

ATTIVITÀ NEGOZIALE

IL NUOVO REGOLAMENTO DI CONTABILITÀ (D.M. 129/2018) E I NUOVI POTERI DEL CONSIGLIO D'ISTITUTO

**LE LINEE GUIDA ANAC N. 4 (ROTAZIONE E CONTROLLI),
LA CIRC. MIUR 74/2019 E LE ISTRUZIONI MINISTERIALI
2018 CON UN MODELLO DI DETERMINA PER
L'AFFIDAMENTO DIRETTO**

a cura di Francesco Bragagni e Marco Esposito

Udine – 24 maggio 2019

Fonti

- Recente moltiplicazione, dopo anni di silenzio, delle **fonti applicabili** alla materia:
 - **Codice Appalti** (D.Lgs. 50/2016 nel testo vigente)
 - **Regolamento** di contabilità (D.M. 129/2018)
 - **Linee Guida ANAC** n. 4 nell'edizione vigente
 - Circolare MIUR n. 74 del 5 gennaio 2019
 - Istruzioni di carattere generale MIUR del dicembre 2018
 - **Note settoriali**: es. note MIUR 2012 e 2016 sui viaggi di istruzione
 - **Fonti locali**: es. regolamento provinciale sulle concessioni di servizi

Il simbolo  indica la necessità di un approfondimento giuridico

Ambito di applicazione

- La normativa sugli acquisti trova applicazione all'attività negoziale delle Istituzioni Scolastiche con esclusione:
 - dei **contratti affidati ad «esperti»** ai sensi dell'art. 7, commi sesto e seguenti, D.Lgs. 165/2001
 - criterio di distinzione esperti / acquisti 
 - dei contratti per l'affidamento delle **concessioni di servizi**, che seguono normativa a parte (artt. 164 ss. D.Lgs. 50/2016)
 - criterio di distinzione concessioni / acquisti 

Soglie di valore per gli acquisti

L'entrata in vigore del regolamento (D.M. 129/2018, artt. 44-45) ha semplificato la lettura delle soglie:

0 / 10.000	AFFIDAMENTO DIRETTO	Artt. 44-45 D.M. 129/2018
10.000 / 40.000	AFFIDAMENTO DIRETTO «REGOLAMENTATO»	Art. 45 D.M. 129/2018
40.000 / 144.000	PROCEDURA NEGOZIATA A CINQUE OPERATORI	Art. 36/II/b D.Lgs. 50/2016
OLTRE 144.000	PROCEDURE ORDINARIE	Artt. 59 ss. D.Lgs. 50/2016

Obblighi di acquisto centralizzato

- Convenzioni CONSIP: art. 1, comma 449 L. 296/2006
 - strumenti alternativi in caso di assenza o inidoneità della convenzione
 - **deroga** possibile (art. 1, comma 510 L. 208/2015) previa autorizzazione del DS motivate sulle «**caratteristiche essenziali**» elencate dal Decreto MEF 28/11/2017
 - comunicazione deroga in Corte dei Conti
- MePA: art. 1, comma 450 L. 296/2006
- SDA.P.A.
- Procedure di affidamento in **forma associata** (rete)
- Questione **appalti digitali** *ex* art. 40 D.Lgs. 50/2016 

Regolamento acquisti

Per gli acquisti 10.000 / 40.000 (art. 45/II D.M. 129/2018) occorre la previa **UNICA** (Circolare 74/2019, p. 25) deliberazione regolamentare del Consiglio. Aspetti:

- innalzamento **soglia** sino a 39.999 euro; 
- **criteri e limiti** per l'attività negoziale «intermedia»;
- modalità di attuazione del **principio di rotazione** (Linee Guida ANAC, par. 3.6 e 3.7); 
- modalità di effettuazione dei **controlli amministrativi** (Linee Guida ANAC, par. 4.2.2, 4.2.3 e 4.2.4); 

Il «nuovo» principio di rotazione

Linee GUIDA ANAC n. 4:

*« 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 »*

*« La rotazione **non si applica** laddove il nuovo affidamento avvenga tramite **procedure ordinarie o comunque aperte al mercato**, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici 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 »*

Il «nuovo» principio di rotazione

- Conseguenze pratiche:

- procedure aperte, ristrette, manifestazioni di interesse ed elenchi di fornitori formati in trasparenza consentono di **superare** il principio di rotazione;
- l'utilizzo delle procedure ad inviti « classiche » subisce una **palpabile decurtazione**, a meno che non si riesca a rispettare la rotazione anche sugli operatori invitati
 - **A MENO CHE...** motivazione *ex par.* 3.7 in ordine alla « *particolare struttura del mercato* » e della « *riscontrata effettiva assenza di alternative* », da inserire in determina a contrarre

Conseguenze in tema di rotazione

In tema di rotazione la differenza ruota sul livello di apertura al mercato del confronto comparativo: 

- **Avviso pubblicato:** legittima pretermissione della rotazione;
- **Avviso non pubblicato (lettera di invito « classica »):** impossibilità di superare la rotazione e necessità di esclusione degli operatori uscenti ed invitati al confronto comparativo precedente

Ripartizione delle gare

ATTENZIONE: LA PRESENTE RIPARTIZIONE DISCENDE SOLO DA DATI DI CARATTERE STATISTICO. OGNI I.S. CONOSCE IL PROPRIO VOLUME DI SPESA E SU TALE BASE SCEGLIE IL PROCEDIMENTO

AFFIDAMENTO DIRETTO	PROCEDURA NEGOZIATA
Prodotti di cancelleria Prodotti di pulizia Informatica e connettività (MePA) Arredi scolastici Licenze <i>software</i> Assicurazione Assistenza informatica Viaggi di istruzione – valore < 40.000	Viaggi di istruzione tramite agenzie di viaggio – valore > 40.000
A PARTE: concessioni di servizi (artt. 164 ss. D.Lgs. 50/2016) e convenzioni di cassa	

Affidamento diretto

Istituto tendenzialmente deprocedimentalizzato, che ANAC e MIUR riconducono alla *best practice* della comparazione:

- di listini, cataloghi, offerte precedenti, preventivi *ad hoc*...
- Motivazione sintetica sotto i 1.000 euro

Procedimento amministrativo:

- eventuale **indagine di mercato**
- **determina a contrarre** (art. 32/II D.Lgs. 50/2016)
- **controlli** *ex* art. 80 D.Lgs. 50/2016 e Linee Guida ANAC
- **stipulazione del contratto**

Procedura negoziata

- 1) **Avvio e selezione degli operatori:** determina a contrarre + indagini tramite avviso pubblico o consultazione di elenchi di operatori economici
- 2) **Invito agli operatori:** contenuto minimo (oggetto e importo, requisiti, termini per l'offerta, criterio di aggiudicazione, penali, termini e modalità di pagamento, garanzie, RUP, metodo soluzione offerte anomale, schema di contratto e capitolato, data/orario/luogo della prima seduta pubblica)
- 3) Svolgimento delle **sedute di gara**
- 4) **Controlli**
- 5) **Stipula del contratto**

Elementi accessori

1) LA SUDDIVISIONE IN LOTTI

Il Codice preme per la suddivisione in lotti e per l'affidamento più concorrenziale possibile.

Attenzione al comma 12° dell'art. 35: «Se gli appalti pubblici di forniture o di servizi presentano **caratteri di regolarità** o sono destinati ad essere rinnovati entro un determinato periodo, è posto come **base per il calcolo del valore stimato dell'appalto**: a) **il valore reale complessivo dei contratti analoghi successivi conclusi nel corso dei dodici mesi precedenti** o dell'esercizio precedente»

2) I CRITERI AMBIENTALI MINIMI

Necessario rispettare i cc.dd. Decreti CAM per affidamenti di qualunque valore (es. acquisto *toner* per l'ufficio)

Elementi accessori

3) SCELTA DEI REQUISITI DI PARTECIPAZIONE

Necessario distinguere i requisiti **generali** *ex* art. 80 (sempre obbligatori – v. slide successiva sui controlli) da quelli **facoltativi** di cui all'art. 83 (idoneità professionale, capacità economica e finanziaria, capacità tecnico-professionali).

4) AVVALIMENTO

Gli operatori possono soddisfare la richiesta di requisiti avvalendosi delle capacità di altri soggetti ai sensi dell'art. 89 D.Lgs. 50/2016. Occorrono: dichiarazione sostitutiva dell'impresa ausiliaria; dichiarazione di impegno; originale o copia autentica del contratto di avvalimento.

Elementi accessori

5) SCELTA DEL CRITERIO DI AGGIUDICAZIONE

Necessario distinguere fra minor prezzo e OEPV. Minor prezzo possibile solo in caso di: servizi e forniture standardizzate; servizi e forniture sino a 40.000 euro; servizi e forniture oltre 40.000 euro ma caratterizzati da elevata ripetitività.

In caso di OEPV l'offerta economica non deve valere più del 30%.

6) AVVIO DELLA PROCEDURA

- 1) Individuazione del RUP: non è delega ordinaria di funzioni 
- 2) Acquisizione di CIG e CUP, se richiesto
- 3) DUVRI ove previsto

Elementi accessori

7) PUBBLICAZIONI E PUBBLICITÀ LEGALE

La Delibera ANAC n. 430/2016 elenca gli obblighi di pubblicità per le Istituzioni Scolastiche ai sensi del D.Lgs .33/2013. Occorre ricordare le differenze fra pubblicità legale e amministrazione trasparente.

8) IL DOCUMENTO DI GARA UNICO EUROPEO (DGUE)

Fornito in modalità esclusivamente elettronica dal 18 aprile 2018. Contiene dichiarazioni relative all'art. 80, all'art. 83 e soddisfa gli eventuali criteri oggettivi fissati a norma dell'art. 91.

9) I CC.DD. CHIARIMENTI

Almeno sei giorni prima del termine per le offerte.

Elementi accessori

10) COMMISSIONE AGGIUDICATRICE

Problema preliminare è l'operatività o meno dell'Albo ANAC (cd. Albo dei commissari): dal 15 gennaio 2019 **l'Albo è operativo, ma...** 

Commissione tradizionale: DS o DSGA come Presidente. Altri membri con competenza nello specifico settore di acquisto.

Albo ANAC: nomina almeno del Presidente

- RUP interno alla commissione: contrasto giurisprudenziale 
- Docenti in commissione: nessuna incompatibilità
- RUP quale segretario: possibile
- Nomina della commissione: dopo il termine per le offerte
- Dichiarazioni dei commissari 

I controlli amministrativi

- Requisiti di **carattere generale**: l'offerente autocertifica tutto, a firma del legale rappresentante o di altri soggetti (es. soci)

COMMA, LETTERA) REQUISITO

- 1, 2) reati specifici
- 4) gravi violazioni tributarie o previdenziali
- 4) DURC
- 5.b) fallimento, LCA, concordato
- 5.c) gravi illeciti professionali
- 5.f) cc.dd. sanzioni interdittive

SEDE DEL CONTROLLO

Casellario giudiziale

Agenzia Entrate

INPS / INAIL

Infocamere (Telemaco)

Casellario informatico ANAC
e/o carichi pendenti (LG6)

Casellario informatico ANAC
e/o A.S.A. presso casellario

I controlli - II

- Il controllo dei requisiti di carattere generale funziona in termini **binari** e non prevede... sfumature di grigio: per l'ammissibilità dell'offerta i requisiti devono essere **tutti presenti**
- Anche un solo controllo positivo comporta l'**esclusione**, che va comunicata alla *singola* impresa e pubblicata in AT ai sensi dell'art. 29 D.Lgs. 50/2016 (disposizione ignorata da molte PP.AA.) 
- Non è prevista **partecipazione** al procedimento di controllo, ma non è vietato acquisire difese sul punto specifico
- Non occorre preavviso ai sensi dell'art. 10 *bis* L. 241/1990
- L'impresa può presentare istanza in autotutela: nessun termine

I controlli - III

- Requisiti minimi cc.dd. **ulteriori**, richiedibili facoltativamente:
 - **Idoneità professionale:** es. iscrizione CCIAA o altro Albo (assicurazioni, particolari servizi e acquisti)
 - **Capacità economica e finanziaria:** es. fatturato o idonea copertura assicurativa (acquisti finanziati, per lo più, o grandi concessioni di servizi)
 - **Capacità tecnico-professionali:** es. attestazione di esperienze maturate nello specifico settore nell'ultimo anno 

I controlli - IV

- Quadro dei controlli suggeriti da ANAC per affidamento diretto:
- **(4.2.2) Acquisti fino a 5.000 euro:** autocertificazione anche DGUE su requisiti generali ed ulteriori. Casellario ANAC e DURC prima del contratto. Cauzione o penale 10%.
- **(4.2.3) Acquisti 5/20.000 euro:** autocertificazione DGUE su requisiti generali ed ulteriori. Casellario ANAC e verifica requisiti *ex* art. 80, commi 1, 4 e 5.b. Cauzione o penale 10%.
- **(4.2.4) Acquisti oltre 20.000 euro:** verifiche dirette su requisiti generali *ex* art. 80 Codice ed ulteriori, se previsti.

Sulla **cauzione**: salvo 4.3.3 per ANAC non è facoltativa

La determina a contrarre

- Elementi essenziali:
 - I « *visto* » e « *considerato* » sono meno importanti di un tempo: non è la citazione della norma corretta che informa la legittimità del provvedimento: **sostanza sulla forma !**
 - **esigenza** dell'Amministrazione Scolastica
 - scelta del **procedimento** e del **criterio di aggiudicazione**
 - eventuali considerazioni in termini di rotazione degli operatori economici

Quindi...

Costruire la determina - I

[ISTITUZIONE SCOLASTICA]

Determina a contrarre

VISTO il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, ed in particolare l'art. 36 ed il comma 2 dell'art. 32, il quale prevede che, prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretino o determinino di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte;

VISTO il decreto ministeriale 28 agosto 2018, n. 129, ed in particolare l'art. 44;

CONSIDERATA la necessità dell'Amministrazione Scolastica di dotarsi di [...]

[EVENTUALE] VISTO il Regolamento interno di Istituto per le attività negoziali finalizzate all'acquisizione di beni e forniture approvato dal C.d.I. con Delibera [...]

VISTO il Programma Annuale [anno] ed accertata la relativa disponibilità di cassa, nonché la compatibilità con l'effettiva capienza del relativo capitolo a bilancio

ACCERTATO che non esistono convenzioni Consip attive (art. 1, c. 449 L. 296/2006)

Costruire la determina - II

1) In caso di affidamento diretto o di ODA:

[EVENTUALE] VISTO l'esito dell'indagine di mercato [eventuale: effettuata su MePA] [alternativo: della comparazione di offerte] e accertata la congruità dell'offerta dell'operatore economico [...]

DETERMINA

- Le premesse fanno parte integrante del presente provvedimento;
- Di procedere mediante affidamento diretto, ai sensi delle norme richiamate, della fornitura [alternativo: del servizio] [...] all'operatore economico [...];
- Di impegnare, per le finalità di cui sopra, la somma di € [...] IVA esclusa, a carico del P.A. [anno], che presenta la necessaria disponibilità;
- [EVENTUALE] Di informare la Ditta aggiudicataria sull'obbligo di assumere gli obblighi di tracciabilità dei flussi finanziari di cui alla L. 136/2010;
- Di individuare, ai sensi dell'art. 31 D.Lgs. 50/2016 il Dirigente Scolastico *pro tempore* [...] in qualità di Responsabile Unico del procedimento;
- Di autorizzare il Direttore SGA [...] all'imputazione della spesa di € [...] più IVA di cui alla presente determina, al relativo capitolo di bilancio.

Costruire la determina - III

2) In caso di procedura ad inviti o RDO:

CONSIDERATA la necessità [alternativo: l'opportunità] di procedere a comparazione di offerte per l'affidamento in parola;

VALUTATO congruo, a mente dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016, il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso [alternativo: dell'OEPV];

[EVENTUALE] CONSIDERATA l'opportunità di attingere alla *short list* formata in trasparenza da questa Amministrazione Scolastica con provvedimento [...]

DETERMINA

- Le premesse fanno parte integrante del presente provvedimento;
- Di procedere mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di bando [alternativo: RDO su MePA], ai sensi delle norme richiamate, alla comparazione delle offerte relative alla fornitura [alternativo: del servizio] [...];
- [EVENTUALE] Di impegnare, per le finalità di cui sopra, la somma di € [...] IVA esclusa, a carico del P.A. [anno], che presenta la necessaria disponibilità, quale base d'asta al ribasso;

Costruire la determina - IV

- Di individuare, ai sensi dell'art. 31 D.Lgs. 50/2016 il Dirigente Scolastico *pro tempore* [...] in qualità di Responsabile Unico del procedimento;
- Di individuare, quali ditte cui rivolgere l'invito, le imprese che rispondano alla manifestazione di interesse

NOTA: l'unico modo di risolvere *in radice* la discrezionalità legata all'invito delle imprese è aprire al pubblico la procedura, tramite procedura aperta o ristretta, manifestazione d'interesse o utilizzo di elenchi di operatori economici formati in trasparenza.

L'alternativa è la motivazione specifica sul singolo settore di mercato.

Costruire la determina - V

3) In caso di procedura aperta al mercato:

CONSIDERATA l'opportunità di procedere alla comparazione di offerte raccolte dall'intero panorama di mercato per l'affidamento in parola;

VALUTATO congruo, a mente dell'art. 95 D.Lgs. 50/2016, il ricorso al criterio di aggiudicazione del prezzo più basso [alternativo: dell'OEPV];

DETERMINA

- Le premesse fanno parte integrante del presente provvedimento;
- Di procedere mediante procedura aperta [alternativo: ristretta / manifestazione di interesse / *short list*], ai sensi delle norme richiamate, alla comparazione delle offerte relative alla fornitura [alternativo: del servizio] [...];
- [EVENTUALE] Di impegnare, per le finalità di cui sopra, la somma di € [...] IVA esclusa, a carico del P.A. [anno], che presenta la necessaria disponibilità, quale base d'asta al ribasso;
- Di individuare, ai sensi dell'art. 31 D.Lgs. 50/2016 il Dirigente Scolastico *pro tempore* [...] in qualità di Responsabile Unico del procedimento.

Clausola sulla rotazione - I

- **ASSICURAZIONI:**

CONSIDERATA l'opportunità di procedere in deroga al principio di rotazione ai sensi del par. 3.7 delle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate al D.Lgs. 56/2017, avuto riguardo alla peculiare struttura del mercato di riferimento, al numero molto contenuto di operatori attivi nel quadro nazionale ed all'assenza di alternative riscontrata nei precedenti anni di affidamenti

- **FORNITURE (PRODOTTI PECULIARI: ES. LICENZE SOFTWARE...):**

CONSIDERATA l'opportunità di procedere in deroga al principio di rotazione ai sensi del par. 3.7 delle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate al D.Lgs. 56/2017, avuto riguardo alla peculiare struttura del mercato di riferimento, al contenuto numero di operatori attivi, alla particolare soddisfazione maturata nel precedente rapporto contrattuale ed alla relativa competitività del prezzo offerto

- **FORNITURE ORDINARIE:**

Clausola illegittima, al netto di peculiari condizioni locali o merceologiche

Clausola sulla rotazione - II

- **VIAGGI DI ISTRUZIONE AFFIDATI A DITTE DI TRASPORTO:**

CONSIDERATA l'opportunità di procedere in deroga al principio di rotazione ai sensi del par. 3.7 delle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate al D.Lgs. 56/2017, avuto riguardo alla peculiare struttura del mercato locale di riferimento, **[EVENTUALE]** alla natura consorziale delle imprese locali attive ed all'elevato livello di insoddisfazione riscontrato negli anni precedenti

- **VIAGGI DI ISTRUZIONE AFFIDATI TRAMITE AGENZIA:**

Clausola illegittima, al netto di peculiari condizioni locali o merceologiche

- **CONCESSIONI DI SERVIZI:**

Gli artt. 164 ss. D.Lgs. 50/2016 non consentono l'affidamento diretto. Una eventuale clausola sulla rotazione potrà servire solo a considerare ammissibile l'offerta dell'uscente, dunque **non** è contenuta in determina a contrarre

Clausola sulla rotazione - III

- **PER ACQUISTI FINO A 1.000 EURO:**

CONSIDERATA l'opportunità di procedere in deroga al principio di rotazione ai sensi del par. 3.7 delle Linee Guida ANAC n. 4 aggiornate al D.Lgs. 56/2017, avuto riguardo alla mole di adempimenti necessari per ampliare il mercato, giudicata di valore superiore all'eventuale risparmio che si potrebbe realizzare allargando il quadro degli operatori, nonché alla particolare soddisfazione maturata nel precedente rapporto contrattuale ed alla relativa competitività del prezzo offerto

Avv. Francesco Bragagni