



Provincia di Benevento

Servizio Anticorruzione e Trasparenza

Prot. 10106 del 24.04.2020

Ai Dirigenti
AMMINISTRATIVO-FINANZIARIO
TECNICO

Responsabili di PO

Agli Enti e Società Partecipate
SAMTE SRL in liquidazione
SANNIO EUROPA SCARL
ASEA

E p.c.

AL PRESIDENTE

AL DIRETTORE GENERALE

All'Organismo di controllo analogo

OGGETTO: Attuazione PIANO ANTICORRUZIONE annualità 2020 – problematiche relative alla emergenza COVID-19 trasmissione nota prefettura 9769 del 20.04.2020 – procedimenti per l'affidamento di lavori, beni e servizi – artt. 35, 36 e 157 del D. Lgs 50/2016 –

Colgo l'occasione, soprattutto in questo periodo caratterizzato da interventi d'urgenza e da attività emergenziali, per richiamare le SSL al rispetto dei principi posti dal legislatore, a garanzia dei procedimenti di affidamento di lavori e acquisizione di beni e servizi.

Riporto di seguito sinteticamente i principi ispiratori:

1. principio di economicità, l'uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;
2. principio di efficacia, la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;
3. principio di tempestività, l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;
4. principio di correttezza, una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;
5. principio di libera concorrenza, l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

6. principio di non discriminazione e di parità di trattamento, una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;
7. principio di trasparenza e pubblicità, la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure. tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'articolo 29 del Codice dei contratti pubblici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati (articolo 36, comma 2, lettere b) e c) del Codice dei contratti pubblici);
8. principio di proporzionalità, l'adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;
9. principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico;
10. criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare, tenendo conto di eventuali aggiornamenti;
11. principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate, nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza.
12. Tener conto delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni, fissando requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che, senza rinunciare al livello qualitativo delle prestazioni, consentano la partecipazione anche delle micro, piccole e medie imprese, valorizzandone il potenziale.

Un'evidenza particolare intendo dare in questa sede al **principio di rotazione** di cui al comma 1 dell'art. 36 del Dlgs. 50/2016 modificato con Dlgs. 56/2017 e con la legge di bilancio 55/2019 che dispone:

“1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 e 42, nonché del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50”.

La *ratio* di tale principio risiede nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo ai singoli operatori economici che abbiano beneficiato della posizione di vantaggio derivante dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento ma la sua **funzione** è quella di **non favorire l'operatore che abbia già lavorato con la Pubblica amministrazione e non quella di escludere tale operatore tout court.**

Si rammenta che il **criterio di rotazione** nella sua estrema sensibilità e importanza, soprattutto dopo l'allargamento delle maglie degli affidamenti sotto soglia intervenuto con il D. Lgs 56/2017 e la legge 55/2019, è stato analizzato e sviluppato da angolazioni diverse.

In particolare vi ricordo:

- le Linee guida ANAC n.4/2012 - Approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 - Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018 - Aggiornate con delibera del Consiglio n. 636 del 10 luglio 2019 al decreto legge 18 aprile 2019, n. 32, convertito con legge 14 giugno n. 55, limitatamente ai punti 1.5, 2.2, 2.3 e 5.2.6.
- Parere Consiglio di Stato 1/2018 su LINEE GUIDA ANAC e n. 1349/2019 su loro aggiornamento

Da tali documenti si desume che.

1. Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, 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.
2. 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 (siccome il principio de quo tende ad evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico, il RUP non potrà continuamente proporre l'invito al pregresso affidatario ma neppure agli stessi soggetti già invitati).
3. 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.
4. il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva 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. La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, 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.

Alla luce di quanto contenuto in norme di legge, orientamenti giurisprudenziali oramai consolidati, circolari ANAC e contenuti del Pano Anticorruzione della Provincia si ricorda alle SSLL che:

1. Per tutte le procedure negoziate sotto soglia si procede di norma con un'indagine di mercato mediante avviso pubblico per raccogliere le manifestazioni di interesse
2. Si prescinde dall'indagine di mercato con avviso pubblico per gli affidamenti di importo complessivo inferiore a € 40.000,00, ricordandosi sempre tuttavia che vi dovranno essere le condizioni per disporre un affidamento diretto.

In particolare gli affidamenti diretti devono essere motivati con riferimento a tre profili:

I. Economicità: deve essere attestata la congruità del prezzo (che non equivale al prezzo più basso), ricavata da una indagine di mercato anche informale (desumibile anche dai prezzi praticati da altri enti)

II. Efficacia: deve essere precisato il perché non si attinga da convenzioni Consip o altri accordi e quindi attestare l'idoneità dell'atto a produrre suoi effetti

III. Rotazione: considerato che la rotazione deve essere rispettata negli affidamenti e negli inviti e che trattasi di un principio tendenziale, laddove si ritenga di derogare ad esso la motivazione deve essere legata in primo luogo al contesto territoriale ed al mercato. Laddove cioè il mercato o il contesto territoriale non consentano un'ampia e funzionale partecipazione di operatori economici sarà consentito derogare il principio di rotazione.

C) Per gli affidamenti di importo inferiore ai €1.000,00 è consentito derogare dall'applicazione del principio di rotazione

D) In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirato, 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. Si segnala in proposito la necessità di procedere con la massima attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno, e definire l'oggetto e la durata degli appalti avendo presente la possibile ripetizione dell'affidamento nel tempo.

Laddove si tratti di fabbisogni ripetitivi si raccomanda di ricorrere all'accordo-quadro, come disciplinato dall'art. 54 del Codice, per una migliore gestione dei rapporti negoziali nel tempo.

La recente giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. V, 05-11-2019, n. 7539), pur ribadendo che l'art. 36, comma 1, D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50 imponga espressamente alle stazioni appaltanti, nell'affidamento dei contratti d'appalto sotto soglia, il rispetto del "principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti", ha stabilito che detto principio costituisce necessario contrappeso alla notevole discrezionalità riconosciuta all'Amministrazione nel decidere gli operatori economici da invitare in caso di procedura negoziata (Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2019, n. 6160): in tal modo si eviterebbe la formazione di

rendite di posizione e di perseguire l'effettiva concorrenza, poiché la medesima rotazione consentirebbe la turnazione tra i diversi operatori nella realizzazione del servizio consentendo all'amministrazione di cambiare per ottenere un miglior servizio (Cons. Stato, sez. VI, 4 giugno 2019, n. 3755).

Secondo l'impostazione recente appare evidente che il legislatore abbia previsto il rispetto del principio della rotazione già nella fase dell'invito degli operatori alla procedura di gara al fine di evitare che il gestore uscente, forte della conoscenza della strutturazione del servizio da espletare, acquisita nella precedente gestione, possa agevolmente prevalere sugli altri operatori economici pur se anch'essi chiamati dalla stazione appaltante a presentare offerta e, così, posti in competizione tra loro (Cons. Stato, sez. V, 12 giugno 2019, n. 3943; Sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524).

In definitiva sembra confermato il principio secondo cui la Stazione appaltante possa evitare di invitare il gestore uscente, salvo che essa dia adeguata motivazione delle ragioni che hanno indotto, in deroga al principio generale di rotazione, a rivolgere l'invito anche all'operatore uscente.

Premesso quanto sopra, si invitano pertanto tutti i Dirigenti, i responsabili di PO, i rappresentanti legali e i responsabili degli acquisti della Società Partecipate, ad attenersi alle regole sopra esposte, atteso che la loro inosservanza determina l'illegittimità dei provvedimenti adottati in violazione, oltre che infrazione disciplinare

Rammento altresì che considerato che per valutare se il Vostro operato rispetto all'affidamento in deroga la principio di rotazione nel corso delle fasi di scelta del contraente ed affidamento del servizio sia legittimo, bisogna andare a verificare se, nel provvedimento di affidamento stesso, siano state esplicitamente ed adeguatamente evidenziate le ragioni che Vi hanno indotto alla deroga. Quindi vi sarà l'obbligo di motivazione del provvedimento amministrativo, in mancanza della quale – volendoci attenere a quanto statuito di recente dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato (Cons. Stato Sez. V, 05-11-2019, n. 7539 cit.), il provvedimento potrebbe essere affetto da vizi di legittimità per violazione di legge.

I comportamenti orientati o meno al rispetto dei principi enunciati nella presente saranno oggetto di valutazione da parte dell'OIV.

Il Responsabile Anticorruzione e Trasparenza

Segretario Generale s.

- f.to dr. Maria Luisa Dovetto -