

Dell'affidamento diretto e dell'aggravamento (non necessario) del procedimento di assegnazione

di Stefano Usai

Data di pubblicazione: 6-11-2023

1) Introduzione; 2) Per quali ragioni si può ritenere necessario (utile) aggravare il procedimento; 3) L'interpello; 4) La scelta del soggetto con cui negoziare ed a cui affidare; 5) Ed allora l'ovvio epilogo/ovvia conclusione: ma la questione della rotazione viene prima o dopo dell'avvio del procedimento amministrativo che poi conduce all'affidamento diretto?

Introduzione

La recente giurisprudenza (ad esempio, Tar Lombardia sentenza n. 2453/2023) consente, astraendo comunque dal caso specifico, di esprimere alcune riflessioni sull'affidamento diretto come oggi, meglio, disciplinato dal nuovo Codice dei contratti (D.lgs 36/2023, nel prosieguo solo nuovo Codice) e sulle ragioni, tecniche, che possono indurre il RUP ad articolare/aggravare il procedimento amministrativo (fino a trasformarlo in un'autentica – ma dalle norme non richiesta -, procedura di gara).

Nel caso trattato dal giudice lombardo viene in considerazione una fattispecie (formalmente) di affidamento (e non di aggiudicazione) delineata chiaramente fin dagli atti tecnici (RDO aperta alla partecipazione di operatori prequalificati in uno Sdapa) come assegnazione diretta ai sensi e per gli effetti dell'articolo 1, comma 2 del DL 76/2020 (nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30 della pregressa disciplina del 2016). Disposizioni, da notare, ancora applicabili agli appalti finanziati anche solo in parte al PNRR/PNC.

Una dinamica di affidamento diretto, pertanto, maggiormente articolata sia rispetto a quanto prevede il DL 76/2020 ma anche rispetto a quanto prevede, molto più chiaramente, il nuovo Codice (che, anche su questo, ha ripreso le indicazioni del legislatore dell'emergenza).

Il primo aspetto, pertanto, da analizzare e su cui ci si deve soffermare è la questione dell'articolazione del procedimento amministrativo necessario per giungere alla scelta dell'affidatario.

L'allegato I.2 del nuovo Codice, come noto, contiene (finalmente) una chiara configurazione dell'affidamento diretto in termini – pur se avvenisse con l'interpello di più operatori economici -, di **“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 o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1, lett. a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”**.

Prima di questa definizione, evidentemente, se ne leggono altre (sempre nell'articolo 3, comma 1) che non possono non essere considerate. In particolare:

a) l' «*affidamento del contratto*», (è) *l'atto o la procedura attraverso i quali il contratto è aggiudicato all'operatore economico selezionato o scelto dalla stazione appaltante o dall'ente concedente;*

c) la «*procedura di evidenza pubblica*», (è) *la procedura selettiva tramite gara fra operatori economici che, nel rispetto del diritto dell'Unione europea e della disciplina dettata dal codice, è finalizzata, attraverso la valutazione comparativa delle offerte e la selezione del contraente, all'affidamento del contratto;*

A sommosso parere, l'affidamento diretto si può correttamente configurare leggendo (almeno/anche) le due puntualizzazioni sopra riportate.

La prima (lett. a)) è illuminante. L'affidamento del contratto è "l'atto" o la procedura. Il primo riferimento riguarda proprio l'affidamento diretto e il c.d. atto unico (la decisione di affidamento efficace, ai sensi dell'articolo 17, comma 2 del nuovo Codice) che ha effetto costitutivo dell'assegnazione come si legge nella relazione tecnica che accompagna l'impianto normativo.

Il secondo inciso, nel prosieguo del periodo, si sofferma sulla procedura (ovvero si tratta di indicazione sul "resto" dei sistemi di affidamento rispetto all'affidamento diretto, ovvero la procedura di aggiudicazione) mediante la quale il contratto è "aggiudicato" (non più affidato, espressione che a ben vedere si attaglia non solo all'affidamento diretto ma alla stessa concessione per cui, però, il primo non è utilizzabile, in questo senso l'articolo 187 del nuovo Codice).

La lettera c) contiene il classico riferimento alla procedura ad evidenza pubblica ovvero alla procedura selettiva che manca (e già si anticipa, non può essere reintrodotta arbitrariamente dal RUP se non con motivazioni tecniche oggettive almeno a valenza interna), per stessa ammissione dell'estensore e del legislatore, nell'affidamento diretto.

Sembra, a chi scrive, che proprio con il nuovo Codice (come spesso accade nel nostro Paese) si cerchi di generare il *superamento* di prassi non corrette e/o di realizzare un autentico, sia consentito, *passaggio culturale*: il superamento della tendenza, in certe circostanze e probabilmente in modo non corretto, ad **aggravare** il procedimento istruttorio per sostanziare una esigenza di motivazione intesa, forse, in modo eccessivo/esagerato.

La stessa giurisprudenza lo ha chiarito in più circostanze. Una sentenza in particolare, forse, è sufficiente e tale da consentire di ben intendere le stesse disposizioni del nuovo Codice (ma, a ben vedere, anche la disciplina pregressa ed in specie quella emergenziale presa a riferimento con il nuovo Codice).

Il riferimento è alla sentenza del Tar Sardegna n. 75/2021 in cui si legge (per replicare alla censura di mancata applicazione di rotazione e di eccessiva semplificazione) che "il Comune

ha attivato una procedura più che trasparente: un normale ordine di acquisto (ODA) sul MEPA ritenendo di ricorrere, del tutto legittimamente, all'affidamento diretto data l'esiguità dell'importo, ben al di sotto della soglia massima consentita (servizi di importo inferiore a 75.000 €). La ricorrente lamenta il mancato rispetto del principio di rotazione. Sgombriamo il campo da equivoci. Il principio di rotazione costituisce un contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160)".

L'applicazione, si potrebbe dire ossessiva o cieca, della rotazione è probabilmente determinata, prosegue l'attento estensore, dall' "equivoco (... *nda che*) nasce anche da una discutibile formulazione delle Linee guida n. 4, richiamate dalla ricorrente, che hanno condotto, talvolta, ad applicare ciecamente il principio di rotazione (che peraltro, per elementari nozioni di teoria delle fonti, principio non è ma è una regola con antecedente chiuso) determinando una sorta di turnazione, quasi uno "stigma" nei confronti di un operatore economico che si è legittimamente aggiudicato un appalto".

Inoltre, è ciò rappresenta **la sintesi di ciò che, senza dubbio, si legge anche nel nuovo Codice "Deve sempre soccorrere la ragionevolezza di fronte a piccoli affidamenti, al fine di evitare che essi si tramutino in vicende tanto complicate da indurre i RUP a ricorrere, come talora accade, a procedure estremamente macchinose anche quando è possibile operare utilizzando forme semplificate"**.

L'affidamento diretto se, da un lato, non è affatto fiduciario (in questo senso, le chiare parole di G. Rovelli in "Affidamenti diretti: troppi equivoci" in Il Sole24ore del 4 aprile 2023) **non può essere neppure basato (e/o scaturire) da un procedimento amministrativo aggravato tanto da introdurre, in realtà, una autentica procedura di gara/selezione.**

In questo secondo, caso, il rischio è che ci si *allontani* così tanto dal procedimento amministrativo semplificato in commento da *cadere* in altre fattispecie (appunto una procedura di aggiudicazione/selezione) che richiedono un più appropriato (e dovuto) rigore da parte del RUP.

Sembra (anche) banale evidenziare che l'affidamento diretto, puro o con "interpello" ben si attaglia al (e si conclude in un automatico) confronto sul prezzo.

Ma se si aggrava la procedura e si amplia il *lotto* dei criteri di "valutazione" (si direbbe di affidamento), ad esempio con l'innesto di richieste di tipo "qualitativo" forse, si è già superato il confine tra una ordinaria attività istruttoria (che può condurre con una certa autonomia lo stesso responsabile di fase se nominato) ed una procedura di selezione vera e propria. Ed allora occorre farsi carico delle conseguenze.

Altra sottolineatura (anch'essa banale) è che se si innestano più criteri oggetto di considerazione, preordinati per far scaturire una "valutazione", o questa ha dei connotati "automatici" – che lo stesso operatore economico può preventivamente, fin dal suo interpello, calcolare -, per la cui "decisione" (di affidamento) è sufficiente il RUP o (per la sua definizione istruttoria) il responsabile di fase **oppure si finisce per occupare/abitare una**

diversa (dall'affidamento diretto) fattispecie.

Per quali ragioni si può ritenere necessario (utile) aggravare il procedimento

E' necessario soffermarsi sulle ragioni che, in tante circostanze, portano il RUP ad aggravare (ammesso che si possa parlare in questi termini) il procedimento (visto che nel caso di affidamenti diretti, pur con interpello, non si può più parlare di procedura).

Occorre (ri)partire dall'autorevole affermazione dell'estensore della sentenza del giudice sardo sopra riportata: negli affidamenti (ma ciò vale anche nelle aggiudicazioni) **“Deve *sempre soccorrere la ragionevolezza* di fronte a piccoli affidamenti, al fine di evitare che essi si tramutino in vicende tanto complicate da indurre i RUP a ricorrere, come talora accade, a procedure estremamente macchinose anche quando è possibile operare utilizzando forme semplificate”**. Il senso è che lo “strumento” deve sempre essere adeguato all'obiettivo.

Quali sono (le possibili) ragioni che possono indurre ad articolare il procedimento amministrativo (la fase istruttoria) rispetto alla semplificazione voluta dal legislatore?

La prima, classica, questione che riguarda il RUP è il problema di spiegare (per quali ragioni) in che modo si sia giunti a scegliere un dato operatore economico (con cui negoziare prima ancora che affidare).

Ciò induce a strutturare il procedimento originariamente semplice in un modo più *gravoso* (per la stazione appaltante e per gli stessi consociati) aprendo ad esempio (ma in realtà solo in teoria), oltre misura, la potenziale partecipazione/accesso alla possibilità di acquisire la commessa.

Articolare in questo modo il procedimento (aggravandolo) affrancherebbe dal pericolo di una scelta “fiduciaria” e, soprattutto, - ritiene qualcuno -, dalla questione della rotazione. In realtà non è così (non può essere così).

Se sulla prima questione si può, forse, convenire, sulla seconda, forse, non è possibile. Non è possibile visto che la disposizione (art. 49) vieta il riaffido al pregresso affidatario nei casi di (semplificando) prestazione almeno analoga.

La decisione (del RUP) di espletare un procedimento sostanzialmente aperto (da notare che questa possibilità non è prevista per l'affidamento diretto visto che si prevede un semplice “*interpello*”) porta il RUP, non solo ad avviare una procedura non richiesta che deve essere avviata, ma, in realtà, non affranca neppure dall'obbligo di rispettare la rotazione.

È chiaro che, in primo luogo, il procedimento (che è cosa diversa da una procedura) anche se articolato non è affatto sostanzialmente aperto visto che è (e rimane) una apertura limitata che non ha né la valenza di un autentico bando ma neppure la valenza (e l'intensità) di un avviso pubblico a manifestare interesse previsto per la procedura negoziata (si vedano ora i rinnovati, pur non tutti perfettamente attuabili, obblighi di pubblicazione).

Non solo, questa ipotetica apertura non è tale visto che, in realtà, non può ritenersi nota a tutti gli operatori (se non in modo assolutamente ipotetico).

La questione principale, quindi, seppur vero che si può sostenere che in questo modo la scelta non sia “fiduciaria”, è che manca il fondamentale “tassello” della motivazione dell’eventuale mancato rispetto della rotazione (nel caso in cui l’affidamento ovviamente riguardi il progresso affidatario). A ben valutare, per effetto del chiaro dettato contenuto nell’articolo 49 una motivazione che giustifichi il riaffido – pur articolando in questo modo il procedimento -, non è possibile.

In realtà, il RUP (o in caso di proposta del responsabile di fase al RUP), ha un ulteriore e “diabolico” onere probatorio ovvero trovare/elaborare una motivazione che giustifichi (e che quindi non qualifichi in questo modo) la decisione di aggravare/articolare il (semplice per legge) procedimento amministrativo fino a configurarlo in termini di autentica procedura. A questo punto è evidente il quesito: ma allora perché non si utilizza la procedura negoziata?

E’ questa motivazione, oggi (soprattutto oggi ma chiaramente fin dalla pregressa disciplina dell’emergenza) – ovvero dichiarare perché si è scelto di aggravare il procedimento senza scadere nello stereotipo della necessità di alimentare la concorrenza -, che non può mancare nella decisione di affidare (l’unico atto che segue, si situa a valle, l’attività istruttoria svolta per giungere all’affidamento diretto).

E non a caso, nella relazione tecnica si ricorda (a proposito del principio di risultato) che la concorrenza non può essere intesa come fine a sé stessa (o addirittura come passaggio istruttorio per evitare la rotazione).

La motivazione in argomento – del perché si sia deciso di aggravare il procedimento fino a trasformarlo, praticamente, in una procedura di selezione -, non può mancare, non tanto (o non solo) per questioni di legittimità degli atti adottati, ma per l’ovvio debito di informazione nei confronti della stessa stazione appaltante.

Si tratta di anticipare (in realtà se si segue alla lettera l’articolo 17, comma 2, la motivazione si pone praticamente a consuntivo dell’attività istruttoria svolta, e ciò induce in ulteriori considerazioni) le ragioni che giustificano l’aggravamento del procedimento.

Da notare che è lo stesso dirigente/responsabile del servizio che ha un “credito” di informazioni/motivazioni nei confronti del RUP che, al primo, deve spiegare le ragioni dell’aggravamento. Visto che proprio il RUP ha, ora ancora più chiaramente, un obbligo di risultato.

L’interpello

L’interpello, pur possibile nell’affidamento diretto senza che questo venga snaturato, non può portare a configurare il procedimento come una procedura (si tradirebbe la disposizione del codice). Il RUP, per intendersi, non può (re)introdurre una procedura di selezione dopo che il legislatore, e prima ancora l’estensore, ha evidenziato che nel caso di specie si ha

un “*affidamento del contratto senza una procedura di gara*”.

L’interpello dovrebbe consentire, più che un confronto tra prestazioni/commesse, di certificare la congruità del prezzo ma, sempre, in modo relativo e non assoluto (altrimenti il procedimento amministrativo diventa smisurato/eccessivo).

Ma la congruità del prezzo (sempre in modo relativo e non assoluto) può essere desunta da, più o meno rigorose, ricerche/indagini (finanche in proprie o altrui banche dati) non strutturando il procedimento come un’autentica procedura di selezione.

La scelta del soggetto con cui negoziare ed a cui affidare

Altra, banale, motivazione per cui si tende ad aggravare il procedimento amministrativo dell’affidamento diretto – come anche sopra evidenziato –, è la questione della scelta dell’operatore economico con cui negoziare (prima ancora dell’affidamento). La problematica istruttoria affligge il RUP è la difficoltà di spiegare perché “*si sceglie tizio piuttosto che caio*”.

La RDO *aperta* o l’avviso (sostanzialmente) aperto dovrebbe poter consentire, si ritiene, di rispondere agevolmente alla domanda sopra evidenziata.

È singolare, come sopra visto, che ci si ponga questo problema (nella scelta del con chi negoziare) piuttosto che quello, ben più gravoso (e successivo), di spiegare le ragioni del mancato rispetto della rotazione. Si pensi alla possibile circostanza che alla decisione di aprire la partecipazione a tutti gli operatori interessati risulti quale “miglior preventivo/soggetto interpellato” il pregresso affidatario.

Ed allora l’ovvio epilogo/ovvia conclusione: ma la questione della rotazione viene prima o dopo dell’avvio del procedimento amministrativo che poi conduce all’affidamento diretto?

A parere di chi scrive, la prima questione istruttoria che si deve porre il RUP (o l’eventuale responsabile di fase che ha solo poteri istruttori) è proprio la questione dell’alternanza/rotazione.

La scelta dell’affidatario, a cui potenzialmente si giunge dopo un (solo richiesto dalla disposizione) procedimento amministrativo e (anche se applicata all’affidamento diretto), di una (non prevista) procedura di selezione/aggiudicazione **non può portare ad eludere il criterio/disposizione sulla rotazione.**

Se fosse così si dovrebbe concludere affermando che l’affidamento diretto non esiste o non è materialmente praticabile. Ogni affidamento diretto dovrebbe essere intermediato non da un semplice interpello ma da una autentica, a questo punto, (o tradizionale) competizione

Se la fattispecie viene utilizzata correttamente non si può prescindere dal dato normativo che emerge chiaramente dall’articolo 49 e dall’articolo 50 secondo cui (a prescindere che si tratti di lavori o forniture/servizi e sempre restando fermo il limite di importo), rispettivamente:

1. *“In applicazione del principio di rotazione **è vietato l’affidamento** o l’aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi” (art. 49 comma 2).* Non è affatto un caso se l’estensore prima ed il legislatore poi utilizzano due verbi: **affidare e aggiudicare**.

2. il secondo inciso è contenuto nell’articolo 50 proprio sull’affidamento diretto e riguarda il RUP che è tenuto ad assicurare (il RUP con l’affidamento diretto deve assicurare), a proposito di risultato, *“che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante”*. Da notare che con un procedimento sostanzialmente aperto il “rischio” è che possano richiedere di partecipare all’interpello anche soggetti privi di esperienza (oltre al pregresso affidatario).

3. Il successivo comma 5 secondo cui la procedura sostanzialmente aperta è configurabile **solo** nella procedura negoziata (e sulla questione si dovrà tornare) in cui si spiega che *“Per i contratti affidati con le procedure di cui all’articolo 50, **comma 1, lettere c), d) ed e) (nda le procedure negoziate)**, le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione 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 negoziata”*.

Ora, se la rotazione non deve essere applicata (nel senso che non costituisce un dato istruttorio) solo nel caso di indagine di mercato finalizzata alla partecipazione (successiva) alla procedura negoziata, alle stesse conclusioni non si può giungere predisponendo un procedimento “aperto” per l’affidamento diretto.

A questo punto il RUP deve scegliere, caso mai, di utilizzare la procedura negoziata anche nell’ambito delle soglie per cui è consentito l’affidamento diretto. Ma anche questa decisione deve essere motivata (ammesso che sia possibile almeno a valenza interna) e sul punto si impongono altre considerazioni che porterebbero troppo lontano rispetto all’oggetto dell’indagine.

Un procedimento “aperto”, pertanto, non consente – salvo una pronuncia ufficiale -, il superamento del divieto di riaffido visto che l’unica possibilità riguarda una diversa fattispecie e, in particolare, riguarda le procedure di gara da cui l’affidamento diretto è stato affrancato.

Da qui, se le considerazioni espresse hanno senso e validità, non insiste nessuna ragione logica (e prima ancora giuridica) per aggravare il procedimento amministrativo che ben può essere semplificato/ridotto ad un interpello sui prezzi o neppure (come nel caso dell’affidamento diretto puro).

L’affidatario, rispettando i dati istruttori sopra richiamati, può essere individuato solo tra soggetti in possesso dei requisiti e di esperienza desunti da una normale ricerca/indagine di mercato rispettando sempre (salvo le limitate deroghe previste dall’articolo 49) la rotazione.