



COMUNE DI FANO

(Provincia di Pesaro e Urbino)

Ufficio per la prevenzione della corruzione

Direttiva n.3/2018
Prot.n.28766
Fano, 20 aprile 2018

Ai Dirigenti
Al coordinatore dell'Ambito Territoriale Sociale – ATS n. 6
Alle A.P.O
Ai componenti dell'organismo interno di controllo successivo sugli atti

Oggetto: Aggiornamento LINEE GUIDA ANAC n.4 - *delibera n.206 del 1 marzo 2018 - "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"*

Con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 l'Autorità nazionale anticorruzione ha aggiornato le Linee Guida numero 4 *"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"* al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd Decreto Correttivo del Codice degli Appalti).

In materia di affidamenti "sotto soglia" questo Ufficio ha già emanato le seguenti direttive:

- 1) prot.77025 del 25 novembre 2016 *"Acquisizione di beni e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria"* (**All.A**)¹
- 2) prot.38839 del 31 maggio 2017 *"Disposizioni in tema di affidamento diretto di cui all'art.36 co.2 lett.a) in combinato disposto con l'art.32 co.2"* alla luce del Decreto Correttivo del Codice degli Appalti di cui al Dlgs 56/2017 (**All.B**)

Si da' atto che alcuni dei principi generali sanciti dalle LG n.4/2018 (**All.C**) erano già stati espressi nelle direttive sopra citate.

Ferma restando la validità delle indicazioni operative fornite con le predette direttive, che non devono dunque ritenersi superate, occorre tuttavia procedere ad un'integrazione e ad un aggiornamento delle stesse, alla luce delle Linee Guida n.4 aggiornate al D.lgs 56/2017 con delibera n.206 del 1 marzo 2018.

Particolare attenzione deve essere prestata al rispetto del **PRINCIPIO DI ROTAZIONE** degli inviti e degli affidamenti, nonché alle modalità di **CONTROLLO del POSSESSO DEI REQUISITI in capo agli operatori economici**.

¹ Con i Regolamenti nn. 2364, 2365, 2366 e 2367 pubblicati sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea n. L337 del 19 dicembre 2017 la Commissione europea ha fissato i **nuovi importi delle soglie** per l'applicazione delle norme in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici e delle concessioni
Per quanto riguarda gli appalti di **Servizi e Forniture settori ordinari**, di cui si è trattato nelle tabelle allegate alla direttiva prot.77025/2016, la soglia passa da 209.000 a **221.000 EURO**
.I nuovi importi sono **in vigore dal 1° gennaio 2018**.

1 - IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE e l'ONERE MOTIVAZIONALE AGGRAVATO

1.1 Le nuove Linee Guida 4/2018 contengono una prescrizione statuente che **“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”** [par.3.6 LG 4/2018]

Con riferimento alla rotazione, l’ANAC ha chiarito che:

1. la rotazione opera solo a fronte di precedenti commesse rientranti nello stesso settore merceologico rispetto a quelle di cui trattasi (ovvero procedure aventi lo stesso oggetto e stesse fasce di valori);
2. la rotazione non si applica laddove l’affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice 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. negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito di derogare, con scelta motivata, alla rotazione (l’ANAC al par.3.7 ha stabilito che è consentito derogare con **“scelta sinteticamente motivata”**, anche se il principio di obbligo di motivazione adeguata trova il suo fondamento nella legge 241/1990 art.3).

1.2. Le Linee Guida 4/2018 stabiliscono poi che **“il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente”** [par.3.7]

In caso di violazione del principio di rotazione, il RUP, come evidenziato nelle linee guida al paragrafo 3.7, è chiamato a motivare la scelta **“in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative”**.

Il gestore uscente è infatti **“portatore di una posizione privilegiata, che può essere superata solo attraverso una puntuale motivazione, da parte della stazione appaltante, della reiterazione del suo invito anche alla gara immediatamente successiva alla scadenza del contratto”** (Tar Lombardia, Brescia Sez.II n.354/2018).

Non sarà quindi più sufficiente certificare l'assenza di alternative, ma occorrerà un riferimento alla struttura del mercato dove la prima (assenza di alternative) si pone come conseguenza della seconda (struttura del mercato).

In caso di riaffido al contraente uscente, nella costruzione della motivazione, una positiva pregressa gestione potrà essere favorevolmente tenuta in considerazione, ma l'aver eseguito correttamente il contratto non potrà costituire da sola condizione legittimante per il “riaffido”, dato atto che il comportamento contrattuale corretto è evidentemente dovuto.

Nel caso poi di reinvio a soggetto già invitato ma non risultato aggiudicatario, nella motivazione dovrà tenersi 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”** [par.3.7].

L’Anac ribadisce poi, sempre al par.3.6, che **“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.”* [par.3.6]

Alla luce di tali considerazioni, nel caso si proceda senza il rispetto del principio di rotazione. l'onere motivazionale risulta particolarmente oneroso.

Da un punto di vista istruttorio, **APPARE QUINDI SEMPRE PREFERIBILE PROCEDERE, come regola generale, MEDIANTE AVVISO PUBBLICO APERTO AL MERCATO, AL FINE DI EVITARE UN PROCEDIMENTO ARTICOLATO E COMPLESSO.**

Appare inoltre **opportuna** ed **auspicabile** l'adozione di **APPOSITO REGOLAMENTO** [così come previsto anche dalle linee guida al par.3.6] nel quale la stazione appaltante possa suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia.

Stabilisce a tale proposito ANAC che *“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”*.

2.VERIFICA SUL POSSESSO DEI REQUISITI DEGLI OPERATORI ECONOMICI

L'affidamento diretto ex art. 36 co. 2 lett. a) del D.lgs. 50/2016 è subordinato al possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico finanziaria da parte dell'Operatore Economico previsti dalla vigente normativa.

Il RUP deve, pertanto, accertarsi all'atto dell'affidamento, che l'operatore economico sia in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'articolo 80 del Codice dei contratti pubblici, nonché dei requisiti speciali, qualora richiesti.

Al riguardo nelle Linee Guida, così come disposto dal comma 7 dell'art.36 D.lgs 50/2016 e successive modifiche ed integrazioni, sono state previste forme di semplificazione differenziate in relazione a tre diverse fasce di valore del contratto (fino a 5.000 euro; da 5.001 a 20.000 euro; da 20.001 a 39.999 euro).

A) per gli affidamenti fino a 5.000 euro [par.4.2.2] è stata prevista una notevole semplificazione: per essi è possibile infatti addivenire alla stipula del contratto sulla base del ricorso al meccanismo dell'autocertificazione di cui al D.P.R. n. 445/2000, anche secondo il modello del documento di gara unico europeo (DGUE).

È comunque necessario, prima della stipula:

- consultare il casellario ANAC;
- acquisire il DURC (documento unico di regolarità contributiva).

Questi rappresentano controlli di immediata realizzabilità, ed è stata altresì prevista la possibilità di effettuare comunque tutte le verifiche ritenute opportune, ferma la necessità dei controlli a campione sulle autocertificazioni acquisite in forza di quanto previsto dell'art. 71 del D.P.R n. 445/2000.

B) Per quanto riguarda gli affidamenti di valore superiore a 5.000,00 euro e non superiore a 20.000,00 euro, [par. 4.2.3] oltre all'acquisizione dell'autocertificazione di cui al punto a), le stazioni appaltanti, prima della stipula del contratto, dovranno :

- consultare il casellario ANAC;
- acquisire il DURC;
- effettuare le verifiche relative ai requisiti considerati obbligatori dall'art.57 della Direttiva 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo);
- verificare l'assenza di procedure concorsuali, di cui all'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici.

Come per la soglia precedente, è stata prevista la necessità di controlli a campione sulle autocertificazioni e la possibilità di estensione facoltativa delle verifiche.

In tal modo il RUP ha l'opportunità, per i contratti di modesto importo, di addivenire più rapidamente alla sottoscrizione del contratto e quindi all'esecuzione delle prestazioni dedotte, potendo acquisire l'autocertificazione del fornitore e compiere poche, rapide verifiche.

A tutela del Comune, **il contratto deve in ogni caso contenere espresse, specifiche, clausole, che prevedano, in caso di riscontro accertamento del difetto dei requisiti autodichiarati, la risoluzione dello stesso (previo pagamento del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta) e l'applicazione di un'apposita penale in misura non inferiore al 10 per cento del valore del contratto, laddove non venga richiesta (e quindi escussa) la cauzione definitiva.**

C) Nella fascia tra 20.000 e 39.999 euro, resta il regime di obbligatoria verifica di tutti i requisiti generali PRIMA DELLA STIPULA DEL CONTRATTO.

L'acquisizione, da parte della stazione appaltante, dell'autocertificazione di cui al DPR 445/2000 rimane condizione necessaria, ma non sufficiente, per la stipula del relativo contratto di appalto.

3. RINVIO ALLE DISPOSIZIONI DI CUI ALLE PRECEDENTI DIRETTIVE

Come già accennato nelle premesse della presente, al di là di quanto analiticamente esposto in materia di rotazione e controllo sulla sussistenza dei requisiti, sono confermate le disposizioni contenute nelle precedenti direttive del 2016 e 2017, con particolare riferimento a:

- la procedura di avvio dell'affidamento diretto e la possibilità di procedere anche con atto semplificato ai sensi dell'art.32 co.2 del Codice dei Contratti [*linee guida Anac par.4.1.3; direttiva interna all.B*]
- l'obbligo motivazionale in merito alla scelta dell'affidatario, l'attestazione della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione mediante comparazione dei listini di mercato, offerte precedenti per commesse identiche o analoghe o analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni [*linee guida Anac par 4.3.1.; direttive interne all.A e B*];
- la stipula del contratto che, per affidamenti inferiori a 40.000 euro, può avvenire mediante corrispondenza secondo l'uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata ovvero tramite piattaforma telematica in caso di acquisto su mercati elettronici [*linee guida Anac par.4.4.1; direttiva interna all.A*]
- Ai sensi dell'articolo 32, comma 10, lettera b), del Codice dei contratti pubblici non si applica il termine dilatorio di stand still di 35 giorni per la stipula del contratto [*linee guida Anac par.4.4.2; direttiva interna all.B*].

Alla luce di quanto delineato con le presenti indicazioni, il Rup dovrà quindi:

- esplicitare nell'atto di aggiudicazione le ragioni per cui si è scelto quel particolare operatore economico (tenendo in considerazione le osservazioni di cui sopra), prestando particolare attenzione alla parte motivazionale degli atti in relazione all'applicazione del principio di rotazione.
- dare conto delle verifiche poste in essere in merito al possesso dei requisiti di cui al punto 2. della presente direttiva.

In merito al valore stimato dell'appalto, anche al fine di evitare frazionamenti artificiosi, si rimanda a quanto disposto dalla normativa (art.35 Codice dei Contratti) e dalle Linee Guida in esame al paragrafo 2, anche per quanto riguarda le opere a scomputo di cui all'art.36 commi 3 e 4 del Codice dei Contratti, indipendentemente se si tratta di lavori di urbanizzazione primaria o secondaria, fatto salvo quanto previsto dal DPR 380/2001.

Per quanto non previsto dalla presente direttiva, ed in particolare per le modalità di conduzione delle **indagini di mercato** e quelle di costituzione e revisione dell'**elenco degli operatori economici**, si auspica vivamente l'adozione, in tempi brevi, di apposito regolamento che potrà contenere anche disposizioni in materia di rotazione degli inviti e degli affidamenti, come già accennato alla fine del paragrafo 1.

Una specifica disciplina regolamentare è suggerita dalle stesse Linee Guida, al paragrafo 3.6 in materia di rotazione e al paragrafo 5.1.1 in materia di indagini di mercato ed elenco degli operatori economici.

In attesa dunque di specifica regolamentazione mediante un atto a carattere generale, si rimarca la necessità di una attenta osservanza delle indicazioni e delle disposizioni dettate dalle Linee Guida n.4 aggiornate nel 2018, predisposte da Anac così come stabilito dal Codice dei Contratti all'art.36 co.7, al fine dell'adozione di atti conformi alla normativa vigente in materia di contrattualistica pubblica².

La presente sarà inserita sul sito istituzionale dell'ente nella sezione "Amministrazione Trasparente – Altri Contenuti – Prevenzione della Corruzione".

Si demandano all'organismo interno di controllo eventuali verifiche a campione nell'ambito dell'ordinaria attività di controllo successivo sugli atti.

*Il responsabile locale per la prevenzione della corruzione
dr.ssa Antonietta Renzi
f.to digitalmente*

² Si evidenzia che il Consiglio di Stato, nel parere n.361/2018 espresso sullo schema delle Linee Guida n.4 aggiornate di cui trattasi, le definisce " [...] atto amministrativo generale non vincolante che, perseguendo lo scopo di fornire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti, dà ad esse modo di discostarsi da quanto disposto dall'Autorità all'uopo adottando un atto preferibilmente a carattere generale [...]". L'adozione di un regolamento renderebbe dunque le disposizioni maggiormente cogenti, assicurando una applicazione della normativa univoca e omogenea per tutti i settori dell'ente.