



# COMUNE di FIESSE

PROVINCIA DI BRESCIA

Codice fiscale 88001110175 – telefono (030) 950051 – 950092  
Partita I.V.A 00727170987 – fax (030) 950516

PROT. *248*

Fiesse, 15.04.2019

**Ai Responsabili dei Servizi**

E, p.c.

**Al Sig. Sindaco**

LORO SEDI

## CIRCOLARE DEL SEGRETARIO COMUNALE

N. 1 DEL 15/04/2019

**OGGETTO: INDICAZIONI ED AGGIORNAMENTI IN TEMA DI CONTRATTI PUBBLICI.**

### 1) AFFIDAMENTO DIRETTO

Il D.Lgs. 56/2017 ha modificato l'art. 36, comma 2, lett. a), del D.Lgs. 50/2016, il quale prevede che: *“per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta”*.

Rispetto alla precedente versione, l'attuale art. 36, comma 2, lett. a) prevede, per l'affidamento diretto, l'eliminazione dell'adeguata motivazione e l'introduzione dell'inciso *“anche senza previa consultazione di due o più operatori economici”*.

Ciò premesso, non si deve, però, ritenere la riformulazione dell'articolo 36, comma 2, lettera a), come l'attribuzione all'Amministrazione della facoltà di affidare un appalto senza doverne rendere conto, rinunciando, dunque, agli obblighi minimi indispensabili di accountability che discendono direttamente dall'articolo 97, comma 2, della Costituzione, ai sensi del quale *“I pubblici uffici sono organizzati secondo disposizioni di legge, in modo che siano assicurati il buon andamento e l'imparzialità dell'amministrazione”*. E' infatti attuazione diretta del citato articolo della Costituzione, l'articolo 3, comma 1, della Legge 241/199 che così recita: *“Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2 (atti normativi e a contenuto generale). La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria”*.

Si ricorda altresì che l'art. 9, comma 2 del D.P.R. 62/2013, *“Regolamento recante codice di comportamento dei dipendenti pubblici”*, 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”*.



# COMUNE di FIESSE

PROVINCIA DI BRESCIA

Codice fiscale 88001110175 – telefono (030) 950051 – 950092  
Partita I.V.A 00727170987 – fax (030) 950516

Pertanto, il processo decisionale che conduce il R.U.P. a individuare un determinato operatore economico deve restare tracciato per iscritto, anche dopo il correttivo, e la tracciabilità deve essere garantita su un adeguato supporto documentale (determina a contrarre o determina di aggiudicazione); le determine a contrarre e quelle di aggiudicazione DEVONO essere preventivamente sottoposte al parere di regolarità contabile attestante la copertura finanziaria. L'obbligo di motivazione è anche strettamente collegato con l'obbligo del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Da ultimo, l'Autorità Nazionale Anticorruzione nelle Linee Guida n. 4 che disciplinano le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, pur riconoscendo la modifica legislativa di cui al D. Lgs. 19 aprile 2017, n. 56, ritiene che *“la stazione appaltante motiva in merito alla scelta dell'affidatario, dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione”* e che *“a tal fine, la stazione appaltante può ricorrere alla comparazione dei listini di mercato, di offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni. In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza”*.

Pertanto, acquisire dei preventivi non può che giovare agli affidamenti della stazione appaltante ed è considerato rispettoso dei principi e dei vincoli imposti all'agire amministrativo dall'art. 97, comma 2, della Costituzione, dall'art. 3, comma 1, della legge 241/1990, sopra citati, nonché dall'art. 30, comma 1, del Codice dei contratti (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità).

Resta sempre valido il riferimento 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.

## 2) IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

Il D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, art. 36 ha ribadito la necessità che le stazioni appaltanti applichino il *“principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti”*.



# COMUNE di FIESSE

PROVINCIA DI BRESCIA

Codice fiscale 88001110175 – telefono (030) 950051 – 950092  
Partita I.V.A 00727170987 – fax (030) 950516

Le Linee Guida n. 4, 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*” prevedono più specificatamente al paragrafo 3.6 che “*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. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all’assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell’operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione*”.

Sul punto è intervenuta anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato che ha più volte stabilito che “*il principio di rotazione, che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da invitare a presentare le offerte, trova fondamento nell’esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente, soprattutto nei mercati in cui il numero di operatori economici attivi non è elevato. Pertanto, anche al fine di dissuadere le pratiche di affidamenti senza gara – tanto più ove ripetuti nel tempo – che ostacolano l’ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che ove la procedura prescelta per il nuovo affidamento sia di tipo ristretto o “chiuso” (recte, negoziato), l’invito all’affidatario uscente riveste carattere eccezionale. Rileva il fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, non anche la circostanza che questo sia scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura. Per l’effetto, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all’invito del precedente affidatario, dovrà puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero al peculiare oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, si veda anche la delibera 26 ottobre 2016, n. 1097 dell’Autorità nazionale anticorruzione, linee-guida n. 4) ”.*



# COMUNE di FIESSE

PROVINCIA DI BRESCIA

Codice fiscale 88001110175 – telefono (030) 950051 – 950092  
Partita I.V.A 00727170987 – fax (030) 950516

### 3) DIVIETO DI ARTIFICIOSO FRAZIONAMENTO DELL'IMPORTO DELL'APPALTO

Si rammenta l'importanza di osservare il principio de qua che regola il principio di trasparenza e concorrenza negli appalti.

Le succitate Linee Guida n. 4 prevedono che *"Il valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo"*.

Si rinvia a quanto statuito da Cassazione n. 26610 - 11/06/2018 che ha confermato il reato di abuso di ufficio a carico del RUP di una stazione appaltante che aveva artificiosamente provveduto al frazionamento di un appalto, evitando così il ricorso alla gara pubblica, con la finalità di avvantaggiare la ditta beneficiaria dell'affidamento diretto.

Sul punto

### 4) CONTROLLI SULL'AGGIUDICATARIO

Per i controlli dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici nonché dei requisiti minimi da parte dell'operatore economico (DURC, Casellario ANAC, ecc.) si rinvia alle Linee Guida ANAC n.4 che contengono precise indicazioni su tipologie e modalità di controlli da effettuare a seconda dell'importo dell'appalto.

Secondo l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (decisione n. 8 del 20.7.2015, che richiama le decisioni n. 10 del 2014, nn. 15 e 20 del 2013; nn. 8 e 27 del 2012; n. 1 del 2010), il possesso dei requisiti di ammissione si impone a partire dall'atto di presentazione della domanda di partecipazione e per tutta la durata della procedura di evidenza pubblica, in quanto, per esigenze di trasparenza e di certezza del diritto, che non collidono col principio del *favor participationis*, la verifica del possesso, da parte del soggetto concorrente, dei requisiti di partecipazione alla gara deve ritenersi immanente all'intero procedimento di evidenza pubblica.

Tale previsione è a garanzia della permanenza della serietà e della volontà dell'impresa di presentare un'offerta credibile e, perciò, della sicurezza, per la stazione appaltante, dell'instaurazione di un rapporto con un soggetto, che, dalla candidatura in sede di gara fino alla stipula del contratto e poi ancora fino all'adempimento dell'obbligazione contrattuale, sia provvisto di tutti i requisiti di ordine



# COMUNE di FIESSE

PROVINCIA DI BRESCIA

Codice fiscale 88001110175 – telefono (030) 950051 – 950092  
Partita I.V.A 00727170987 – fax (030) 950516

generale e tecnico-economico-professionale necessari per contrattare con la Pubblica Amministrazione.

Ai sensi dell'art. 36, comma 6 bis, del d.lgs n. 50/2016: *“Nei mercati elettronici di cui al comma 6, per gli affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, la verifica sull'assenza dei motivi di esclusione di cui all'articolo 80 è effettuata su un campione significativo in fase di ammissione e di permanenza, dal soggetto responsabile dell'ammissione al mercato elettronico. Resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5”*.

Quindi, in caso di approvvigionamento mediante ricorso al mercato elettronico delle pubbliche amministrazioni, pur essendo la verifica del possesso dei requisiti a monte, in capo a tutti i concorrenti, demandata alla Consip, alla quale è affidato il MEPA, è comunque necessario, per ciascuna Stazione Appaltante, accertarne il possesso rispetto al soggetto aggiudicatario. Pertanto anche nelle procedure negoziate svolte facendo ricorso al MEPA si applica la previsione dell'art. 32, di cui in ricorso si assume la violazione, che dispone: *“L'aggiudicazione diventa efficace dopo la verifica del possesso dei prescritti requisiti”* (da ultimo, TAR Roma, 01.04.2019 n. 4276).

## 5) LA LEGGE DI BILANCIO 2019

### **Art. 1, comma 130: Nuova soglia per gli acquisti di beni servizi "fuori MEPA":**

In virtù della sostituzione disposta dal comma 130, gli enti locali potranno procedere agli acquisti di beni e servizi senza ricorrere al MEPA purché questi siano di importo inferiore a 5.000 euro.

Pertanto l'art. 1, comma 450 della Legge n. 296/2006, così come modificato dalla Legge n. 145/2018, prevede che *“(…) Fermi restando gli obblighi e le facoltà previsti al comma 449 del presente articolo, le altre amministrazioni pubbliche di cui all'articolo 1 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, nonché le autorità indipendenti, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e inferiore alla soglia di rilievo comunitario sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure”*.

I soggetti in indirizzo sono pregati di voler dare massima diffusione della presente, anche tramite pubblicazione nel Portale Istituzionale comunale.

A disposizione per chiarimenti, si porgono cordiali saluti.

Il Segretario comunale

Pasquale Vittorio De Marco