

Appalti pubblici: onere motivazionale anche per gli affidamenti diretti

C. Podda (La Gazzetta degli Enti Locali 21/9/2017)

Sul portale dell'ANAC è stata pubblicato, e risulta in [consultazione fino al prossimo 25 settembre](#), l'aggiornamento delle [Linee guida n. 4](#) 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" che recepiscono le integrazioni apportate al nuovo codice dei contratti dal [decreto correttivo n. 56/2017](#)

Uno dei punti su cui si sofferma l'Autorità è la disciplina dell'"affidamento diretto" degli appalti, ossia le acquisizioni inferiori alla soglia di euro 40.000,00.

La modalità di acquisizione semplificata in esame è stata oggetto negli ultimi anni di un massivo proliferare di disposizioni normative, talvolta mal coordinate tra loro e in quanto tali foriere di dubbi interpretativi, cattive pratiche e conseguenti contenziosi giudiziari

La disciplina dell'affidamento diretto

A seguito dell'entrata in vigore del vecchio codice dei contratti (d.lgs. n.163/2006), la giurisprudenza amministrativa si è copiosamente espressa annullando affidamenti sotto tale soglia una volta riscontrata la mancanza di qualsiasi, seppur minima, procedura comparativa; la giurisprudenza contabile, a sua volta, invocando il rispetto dei principi comunitari di trasparenza-concorrenza-non discriminazione che costituiscono (e costituiscono tuttora!) l'involucro esterno del codice degli appalti, ha spesso e volentieri condannato per danno all'erario amministratori e/o funzionari pubblici dediti, scientemente o meno, alla pratica dell'affidamento "intuitu personae" senza alcuna adeguata motivazione. E tali pronunce di condanna, indipendentemente dall'importo oggetto dell'aggiudicazione: basti richiamare la emblematica pronuncia della Corte dei Conti Lombardia n. 447/2006 di condanna del dirigente scolastico di turno, reo di aver acquistato 27 poster per una cifra di circa duemila euro ricorrendo al rivenditore di fiducia anziché ad un "seppur minimo confronto concorrenziale" necessario "per qualsiasi procedura contrattuale ad oggetto pubblico ... tanto più oggi che i principi basilari in materia di concorrenza e libera prestazione dei servizi, di cui agli artt. 81 e ss. e 49 e ss. del Trattato CE si impongono al rispetto degli Stati membri indipendentemente dall'ammontare delle commesse pubbliche"

E dopo tante pronunce giurisprudenziali, finalmente, un sensibile legislatore, a dieci anni di distanza dalla precedente scarna quanto "ingannevole" (se non interpretata tenendo nella dovuta considerazione il necessario rispetto dei principi comunitari sopra accennati) disposizione sull'affidamento diretto (l'art.125 del d.lgs. 163/2006 recitava "...Per servizi o forniture inferiori a quarantamila euro, è consentito l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento"), riformulava la norma prevedendo espressamente l'obbligo di adeguata motivazione all'interno dell'art.36 c.2 lett a) del nuovo codice: "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato ..."

All'indomani dell'entrata in vigore della nuova disposizione di legge l'Autorità Nazionale Anticorruzione rincarava la dose (a detta del Consiglio di Stato andando impropriamente oltre per la verità al rigido dettame previsto dalla norma, vedasi a tal riguardo il [parere n. 1903/2016](#)) con le Linee guida n. 4/2016 (Delibera ANAC n.1097/2016) richiedendo alle stazioni appaltanti, anche per gli affidamenti inferiori ad euro 40.000, una minuziosa motivazione in merito alla scelta dell'affidatario, che avrebbe dovuto dare dettagliatamente conto del possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti richiesti nella determina a contrarre, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, adeguata motivazione da soddisfare anche mediante la valutazione comparativa di preventivi di spesa.

Ebbene appena un anno dopo l'entrata in vigore del nuovo codice dei contratti e con esso della nuova disposizione sull'affidamento diretto, e a poco più di sei mesi dalle Linee guida ANAC, ecco registrarsi la brusca inversione di marcia del legislatore.

Le novità apportate dal Correttivo

Nell'attuale formulazione dell'art. 36 c. 2 lett a) in vigore dallo scorso 20 maggio, in virtù della modifica apportata al testo di legge dal decreto correttivo, sparisce l'obbligo di adeguata motivazione e viene inserito un inciso di segno, all'apparenza, diametralmente opposto: "le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35, secondo le seguenti modalità: a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici..."

Stando al tenore letterale della norma di fresca pubblicazione, secondo la dottrina più coraggiosa potrebbe affermarsi che (ndr in barba alla giurisprudenza nazionale amministrativa e contabile consolidatasi nel corso dell'ultimo decennio e ancor prima ai principi comunitari contenuti nel Trattato UE) sarebbe oggi possibile in Italia affidare gli appalti inferiori ad € 40.000,00 sic et simpliciter senza alcuna seppur minima motivazione.

E invece tale linea di indirizzo trova la sua smentita non solo nella giurisprudenza ossequiosa verso i principi comunitari, quanto nella corretta e complessiva lettura delle medesime disposizioni contenute nell'attuale formulazione del d.lgs. 50/2016.

Quest'ultimo assunto risulta confermato dal combinato disposto degli artt. 30 - che richiama il rispetto per tutte le tipologie di appalti (indipendentemente dall'importo di aggiudicazione) dei principi di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza ed economicità - 32 c.2 - che comunque richiede espressamente per gli affidamenti diretti di indicare all'interno della determina a contrarre "le ragioni della scelta del fornitore" - nonché del c.1 del medesimo art. 36 - che ribadisce che l'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie deve avvenire nel rispetto dei principi di cui all'art.30.

Non necessariamente dunque una comparazione tra due o più offerte recita oggi l'art.36 c.2 lett a) - anche se personalmente continuo a consigliarla in quanto risulta la più "oggettiva" e meno "contestabile" modalità di scelta nonché quella che più agevolmente consente di argomentare il rispetto dei principi comunitari più volte evocati - ma comunque il persistente onere di riportare nella determina di affidamento le motivazioni oggettive che hanno determinato la scelta.

Di tale chiave interpretativa inizia ad esserci traccia anche nelle prime pronunce giurisprudenziali registratesi all'indomani dell'entrata in vigore del codice correttivo (*infra* TAR Valle D'Aosta 23 giugno 2017, n. 36 dove l'acuto Giudice estensore segnala l'"ineliminabile obbligo motivazionale ribadito, proprio per gli affidamenti in esame ed alla correlata cd. determina a contrarre unificata e semplificata, dal nuovo alinea aggiunto dal d.lgs. 56/2017 all' art. 32, comma 2 del codice dei contratti")ma anche nell'aggiornamento delle Linee Guida ANAC n. 4 sugli affidamenti sotto soglia comunitaria in consultazione fino al prossimo 25 settembre.

In tale ultima sede l'Autorità sottolinea, anche per gli affidamenti diretti, l'onere motivazionale: in ottemperanza agli obblighi di motivazione dei provvedimenti amministrativi di cui alla l.n. 241/1990, la stazione appaltante deve dare dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che è necessario soddisfare, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione.

L'onere motivazionale per gli acquisti di importo inferiore ad euro 40.000, prosegue l'ANAC, può essere soddisfatto, ad esempio, mediante un confronto con la spesa per precedenti affidamenti o con il corrispettivo riconosciuto da altre amministrazioni per affidamenti analoghi o, se ritenuto opportuno, mediante il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, la quale rappresenta, comunque, una best practice anche alla luce del principio di concorrenza.

Una ulteriore conferma dunque per gli addetti ai lavori: gli affidamenti diretti, all'italiana maniera di affidamenti fiduciari "intuitu personae", erano e sono tuttora illegittimi.