

## Appalti

# L'indagine di mercato non «trasforma» l'affidamento diretto in una procedura competitiva

di Roberto Mangani

14 Dicembre 2022

E massimo ribasso anche negli appalti *labour-intensive*. Il Tar Calabria aderisce all'orientamento giurisprudenziale (non univoco) che tende a salvaguardare le caratteristiche dell'affidamento diretto

Lo svolgimento di una preventiva indagine di mercato attraverso la pubblicazione di un avviso esplorativo per la richiesta di offerte finalizzato a un successivo affidamento diretto non muta i caratteri propri di quest'ultimo, che resta tale. Ciò in quanto la così detta procedimentalizzazione dell'affidamento diretto mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e la contestuale indicazione di criteri per la selezione dell'affidatario non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara. Ne consegue che all'affidamento diretto, sia pure se operato secondo le modalità procedurali indicate, non si applicano le specifiche disposizioni che disciplinano lo svolgimento delle gare. In particolare, con riferimento al caso specifico oggetto della controversia, non trova applicazione la previsione del Codice dei contratti pubblici che nel caso di servizi ad alta intensità di manodopera impone il ricorso esclusivamente al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa, con esclusione del prezzo più basso. Sono questi i principi affermati dal Tar Calabria, 25 novembre 2022, [n.750](#), con una pronuncia che, condivisibilmente, aderisce all'orientamento – non univoco – che mira a salvaguardare i caratteri propri dell'affidamento diretto anche a fronte di una preventiva attività procedurale dell'ente committente.

### Il fatto

Un ente appaltante diramava un avviso esplorativo finalizzato a ricevere manifestazioni di interesse al fine di invitare gli operatori economici alla successiva procedura funzionale al conseguente affidamento diretto del servizio di accoglienza e portineria degli immobili di proprietà. Precisava infatti l'ente appaltante che l'affidamento sarebbe avvenuto in via diretta ai sensi della previsione contenuta nel Decreto semplificazioni (articolo 1, Decreto legge 76/2020 come modificato dal Decreto legge 77/2021), sempre nel rispetto dei principi generali che regolano l'affidamento dei contratti pubblici. A fronte delle offerte ricevute da sei operatori del settore l'ente appaltante procedeva all'aggiudicazione. L'aggiudicazione veniva impugnata davanti al giudice amministrativo da uno degli operatori, che era anche il gestore uscente del servizio. A fondamento del ricorso veniva proposto l'argomento fondamentale secondo cui, nonostante l'ente appaltante avesse formalmente

qualificato la modalità di selezione prescelta come affidamento diretto, la stessa risultava in realtà improntata al pieno rispetto dei principi e delle regole propri di una procedura di gara. Trattandosi quindi in sostanza di una procedura di gara, lo svolgimento della stessa doveva avvenire nel pieno rispetto delle relative previsioni. Di conseguenza, poiché il servizio oggetto di affidamento era qualificabile come ad alta intensità di manodopera, doveva trovare applicazione la disposizione contenuta all'articolo 95, comma 3, lettera a) del D.lgs. 50/2016 che per tale tipologia di servizi impone il ricorso obbligatorio al criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa. La conclusione del ragionamento è che doveva considerarsi illegittima la scelta dell'ente appaltante di affidare il servizio secondo il criterio del prezzo più basso, in palese violazione della richiamata disposizione normativa. Questa illegittimità avrebbe contagiato anche il provvedimento di aggiudicazione, di cui appunto il ricorrente richiedeva l'annullamento in sede giurisdizionale. Questa prospettazione veniva respinta dal giudice amministrativo, che di conseguenza rigettava il ricorso.

### **L'onere di tempestiva impugnazione**

Prima di entrare nel merito il giudice amministrativo ha affrontato una questione preliminare sollevata dall'ente appaltante e dall'aggiudicataria. Tale questione si fonda sulla considerazione secondo cui il ricorrente, qualora avesse effettivamente ritenuto l'utilizzo del criterio del prezzo più basso in luogo di quello – obbligatorio – dell'offerta economicamente più vantaggiosa lesivo della sua posizione e pregiudizievole dei suoi interessi, avrebbe avuto l'onere di impugnazione immediata dell'avviso esplorativo – che già conteneva questo elemento – senza attendere l'avvenuta aggiudicazione. Questa eccezione viene respinta dal giudice amministrativo. Quest'ultimo ricorda infatti l'orientamento giurisprudenziale consolidato secondo cui l'onere di immediata impugnazione dei bandi di gara (e similari) sussiste solo in relazione a quelle clausole negli stessi contenute che abbiano carattere immediatamente escludente, che ciò precludano con assoluta certezza la partecipazione alla gara dell'operatore interessato. In tutti gli altri casi, le clausole che si assumono lesive vanno impugunate unitamente agli atti e provvedimenti che ne fanno applicazione. Nel caso di specie, la scelta dell'ente appaltante di utilizzare il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – l'unico legittimo secondo il ricorrente – in luogo del prezzo più basso non era certamente preclusivo della partecipazione dell'operatore alla relativa procedura. Conseguentemente quest'ultimo non aveva alcun onere di impugnare immediatamente l'avviso esplorativo, ben potendo rinviare l'impugnazione e proporre la relativa censura al momento in cui l'ente appaltante avesse disposto – come in effetti ha fatto - la relativa aggiudicazione, quale provvedimento effettivamente lesivo della posizione del ricorrente.

### **Affidamento diretto e procedimentalizzazione**

Significative sono le considerazioni del giudice amministrativo sul merito della controversia. Il Tar

Calabria ricorda in primo luogo il principio affermato da un rilevante orientamento giurisprudenziale secondo cui lo svolgimento di un'attività di tipo procedimentale, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e la contestuale indicazione di criteri per la selezione degli appaltatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara. In sostanza, il fatto che l'ente appaltante abbia introdotto nell'ambito dell'affidamento diretto elementi procedurali tipici delle gare in senso proprio non può comportare l'integrale applicazione delle regole proprie di queste ultime. Questa affermazione è avvalorata anche da una considerazione di tipo pragmatico: sarebbe illogico e paradossale ritenere che, mentre da un lato sono consentiti gli affidamenti diretti senza alcun obbligo di preventiva consultazione di più operatori, dall'altro l'autonoma scelta dell'ente appaltante di far precedere l'affidamento diretto da un'indagine di mercato comporterebbe l'automatica applicazione delle disposizioni tipiche delle procedure di gara in senso proprio. Peraltro nel caso di specie l'affermazione del ricorrente secondo cui sarebbe applicabile la previsione dell'articolo 95, comma 3, lettera a), che nel caso di affidamento dei servizi ad alta intensità di manodopera impone l'utilizzo del solo criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa – con esclusione del prezzo più basso, utilizzato dall'ente appaltante – è smentita dallo stesso dato normativo, che esenta da questo obbligo gli affidamenti diretti. E ciò proprio in relazione ai caratteri propri dell'affidamento diretto, la cui natura semplificatoria mal si concilia con le complessità proprie del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa. In linea generale, l'applicazione all'attività procedimentale che precede l'affidamento diretto delle disposizioni tipiche che regolano le procedure di gara determinerebbe un appesantimento procedurale inevitabilmente in contrasto con la ratio acceleratoria propria dell'istituto, specie alla luce delle finalità che sono proprie dello stesso in virtù dei Decreti semplificazione recentemente emanati.

### **Affidamento diretto e principi generali**

Le conclusioni del Tar Calabria appaiono del tutto condivisibili, anche se fanno emergere l'esistenza di una contrapposizione giurisprudenziale con un diverso orientamento, peraltro affermato non più di qualche settimana prima dal Tar Abruzzo. Ciò detto, si pone il tema del rapporto tra affidamento diretto e rispetto dei principi generali dei contratti pubblici. Va infatti ricordato che per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie l'articolo 36, comma 1 del D.lgs. 50 impone il rispetto dei principi generali di cui all'articolo 30. Tali principi sono quelli di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, unitamente a quelli di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità. Gli stessi principi sono richiamati anche dal Decreto semplificazioni. Come si vede, si tratta di un insieme di principi che vanno considerati nel loro complesso, ma che evidentemente non possono che ricevere concreta attuazione in maniera diversamente articolata in relazione alla distinta tipologia di affidamenti che vengono operati dagli enti appaltanti. Così, nel caso degli affidamenti diretti verranno in rilievo prioritariamente i principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, maggiormente funzionali alle finalità di

accelerazione e semplificazione che caratterizza questa modalità di affidamento.

Al contrario, i principi più aderenti alle procedure di gara in senso proprio – libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità – avranno un'applicazione attenuata nel caso degli affidamenti diretti, dovendosi comunque adattare alle modalità tipiche degli stessi. D'altra parte, è la stessa scelta del legislatore di consentire l'affidamento diretto anche senza la preventiva consultazione di una pluralità operatori economici che comporta l'attenuazione – e in alcuni casi la vera e propria deroga – dei principi indicati. È infatti evidente che l'affidamento diretto "puro" – cioè senza previa indagine di mercato – non può essere soggetto al principio di pubblicità, ma anche gli altri principi di libera concorrenza, non discriminazione e di trasparenza ne escono fortemente ridimensionati. Si deve quindi concludere che nell'ambito dei contratti sotto soglia qualora si ricorra all'affidamento diretto il rispetto dei principi dell'articolo 30 – richiamato dall'articolo 36 – va interpretato e letto alla luce delle caratteristiche proprie dell'istituto, nel senso che vengono privilegiati i principi di economicità, efficacia e tempestività rispetto agli altri, che evidentemente non possono trovare applicazione o comunque possono averne una soltanto parziale.

---

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole  
**24 ORE**