

Il vademecum ANAC del 30 luglio 2024 sull'affidamento diretto

Aggiornamento in tema di attività negoziale

L'attività negoziale delle II.SS. nel 2024

L'abbandono di un regime «semplificato», ormai passato

- Sembra ormai evidente che il regime «semplificato» dell'attività negoziale delle Istituzioni Scolastiche sia stato obliterato da una serie di modifiche e/o interventi:
 - digitalizzazione delle procedure, a partire da dicembre 2023;
 - sistema di qualificazione delle stazioni appaltanti;
 - deroghe di febbraio 2024 (concessioni e viaggi), con conseguente evidenza dell'applicazione dell'art. 14 comma 12 D.Lgs. 36/2023;
 - irrigidimento delle procedure di verifica dell'attività negoziale finanziata;
 - applicazione di istituti e strumenti sinora più rari (garanzia, collaudo, FVOE, DGUE, ecc.)

Deve pertanto cambiare anche il linguaggio della formazione, che richiede maggiore dettaglio tecnico e maggiore preparazione giuridica, nonché (tendenzialmente e qualora possibile) personale specializzato.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

La moltiplicazione delle fonti: coordiniamo il cd. Quaderno 1

- Definizione di affidamento diretto: *«affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50 comma 1 lett. a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice»*
- Difetto di procedura di gara
- **Scelta discrezionale:** elemento di confusione, specie in presenza di offerte tecniche uguali
- **Criteri lett. b):** soglia inferiore a 143.000 euro, possesso di «documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali» e operatori economici «anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante»
- Conferma della necessità dei requisiti generali. Possibilità di chiedere i requisiti speciali

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Sintesi della lettura dell'Autorità

La norma conferma:

- il **non necessario ricorso all'effettuazione di preventive indagini di mercato;**
- la **non necessaria acquisizione di una pluralità di preventivi.**

La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze (cfr. Cons. Stato sez. V, sentenza n. 503 del 15.01.2024; Cons. Stato, sez. IV, sentenza n. 3287 del 2021).

- la **centralità della decisione a contrarre** (o atto equivalente), che secondo quanto espressamente previsto dall'art. 17 comma 2 del d.lgs. 36/2023, individua: l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle **ragioni della sua scelta**, ai **requisiti di carattere generale** e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale. L'affidamento avviene, pertanto, con un **unico atto dopo l'individuazione dell'affidatario.**

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Sintesi della lettura dell'Autorità

- la **discrezionalità della stazione appaltante nell'individuazione** delle modalità con cui devono essere documentate le “**esperienze idonee**”, ossia le precedenti attività espletate dall'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento.

La norma esiste dal 2021, ma non è molto nota fra le Istituzioni Scolastiche e rischia di essere un requisito nascosto, rilevante nel campo dell'attività negoziale finanziata.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE

Per gli affidamenti diretti le stazioni appaltanti ed enti aggiudicatori possono ricorrere all'istituzione ed utilizzo di appositi Elenchi o Albi di Operatori Economici.

L'art. 1 comma 3 dell'Allegato 1.3 art 3 lett. d) al D. Lgs. 36/2023 prevede che le stazioni appaltanti possono dotarsi di un regolamento nel quale sono disciplinate, tra gli altri:

- le modalità di costituzione e di revisione dell'Elenco degli Operatori Economici, distinti per categoria e fascia di importo;
- i criteri per la scelta dei soggetti da invitare (o cui richiedere i preventivi) attingendo dall'elenco o da quelli presenti nel MEPA o altri strumenti simili gestiti da centrale di committenza di riferimento.

L'iscrizione agli Elenchi degli operatori economici interessati provvisti dei requisiti richiesti è consentita senza limitazioni temporali.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE

Nel caso di istituzione di appositi Elenchi o Albi l'operatore economico:

- attesta il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva;
- è tenuto a informare tempestivamente la stazione appaltante delle eventuali variazioni intervenute nel possesso dei requisiti secondo le modalità fissate dalla stessa;

La stazione appaltante:

- procede alla valutazione delle istanze di iscrizione nel termine di 30 giorni dalla ricezione dell'istanza, fatta salva la previsione di un maggiore termine, non superiore a 90 giorni, in funzione della numerosità delle istanze pervenute. Il mancato diniego nel termine prescritto equivale ad accoglimento dell'istanza di iscrizione;
- stabilisce le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata – ad esempio semestrale – o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, provvede alla cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti o alla loro collocazione in diverse sezioni dell'elenco.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE

Possono essere esclusi dall'elenco quegli operatori economici che non presentano offerte a seguito di tre inviti nel biennio.

Gli elenchi, distinti per lavori servizi e forniture possono essere suddivisi in relazione alle diverse fasce di importo dell'affidamento (ad esempio fino a 5000 euro - da 5000 euro a 40.000 euro e da 40.000 euro fino alle soglie degli affidamenti diretti di cui al richiamato art. 50).

La scelta dell'OE aggiudicatario deve essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'intervento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, da individuarsi nello stesso regolamento e nel rispetto del principio di rotazione degli affidamenti per importi superiori a 5000 euro e fino alla soglia prevista per gli affidamenti diretti.

Indicazioni utili circa la corretta formazione e gestione di eventuali Elenchi istituiti presso le stazioni appaltanti possono essere rinvenute nei due recenti Comunicati del Presidente ANAC, rispettivamente del 5 e dal 24 giugno 2024.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 5 giugno 2024

Comunicato del Presidente ANAC del 5 giugno 2024: Indicazioni in merito ai criteri di selezione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

Possibili criteri di selezione:

- esclusa la territorialità;
- escluso il criterio cronologico dell'ordine di arrivo «in quanto di fatto criterio di selezione equiparato all'estrazione a sorte»;
- fatturato globale riferibile all'ultimo triennio (o quinquennio) antecedente la pubblicazione dell'avviso;
- importo complessivo dei servizi analoghi regolarmente svolti nello stesso arco temporale;
- numero di personale dipendente al momento di presentazione della manifestazione di interesse partecipazione;
- possesso di specifica/he certificazione/i pertinente/i l'oggetto dell'affidamento.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 5 giugno 2024

Invito di ANAC a:

- dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento (o atto equivalente) in cui sono disciplinate, oltre alle modalità di espletamento delle indagini di mercato (eventualmente distinte per fasce) e alle modalità di costituzione e revisione degli Elenchi, distinti per categoria e fascia di importo, i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta, tali da risultare: a) pertinenti rispetto l'oggetto dell'appalto; b) rispettosi del principio di concorrenza; c) oggettivi e non discriminatori; d) proporzionati e trasparenti;
- aggiornare tempestivamente gli eventuali Elenchi istituiti al fine di garantire il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti nonché del principio di concorrenza favorendo la partecipazione degli operatori economici richiedenti l'iscrizione;
- indicare espressamente nella determina a contrarre e nell'eventuale Avviso per manifestazione di interesse i criteri di selezione utilizzati, in conformità alle eventuali disposizioni regolamentari;

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 5 giugno 2024

Invito esplicito di ANAC a:

- redigere – in applicazione dei criteri prescelti e nel rispetto del principio di rotazione - graduatorie non escludenti un operatore economico in possesso dei requisiti previsti per il possibile affidamento;
- utilizzare la o le graduatorie predisposte, in modo da garantire il rispetto del principio della massima partecipazione di cui all'art. 10, comma 3 del codice garantendo, altresì, l'accesso alle micro, piccole e medie imprese, che comunque soddisfino i requisiti di partecipazione previsti ai fini dell'aggiudicazione dell'appalto;
- disporre la verifica da parte della struttura di auditing o di altro soggetto appositamente individuato all'interno della propria organizzazione circa la corretta attuazione del principio di rotazione degli affidamenti al fine di garantire la parità di trattamento in termini di effettiva possibilità di partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese inserite negli elenchi.

**Il vademecum ANAC del 30 luglio 2024 sull'affidamento
diretto**

Il principio di rotazione



La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 24 giugno 2024

Il nuovo art. 49 del d.lgs. 36/2023 recepisce in parte quanto stabilito nelle precedenti Linee Guida n. 4 ed introduce, altresì, alcune novità.

Innanzitutto, non è più vietato il rinvio dell'“*operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento*”, ma soltanto il rinvio del “*contraente uscente*” ossia del soggetto che ha conseguito la precedente aggiudicazione. La *ratio* dell'omessa applicazione del principio ai meri “*invitati*” alla precedente procedura è ravvisata nel fatto che “... *la contrazione del principio concorrenziale non risulta in alcun modo giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario*” (Cfr. Relazione al Nuovo Codice).

Nello specifico, il comma 2 dell'art. 49 vieta l'affidamento (diretto) o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa concernente lo stesso settore merceologico, la stessa categoria di opere o lo stesso settore dei servizi.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 24 giugno 2024

La norma non ripropone il riferimento ai “tre anni solari” espressamente previsto nelle linee Guida ANAC n. 4, e non indica nemmeno alcun diverso arco temporale, dovendo il contraente uscente di fatto “saltare un turno” (due affidamenti consecutivi) prima di poter legittimamente conseguire un nuovo affidamento da parte della stessa stazione appaltante.

Quanto alle definizioni di “settore merceologico”, “categoria di opere” o “settore di servizi” (rimaste immutate rispetto alla previgente disciplina), può correttamente richiamarsi il criterio della prestazione principale o prevalente, che esclude l'applicazione del principio di rotazione soltanto qualora si ravvisi in concreto una “sostanziale alterità qualitativa” della prestazione oggetto di affidamento (Consiglio di Stato sez. V, sent. n. 8030/2020).

Il comma 3 dell'art. 49 - recependo i suggerimenti già presenti nelle Linee Guida n. 4 – stabilisce che la stazione appaltante può, con apposito regolamento, ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. Conseguentemente il principio di rotazione si applicherà agli affidamenti rientranti nella stessa fascia di un determinato settore merceologico o di una determinata categoria d'opera.

Il comma 4 – innovando, in parte, rispetto alle previsioni di cui alle citate Linee Guida n. 4 - consente di derogare al divieto del reinvio del contraente uscente, motivando circa la contemporanea sussistenza di tre presupposti, individuati in: struttura del mercato, effettiva assenza di alternative, accurata esecuzione del precedente contratto.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Metodica di ricerca dell'OE – Comunicato 24 giugno 2024

Il contraente uscente può, dunque, essere reinvitato o risultare affidatario diretto laddove, come precisato anche nella relazione illustrativa al Codice, sussistano contemporaneamente tutti i suddetti requisiti, da intendersi, pertanto, come “concorrenti e non alternativi tra loro”, i quali devono essere specificamente rappresentati negli atti della procedura.

È, pertanto, onere della stazione appaltante fornire adeguata, puntuale e rigorosa motivazione in ordine alle ragioni della possibile deroga al principio di rotazione.

In continuità con quanto previsto nelle richiamate Linee Guida n. 4 il successivo comma 5 stabilisce che il principio di rotazione non si applica - oltre che alle procedure aperte – anche alle procedure negoziate 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.

Il comma 6 – in un'ottica di semplificazione ed accelerazione – fa salvi dall'applicazione del principio gli affidamenti di importo fino a 5.000 euro.

Alla luce del vigente dettato normativo, si ritiene che possano ritenersi ancora valide alcune delle cd. “misure antielusive del principio di rotazione” individuate al punto 3.6 delle richiamate Linee Guida n. 4, quali il divieto di procedere ad “arbitrari frazionamenti delle commesse e delle fasce di importo” e quello di evitare “strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto”.

**Il vademecum ANAC del 30 luglio 2024 sull'affidamento
diretto**

Le procedure

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Le procedure

Per quanto attiene alle procedure si ricorda, altresì, che agli affidamenti diretti si applicano i principi generali di cui agli artt. da 1 a 11 del d.lgs. 36/2023 ed in particolare i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato.

L'applicazione del principio di risultato agli affidamenti diretti è stata di recente ribadita nel parere reso in risposta al quesito del 03/06/2024, n. 2577 dal Servizio contratti pubblici del MIT. Con risposta al quesito, il MIT ha indicato che:

- la 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, è 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;
- ciò posto, 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;
- inoltre, 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.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Le procedure

Anche ANAC nel parere in funzione consultiva n. 13 del 13 marzo 2024, rispondendo ai dubbi dell'amministrazione interpellante, ha ritenuto che *«debba considerarsi consentito, in via generale, per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie di cui all'art. 50 del Codice Appalti (anche) il ricorso alle procedure ordinarie, secondo le opportune valutazioni della stazione appaltante in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell'affidamento e agli interessi pubblici ad esso sottesi»*.

Unico limite: il principio di risultato che impone al RUP di valutare attentamente il risultato da conseguire e quindi di salvaguardare/tutelare gli interessi della stazione appaltante.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

La verifica dell'interesse transfrontaliero

- Ai sensi di quanto previsto dall'art. 48, c. 2 del D. Lgs. 36/2023 le stazioni appaltanti, prima di procedere ad un eventuale affidamento diretto, devono verificare se l'appalto in questione abbia un interesse transfrontaliero, perché, se dovesse verificarsi tale circostanza, **si imporrebbe l'utilizzo delle procedure ordinarie e non di quelle semplificate**. Una commessa può presentare interesse transfrontaliero:
 - in ragione del suo valore stimato;
 - in relazione alla propria tecnicità o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri;
 - in relazione alle caratteristiche tecniche dell'appalto e del settore di riferimento (struttura del mercato, sue dimensioni e prassi commerciali in esso praticate)
 - tenuto conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie" (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

I controlli

L'Art. 52 (Controllo requisiti) prevede una **semplificazione** in ordine al controllo dei requisiti per gli affidamenti di **importo inferiore a 40.000 euro**, nello specifico:

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b), di importo inferiore a 40.000 euro, gli operatori economici **attestano con dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (oppure in sede di DGUE) il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti**. La stazione appaltante verifica le dichiarazioni, **anche previo sorteggio** di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno.
2. Quando in conseguenza della verifica non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante procede alla **risoluzione del contratto, all'escussione della eventuale garanzia definitiva, alla comunicazione all'ANAC e alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento** indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento.

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

I controlli

L' Art. 53 (garanzie) al comma 1 esclude l'obbligo di garanzia provvisoria per gli affidamenti diretti prevedendo espressamente che:

1. Nelle procedure di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1 – ivi compresi pertanto gli affidamenti diretti di cui alle lett. a e b - la stazione appaltante **non richiede le garanzie provvisorie di cui all'articolo 106 ...**

e al comma 4 prevede un ulteriore alleggerimento anche in ordine alla cauzione definitiva stabilendo che:

4. **In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla presente Parte** oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al 5 per cento dell'importo contrattuale. A tal riguardo l'ANAC con parere del 26.9.2024 ha evidenziato che in considerazione della ratio rinvenibile nell'esigenza di semplificazione delle procedure, il richiamato comma 4 dell'art. 53 non stabilisce vincoli né detta preclusioni in ordine ai motivi che possono giustificare la mancata richiesta della garanzia definitiva.

**Il vademecum ANAC del 30 luglio 2024 sull'affidamento
diretto**

Sintesi

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Le tre fasi dell'affidamento diretto

FASE PRELIMINARE che prevede:

1. Nomina del RUP
2. Predisposizione di una relazione progettuale semplificata da porre a base dell'affidamento diretto
3. Verifiche preliminari circa l'esistenza della deroga all'obbligo di prioritario ricorso al MePA e ai sistemi telematici regionali (art. 1, comma 450, L. n. 296/2006)

Aggiungiamo: verifica Convenzioni CONSIP, accordi quadro e SDAPA (Quaderno n. 1)

FASE DI SELEZIONE INFORMALE che prevede:

4. eventuale indagine di mercato o richiesta di preventivo/i
5. Verifica requisiti per affidamenti superiori a 40. 000 euro

FASE DI AFFIDAMENTO che prevede:

6. Determina di affidamento e Pubblicazione nella sezione "Amministrazione trasparente"

La posizione di ANAC sull'affidamento diretto

Considerazioni conclusive, relevantissime a livello pratico

Digitalizzazione: in conformità a quanto previsto all'art. 17 comma 2 del nuovo Codice dei contratti pubblici, **non è più necessario riportare preliminarmente nella decisione a contrarre il Codice Identificativo Gara (CIG)**. Il CIG deve essere acquisito in modalità digitale al termine della procedura di affidamento diretto.

La fase di selezione informale nella quale il RUP della stazione appaltante può procedere eventualmente ad indagini di mercato o all'acquisizione di più preventivi o anche di un solo preventivo che vengono valutati discrezionalmente dalla stazione appaltante può avvenire con o senza l'impiego di una piattaforma certificata.

Nell'attuale sistema, le schede ANAC per l'affidamento diretto sono AD3 e AD5. Sarà a breve disponibile la nuova scheda SIM (Scheda Indagine di Mercato), che NON attribuirà il CIG. ANAC sta lavorando ad una modifica di AD3 per consentire l'affidamento diretto senza DGUE e solo con l'autocertificazione dei requisiti.

Dopo l'utilizzo di AD3 le SS.AA. sono tenute a mandare la scheda SC1 (Stipula Contratto) nonché le schede su esecuzione o collaudo; per AD5 è sufficiente CO2.

Quando si usa AD3 occorre sempre indicare l'URL dell'AT della scuola (Delibere ANAC 261 e 264/2023).

Per info e comunicazioni

info@spaggiari.eu

www.spaggiari.eu