

ASPETTI PROBLEMATICI ED IPOTESI DI SOLUZIONI NEGLI ACQUISTI ALLA LUCE DELLE PRIME APPLICAZIONI DEL NUOVO CODICE DEGLI APPALTI

AVV. MARIAGRAZIA CONDORELLI - INAF - OACT

AVV. GIANFRANCO FALLICA - INAF - OACT

SEZIONE I

IL RESPONSABILE UNICO DI PROGETTO NEL NUOVO CODICE (con particolare riferimento agli appalti di forniture e servizi)

- **Responsabile di Fase (art. 15 co. 4 D. Lgs 36/23)**
- **Struttura di supporto (art. 15 co. 6 D. Lgs n. 36/23, Allegato I.2 art. 3)**
- **RUP e Direttore dell'esecuzione (Allegato I.2 art 8 commi 3 e 4)**

IL RESPONSABILE DI FASE

L'art. 15, comma 4 del codice puntualizza che, ferma restando l'unicità del RUP, le stazioni appaltanti e gli enti concedenti **possono individuare modelli organizzativi**, i quali prevedano la nomina di un responsabile di procedimento per le fasi di:

Il responsabile di fase:

- affidamento

Il responsabile per le fasi:

- programmazione;
- progettazione;
- esecuzione.

Le relative responsabilità sono ripartite in base ai compiti svolti in ciascuna fase, **ferme restando le funzioni di supervisione, indirizzo, controllo e coordinamento del RUP**. (Corte Costituzionale n. 166 del 2019 con riferimento alla individuazione delle fasi e n. 43 del 2011 no contrasto con il principio di responsabilità unica).

STRUTTURA DI SUPPORTO AL RUP

L'art. 15, comma 6 del nuovo codice stabilisce che **le stazioni appaltanti** e gli enti concedenti **possono istituire una struttura di supporto al RUP**, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo.

Come evidenziato dall'art. 3 dell'Allegato I.2, la struttura stabile di supporto è istituita dalla stazione appaltante a supporto del RUP e può conferire, su proposta di quest'ultimo incarichi per la migliore realizzazione dell'intervento pubblico, nel caso di appalti di particolare complessità che richiedano valutazioni e competenze altamente specialistiche.

L'Allegato precisa che la struttura di supporto al RUP può essere istituita anche in comune fra più stazioni appaltanti, previa sottoscrizione di accordi ai sensi dell'articolo 15 della legge 7 agosto 1990, n. 241.

RUP E DIRETTORE DELL'ESECUZIONE

L'Allegato I.2, all'art. 8, comma 3 dispone che il RUP svolge, nei limiti delle proprie competenze professionali, anche le funzioni di Direttore dell'esecuzione del contratto.

Il Direttore dell'esecuzione del contratto è soggetto diverso dal RUP nei seguenti casi:

- a) prestazioni di importo superiore alle soglie comunitarie;
- b) interventi particolarmente complessi sotto il profilo tecnologico;
- c) prestazioni che richiedono l'apporto di una pluralità di competenze;
- d) interventi caratterizzati dall'utilizzo di componenti o di processi produttivi innovativi o dalla necessità di elevate prestazioni per quanto riguarda la loro funzionalità;
- e) per ragioni concernenti l'organizzazione interna alla stazione appaltante, che impongano il coinvolgimento di unità organizzativa diversa da quella cui afferiscono i soggetti che hanno curato l'affidamento.

Il comma 8 dell'art. 114 del nuovo codice rinvia all'allegato II.14 per l'individuazione di contratti di servizi e forniture di particolare importanza, per qualità o importo delle prestazioni, per cui il direttore dell'esecuzione deve essere necessariamente diverso dal RUP (Allegato II.14, art. 32 commi, 1, 2, 3).

SEZIONE II

GLI AFFIDAMENTI DIRETTI NEL NUOVO CODICE

- **Definizione di affidamento diretto e soglie**
- **Adempimenti preliminari l'esclusione dell'interesse transfrontaliero (art. 48, co. 2)**
- **Il principio di rotazione degli affidamenti (art. 49)**

DEFINIZIONE DI AFFIDAMENTO DIRETTO E SOGLIE

Le regole sono contenute negli articoli che vanno dal 48 al 55, nonché negli articoli dell'allegato II.1 del libro II, del codice.

L'art. 3, co. 1, lett. d) dell'allegato I.1 del codice fornisce una definizione dell'affidamento diretto:

l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice.

L'art. 50, co. 1, lett. b) del codice prevede l'affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria ed architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore ad €. 140.000, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli scritti in elenchi o albi istituiti dalla SA.

ADEMPIMENTI PRELIMINARI: L'ESCLUSIONE DELL'INTERESSE TRANSFRONTALIERO

L'art. 48 co. 2 del nuovo codice prevede che tra, gli adempimenti preliminari all'avvio delle procedure sotto soglia, debba essere accertata l'esistenza di un interesse transfrontaliero.

La norma recita: “Quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta **l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo**, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro”.

Cosa è l'interesse transfrontaliero e quando può dirsi “certo” (considerazioni tratte da “L'interesse Transfrontaliero e l'Araba Fenice” di Gianfranco Fallica).

I parametri individuati dalla Corte Europea e da ANAC: valore economico dell'appalto oggetto dell'affidamento, caratteristiche tecniche delle prestazioni, luogo dell'esecuzione (il concetto di frontiera).



IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE

L'art. 49 del codice disciplina il principio di rotazione degli affidamenti in applicazione del quale è **vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente** nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nello stesso settore di servizi. (TAR CATANIA sentenza n. 01099 del 19 marzo 2024)

L'art. 49 prevede al co. 3 che la stazione appaltante possa ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. In tale caso il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a **ciascuna fascia**, salve le successive deroghe alla rotazione di cui ai commi 4,5,6.

In casi motivati è **possibile derogare al principio di rotazione**. Nei seguenti casi il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto motivando:

- **con riferimento alla struttura del mercato;**
- **con riferimento alla effettiva assenza di alternative;**
- **con riferimento all'accurata esecuzione del precedente contratto;**

Secondo la relazione illustrativa che accompagna il codice, è necessario che **siano inseriti nella motivazione** tutti gli elementi sopra descritti.

Per i contratti affidati con le procedure negoziate di cui all'articolo 50 del codice, le stazioni appaltanti non sono tenute ad applicare il principio di rotazione quando **l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici** in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata.

È comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo **inferiore a 5.000 euro**. (Accordo quadro).

