. n. 77/2021, il Legislatore ha aggiunto all'art. 1, co. 2, lett. a), L. n. 120/2020 un inciso finale, richiamando l'esigenza che gli operatori economici destinatari di affidamenti diretti siano

- ✓ "scelti tra soggetti in possesso di pregresse e documentate esperienze analoghe a quelle oggetto di affidamento",
- ✓ "anche individuati tra coloro che risultano iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante",
- ✓ "comunque nel rispetto del principio di rotazione".

Obiettivo della presente *newsletter* è quello di individuare gli effettivi elementi di novità dell'ultimo intervento del Legislatore sull'affidamento diretto, al fine di valutare gli eventuali effetti sul procedimento da attuare da parte dei R.U.P. nell'affidamento dei servizi e delle forniture entro l'importo di 138.999,99 euro attualmente fissato.

GLI ELEMENTI DI "NOVITÀ".

1. IL POSSESSO DI PREGRESSE E DOCUMENTATE ESPERIENZE ANALOGHE A QUELLE OGGETTO DI AFFIDAMENTO.

Con riferimento al requisito dell'esperienza, si segnala che il possesso dell'"esperienza necessaria per eseguire l'appalto con adeguato standard di qualità" rientra tra i requisiti di capacità tecnica e

professionale che le stazioni appaltanti possono prevedere tra i criteri di selezione degli operatori economici di appalti di servizi e forniture (rif. art. 83, co. 1, lett. c), e co. 6, D.Lgs. n. 50/2016).

Il riferimento a tali fini ai requisiti di capacità tecnica e professionale di cui all'art. 83, co.1 lett. c), D.Lgs. n. 50/2016 è avallato dal servizio supporto giuridico del M.I.M.S., nel parere n. 987 del 2/8/2021¹.

Anche per le note Linee Guida n. 4 di ANAC di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti *"Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"*, da considerarsi tuttora applicabili in quanto compatibili agli affidamenti diretti², *"l'attestazione di esperienze maturate nello specifico settore, o in altro settore ritenuto assimilabile, nell'anno precedente o in altro intervallo temporale ritenuto significativo ovvero il possesso di specifiche attrezzature e/o equipaggiamento tecnico"* rientra tra le capacità tecniche e professionali che la stazione appaltante deve richiedere in ragione dell'oggetto e dell'importo dell'affidamento (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.1).

Le Linee Guida di ANAC forniscono sul punto anche un'indicazione del perimetro da considerare al fine di valutare le esperienze *"analoghe a quelle oggetto dell'affidamento"* in possesso degli operatori, ai sensi dell'art. 1, co. 1, lett. a), L. n. 120/2020. Il Legislatore non richiede che l'esperienza afferisca necessariamente al medesimo oggetto dell'affidamento, essendo sufficiente che questa possa essere considerata *"affine"* a quelle necessarie per l'esecuzione della prestazione oggetto dell'affidamento. Secondo le indicazioni di ANAC, quindi, certamente possono ritenersi tali quelle maturate nello specifico settore oggetto dell'appalto, ma anche quelle maturate in settori ritenuti assimilabili, quando siano riferibili a prestazioni effettuate nell'anno precedente o anche in epoca antecedente, purché tale intervallo temporale sia ritenuto *"significativo"*.

Si richiama sul punto anche la costante giurisprudenza esistente sul tema che, in linea con quanto precisato nelle Linee Guida di ANAC, precisa che *"la nozione di "servizi analoghi" non deve essere assimilata a quella di "servizi identici"*", dovendo ritenersi soddisfatta la prescrizione della legge di gara tutte le volte in cui il concorrente abbia dimostrato lo svolgimento di servizi rientranti nel medesimo settore imprenditoriale o professionale cui afferisce l'appalto. Il concetto di *"servizio analogo"* deve essere inteso non come identità, ma come mera similitudine tra le prestazioni richieste, tenendo conto che l'interesse pubblico sottostante non è certamente la creazione di una riserva a favore degli

¹ (https://www.serviziocontrattipubblici.org/supportogiuridico/dettaglio_p.asp?id=987)

² V. Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287

imprenditori già presenti sul mercato ma, al contrario, è volto ad aprire il mercato a tutti i concorrenti per i quali si possa raggiungere un giudizio complessivo di affidabilità³.

La finalità di tale previsione, secondo consolidata giurisprudenza, è data dal contemperamento tra l'esigenza di selezionare un imprenditore qualificato e il principio della massima partecipazione alle gare pubbliche; occorre, dunque, ricercare elementi di similitudine tra i servizi presi in considerazione, che possono scaturire solo dal confronto tra le prestazioni oggetto dell'appalto da affidare e le prestazioni oggetto dei servizi indicati dagli operatori economici.

E' evidente che la circostanza che l'operatore produca esperienze identiche ovvero analoghe a quelle oggetto dell'appalto incide sull'apparato motivazionale necessario a fondare l'affidamento: mentre è ovvio che, per questo profilo, la scelta dell'operatore economico in possesso di esperienze identiche a quelle oggetto dell'affidamento non richiede un particolare sforzo motivazionale, il R.U.P. è chiamato invece a motivare la scelta di un operatore economico in possesso di esperienze "soltanto" analoghe, con particolare riferimento all'analogia tra il settore oggetto dell'affidamento e quello cui fa riferimento l'esperienza dell'operatore individuato.

Allo stesso modo, mentre possono certamente essere considerate valide le esperienze maturate nell'anno precedente all'affidamento, il R.U.P. deve motivare adeguatamente la considerazione di esperienze più risalenti.

2. LA INDIVIDUAZIONE DEGLI OPERATORI ECONOMICI TRA GLI ISCRITTI IN ELENCHI O ALBI ISTITUITI DALLA STAZIONE APPALTANTE.

Come reso evidente dall'impiego da parte del Legislatore dell'inciso "*anche*", la circostanza per cui gli operatori economici siano individuati tra quelli iscritti in elenchi o in albi non rappresenta un obbligo, ma solo una circostanza eventuale, una possibilità.

Anche in questo caso, l'utilizzo di elenchi o albi da parte del R.U.P. richiede una motivazione più blanda rispetto all'impiego di fonti diverse di reperimento degli operatori economici. Tali diverse fonti di reperimento, pertanto, necessitano di una motivazione adeguata (eventualmente con riferimento al mancato utilizzo di elenchi o albi come suggerito dalla disposizione), ma non sono da escludere: "oggi", come "ieri", le modalità per individuare l'operatore economico destinatario di un affidamento diretto non sono tipizzate dalla normativa ma sono, appunto, atipiche, libere nella forma.

³ Tra le altre, V. Consiglio di Stato, sez. V, 18 dicembre 2017, n. 5944; TAR Veneto, sez. III, nella sentenza 27 novembre 2019, n. 1290

Per completezza si sottolinea come l'individuazione dell'operatore economico da appositi elenchi fosse già previsto e disciplinato dalle Linee Guida n. 4 di ANAC per l'affidamento di servizi e forniture tra i 40.000,00 euro e le soglie di rilevanza comunitaria. Il Legislatore dell'emergenza ha pertanto previsto tale possibilità anche con riferimento agli affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro e fino a 138.999,99 euro. Analogamente a quanto suggerito con riferimento al requisito dell'esperienza, pertanto, si consiglia di seguire le indicazioni contenute nelle richiamate Linee Guida anche ove si opti per tale modalità ai fini della individuazione degli operatori economici destinatari degli affidamenti diretti⁴.

3. IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE.

Con l'inciso conclusivo, il Legislatore ha voluto fugare ogni dubbio in merito alla applicabilità del principio di rotazione anche agli affidamenti infra 139.000,00 euro.

In effetti, l'applicazione del principio riveniva comunque dalla perdurante vigenza per tutti gli affidamenti di importo inferiore alla soglia comunitaria del disposto di cui all'art. 36, co. 1, D.Lgs. n. 50/2016⁵, non derogato dalla normativa emergenziale.

Pertanto, come precisato nelle richiamate Linee Guida e negli indirizzi giurisprudenziali ormai consolidati nella materia, in relazione all'affidamento precedente e a quello in corso, ove gli affidamenti rientrino nello stesso settore di servizi o nello stesso settore merceologico, la Stazione appaltante non potrà procedere all'affidamento diretto al contraente uscente, il quale dev'essere escluso anche dalla consultazione tra operatori, ove effettuata. Si ricorda che per derogare all'applicazione del principio in questa ipotesi, la Stazione appaltante deve motivare la scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative.

Gli interventi del Legislatore, pertanto, lungi dal poter essere considerati dirompenti, sembrano muoversi ancora nella direzione di definire contorni, modalità e limiti dell'affidamento diretto. Tali interventi, comunque, si sono tradotti in indicazioni per i R.U.P., che non possono esimersi dal considerarle, e non possono che avere un impatto sulle determinazioni di affidamento che a tali indicazioni devono essere rispondenti.

⁴ Linee Guida n. 4 ANAC, par. 5.1.6.

⁵ Art. 36, co. 1, D.Lgs. n. 50/2016: *L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50".*
(comma così modificato dall'art. 8, comma 5, lettera oa-bis), della legge n. 120 del 2020)

Per offrire un ulteriore supporto al R.U.P., con la prossima *newsletter* si procederà ad aggiornare le indicazioni fornite con la *newsletter* n. 06/2020, con gli elementi da inserire nel provvedimento semplificato di affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. a), L. n. 120/2020, come modificato dall'art. 51, comma 1, lettera a), sub. 2.1), legge n. 108 del 2021.

Newsletter n. 04/2021

La presente *newsletter*, ad uso interno, si inserisce in un percorso finalizzato alla formazione e aggiornamento dei R.U.P. della Regione Puglia operanti nell'ambito dei contratti pubblici. Il contenuto della *newsletter* è tutelato dalla Legge 22 aprile 1941. n.633, per cui non è pubblicabile, neanche parzialmente, da terzi se l'autore non lo consente esplicitamente previa richiesta formale. In ogni caso il riassunto, la citazione o la riproduzione del contenuto della presente *newsletter* debbono essere sempre accompagnati dalla menzione del numero della *newsletter*, del titolo dell'opera, del nome dell'autore e della struttura regionale in cui è incardinato.

Le precedenti *newsletter* sono liberamente accessibili nella pagina web dell'Osservatorio regionale:
<http://old.regione.puglia.it/web/osservatorio-contratti-pubblici/pubblicazioni>



REGIONE PUGLIA
Sezione Raccordo al sistema regionale
Via G. Gentile n. 52, Bari