

Appalti

Non c'è affidamento diretto se la Pa consulta più operatori chiedendo un'offerta

di Roberto Mangani

01 Dicembre 2022

Ma c'è una «attivazione implicita di una procedura di gara», ha affermato il Tar Abruzzo

Nel caso di affidamento diretto, qualora l'ente appaltante decida di far precedere lo stesso dalla preventiva consultazione di più operatori economici cui viene chiesta la relativa offerta, si ha l'attivazione implicita di una vera procedura di gara. A tale procedura si applicano tutti i principi propri dell'evidenza pubblica in senso stretto, primi tra tutti i principi della parità di trattamento, di imparzialità e di par condicio. Deve di conseguenza considerarsi illegittimo il comportamento dell'ente appaltante che ha definito i criteri di valutazione delle offerte in un momento successivo alla ricezione delle medesime e che ha consentito che uno degli operatori economici modificasse la propria offerta successivamente alla sua presentazione. Sono questi i principi affermati dal Tar Abruzzo, Sez. I, 17 novembre 2022, [n.410](#), con una pronuncia che affronta il tema degli affidamenti diretti e delle modalità da seguire per procedervi, tema che ha acquisito un rilievo sempre maggiore - specie per i committenti di dimensione più limitata - in considerazione dell'estensione dell'ambito applicativo dell'istituto. Le conclusioni cui giunge la sentenza suscitano tuttavia più di una perplessità, venendo a piegare gli affidamenti diretti a logiche pienamente concorrenziali che finiscono per snaturare i caratteri propri dell'istituto.

Il fatto

Un ente appaltante doveva procedere all'affidamento del servizio di installazione di distributori automatici di bevande e snack. Considerato che l'importo stimato del servizio era inferiore a 40mila euro, decideva di procedere tramite affidamento diretto ai sensi dell'articolo 36, comma 2, lettera a) del D.lgs. 50/2016. Tuttavia lo stesso ente appaltante decideva di far precedere tale affidamento diretto dalla richiesta di un'offerta da parte di alcuni operatori preventivamente selezionati. Presentavano quindi offerta due operatori, tra cui il precedente gestore del servizio, cui l'ente appaltante decideva di affidare il servizio stesso. A fronte di questa decisione l'altro operatore contestava la legittimità dell'affidamento e proponeva ricorso davanti al giudice amministrativo. I motivi di ricorso si articolavano tutti in relazione a presunte illegittimità poste in essere dall'ente appaltante in fase di selezione del contraente. Affidamento diretto e consultazione preventiva. Il ricorrente ha sostenuto che, nel momento in cui l'ente appaltante ha deciso di far precedere

l'affidamento diretto dalla consultazione preventiva di più operatori economici con la richiesta della relativa offerta, avrebbe per ciò stesso avviato una vera e propria procedura comparativa cui si applicherebbero in toto i principi di cui all'articolo 30 del D.lgs. 50.

Tali principi sarebbero stati violati sotto un duplice profilo. In primo luogo l'ente appaltante avrebbe definito i criteri di selezione dell'offerta ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa solo successivamente alla presentazione e all'avvenuta conoscenza delle offerte medesime. In secondo luogo, si sarebbe consentito all'operatore poi risultato affidatario di modificare la misura del canone concessorio – uno degli elementi fondamentali sulla base del quale scegliere la proposta migliore – successivamente alla presentazione dell'offerta, in tal modo violando il principio base dell'immodificabilità dell'offerta. Infine, il ricorrente riteneva violato il principio di rotazione, non avendo l'ente appaltante fornito adeguata motivazione in merito alla decisione di invitare alla consultazione preliminare il gestore uscente.

La posizione del Tar Abruzzo

Il giudice amministrativo ha accolto il ricorso, ritenendo fondati i relativi motivi. Il passaggio centrale della decisione del giudice amministrativo è quello secondo cui l'ente appaltante, nel momento in cui decide di consultare una pluralità di operatori per procedere all'affidamento, ancorché di importo inferiore ai 40mila euro – soglia che nelle norme ordinarie consente l'affidamento diretto – per ciò stesso avvia una procedura di gara. Nello specifico, questa attività procedimentale si è sviluppata con l'invito rivolto a più operatori, presentazione dell'offerta da parte degli stessi, valutazione comparativa delle offerte pervenute mediante criteri di natura tabellare volti a individuare l'offerta più conveniente. Secondo il giudice amministrativo, la caratterizzazione dell'attività posta in essere dall'ente appaltante nei termini descritti comporta che lo stesso abbia svolto sostanzialmente una procedura di gara. La conseguenza è che ai fini della selezione della migliore offerta trovano applicazione i principi generali che governano lo svolgimento delle procedure di gara, primi tra tutti il principio della parità di trattamento e quello di imparzialità e trasparenza.

Nel caso di specie tali principi risulterebbero violati per il fatto che l'ente appaltante ha definito i criteri di valutazione delle offerte quando le stesse erano già note e non preventivamente, come è necessario al fine di assicurare la trasparenza dell'iter procedurale. La necessità dell'indicazione preventiva dei criteri di selezione delle offerte trova peraltro un riferimento anche testuale nella previsione dell'articolo 32 del D.lgs. 50, secondo cui nella determina a contrarre devono appunto essere indicati anche tali criteri. Nel caso di specie tali criteri non compaiono nella lettera di invito, ma vengono in rilievo per la prima volta nel verbale di comparazione delle offerte, quindi quando il contenuto delle stesse era già conosciuto. Ma anche il principio dell'immodificabilità dell'offerta – che a sua volta costituisce una derivata dei più generali principi di trasparenza e par condicio –

risulta violato nella misura in cui l'ente appaltante ha consentito che uno degli offerenti modificasse la misura del canone concessorio, che è uno degli elementi che lo stesso ente appaltante ha valutato ai fini dell'individuazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

L'affidamento diretto diventa una procedura di gara

L'intero ragionamento svolto dal giudice amministrativo si fonda sull'affermazione principale: la preventiva consultazione di una pluralità di operatori di mercato attraverso la richiesta agli stessi delle relative offerte comporta che l'affidamento diretto si trasformi in una procedura comparativa in tutto e per tutto assimilabile a una gara. La naturale conseguenza è che nella selezione dell'offerta più conveniente l'ente appaltante dovrà applicare i principi generali che presiedono allo svolgimento delle gare (trasparenza, parità di trattamento, etc.). In realtà l'assimilazione dell'affidamento diretto a una procedura di gara sconta un salto logico che non appare di immediata comprensione. Non è chiaro infatti perché la preventiva richiesta di offerte dovrebbe di per sé trasformare l'affidamento diretto in una procedura di gara. Nella logica dell'affidamento diretto la previa consultazione degli operatori economici - attraverso la richiesta di preventivi che può anche spingersi fino alla formulazione di offerte - ha la sola funzione di consentire all'ente una reale cognizione della situazione di mercato, così da poter effettuare la propria scelta con maggiore cognizione di causa. Ritenere questa consultazione un elemento idoneo a stravolgere i caratteri propri dell'affidamento diretto per trasformarlo in una procedura di gara significa alterare il senso e la funzione della consultazione stessa, attribuendogli un ruolo che non ha.

D'altra parte, l'accoglimento della tesi fatta propria dal Tar Abruzzo avrebbe un effetto paradossale. Infatti, l'affidamento diretto ben può avvenire senza che vi sia alcuna preventiva consultazione di mercato; in questo caso tale affidamento sarebbe del tutto legittimo, mentre al contrario diverrebbe illegittimo nel momento in cui tale consultazione vi fosse ma l'ente appaltante non la svolgesse applicando le regole di una gara vera e propria. Cosicché una cautela assunta dall'ente appaltante all'unico fine di avere cognizione delle condizioni di mercato verrebbe a trasformarsi in un vero e proprio vincolo al rispetto di regole procedurali estranee all'affidamento diretto. In realtà si deve ritenere che l'affidamento diretto resti tale anche se è preceduto dalla preventiva consultazione di mercato. Di conseguenza non solo questa consultazione può avvenire senza il rigoroso rispetto delle regole procedurali proprie della gara, ma l'ente appaltante rimane libero di condurre la negoziazione successiva al ricevimento di preventivi/offerte secondo canoni ispirati alla massima libertà e autonomia, senza vincoli predefiniti. Quanto alla necessità di rispettare i principi generali, gli stessi vanno considerati in una visione d'insieme. Così, accanto a quelli di trasparenza, imparzialità e parità di trattamento vi sono anche quelli di economicità, efficacia e tempestività che - a differenza dei primi - sono quelli che vengono maggiormente in considerazione nell'ambito dell'affidamento diretto.

L'estensione dell'affidamento diretto

L'affidamento diretto ha trovato sempre maggiore spazio nell'ordinamento dei contratti pubblici. Il Decreto legge 76/2020 (Decreto semplificazioni), come successivamente modificato dal Decreto legge 77/2021, consente l'affidamento diretto fino al 30 giugno 2023 per i lavori di importo fino 150.000 euro e le forniture e servizi di importo inferiore a 139mila euro. La norma derogatoria prevede esplicitamente che non sia necessaria la previa consultazione di più operatori economici, richiamando nel contempo l'osservanza dei principi generali di cui all'articolo 30 del D.lgs. 50. Prevede inoltre che l'affidamento debba avvenire a favore di soggetti in possesso di pregresse esperienze analoghe. Lo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici riproduce sostanzialmente la disciplina introdotta dal due Decreti indicati, che quindi diverrebbe la disciplina a regime e non solo più transitoria. In mancanza di diverse indicazioni restano valide le considerazioni sopra riassunte e quindi la necessità di preservare i caratteri propri dell'affidamento diretto anche a fronte dell'eventuale svolgimento di una previa consultazione di mercato.

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.ilssole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE