

**PRIMO APPUNTAMENTO
AFFIDATARIO USCENTE: CASI AMMESSI PER
L'AFFIDAMENTO DIRETTO.
SERVIZI ESCLUSIVI O INFUNGIBILI E
OBBLIGHI DI PROGRAMMAZIONE.**

Avv. Vito RIZZO

12 Febbraio 2020 dalle ore 11.30 alle ore 12.30



L'oggetto del Regolamento Unico Appalti

L'art. 216, comma 27 *octies* prevede un elenco delle materie in cui interverrà il Regolamento Unico:

- a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
- b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
- c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;
- d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;**
- e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;
- f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;
- g) collaudo e verifica di conformità;
- h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici;
- i) lavori riguardanti i beni culturali.



Delibera numero 206 del 01 marzo 2018

(pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 69 del 23 marzo 2018)

Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 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”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016. Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018



3.6 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. (...)



3.6 (...) La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), **può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.** Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. **In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata,** con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici.



3.7 Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, **il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.** La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, **tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.** La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso.

Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.



Determinazione n. 950 del 13/09/2017
(pubblicata nella Gazzetta Ufficiale - Serie
Generale n. 248 del 23 ottobre 2017)

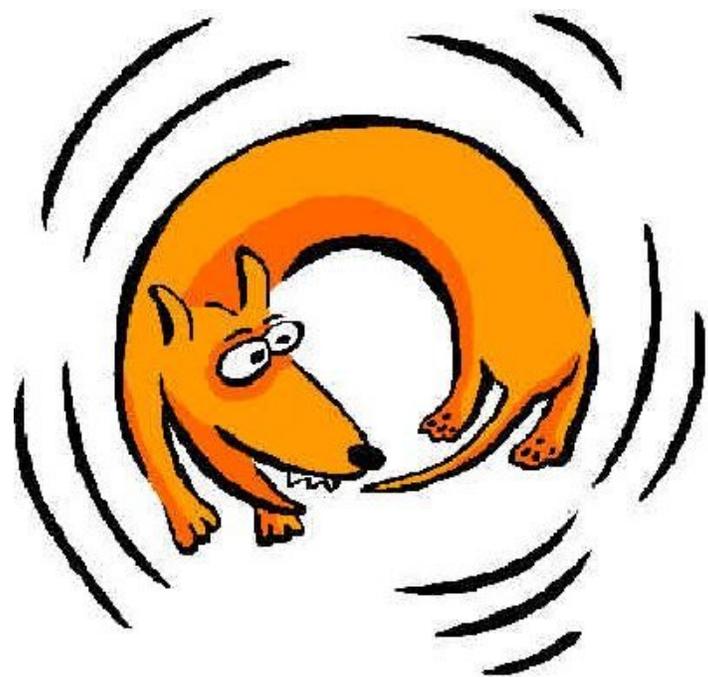
**Linee guida n. 8 - Ricorso a procedure
negoziate senza previa pubblicazione
di un bando nel caso di **forniture e
servizi ritenuti infungibili****



Da un punto di vista giuridico ed economico, i concetti di infungibilità ed esclusività non sono sinonimi. **L'esclusiva attiene all'esistenza di private industriali, mentre un bene o servizio è infungibile se è l'unico che può garantire il soddisfacimento di un certo bisogno.**

L'infungibilità può essere dovuta all'esistenza di private industriali ovvero essere la conseguenza di scelte razionali del cliente o dei comportamenti del fornitore; l'effetto finale è comunque un restringimento della concorrenza, con condizioni di acquisto meno favorevoli per l'utente.

Non esiste una soluzione unica per prevenire e/o superare fenomeni di infungibilità, ma è necessario procedere caso per caso al fine di trovare soluzioni in grado di favorire la trasparenza, la non discriminazione e l'effettiva concorrenza nel mercato.





2.1 La scelta della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara

Il primo passo, fondamentale, consiste nell'accertare in modo rigoroso l'infungibilità del bene.

Al riguardo occorre ricordare che per costante giurisprudenza della Corte di Giustizia UE, «le deroghe alle norme miranti a garantire l'efficacia dei diritti conferiti dal Trattato nel settore degli appalti pubblici devono essere interpretate restrittivamente. Inoltre, occorre ricordare che l'onere di dimostrare che sussistono effettivamente le circostanze eccezionali che giustificano una deroga grava su colui che intenda avvalersene».



2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi

Al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici e, in particolare, allo scopo di prevenire l'insorgere di **forme di lock-in o di infungibilità di prodotti o processi**, le amministrazioni devono compiere un'attenta programmazione dei propri fabbisogni.

Quest'ultima costituisce concreta attuazione dei principi di buon andamento, economicità ed efficienza dell'azione amministrativa in quanto la stessa, da un lato, consente di prevenire situazioni di urgenza, che spesso costituiscono lo strumento utilizzato dall'amministrazione per giustificare il ricorso a procedure negoziate senza pubblicazione del bando, e, dall'altro, permette l'ottimizzazione delle risorse, il controllo delle diverse fasi gestionali nonché la verifica della corretta esecuzione dell'affidamento. Nello svolgimento dell'attività di vigilanza l'Autorità ha potuto verificare la profonda correlazione che intercorre tra le criticità riscontrabili nella fase esecutiva e le carenze riconducibili ad un'incompleta o imprecisa predisposizione, da parte delle stazioni appaltanti, della relativa documentazione di gara (bando di gara, disciplinare, contratto allegato, ecc.) e, prima ancora, all'assenza di un'adeguata fase di programmazione.



2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi

(...)

Il d.lgs. 163/2006 prevedeva l'obbligo di ricorrere alla preventiva programmazione dei fabbisogni soltanto per la realizzazione di lavori pubblici di importo superiore a 100.000 euro, ma non servizi e forniture. In assenza di previsione specifica, l'Autorità ha più volte sottolineato la centralità della programmazione anche per servizi e forniture, al fine di garantire l'apertura dei mercati e la prevenzione della corruzione. L'importanza della programmazione per l'acquisizione di beni e servizi è stata definitivamente riconosciuta dal d.lgs. 50/2016: le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare un programma biennale per l'acquisto di beni e servizi di importo stimato pari o superiore ai 40.000 euro e procedere poi a successivi aggiornamenti annuali degli stessi.



2.2 La programmazione e la progettazione dell'acquisto di beni e servizi

Al fine di prevenire le conseguenze negative derivanti da acquisti effettuati per beni o servizi ritenuti infungibili e/o fenomeni di *lock-in* e al fine di una corretta gestione degli affidamenti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici devono procedere a un'attenta programmazione e progettazione dei propri fabbisogni.

Nella fase di progettazione e nella predisposizione dei documenti di gara, le amministrazioni considerano, oltre ai costi immediati che devono sostenere, anche quelli futuri attualmente prevedibili legati a elementi quali gli acquisti di materiali di consumo e di parti di ricambio nonché i costi per il cambio di fornitore. Le stazioni appaltanti procedono agli affidamenti considerando il costo del ciclo di vita del prodotto.



2.3 Consultazioni preliminari di mercato

Per una corretta progettazione e per un'efficiente predisposizione dei bandi di gara, nelle situazioni in cui la stazione appaltante ritiene che un certo fabbisogno possa essere soddisfatto unicamente mediante l'acquisto di beni o servizi infungibili o che possano condurre a situazioni di non reversibilità della scelta è necessario che la stazione appaltante acquisisca tutte le informazioni disponibili. Innanzitutto è opportuno che quest'ultima osservi il comportamento di acquisto tenuto da altre amministrazioni, che hanno soddisfatto analoghi interessi pubblici, verificando, in particolare, se hanno svolto procedure a evidenza pubblica e i risultati ottenuti.

Potrebbe essere utile in tale fase procedere anche alla consultazione dei cataloghi elettronici del mercato delle altre amministrazioni aggiudicatrici, nonché di altri di fornitori esistenti.



2.4 Come superare il rischio di *lock-in*

Non esiste una regola generale per prevenire e superare il *lock-in*, ma occorre procedere caso per caso. Una delle possibili soluzioni in taluni settori consiste nel prevedere che un singolo affidamento possa essere assegnato a due o più fornitori (*multi-sourcing*); un'altra soluzione proposta dalla Commissione Europea per il settore dell'ICT è quella di agire sulle specifiche tecniche, mediante gare su standard e non su sistemi prioritari.



Question Time:

Quesiti

1. In una procedura di affidamento a seguito di una preliminare indagine di mercato volta ad individuare gli operatori da invitare, se presenta istanza soltanto la ditta uscente, si può procedere mediante affidamento diretto?

L'indagine di mercato è una fase che può essere assolta in diversi modi, tramite consultazione di elenchi (Albo Fornitori, Mercato Elettronico ecc.) o tramite avviso pubblico che invita alla presentazione di manifestazioni di interesse. La procedura di affidamento è sganciata dalla prima fase e segue le disposizioni dell'art.36 con le opportunità e i limiti dallo stesso indicati. L'affidamento all'aggiudicatario uscente «di norma» non può essere fatto mediante affidamento diretto, la cui peculiarità non viene meno dopo l'indagine di mercato, ma in casi eccezionali può essere giustificato da ragioni oggettive di mercato.



Quesiti

2. Per quanto riguarda l'applicazione del principio di rotazione nell'ambito di categorie di importi omogenei, è necessario che la procedura sia disciplinata in un apposito Regolamento o si può procedere anche senza?

L'adozione di un Regolamento rende più trasparente le modalità operative adottate di volta in volta per la selezione del contraente. È evidente che, in mancanza, bisognerà procedere ad individuare comunque delle modalità procedurali che garantiscano il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, efficienza ed economicità.



Quesiti

3. Come si può individuare l'operatore da invitare senza necessariamente dover fare prima una procedura di manifestazione di interesse che dilaterrebbe inevitabilmente le tempistiche?

L'indagine di mercato è una fase che può essere assolta in diversi modi, tramite consultazione di elenchi (Albo Fornitori, Mercato Elettronico ecc.) o tramite avviso pubblico che invita alla presentazione di manifestazioni di interesse. L'importante è che vengano adottati criteri di scelta in grado di assicurare, anche senza previo avviso pubblico, il rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, efficienza ed economicità e le disposizioni dell'art.36 del Codice dei contratti pubblici in merito ai soggetti minimi da invitare.



Quesiti

4. L'affidatario uscente che ha ricevuto il precedente incarico mediante affidamento diretto con un solo interlocutore può essere invitato al nuovo appalto a seguito di avviso pubblico di manifestazione d'interesse con invito rivolto a tutti gli interessati che facciano richiesta?

Si ritiene che in particolare per le procedure in economia, la tipologia e l'importo dell'appalto, non giustifichino una necessaria esclusione dell'aggiudicatario non incidendo generalmente l'esercizio dell'attività in un'acquisizione di know-how tale da alterare il confronto competitivo.



Quesiti

5. La possibilità di partecipare alla gara per l'affidatario uscente è limitata al solo caso della procedura gara aperta con bando o è possibile anche in caso di procedura ristretta con pubblicazione di avviso di manifestazione di interesse? È possibile invitarlo in caso di procedure sul Mercato Elettronico?

L'analisi complessiva delle disposizioni dei paragrafi 3.6 e 3.7 delle stesse Linee Guida n.4, unitamente agli orientamenti reiteratamente espressi dal Consiglio di Stato, consente di valutare da un punto di vista sostanziale e non meramente formale l'opportunità dell'invito all'aggiudicatario uscente anche in caso di procedure negoziate tramite albo fornitori o mercato elettronico.



Quesiti

6. La rotazione degli affidamenti va applicata anche ai micro-acquisti (importi sotto i 5.000 euro)?

L'applicazione del principio di rotazione non è richiamata per i micro-affidamenti ma bisogna sempre verificare che non sussistano ipotesi di illegittimo frazionamento degli affidamenti e/o il sussistere di ingiustificate rendite di posizione in capo ad alcuni fornitori.



Quesiti

7. Soprattutto per i comuni piccoli rispettare il principio di rotazione mantenendo efficacia ed efficienza è molto difficile. È corretto disattendere il principio di rotazione per rispettare l'efficacia, l'efficienza e la territorialità?

Il principio di rotazione è funzionale ad impedire che si creino e permangano rendite di posizione in capo ad alcune ditte tali da escludere altre ditte potenzialmente interessate dalle opportunità di contendersi un appalto. È possibile quindi, nel rispetto dei principi di efficacia e di efficienza, limitare la contendibilità secondo un principio territoriale, purché ciò non alteri la concorrenza effettiva tra ditte aventi le medesime caratteristiche presenti sul mercato.



Quesiti

8. Quali motivazioni vanno inserite nella determinazione per giustificare il reinvio del gestore uscente?

Le Linee Guida n.4 dell'ANAC indicano quali motivazioni idonee l'aver svolto la precedente prestazione con una «esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti» e «della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento».



Quesiti

9. Nella RdO MEPA, per forniture di importo inferiore ai 40.000 euro, è possibile invitare una ditta che lo scorso anno era stata invitata ma che non ha presentato offerta?

Se la ditta è da considerare «potenzialmente interessata», tenuto conto anche del decorso del tempo, è possibile invitarla a una nuova procedura di gara.



Quesiti

10. È rispettato il principio di rotazione nel caso di procedura negoziata mediante RDO in MEPA preceduta da una manifestazione di interesse aperta a tutti, dove il gestore uscente chiede di partecipare? Si può inserire la clausola di rinnovo?

Al primo quesito la risposta è sì. Al secondo è possibile rispondere affermativamente purchè il valore dell'appalto sia comprensivo dell'importo del possibile rinnovo e non, invece, un illegittimo frazionamento per non superare la soglia indicata all'art.36.



Quesiti

11. Visto che la legge sembra escludere a priori la possibilità anche solo di invitare a presentare una offerta economica la ditta uscente, è tuttavia possibile farlo qualora avesse dimostrato di lavorare bene?

Come già indicato in precedenza, la legge impone innanzitutto il perseguimento del pubblico interesse. Nello specifico non ci sono disposizioni che impediscano, senza eccezioni, l'invito alla ditta uscente. È quindi possibile farlo nel rispetto dei principi innanzi descritti e delle motivazioni indicate nei precedenti quesiti a cui si è data risposta.



Quesiti

12. In merito all'affidamento del servizio mensa per l'asilo nido comunale, la ditta affidataria procede da contratto all'acquisto della materia prima secondo le esigenze quotidiane e gli standard prestabiliti in capitolato. Se risponde alla procedura negoziata soltanto l'affidatario uscente è possibile reiterare l'affidamento alla stessa ditta?

Laddove si reiteri la difficoltà a individuare nuovi operatori economici interessati al servizio, piuttosto che procedere con una semplice manifestazione d'interesse e con il conseguente affidamento, è consigliabile indire una procedura aperta all'esito della quale il vincitore sarà il naturale aggiudicatario. Si invita inoltre a valutare la possibilità, nel rispetto del principio di economicità, di indire una procedura d'appalto pluriennale in modo da favorire una gestione continuativa del servizio.



SECONDO APPUNTAMENTO

Affidatario uscente: il divieto di partecipazione e le ipotesi di invito alla procedura negoziata. La motivazione "eccezionale" e i casi giurisprudenziali.

Avv. Vito RIZZO

26 Febbraio 2020 dalle ore 11.30 alle ore 12.30

Per info contattaci a:

 webinar@asmel.eu

 800 165654

 www.asmel.eu

**Grazie
per
la
partecipazione!**