



COMUNE DI CODRONGIANOS

(Provincia di Sassari)

Via Roma n°5 - 07040 Codrongianos (SS)

Tel. 079/43.50.15 PEC protocollo.codrongianos@legalmail.it

Prot. n.5488 del 23/10/2018

Spett.li
Responsabili di Area/Servizio
Responsabili di procedimento

e.p.c.

Sindaco
Sede

Oggetto: Informazioni e direttive sugli affidamenti fino a € 40.000, sul principio di rotazione, sulla proroga tecnica e obbligo di utilizzo dei mercati elettronici

Con la presente circolare, alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC, aggiornate al D.lgs n. 56/2017 (c.d. "correttivo"), in vigore dal 7 aprile 2018, e della Giurisprudenza, si intendono fornire informazioni e direttive in ordine alla corretta applicazione di alcuni istituti e principi disciplinati nel Codice degli appalti e che possono rientrare tra i c.d. procedimenti a rischio nell'ambito dei Piani di prevenzione della corruzione.

1. GLI AFFIDAMENTI FINO A EURO 40.000

A seguito dell'entrata in vigore del D.lgs n. 56/2017, c.d. "correttivo del Codice degli appalti", l'art. 36, comma 2, lett. a) è stato riformulato ed è stata disciplinata la possibilità di affidare lavori, servizi e forniture di importo inferiore a € 40.000, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

L'eliminazione dall'originario art.36, comma 2 lett. a) delle parole "adeguatamente motivato" e la sostituzione con le parole "*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*", apparentemente sembrerebbe rendere possibile l'affidamento diretto senza alcuna motivazione in ordine alla scelta dell'operatore economico affidatario.

In realtà, la necessaria integrazione tra l'affidamento degli appalti e la normativa di prevenzione della corruzione - che individua le procedure di scelta del contraente e, in particolare, gli affidamenti diretti tra le aree a maggiore rischio di corruzione e illegalità - dimostrano la persistenza dell'obbligo della motivazione per quanto concerne la scelta dell'operatore economico affidatario.

Lo stesso art.32, comma 2, del Codice, quando prevede che negli affidamenti diretti la determinazione debba fra l'altro indicare "*le ragioni della scelta del fornitore*", stabilisce inequivocabilmente la necessità della motivazione.

L'obbligo di motivazione è imposto anche dal rispetto dei principi di cui all'art. 30 del Codice, tra i

quali, quello di economicità, che obbliga l'Ente a motivare la congruità del prezzo di affidamento. In merito al **principio di economicità**, relativamente agli affidamenti di importo inferiore a Euro 40.000, l'ANAC ha stabilito che, fermo restando l'applicazione del principio di rotazione *“In ogni caso, il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza”*.

In ottemperanza a quanto sopra esposto, si ritiene opportuno che il RUP nell'ambito degli affidamenti fino a Euro 40.000 proceda come di seguito indicato:

- a) qualora l'importo sia compreso tra Euro 1.001,00 e Euro 3.000,00: l'affidamento avviene a seguito di indagine di mercato anche informale (desumibile anche dai prezzi praticati da altri enti);
- b) qualora l'importo sia compreso tra Euro 3.001,00 e Euro 10.000,00: l'affidamento avviene previa richiesta di almeno n. 2 preventivi;
- c) qualora l'importo sia compreso tra Euro 10.001,00 e Euro 20.000,00: l'affidamento avviene previa richiesta di almeno n. 3 preventivi;
- d) qualora l'importo sia compreso tra Euro 20.001,00 e Euro 40.000,00: l'affidamento avviene previa richiesta di almeno n. 5 preventivi.

2. MERCATI ELETTRONICI

Il Codice stabilisce che **tutti gli acquisti di beni e servizi di importo superiore a Euro 1.000,00** e fino alla soglia comunitaria **devono** essere effettuati facendo ricorso al M.E.P.A. ovvero, in alternativa, alla Centrale regionale di committenza, quindi per noi, al Sardegna CAT.

3. PRINCIPIO DI ROTAZIONE

L'art. 36 del Codice degli appalti stabilisce che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture sotto soglia comunitaria avvengono nel rispetto, fra gli altri del **principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti**.

Il principio di rotazione, o di alternanza tra imprese, è volto ad evitare il consolidamento di posizioni di rendita a favore del pregresso aggiudicatario e dei soggetti già invitati alla precedente procedura negoziata, avente lo stesso oggetto del nuovo appalto semplificato oppure un oggetto comunque riconducibile alla stessa categoria.

Le Linee guida n. 4 dell'ANAC, le FAQ sulle stesse, aggiornate al 12 settembre 2018, e la giurisprudenza precisano che il principio di rotazione:

- I. **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 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. La Giurisprudenza (TAR Lecce, n.1412 del 2 ottobre 2018), in merito, afferma che la richiesta di offerta sul MEPA non è assimilabile ad una procedura ordinaria o aperta al mercato, per cui sussiste il divieto di invito del gestore uscente.
- II. Si applica 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**. In altri termini, il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto sia nei confronti del contraente uscente, sia nei confronti dell'operatore economico invitato e non

affidatario nel precedente affidamento¹.

- III. L'eventuale affidamento o il reinvito al contraente uscente hanno pertanto carattere eccezionale e richiedono un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante deve motivare 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. (ex multis: TAR Roma n.1115/2018; TAR Venezia n.320/2018; TAR Catanzaro n.1007/2018).
- IV. Nel caso, invece, di affidamento o di reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, la motivazione 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.
- V. 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 di importo eventualmente fissate dal regolamento della stazione appaltante; 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, a 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 (ossia quando sussiste l'imputabilità ad un unico centro decisionale, derivante da una situazione di controllo, ai sensi dell'art. 2359 del codice civile, di un operatore economico rispetto ad un altro partecipante alla medesima procedura di affidamento ovvero da una qualsiasi relazione comportante la predetta imputabilità).
- VI. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000,00 Euro, è consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.

¹ A titolo meramente esemplificativo, sul principio di rotazione si esplicita che:

a) se la stazione appaltante effettua l'acquisto di un servizio postale dalla società Alfa Srl, poi con affidamento immediatamente successivo, procede all'acquisto di un nuovo servizio postale dalla società Alfa Srl sussiste una violazione del principio di rotazione, perché l'acquisto immediatamente successivo a quello avente ad oggetto il servizio postale è stato affidato alla medesima società Alfa Srl;

b) se la stazione appaltante effettua l'acquisto di un servizio postale dalla società Alfa Srl e con affidamento immediatamente successivo procede all'acquisto di un servizio di pulizia dalla medesima società Alfa Srl non sussiste una violazione del principio di rotazione perché gli affidamenti corrispondono a settori diversi;

c) se la stazione appaltante effettua l'acquisto di un servizio postale dalla società Alfa Srl, poi con affidamento immediatamente successivo procede all'acquisto di un servizio postale dalla società Beta Spa e con affidamenti immediatamente successivi effettua l'acquisto del servizio postale di nuovo dalle società Alfa Srl e Beta Spa e così via, determinando l'alternanza di due soli operatori economici per l'affidamento del servizio postale, sussiste una elusione del principio di rotazione;

d) se la stazione appaltante per effettuare l'acquisto di un servizio postale invita gli operatori economici Alfa Srl, Beta Spa, Gamma s.n.c., Delta soc. coop. e affida il servizio alla società Alfa Srl, per l'affidamento immediatamente successivo di un nuovo servizio postale, la stazione appaltante non può, di regola, rinviare i medesimi operatori economici succitati, pena la violazione del principio di rotazione degli inviti.

In definitiva, l'ANAC e la giurisprudenza affermano che la rotazione:

- opera in caso di commessa precedente rientrante nel medesimo settore merceologico di quella di cui trattasi;
- opera laddove la stazione appaltante, per obbligo o per scelta, delimiti il numero di operatori economici invitati alla gara;
- opera all'interno di fasce di valore degli affidamenti, da prevedere in apposito regolamento a cura della stazione appaltante;
- comporta la non “riutilizzabilità” del contraente uscente, salvo casi eccezionali;
- comporta la non “riutilizzabilità” dell'operatore economico invitato e non affidatario, salvo deroga motivata;
- è derogabile per gli affidamenti di importo inferiore ai 1.000,00 Euro, con scelta sinteticamente motivata contenuta nella determinazione a contrarre o in atto equivalente;
- non si applica quando il nuovo affidamento avviene tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, in cui la stazione appaltante non limiti il numero degli invitati alla procedura selettiva semplificata conseguente a indagine di mercato con avviso o con utilizzo di elenco di operatori economici;
- non si applica nell'ipotesi di divergenza oggettiva e qualitativa dei lavori o servizi o forniture tra precedente e nuovo affidamento;
- il re-invito all'operatore uscente, che abbia manifestato interesse alla candidatura a seguito di avviso pubblico e sia stato poi estratto tramite sorteggio con estrazione casuale, non assicura il rispetto del principio di rotazione, in quanto, come previsto all'articolo 36, primo comma del D.lgs n.50/2016, è doverosa la rotazione tanto in relazione agli affidamenti che agli inviti.

5. LA PROROGA TECNICA

L'istituto della c.d. “proroga tecnica” del contratto trova espressa regolamentazione nell'art.106, comma 11, del Codice il quale prevede che: *“La durata del contratto può essere modificata esclusivamente per i contratti in corso di esecuzione se è prevista nel bando e nei documenti di gara una opzione di proroga. La proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente. In tal caso il contraente è tenuto all'esecuzione delle prestazioni previste nel contratto agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.*

La “proroga tecnica” ha carattere di temporaneità e rappresenta uno strumento volto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un vincolo contrattuale ad un altro e, alla luce delle pronunce dell'Anac e del Consiglio di Stato *“è teorizzabile ancorandola al principio di continuità dell'azione amministrativa (art. 97 Cost.) nei soli limitati ed eccezionali casi in cui (per ragioni obiettivamente non dipendenti dall'Amministrazione) vi sia l'effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente”* (CdS, sez. V, sent. 11.5.2009, n. 2882). La “proroga tecnica” è un istituto elaborato dalla giurisprudenza come soluzione eccezionale alla necessità di assicurare il servizio e sempre che l'esigenza della dilazione del termine non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante (Cons. di Stato, sez. V, n.2882/2009; Cons. di Stato, sez. III, n.1521/2017).

La stessa Anac, con delibera n.1200 del 23/11/2016, chiarisce che la proroga dell'affidamento si riconduce ad ipotesi del tutto eccezionali e straordinarie in considerazione della motivata necessità di assicurare il servizio e sempre che l'esigenza di ricorrere a tale dilazione del termine di durata dell'affidamento non dipenda da causa imputabile alla stazione appaltante. La giurisprudenza (Tar Lazio, sez. II bis, 10 settembre 2018, n.9212) chiarisce che in tema di proroga dei contratti pubblici non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, in quanto vige il principio inderogabile, fissato dal legislatore per ragioni di interesse pubblico, in forza del quale, salve espresse previsioni dettate dalla legge in conformità della normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora abbia ancora la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara pubblica.

La “proroga tecnica”, infatti costituisce strumento del tutto eccezionale, utilizzabile solo qualora non sia possibile attivare i necessari meccanismi concorrenziali e presuppone alcune condizioni per la sua operatività, come di seguito elencate.

a) Previsione nel bando

La proroga deve essere contemplata, a monte, nel bando e nei documenti di gara attraverso una specifica clausola di opzione che consenta all’amministrazione di optare a favore della prosecuzione dell’efficacia del rapporto, con spostamento in avanti del solo termine di scadenza.

In ogni caso, la facoltà di proroga di un contratto d’appalto, anche in presenza di una clausola del bando o del disciplinare, necessita di adeguata motivazione.

b) Adozione della determina di proroga prima della scadenza del contratto a cui la proroga si riferisce.

La proroga deve essere adottata con determinazione prima della scadenza del contratto al quale si riferisce, in quanto sposta in avanti la durata del contratto.

In tutti i casi in cui la proroga viene disposta dopo che il contratto è già scaduto si è in presenza, sotto il profilo tecnico, di un vero proprio affidamento diretto mascherato sotto il nome di proroga.

c) Indizione della procedura di gara del nuovo contratto prima di adottare la determina di proroga

Quando viene adottata la determina di proroga, deve essere già stata adottata, a monte, la determina a contrarre per dare avvio alla procedura di aggiudicazione del nuovo contratto.

d) Necessità di limitare la proroga al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l’individuazione di un nuovo contraente

Secondo quanto espressamente disposto dal comma 11, sopra citato, dell’articolo 106 del Codice, la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione della procedura per l’individuazione di un nuovo contraente.

La giurisprudenza degli anni passati, basandosi sulla norma di cui all’art. 23, comma 2, della Legge 62/2005 e recentemente l’Anac (Delibera n. 779 del 11 settembre 2018) hanno ritenuto che la proroga per essere legittima non possa durare più di sei mesi.

e) Motivazione

La proroga può essere teorizzata, ancorandola al principio di continuità dell’azione amministrativa (art. 97 Cost.), nei soli limitati ed eccezionali casi in cui, per ragioni obiettivamente non dipendenti dall’Amministrazione, vi sia l’effettiva necessità di assicurare precariamente il servizio nelle more del reperimento di un nuovo contraente.

La clausola di proroga inserita nel contratto conferisce, al Comune il diritto potestativo di richiedere al contraente privato la prosecuzione del contratto. Tuttavia ove l’amministrazione opti per l’indizione di una nuova procedura, nessuna particolare motivazione è necessaria; per contro, solo nell’ipotesi in cui l’amministrazione si determini alla proroga del rapporto tale determinazione dovrà essere analiticamente motivata, dovendo essere chiarite le ragioni per le quali l’ente ritiene di discostarsi dal principio generale (Cons. Stato, sez. VI, 24 novembre 2011, n. 6194).

f) Necessità che la proroga disponga gli stessi prezzi, patti e condizioni

La determina che dispone la “proroga tecnica” deve specificatamente prevedere se il contraente è tenuto, per tutta la durata della proroga, all’esecuzione delle prestazioni previste nel contratto: agli stessi prezzi, patti e condizioni o più favorevoli per la stazione appaltante.

6. VERIFICA DEI REQUISITI

L'operatore economico, a cui favore è effettuato l'affidamento, deve essere in possesso dei requisiti di carattere generale di cui all'art. 80 del Codice e dei requisiti minimi di idoneità professionale, di capacità economica e finanziaria e di capacità tecniche e professionali, esplicitati nelle Linee guida n. 4, paragrafo 4.2, a cui si rinvia.

La stazione appaltante deve verificare che l'operatore economico sia in possesso di tutti i requisiti richiesti e, a tal fine, l'ANAC ha provveduto a dettagliare le modalità di verifica, graduandole in relazione agli importi dell'affidamento, in tre fasce:

- Lavori, servizi e forniture di importo fino a 5.000,00 Euro;
- Lavori, servizi e forniture di importo superiore a 5.000,00 Euro e non superiore a 20.000,00 Euro,
- Lavori, servizi e forniture di importo superiore a 20.000,00 Euro ed inferiore a 40.000,00 Euro.

Si invitano tutti i Responsabili di Area e di procedimento ad attenersi alle indicazioni e alle direttive stabilite.

Codrongianos, 23/10/2018

IL SEGRETARIO COMUNALE

Responsabile prevenzione della corruzione

F.to Dott.ssa Silvia Cristina Contini