

DECRETO LEGISLATIVO N. 56 DEL 19 APRILE 2017

CORRETTIVO AL D.LGS. N.50/2016 - NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

CONTRIBUTO PROFESSIONALE

*Chiarezza, finalmente, sull'affidamento diretto ex art.36, c.2, lett.a
ed altro di interesse per le istituzioni scolastiche*

Il Consiglio dei Ministri, nella seduta del 13 aprile 2017, su proposta del Presidente Paolo Gentiloni e del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti Graziano Delrio, ha approvato, in esame definitivo, il testo del Decreto Legislativo cosiddetto "Correttivo" al Nuovo Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture (D. Lgs n. 50 del 18 aprile 2016), adottato a norma dell'articolo 1, comma 8, della legge delega n. 11 del 2016 ed in esito alla consultazione pubblica, concludendone così l'iter parlamentare.

Il provvedimento è stato poi trasmesso al **Presidente della Repubblica** per la firma che è stata apposta il **19 aprile 2016**. Il Quirinale ha proceduto successivamente all'invio del Decreto Legislativo "Correttivo" alla Gazzetta Ufficiale per la pubblicazione propedeutica alla sua entrata in vigore allo scadere dei 15 giorni successivi a tale data.

A **tre settimane** dall'approvazione finale in Consiglio dei ministri il Decreto Correttivo del codice appalti ed a distanza di **16 giorni** dalla sottoscrizione del Presidente della Repubblica è stato pubblicato sul Supplemento Ordinario n.22 alla **Gazzetta Ufficiale n.103 del 5 maggio 2017 il Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50."**

Le **correzioni** apportate con tale strumento legislativo al D.lgs. n.50 del 18 aprile 2016, diventeranno **operative dal 20 maggio**,

Il testo del decreto legislativo "Correttivo" **n.56/2017** risulta composto da **131 articoli** e determina l'entrata in vigore di ben **441 modifiche** ai 220 articoli del D.lgs. n. 50/2016

L'intervento legislativo apporta **modifiche e integrazioni** al D. Lgs. n. 50 del 18 aprile 2016 volte a **perfezionarne** l'impianto normativo, **confermandone** i pilastri fondamentali di **semplificazione, trasparenza, concorrenzialità e pari trattamento**, che traggono origine dai principi enunciati dal **Legislatore Comunitario** con la finalità **perseguire** efficacemente l'obiettivo dello sviluppo **omogeneo e corretto** del settore degli appalti pubblici in tutto il territorio dell'Unione.

Nell'introdurre tali modifiche, il Legislatore nazionale ha tenuto conto delle **consultazioni** effettuate dal **Parlamento**, delle **osservazioni** formulate dall'**ANAC** e delle **considerazioni e dei pareri del Consiglio di Stato**.

Sono state considerate, **inoltre**, le segnalazioni dei **responsabili unici del procedimento** effettuate nell'ambito delle consultazioni della **Cabina di regia** istituita dal Codice dei Contratti del 2016, nonché quelle effettuate in attuazione della legge delega, che prevedeva la **consultazione**, da parte della Presidenza del Consiglio dei ministri, di concerto con il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti e sentita l'ANAC, delle **principali categorie di soggetti destinatari** del provvedimento correttivo.

Sul nuovo testo sono infine stati acquisiti i **pareri** della **Conferenza unificata**, del **Consiglio di Stato** e delle competenti **Commissioni parlamentari**.

In **estrema sintesi**, e senza alcuna pretesa di esaustività, a parer nostro le modifiche apportate al testo del D.lgs.n.50/2016, seguono **tre principali direttrici**:

1. **modifiche di coordinamento**, al fine di una più agevole lettura e interpretazione del testo;
2. **integrazioni migliorative dell'efficacia e chiarificatrici della portata di alcuni istituti**, sulla base di quanto evidenziato, soprattutto, dal **Consiglio di Stato in sede consultiva** ed anche suggerito dagli **"stakeholder"** di settore;
3. **modifiche ad alcuni istituti rilevanti**, conseguenti alle criticità evidenziate nella prima fase attuativa del Codice .

Tra le numerose **correzioni** ed, in alcuni casi, vere e proprie **inversioni di tendenza** previste dal **Decreto Correttivo n.56/2017** al codice appalti del 2006, a parere dello scrivente, è particolarmente significativa anche per l'attività delle **istituzioni scolastiche**, la **modifica** relativa al testo dell'**articolo 36, comma 2, lettera a)** che **definisce con chiarezza e semplicità, assolute**, il concetto e la **corretta procedura** per l'**affidamento diretto** di appalti per l'acquisizione di forniture, servizi e per l'esecuzione di lavori di **valore inferiore a 40.000 euro**.

Tale **modifica** del testo dell'**art.36,c.2,lett.a)** è stata **introdotta** al fine di sgomberare il campo da **ipotesi interpretative**, comprese quelle delle **Linee Guida ANAC n.4 del 26 ottobre 2016** per gli acquisti sotto soglia di rilevanza comunitaria, che da una parte hanno sortito l'effetto inopportuno di rendere **"complicata e tortuosa"** una procedura **"semplice in re ipsa"** e, dall'altra, contribuito non poco a favorire l'insorgere di uno stato di **oggettiva confusione** con la conseguenza di aver spesso, di fatto, **ostacolato** l'esatta attuazione di una procedimentalizzazione **chiara e corretta** da parte delle stazioni appaltanti.

Appare a questo punto opportuno **confrontare** il testo dell'art.36,comma 2, lett.a) del d.lgs. 50/2016, con quello dello stesso articolo come modificato dal "Decreto Correttivo":

Testo originario articolo 36, comma 2, lettera a) - D.lgs. 50/2016,	Testo modificato dal Decreto Correttivo n.56/2017 dell'articolo 36, comma 2, lettera a) - D.lgs. 50/2016,
a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta.	a) per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta.

Come appare del tutto evidente, **sparisce** l'elemento **maggiormente critico** del sistema scaturente dal dettato testuale **originale** previsto dal D.lgs. n.50/2016 quello, cioè, dell'**adeguata motivazione**.

C'è voluto **un anno** esatto di **diatribe giuridiche**, a parer nostro sterili, per una presa di posizione espressa, con **rara perentorietà** e **chiarezza** giuridica dal **Consiglio di Stato**, su richiesta ANAC, con il parere **"tranchant"** **n.1903** il **13 settembre 2016** ed una **Linea Guida** specifica dell'**ANAC**, la **n.4 del 26 ottobre 2016**, perché il legislatore nazionale capisse che il **sistema** immaginato dall'articolo 36, comma 2, lettera a) avesse finito per costituire, **invece** che una chiara **semplificazione** procedurale per le stazioni appaltanti pubbliche, esattamente **al contrario** di quello che era il principio **fondante**, **un'inestricabile complicazione**, una vera e propria **palude** nelle cui sabbie mobili si correva il rischio di **affondare** irrimediabilmente.

La **motivazione adeguata**, infatti, secondo l'interpretazione "in primis" generalmente accreditata e sostenuta da vari ed autorevoli soggetti operatori del diritto, **non poteva** in alcun modo essere **davvero adeguata**, se non mediante una procedura di **comparazione tra due o più** preventivi proposti da operatori economici diversi e concorrenti.

Secondo tale propugnata interpretazione, l'**affidamento era da considerare "diretto"**, **unicamente** perché il dettato normativo di riferimento **non prevedeva l'obbligo** a carico della pubblica amministrazione di concretizzare una **specificata procedura** di gara, strutturata in modo tale che l'**affidatario** risultasse individuabile meccanicamente da una **graduatoria ad esito** della procedura stessa; era **"diretto"** dunque, a ben vedere, perché la stazione appaltante **poteva** giungere a **reperire il contraente senza dover ricorrere** ad una procedura strutturata e, pertanto, **senza una vera e propria** gara strutturata.

Ad ogni buon conto, volendo dar credito a tale suddetta interpretazione, **l'adeguata motivazione** dell'**affidamento diretto** non poteva che tradursi in **un' imposizione** all'amministrazione appaltante di **specificare con profondità** la ragione della scelta di un **certo operatore economico** tra i tanti sul mercato.

Di conseguenza è risultato quasi **ineludibile** per l'**ANAC**, **prescrivere** con la propria Linea Guida n.4 del 26 ottobre 2016 di **motivare, inevitabilmente**, l'**affidamento diretto** attraverso l'adozione di un sistema **comunque comparativo**.

In questo modo si era finito per **accreditare** una **procedura** che, in realtà, pur **non** dovendo essere **ossequiente** del rispetto di **tempistiche**, di **strutture** e di **iter** specifici di una **vera e propria gara** si veniva a **configurare** nei fatti, appunto perché **priva di formalità** da rispettare, comunque una **gara informale**.

Il **novellato** testo dell'**articolo 36, comma 2, lett.a)** del D.lgs.50/2016, introdotto dal **Decreto Correttivo n.56/2017** **esplica**, per fortuna, **effetti inconfutabili** sui **dubbi operativi** insorti per le stazioni appaltanti, nello specifico di nostro interesse per **le scuole**, scaturenti dalla lettura della **formulazione normativa originaria** secondo l'**interpretazione intransigente** fornita dalla Linea Guida dell'ANAC.

Tale **nuovo** disposto normativo, a parer nostro quasi attuato in una sorta di **"autotutela"** dal Legislatore, si propone di portare a termine principalmente **due operazioni**.

La **prima, chirurgica**, procedendo ad **eliminare** completamente dal testo del D.lgs. n.50/2016, lo specifico riferimento all'**adeguata motivazione** nel caso di **affidamento diretto**.

La **seconda, addizionale**, ma **non** per questo di **minore** rilevanza, puntualmente **specificando** che l'**affidamento diretto non deve necessariamente** essere preceduto da una, qualsivoglia, **comparazione o confronto concorrenziale tra due o più operatori economici** effettuata dalla stazione appaltante.

Per il Legislatore nazionale mettere in campo la strategia delle suddette **"due operazioni"** si è reso inevitabile al fine di **tutelare l'interesse precipuo** di perseguire il principio della **semplificazione** ed altresì di **scongiurare il problema concreto** che il **testo** della norma sull'**affidamento diretto** risultasse **eccessivamente ambiguo**.

All'uopo giova ricordare che, nello specifico, **non sarebbe bastato cancellare** le parole **"adeguata motivazione"** per **eliminare** l'ipotesi che, tuttavia, l'**affidamento diretto** dovesse essere **"adeguatamente motivato"**.

Come è **noto** infatti la **motivazione** per ogni provvedimento amministrativo è **obbligatoria**, come impone il dettato dell'**art. 3 comma 1 dalla Legge n.241 del 7 agosto 1990** "...*Ogni provvedimento amministrativo, compresi quelli concernenti l'organizzazione amministrativa, lo svolgimento dei pubblici concorsi ed il personale, deve essere motivato, salvo che nelle ipotesi previste dal comma 2. La motivazione deve indicare i presupposti di fatto e le ragioni giuridiche*

che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria."

Ove il **Decreto Correttivo n.56/2017 non fosse** intervenuto a **chiarire direttamente** che la **stazioni appaltanti** (*scuole incluse*) ai fini dell'**affidamento diretto non sono** necessariamente **tenute** ad una **comparazione o confronto concorrenziale** tra due o più operatori economici, sarebbe stato imprescindibile **che le stesse**, per rendere **esplicite le ragioni** della scelta operata **nell'individuare l'affidatario** avrebbero, in ogni caso, **dovuto** rendere una **motivazione**, sostanzialmente, formulata secondo **i termini e con le modalità** indicate dalla Linee Guida n.4 dell'ANAC.

In questo caso appare chiaro a tutti che **si sarebbe rimasti**, inopinatamente, al **punto di partenza**.

La **chiara indicazione**, prevista invece **dal testo del D.lgs.n.56/2017**, che ai fini dell'**affidamento diretto** la stazione appaltante **non debba** necessariamente procedere ad una **comparazione o confronto concorrenziale** tra due o più operatori economici è, **nella sostanza** ma anche **nella forma**, una **risposta diretta** all'ANAC.

Attraverso tale "**risposta**" appare **evidente** come il Legislatore, **positivamente recependo** anche le indicazioni "**illuminanti**" rese in materia dal **Consiglio di Stato** con il parere **n.1903 del 13 settembre 2016**, **abbia inteso** in questo **porre nel nulla** le indicazioni dell'ANAC in merito agli affidamenti diretti **affermando**, dunque, in **maniera esplicita** che essi **possano essere correttamente disposti** pur senza **necessità** alcuna di un **confronto** tra operatori economici.

In tono assolutamente scevro da ogni deriva polemica e con la pacatezza che da sempre ispira il lavoro di chi scrive e dell'associazione professionale ANQUAP di cui è parte integrante, possiamo **ribadire con soddisfazione** che, la **linea di indirizzo** sancita dal Legislatore per l'**affidamento diretto**, oggi **definitivamente certificata** dal **novellato articolo 36, comma 2. lett.a) dal D.lgs.n.56/2017**, è esattamente **quella** alla quale, **sin dal 20 aprile 2016**, ci siamo **ispirati** ed abbiamo sempre **improntato** i comportamenti nelle applicazione diretta alla **quotidianità** del nostro **impegno professionale** e dalla quale abbiamo **preso spunto e propugnato**, altresì, anche attraverso la **tradizionale** azione di **costante supporto formativo** per i colleghi e gli operatori tutti della scuola.

In conclusione, questa **uscita dalle sabbie mobili** della confusione e della nebulosità attuativa, resa possibile dall'**azione chiarificatrice** del Legislatore in materia di **affidamento diretto ex art. 36, comma 2, lett.a)** con l'entrata in vigore del **D.lgs. n.56 del 19 aprile 2017** è, senza ombra di dubbio, la **dimostrazione ulteriore** che la scelta di affidarsi alla così detta "**soft law**" per regolamentare nel dettaglio il D.lgs.n.50 del 18 aprile 2016, **non sia stata particolarmente felice** ed invita a riflettere sul fatto che, tra le numerose **d linee guida e decreti attuativi** che per effetto del "**Decreto Correttivo**" ci dobbiamo aspettare **aumenteranno certamente**, la **tanto agognata "semplificazione amministrativa, normativa e procedimentale"** che avrebbe dovuto essere **il fiore all'occhiello** del nuovo Codice dei Contratti del 2016 **appare**, per il momento e speriamo non lo sia definitivamente, **soltanto una chimera**.

Ma tant'è ... **Spes ultima dea ...**, con tutto quello che ne consegue!

Lì, 06.05.2017

IL RESPONSABILE UFFICI CONTABILITÀ

Salvatore Gallo

