

Quesito del Servizio Supporto Giuridico

Codice identificativo: 2301

Data emissione: 26/02/2024

Argomenti: **Sotto-soglia**

Oggetto: **Affidamento diretto nel nuovo Codice 36/2023**

Quesito: Il D.lgs.36/2023 Allegato I.1. contiene la definizione di affidamento diretto puro e mediato: 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'art.50, co.1 lett a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice". L'art.48 co.4 del Codice 36 prevede che "Ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice." Ciò premesso, si chiedono chiarimenti in merito ad alcune norme del nuovo Codice: 1) L'art.11 fa riferimento "a bandi e agli inviti" (co.2) e "all'affidamento o all'aggiudicazione" (co.4): pertanto la disciplina contenuta nell'art.11 si applica anche all'ipotesi di affidamento diretto? 2) L'at.41 co.13 prevede lo scorporo dei costi della manodopera/sicurezza dall'importo assoggettato a ribasso (co.13): tale disposizione si applica anche all'affidamento diretto? 3) L'art.57 richiama "bandi, avvisi e inviti" (co.1): la disciplina ivi contenuta si applica anche all'affidamento diretto? 4) L'art.102 fa riferimento "a bandi, avvisi e inviti" (co.1): le disposizioni ivi contenute si applicano anche all'affidamento diretto? 5) L'art.108 co.2 lett.a) -a differenza di quanto previsto dalle successive lett.b/c- non prevede alcuna fascia economica; l'obbligo di utilizzo dell'OEPV indicato alla citata lett.a) si applica anche all'affidamento diretto? 6) L'art.108 co.9 -a differenza dell'analoga previsione del Codice 50/2016- non prevede l'affidamento diretto quale eccezione all'obbligo di indicare i costi manodopera e sicurezza: quindi la disposizione ivi contenuta si applica anche all'affidamento diretto? 7) L'art.110 co.1 richiama "bando e avviso": le disposizioni ivi contenute si applicano anche all'affidamento diretto?

Risposta aggiornata

In base all'art. 48, co. 4, d.lgs. 36/2023 "ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice". Da tale disposizione consegue la regola secondo cui ai contratti sotto-soglia europea si applicano, in primis, le regole semplificatorie previste dagli artt. 48-55 d.lgs. 36/2023 e, per le sole parti ivi non regolate, la disciplina ordinaria (prevista per gli appalti sopra-soglia) del Codice dei contratti pubblici. Venendo all'esame del primo quesito, l'articolo 11 del d.lgs. 36/2023 introduce il c.d. principio di applicazione dei contratti collettivi nazionali di settore, i quali devono essere indicati dalla stazione appaltante o dall'ente concedente nel bando di gara o negli inviti (cfr. art. 11, co. 2, d.lgs. 36/2023), seppur con facoltà per l'operatore economico di indicare, nella propria offerta, un differente ccnl che garantisca l'equivalenza delle tutele ai lavoratori dipendenti (art. 11, co. 3, d.lgs. 36/2023). Invero, come è dato leggersi nella Relazione Illustrativa, p. 27, si "prevede come previsione generale l'obbligo di applicare il contratto collettivo nazionale di lavoro in vigore per il settore e per la zona nella quale si eseguono le prestazioni oggetto del contratto". Tanto

premessi, il principio in esame non può non trovare applicazione anche negli affidamenti diretti, seppur con la precisazione secondo cui – visto il co. 2 del citato art. 11 d.lgs. 36/2023 – la mancanza di un bando o di invito di gara sembra produrre una apparente disapplicazione del comma citato per l'affidamento diretto. Tuttavia, visto il principio del risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023, la stazione appaltante potrà indicare il CCNL, ex art. 11 del d.lgs. 36/2023, per vie informali, p.e. nel momento in cui procede alla richiesta di preventivo all'operatore economico. In ordine al comma 4 dell'art. 11 del d.lgs. 36/2023, si rileva come esso faccia riferimento ai termini "affidamento e aggiudicazione", elemento - quello dell'affidamento - sussistente nella procedura di interesse; pertanto, esso si applica agli affidamenti diretti. La risposta al secondo quesito è positiva. L'art. 41, comma 14, trova applicazione anche negli affidamenti diretti in quanto la norma esprime un principio generale - quale la tutela dei lavoratori - che deve essere comunque rispettato. Tuttavia, nei casi in cui sia necessario procedere allo scorporo dei costi della manodopera, si tenga conto delle esigenze di semplificazione sottese agli affidamenti diretti ai fini della individuazione delle modalità di scorporo medesimo. La risposta al terzo e al quarto quesito è positiva per le stesse argomentazioni sopra svolte in ordine all'art. 11, co. 2, d.lgs. 36/2023, a cui si rinvia. Ad ogni modo, la stazione appaltante valuti l'applicabilità della portata normativa alla luce dell'art. 102, co. 2, d.lgs. 36/2023, e contemperisca l'esigenza di tutela dei lavoratori con il valore dell'affidamento (in questa direzione, si veda anche la Relazione Illustrativa al Codice, p. 154, secondo cui "per non aggravare il procedimento di gara, al comma 2 [dell'art. 102] si prevede che l'adempimento di tali obblighi sociali è ritenuto assicurato con l'impegno dell'operatore economico, impegno cui è correlata la verifica da parte delle stazioni appaltanti dell'attendibilità dell'impegno dichiarato, verifica che può essere svolta con qualsiasi mezzo adeguato, anche con le modalità dell'art. 124, solo nei confronti dell'offerta dell'aggiudicatario"). La risposta al quinto quesito è negativa ai sensi dell'art. 50, co. 4, d.lgs. 36/2023, il quale limita l'utilizzo del criterio dell'OEPV alle sole procedure negoziate senza pubblicazione di bando. La risposta al sesto quesito è positiva, per le modalità operative l'operatore economico agirà ai sensi dell'art. 102, co. 2, d.lgs. 36/2023. La risposta al settimo quesito è negativa. Invero, la disciplina della esclusione automatica delle offerte anomale di cui all'art. 54 del Codice non si applica agli affidamenti diretti (art. 54, comma 1, secondo periodo D.Lgs. 36/2023). Pertanto, si applica la regola generale in base alla quale "in ogni caso le stazioni appaltanti possono valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa" (art. 54, comma 1, terzo periodo, D.Lgs. 36/2023).