

La scelta discrezionale della S.A. di attivare una specifica procedura di gara anche per l'affidamento diretto: profili processuali e amministrativi

di

Data di pubblicazione: 30-8-2021

La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), 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.

GUIDA ALLA LETTURA

La Sezione IV del Consiglio di Stato affronta il tema più volte dibattuto riferito alla procedura di «affidamento diretto». Essa ha conosciuto una stagione di continui aggiornamenti normativi, anche dovuto al momento storico pandemico che ha coinvolto il Sistema Paese nel biennio 2020-2021. In particolare, la normativa di cui all'art. 36, comma 2, lett. a) e lett. b) del Codice dei contratti pubblici (o per meglio dire, dei Contratti di una Pubblica Amministrazione), prevede che le stazioni appaltanti procedono all'affidamento:

- a. di importi inferiori a 40.000,00 €, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b. di importi pari o superiori a 40.000,00 € e inferiori a 150.000,00 € per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione del numero di un numero determinato di preventivi, a seconda che si tratti di lavori, servizi o forniture.

Attualmente, la suindicata norma deve essere letta a seguito dell'intenzione espressa dal Legislatore, secondo la legge 11 settembre 2020, n. 120, di conversione, con modificazioni, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, recante "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitali" (Decreto Semplificazioni). In particolare, attualmente, le procedure di affidamento diretto, qualora la determina a contrarre o atto equivalente sia stato adottato

entro il 31 dicembre 2021, devono tener conto di quanto previsto dalla stessa legge all'art. 1, comma 2, lett. a): in particolare, occorre procedere con 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 75.000 euro.

Con ricorso proposto da una società per la riforma della sentenza del giudice amministrativo di primo grado, l'Operatore economico lamentava il fatto che la procedura di affidamento diretto, ex art. 1, comma 2, lettera a) del D.L. n. 76 del 2020, attivata dalla S.A., tramite apposito invito, prevedesse la fornitura di determinati beni ma, all'esito della stessa, la Stazione appaltante, attraverso nuove e successive indagini di mercato, interessava altro Operatore economico per l'acquisto di parte dei beni originariamente previsti nella procedura di affidamento diretto sopra richiamata; per la restante parte dei beni la S.A., procedeva ad affidare la fornitura ad un altro partecipante alla procedura di affidamento diretto.

Preliminarmente, occorre precisare che l'originaria previsione normativa dell'art. 1, comma 2, lettera a) del D.L., n. 76/2020, prima della conversione in legge ad opera della Legge n. 120/2020, prevedeva l'affidamento diretto dei lavori, servizi e forniture di importo inferiore a € 150.000,00 ma, con la precisazione che "comunque, per servizi e forniture" le soglie di riferimento ai fini di un affidamento diretto dovevano essere contenute nei limiti di cui all'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016.

Tralasciando l'ambiguità sull'importo da considerare ai fini dei limiti per procedere con un affidamento diretto e che ha indotto il legislatore a definire meglio il dettato normativo (la legge di conversione ha portato la soglia di riferimento per l'affidamento diretto per i servizi e le forniture a € 75.000,00), ciò che interessa per la fattispecie in esame è riconducibile alla procedimentalizzazione dell'affidamento diretto ad opera della Stazione appaltante; Essa si è autovincolata attraverso una apposita procedura di gara, ancorché la stessa norma non prevedesse tale adempimento amministrativo. In particolare, la S.A., nell'invito inviato a diversi O.E., compresa la ricorrente, aveva espresso apposita riserva di avviare eventuali negoziazioni con uno o più operatori economici ritenuti idonei all'esecuzione della prestazione richiesta, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale. Tale attività potrebbe essere considerata coerente con quanto previsto dalle Linee guida n. 4 dell'ANAC, secondo le quali viene raccomandato il confronto dei preventivi di spesa forniti da più O.E. Tuttavia, secondo la normativa vigente all'atto dell'invio dell'invito (il richiamato art. 1, comma 2, lett. a del D.L. n. 76/2020, art. 1, comma 3 del medesimo D.L., secondo il quale per gli affidamenti diretti avviati entro il 31 dicembre 2021 occorre solo una determina a contrarre o atto equivalente con gli elementi descritti nell'art. 32 del Codice), si evince l'intenzione da parte del Legislatore di semplificare le modalità di affidamento di lavori, servizi e forniture di un importo inferiore a € 150.000,00, in ragione dell'emergenza sanitaria in atto.

Pertanto, come espressamente precisato dalla Sezione IV del Consiglio di Stato, "la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori – anche se in linea con le Linee Guida n. 4 per gli affidamenti diretti – non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara (...)".

In sostanza, il giudice amministrativo di II grado ha voluto rimarcare quanto previsto dalla normativa vigente (D.L. n. 76/2020), richiamata tra l'altro dalla *lex specialis*: la S.A. ha espresso pertanto la volontà di svincolarsi dalla necessità di consultare più preventivi, ancorché la stessa Amministrazione abbia però voluto procedimentalizzare l'affidamento diretto nell'invito a partecipare inviato a determinati O.E.

Il Consiglio di Stato

in sede giurisdizionale (Sezione Quarta)

ha pronunciato la presente

SENTENZA

ex artt. 38 e 60 cod. proc. amm.

sul ricorso numero di registro generale 2062 del 2021, proposto dalla società Jolly S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dagli avvocati Anna Laura Ferrario, Angela Ruotolo, Stefano Da Rold, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

contro

l'Azienda A.M.I.U. - Azienda Multiservizi Igiene Urbana Genova S.p.A., non costituitasi in giudizio;

nei confronti

della società Nuova F.Ili Dondi S.r.l., in persona del legale rappresentante *pro tempore*, rappresentato e difeso dall'avvocato Lucia Maggiolo, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia;

per la riforma

della sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per la Liguria n. 66 del 2021, resa tra le parti.

Visto il ricorso in appello con i relativi allegati;

Visto l'atto di costituzione in giudizio della Società Nuova F.Ili Dondi S.r.l.;

Visti tutti gli atti della causa;

Relatore nella camera di consiglio del giorno 8 aprile 2021 - tenutasi in videoconferenza da remoto ai sensi dell'art. 25 del d.l. n. 137 del 2020, conv. con modificazioni dalla l. n. 176 del 2020 – il consigliere Silvia Martino;

Viste le note di udienza depositate dagli avvocati Anna Laura Ferrario, Angela Ruotolo e Stefano Da Rold, ai sensi e per gli effetti delle citate disposizioni;

Udito l'avvocato Lucia Maggiolo;

Visto l'art. 60 del codice del processo amministrativo, il quale consente la definizione del giudizio in esito all'udienza cautelare, con sentenza in forma semplificata;

Visto l'art. 120, comma 6, del codice del processo amministrativo, come da ultimo modificato dall'art. 4 del d.l. n. 76 del 2020, convertito, con modificazioni, dalla l. n. 120 del 2020;

Visto altresì il cit. art. 25, comma 2, del d.l. n. 137 del 2020;

Accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria;

1. Con ricorso proposto innanzi al TAR per la Liguria, la società Nuova F.lli Dondi S.r.l. impugnava il provvedimento 14 ottobre 2020, prot. n. 2611/20, con il quale era stata affidata alla società Jolly s.r.l., la fornitura di scope e palette alza immondizia, per il periodo di 2 anni.

La ricorrente esponeva di essere stata invitata dalla società AMIU di Genova, a partecipare alla procedura di affidamento diretto, ex art.1, comma 2, lettera a), del d.l. n. 76 del 2020, indetta per la fornitura di scope e palette alza immondizia per il periodo di 2 anni, con opzione per un terzo anno (CIG:8407911BA4).

Oggetto della fornitura erano, tra l'altro, *“n. 360 attacchi a scatto in plastica con peso non superiore a 300 gr, comprese le viti e le brugole necessarie per fissare le scope di setola al manico”*.

La ricorrente presentava la propria offerta e tuttavia l'AMIU affidava la fornitura alla controinteressata.

Peraltro l'AMIU decideva di procedere all'acquisto delle sole scope, avendo ritenuto di affidare a successive indagini di mercato l'acquisto delle palette.

1.1. Con il ricorso di primo grado, la società odierna appellata deduceva, in primo luogo, la violazione della *lex specialis* per errata attribuzione dell'affidamento in rapporto alla documentazione presentata dalla società Jolly, eccesso di potere per travisamento dei fatti, per motivazione illogica e contraddittoria con i documenti presentati dalla società Jolly,

violazione dell'art.95 d.lgs n.50/2016, eccesso di potere per difetto assoluto di istruttoria, erronea valutazione dei presupposti di fatto e di diritto, violazione del principio della *par condicio* tra concorrenti.

La principale argomentazione svolta dalla società era che la scopa fornita dalla controinteressata non era provvista di attacco "a scatto", ma solo di attacco regolabile a vite e pertanto non avrebbe rispettato i requisiti stabiliti dalla *lex specialis* di gara.

Inoltre, procedendo all'acquisto di solo una parte dei beni richiesti, la stazione appaltante avrebbe violato la *par condicio*.

1.2. La ricorrente domandava, altresì, anche il risarcimento dei danni.

2. Nella resistenza dell'Azienda genovese e della società controinteressata, il TAR respingeva, in parte, le eccezioni preliminari e accoglieva il ricorso nella parte impugnatoria, compensando le spese.

3. La sentenza è stata impugnata dalla società Jolly, che ha dedotto:

I. *Erroneità della sentenza gravata nella parte in cui ha rigettato le eccezioni di inammissibilità del ricorso di primo grado per carenza di legittimazione.*

La procedura oggetto del presente giudizio risulta disciplinata dall'art.1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 76 del 2020, e si è sostanziata in una mera richiesta di preventivo formulata da AMIU per l'acquisto, al prezzo più basso, di alcune tipologie di attrezzature sinteticamente descritte.

Trattandosi di un affidamento diretto, l'avviso conteneva l'espressa precisazione che l'Azienda si sarebbe comunque riservata di avviare eventuali negoziazioni con uno o più degli operatori economici interpellati ritenuti idonei all'esecuzione della prestazione richiesta, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale.

La richiesta di preventivo non poteva essere ritenuta equivalente a un bando di gara.

Il ricorso di primo grado avrebbe pertanto dovuto essere dichiarato inammissibile per carenza di legittimazione in capo alla ditta Nuova F.lli Dondi a contestare l'esito della presente procedura di affidamento diretto;

II. *Erroneità della sentenza gravata sotto altro profilo: infondatezza, nel merito del ricorso di primo grado, stante la conformità dei prodotti offerti dall'appellante alla descrizione della richiesta di preventivo.*

Il TAR Liguria ha dichiarato irricevibile per tardività la censura formulata nel ricorso di primo grado, volta a contestare l'asserita incompletezza della fornitura dell'odierna appellante, mentre ha ritenuto fondata quella diretta a contestare la asserita difformità della scopa "Briscolina" fornita dall'appellante rispetto ai requisiti della richiesta di preventivo, in quanto provvista di attacco regolabile a vite anziché a scatto.

La ricostruzione del TAR non trova riscontro nella descrizione dei prodotti contenuta nell'invito rivolto da AMIU agli operatori del settore, il quale si limita a richiedere *“attacchi a scatto in plastica con peso non superiore a 300 gr, comprese le viti e le brugole necessarie per fissare le scope di setola al manico”*, senza tuttavia prevedere – tantomeno a pena di esclusione – che siffatto meccanismo di attacco debba essere tale da consentire al manico di assumere diverse posizioni rispetto alla spazzola *“esclusivamente mediante la pressione su uno dei due componenti del meccanismo (manico o scopa)”*.

Di tanto si avrebbe riscontro anche a pag. 2 del documento n. 11 prodotto da AMIU nel giudizio di primo grado contenente l'*“estratto degli approfondimenti resi dagli uffici tecnici di AMIU”* nell'ambito dell'istruttoria svolta dalla Stazione appaltante per accertare la conformità del prodotto alla descrizione fornita nella richiesta di preventivo.

Ad ogni modo, l'attacco proposto dall'odierna appellante assolve alla medesima funzione di quello richiesto da AMIU ed è equivalente, sul piano funzionale, al prodotto descritto da AMIU.

4. Si è costituita, per resistere, la società Nuova F.Ili Dondi, sostenendo che, nella fattispecie, vi sarebbe stata una vera e propria gara.

In ogni caso, alla procedura in esame, debbono applicarsi i principi generali fissati dall'art. 30, comma 1, del Codice dei contratti in materia di trasparenza e correttezza.

Sarebbe stata la stazione appaltante, nell'ambito delle risposte alle istanze volte a fornire i chiarimenti di partecipazione alla gara, che avrebbe vietato la fornitura di prodotti diversi da quelli richiesti in preventivo chiarendo che le attrezzature offerte avrebbero dovuto rispettare le specifiche tecniche indicate nella richiesta di preventivo.

La società ha poi sottolineato che l'attacco con regolazione dell'inclinazione a scatto è stato da essa brevettato per semplificare e velocizzare il cambio di inclinazione del manico rispetto alla parte della spazzola, tanto da rendere più agevole e igienico il lavoro svolto dall'operatore.

5. Entrambe le società hanno depositato note di udienza, in vista della camera di consiglio dell'8 aprile 2021, alla quale la causa è stata trattenuta per essere decisa con sentenza in forma semplificata.

6. L'appello è fondato.

Al riguardo, si osserva quanto segue.

7. In primo luogo, occorre qualificare la fattispecie di affidamento di cui trattasi.

La stazione appaltante ha fatto applicazione della modalità disciplinata dall'art. 1, comma 2, lett. a) del d.l. n. 76 del 2020, nella versione vigente prima della conversione avvenuta con legge n. 120 del 2020, il quale, in deroga all'art. 36, comma 2 del Codice dei contratti pubblici, ha consentito alle amministrazioni aggiudicatrici di procedere tramite affidamento diretto per

“lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 150.000 euro” (la legge di conversione ha portato tale soglia per i servizi e le forniture ad euro 75.000).

E' opportuno rammentare che, negli affidamenti diretti ordinari sotto soglia, mentre l'art. 36, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti, così come modificato dal d.l. n. 32 del 2019 (c.d. “Sblocca – cantieri”), non richiede nemmeno “la consultazione di due o più operatori economici”, la successiva lett. b), pur essa modificata dal decreto del 2019, ha trasformato la precedente procedura negoziata in affidamento diretto per i lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro, nonché per le forniture e i servizi di importo inferiore alle soglie europee di cui all'articolo 35.

Anche in questa ipotesi è stata peraltro confermata l'applicazione del principio di rotazione mentre è stata prevista la previa valutazione di tre preventivi (per i lavori) e la consultazione di cinque operatori economici, per le forniture e i servizi.

In tutte le ipotesi di affidamento diretto, comunque, le tuttora efficaci Linee Guida n. 4 dell'ANAC (non essendo stato ancora emanato il Regolamento Unico previsto dall'art. 216, comma 29 – *octies* del Codice dei contratti, inserito dal decreto “Sblocca cantieri”) raccomandano quale “*best practice*” il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

Inoltre, secondo l'art. 32, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti, “[...]Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti”.

La stessa modalità è richiamata dall'art. 1, comma 3, del d.l. n. 76 del 2020 per gli affidamenti diretti sotto soglia, disciplinati dal medesimo decreto, in cui il procedimento sia stato avviato entro il 31 dicembre 2021 (“*Gli affidamenti diretti possono essere realizzati tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga gli elementi descritti nell'articolo 32, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016*”).

Ai fini degli affidamenti diretti sotto soglia (anche nella disciplina ordinariamente applicabile recata dal Codice dei contratti), è dunque sufficiente che la stazione appaltante motivi 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*” (Linee Guida ANAC n. 4, par. 4.3.1).

7.1. Nel caso di specie, dalla richiesta di preventivo si evince che la stazione appaltante:

- aveva espressamente precisato che avrebbe proceduto all'affidamento “*a seguito del*

confronto dei preventivi ricevuti sulla base della convenienza economica per AMIU” (pag. 1);

- sebbene avesse indicato che *“L’aggiudicazione avverrà ai sensi dell’art. 95, comma 4, D.lgs 50/2016 a favore del concorrente che avrà proposto il maggior ribasso unico percentuale [...], si era comunque espressamente riservata la possibilità di “avviare eventuali negoziazioni con uno o più degli operatori economici interpellati ritenuti idonei all’esecuzione della prestazione richiesta, senza alcun vincolo in ordine alla scelta finale”* (pag. 13).

Nella determina di affidamento, l’Amministrazione ha poi dato atto di avere provveduto a richiedere le schede tecniche e i campioni all’operatore economico che ha presentato il maggior ribasso percentuale e di avere ritenuto non conformi alle proprie esigenze alcuni dei prodotti offerti dall’odierna appellante (in particolare, le *“palette per la raccolta”*), rinviando quindi ad una successiva ricerca di mercato l’acquisto dei prodotti in questione (pag. 2).

Per il resto il preventivo presentato è stato ritenuto *“congruo, sulla base dell’economicità evidenziata dal confronto con affidamenti analoghi effettuati in passato”*.

7.2. Attese le caratteristiche del procedimento di acquisto concretamente posto in essere - ovvero un affidamento diretto sotto – soglia, caratterizzato da modalità ulteriormente semplificate rispetto a quelle disciplinate in via ordinaria dal Codice dei contratti, in ragione dell’emergenza sanitaria in atto - l’Amministrazione era quindi libera di individuare il prodotto più rispondente alle proprie esigenze, cosa di cui essa ha peraltro dato chiaramente atto nel provvedimento di affidamento.

A differenza di quanto ritenuto dal TAR, inoltre, la mera procedimentalizzazione dell’affidamento diretto, mediante l’acquisizione di una pluralità di preventivi e l’indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull’avvio della procedura), 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.

7.3. Ad ogni buon conto, deve altresì convenirsi con l’appellante che in nessuna parte della richiesta di preventivo sono state dettagliatamente indicate le specifiche tecniche dei *“360 attacchi a scatto in plastica con peso non superiore a 300 gr comprese le viti e le brugole necessarie per fissare le scope di setola al manico”*, in maniera tale da poter far ritenere con certezza che AMIU necessitasse di dispositivi di tipo automatico, corrispondenti alla tipologia brevettata dalla società appellata.

In sostanza - attesa la valenza generale del principio di equivalenza – dagli atti del procedimento non risulta alcun elemento dal quale sia possibile inferire che la difformità dell’offerta dell’appellante, rispetto ad alcune delle caratteristiche richieste da AMIU, si sia risolta in un vero e proprio *“aliud pro alio”*, tale da giustificare l’esclusione dall’(ipotetica) selezione.

Questo rigido automatismo, rilevante anche in assenza di una espressa comminatoria

escludente, opera nel solo caso in cui le specifiche tecniche previste nella 'legge di gara' consentano di ricostruire con esattezza il prodotto richiesto dall'Amministrazione e quindi di individuare in maniera analitica ed inequivoca determinate caratteristiche tecniche come indefettibili.

Tuttavia, ove questa certezza non vi sia e sussista al contrario un margine di ambiguità circa l'effettiva portata delle clausole del bando, riprende vigore il principio residuale, che impone di preferire l'interpretazione della *lex specialis* maggiormente rispettosa del principio del *favor participationis* e dell'interesse al più ampio confronto concorrenziale, oltre che della tassatività - intesa anche nel senso di tipicità ed inequivocabilità - delle cause di esclusione (Cons. Stato, sez. III, 14 maggio 2020, n. 3084).

8. In definitiva, per quanto appena argomentato, l'appello deve essere accolto.

Per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, il ricorso instaurato in primo grado deve essere respinto anche nella parte impugnatoria.

Sussistono tuttavia giusti motivi – attesa la novità delle disposizioni applicate dalla stazione appaltante – per compensare integralmente tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.

P.Q.M.

Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Quarta), definitivamente pronunciando sull'appello n. 2062 del 2021, di cui in epigrafe, lo accoglie e, per l'effetto, in parziale riforma della sentenza impugnata, respinge la domanda di annullamento articolata in primo grado.

Compensa tra le parti le spese del doppio grado di giudizio.