



.....OMISSIS.....

## Oggetto

Affidamento diretto ai sensi del d.lgs 36/2023 al medesimo o.e. – art. 50, co. 1 lett. b) d.lgs 36/2023  
- richiesta di parere.

UPREC-CONS-0079-2024

**FUNZ CONS 39/2024**

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 17 aprile 2024 acquisita al prot. Aut. n. 47431, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell’Autorità, nell’adunanza del 30 luglio 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d’appalto o di concessione, fatto salvo l’esercizio dell’attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell’istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Nella nota di richiesta parere, codesto Ente chiede all’Autorità di fornire indicazioni inerenti alla corretta applicazione della normativa di riferimento in ordine all’affidamento del servizio di adeguamento della progettazione relativa al recupero di un fabbricato (.....OMISSIS.....). Più in dettaglio, secondo quanto rappresentato in maniera estremamente succinta dall’istante, l’appalto di recupero del fabbricato, originariamente affidato ai sensi degli artt. 63, co. 4 e 152, co. 5 del d.lgs 50/2016 e comprensivo dei servizi tecnici di progettazione definitiva ed esecutiva, direzione lavori, coordinamento della sicurezza ed esecuzione lavori, per effetto di alcune varianti rese necessarie in corso di esecuzione lavori, aveva subito un incremento dei costi da 218.934,10€ a 272.215,9€, con la conseguente necessità di dover stralciare alcune lavorazioni al fine di rientrare nel quadro economico ed in attesa di reperire le risorse indispensabili al completamento del recupero degli edifici. Una volta reperite le predette risorse, riferisce la SA, questa si è attivata al fine di completare i lavori di recupero, rilevando parimenti la necessità di una parziale revisione del progetto per adeguarlo al nuovo stato di fatto.

In funzione di ciò, l’istante chiede all’Autorità di esprimersi in ordine alla legittimità di due possibili alternative per affidare il suddetto servizio di adeguamento della progettazione “preferibilmente” al medesimo o.e., segnatamente attraverso affidamento diretto, ai sensi dell’art. 50, co. 1 lett. b) del vigente d.lgs 36/2023, ovvero, mediante una modifica contrattuale, applicando l’art. 106, co. 1 lett. b) del d.lgs 50/2016 che è la disciplina di riferimento dell’affidamento originario.

Al fine di esprimere avviso sulla questione posta, occorre preliminarmente evidenziare che la estrema sinteticità della rappresentazione dei fatti a monte della richiesta di parere ed alla luce della

natura discrezionale della scelta della procedura da seguire di esclusiva competenza della stazione appaltante, consente alla scrivente Autorità di formulare solo le seguenti osservazioni di indirizzo generale.

Con riferimento alla possibilità di attivare la procedura di cui all'art. 50, co. 1 lett. b) del vigente d.lgs 36/2023, si osserva preliminarmente che, in termini generali, tale previsione di affidamento diretto sottosoglia appare correttamente richiamata alla luce del valore della nuova procedura dichiarata nell'istanza di parere e pari a 77.576,29€. Ciò premesso, per quanto concerne invece l'invocata applicabilità dell'art. 50, co. 1 lett. b), motivata sulla base dell'esperienza pregressa documentata del precedente affidatario, va evidenziato, tuttavia, che detta previsione non può prescindere dall'applicazione del "*principio di rotazione degli affidamenti*" come sancito dal comma 1 dell'art.49 del d.lgs 36/2023. A tale proposito pare assolutamente opportuno richiamare anche il contenuto dispositivo del secondo comma laddove è sancito che "*In applicazione del principio di rotazione 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 nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi*": come precisato da autorevole giurisprudenza (cfr. TAR Sicilia - Catania, sez. I, sentenza 19 marzo 2024 n. 1099), la previsione in esame va intesa nel senso che «*l "due consecutivi affidamenti" fanno, quindi, riferimento a quello da aggiudicare e a quello "immediatamente precedente" con la conseguenza che la disposizione vieta il secondo consecutivo affidamento (avente ad oggetto la stessa categorie di opere) e non il "terzo" affidamento da parte dell'operatore già affidatario di due consecutivi affidamenti, non rivenendosi, per una simile interpretazione, né elementi testuali, né elementi sistematici tenuto anche conto che la disposizione si pone in linea di continuità con la precedente regolamentazione di cui alle linee guida ANAC n. 4 che al punto 3.6 faceva espresso riferimento all'affidamento "precedente" e a quello "attuale". Peraltro, in tal caso, la norma avrebbe utilizzato il termine "abbiano avuto", piuttosto che "abbiano", tempo presente che "attualizza" la sequenza temporale al momento immediatamente precedente*». Poiché nel caso di specie la richiesta di parere presuppone la assoluta preferenza di affidare il servizio al medesimo operatore economico, sussiste più di un dubbio sulla legittimità di tale scelta operativa. Per completezza inoltre si rileva che, come osservato dalla scrivente Autorità "*ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro. Pertanto, al fine di procedere all'affidamento del contratto in deroga al principio di rotazione, è necessaria la contemporanea presenza dei presupposti indicati dalla norma*" (cfr. ANAC Parere funzione consultiva n. 58 del 15 novembre 2023 e ANAC Delibera n. 149 del 20 marzo 2024)", allo stesso tempo, però, la deroga di cui all'art. 49, co. 4 non opera per gli affidamenti dell'art. 50, co. 1 lett. b) del d.lgs 36/2023 di cui viene invocata l'applicazione al caso di specie.

Con riferimento invece alla possibilità di applicare l'art. 106 co. 1 lett. b) del d.lgs 50/2016, sebbene in termini generali il previgente Codice può ritenersi applicabile *ratione temporis* alla procedura *de qua*, allo stesso tempo però deve evidenziarsi che, come peraltro precisato da autorevole giurisprudenza (Cons. Stato, sez. III, sent. 5962 del 7.10.2020), lo strumento previsto dal menzionato art. 106, comma 1, lett. b) oltre a ritenersi "*assolutamente derogatorio rispetto al principio del confronto concorrenziale e alla regola della gara*", allo stesso tempo "*è rigidamente perimetrato da una serie di presupposti [...]: In particolare, l'oggetto della modifica dell'originario contratto deve avere riguardo a lavori, servizi o forniture: – "supplementari" rispetto all'iniziale oggetto negoziale; – "resisi necessari" (dunque, per necessità insorta successivamente all'originaria aggiudicazione);– non ricompresi nell'appalto iniziale. Inoltre, in aggiunta alle superiori condizioni, la disposizione richiede che la messa a gara comporti, con il possibile cambio di contraente sia il*

*mancato rispetto dei requisiti di intercambiabilità o interoperabilità tra apparecchiature, servizi o impianti esistenti forniti nell'ambito dell'appalto iniziale, ovvero altre difficoltà di tipo economico o tecnico in tal senso; sia notevoli disguidi o una consistente duplicazione dei costi per l'ente aggiudicatore. [...] Invero la nozione di servizi supplementari, dovendo essere interpretata sia in adesione al suo significato letterale che con il rigore imposto dalla deviazione dalle regole concorrenziali che essa (eccezionalmente) importa, ha riguardo non già a prestazioni meramente aggiuntive, bensì a prestazioni ulteriori, funzionalmente connesse a quella originaria, che la integrino in quanto necessarie (per ragioni sopravvenute) ad assicurare quest'ultima".* Da tali premesse pertanto, stante il chiaro tenore letterale e dispositivo della norma invocata, discende in capo a codesta stazione appaltante l'obbligo di dover valutare attentamente la sussistenza dei molteplici presupposti per poter procedere legittimamente ad una modifica contrattuale ex art. 106 del d.lgs 50/2016, non potendosi ritenere sufficiente, al fine di scongiurare il cambio del contraente, la sola dedotta presenza di " *notevoli disguidi*" per l'amministrazione.

Sulla base delle considerazioni espresse, si rimette dunque al .....OMISSIS..... ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

*Avv. Giuseppe Busia*

Firmato digitalmente