

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI PARTHENOPE
Dipartimento di Giurisprudenza

CORSO DI STUDI in *MANAGEMENT PUBBLICO*
Codice degli appalti e *procurement*
Prof.ssa Bianca Nicla Romano
A.A. 2022-2023

La deliberazione a contrarre

LA DELIBERAZIONE A CONTRARRE

La determina a contrattare – richiamata nell'articolo 32, comma 2 del Codice dei contratti – costituisce l'atto gestionale propedeutico all'avvio di ogni procedimento di acquisto di beni/lavori/forniture/concessioni etc.

Essa è di competenza dell'organo burocratico attributario – per *status* come nel caso del dirigente o per provvedimento sindacale (nei comuni privi di dirigenti) – di poteri dirigenziali che consentono di impegnare l'ente verso l'esterno.

La proposta di determina compete al RUP.

LA DELIBERAZIONE A CONTRARRE

Si tratta di un provvedimento la cui adozione è imposta dalla norma – per gli enti locali vale quanto disposto dall'articolo 192 del D. Lgs. 267/2000 – e di atto che deve precedere ogni procedimento di impegno di spesa e, nel caso in questione di affidamento, comprese, evidentemente, le procedure derogatorie e le fattispecie semplificate (di cui all'articolo 36 del codice) che hanno preso il posto delle acquisizioni in economia (l'ANAC, in particolare, ritiene che la determina debba precedere anche l'indagine di mercato).

È adottato dalle stazioni appaltanti prima dell'avvio della procedura di affidamento di un contratto pubblico, con il quale esse manifestano la propria volontà di stipulare il contratto.

Ha rilevanza interna, diversamente dal bando di gara che, invece, possiede natura generale a rilevanza esterna.

LA DELIBERAZIONE A CONTRARRE

Il suo scopo è quello di:

- individuare gli elementi essenziali del contratto (es. caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare; importo massimo stimato dell'affidamento);
- la procedura che si intende adottare;
- i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte.

Prima dell'avvio della procedura di affidamento del contratto pubblico, la stazione appaltante – in conformità ai propri ordinamenti – decreta o determina di contrarre.

In caso di affidamenti di importo inferiore a 150.000 euro per i lavori oppure di importo inferiore alle soglie comunitarie per forniture/servizi, la stazione appaltante può adottare una determina a contrarre per procedere immediatamente all'affidamento diretto per suo tramite.

LA DELIBERAZIONE A CONTRARRE

Questa dovrà contenere, in modo semplificato:

- l'oggetto dell'affidamento;
- l'importo;
- il fornitore;
- le ragioni della scelta del fornitore;
- il possesso da parte del fornitore dei requisiti di carattere generale, nonché tecnico-professionali ove richiesti.

LA DELIBERAZIONE A CONTRARRE

In caso di affidamento congiunto della progettazione esecutiva e dell'esecuzione dei lavori, la stazione appaltante deve motivare il ricorso a tale affidamento nella determina a contrarre.

Questa dovrà inoltre chiarire in modo puntuale:

- la rilevanza dei presupposti tecnici ed oggettivi che consentono il ricorso all'affidamento congiunto;
- l'effettiva incidenza sui tempi della realizzazione delle opere in caso di affidamento separato di lavori e progettazione.

L'affidamento congiunto è ammesso nei soli casi in cui l'elemento tecnologico o innovativo delle opere oggetto dell'appalto sia nettamente prevalente rispetto all'importo complessivo dei lavori.

Il comma 2 dell'art. 32, come modificato dall'art. 1, comma 20, lettera f), della legge n. 55 del 2019, prevede che *«Prima dell'avvio delle procedure di affidamento dei contratti pubblici, le stazioni appaltanti, in conformità ai propri ordinamenti, decretano o determinano di contrarre, individuando gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte. Nella procedura di cui all'articolo 36, comma 2, lettere a) e b), la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti»*.

La previsione, in tale norma, di determinazione a contrarre semplificata comporta che essa debba essere adottata anche nel caso dell'affidamento diretto con la precisazione che, nel caso di specie, potrà coincidere con la determina di impegno di spesa e di affidamento della commessa.

Tale fattispecie è ammissibile sempre fatto salvo che il RUP non voglia predisporre due atti, il primo per la prenotazione di impegno di spesa che indica il procedimento da seguire ed i soggetti e/o il modo con cui verranno espletate le consultazioni mentre il secondo si sostanzierà nell'impegno definitivo e nell'affidamento diretto.

Si deve evidenziare che tale *modus operandi* è, in realtà, quello più corretto dal punto di vista contabile.

La determinazione a contrattare o a contrarre è fondamentale anche, se non soprattutto, perché con la stessa viene "prenotata" la risorsa finanziaria che verrà utilizzata per "pagare" la prestazione/fornitura/lavoro acquisiti.

La necessità della determinazione a contrattare si impone, evidentemente, anche nelle procedure telematiche del sotto soglia comunitario o nel caso di adesione al mercato delle convenzioni.

LA RILEVANZA DELLA DETERMINAZIONE

In questa fase, l'aspetto peculiare che si pone è quello di comprendere se la determinazione debba essere adottata in fase preventiva all'escussione dei mercati virtuali o si possa procedere alla sua formalizzazione dopo la verifica dell'esperibilità dei procedimenti telematici piuttosto che dell'appalto tradizionale.

Il momento relativo ad essa, pertanto, si pone quale fase ineliminabile del procedimento amministrativo contrattuale e si situa nell'ambito della c.d. fase pre-pubblicistica ovvero **nella fase tutta interna alla stazione appaltante della procedura di affidamento.**

Dopo le fasi preliminari di programmazione e di aggiudicazione, si ha la stipula del contratto, dalla quale ha inizio, invece, la fase esecutiva, disciplinata da norme di diritto comune.

L'intensità ed il rilievo della determinazione risultano ben evidenti soprattutto negli enti locali – soggetti al D. Lgs. 267/2000 – per i quali essa viene associata alla prenotazione della risorsa necessaria per la copertura economica dell'acquisizione.

La funzione della determinazione a contrattare secondo l'autorità anticorruzione

L'ANAC, anche in seguito a quanto emerso durante le consultazioni sulle Linee guida in tema di procedimento di affidamento del contratto nel sotto soglia comunitario, fornisce alcune indicazioni sulla determinazione a contrarre quale atto propedeutico ed indefettibile, a pena di illegittimità del procedimento contrattuale.

Essa precisa che dalla determinazione – o atto equivalente a seconda della stazione appaltante – prende avvio la procedura contrattuale il cui contenuto (amministrativo) minimo è costituito

- a) dall'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare;
- b) dalle caratteristiche delle opere/beni/servizi che si intendono conseguire;
- c) dai criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte;
- d) dall'indicazione dell'importo massimo stimato dell'affidamento e dalla relativa copertura contabile;
- e) dalle principali condizioni contrattuali.

LA DETERMINAZIONE A CONTRATTARE “SEMPLIFICATA”

Inoltre, con le Linee guida n. 3/2016 si è ulteriormente specificato che nella determinazione deve essere, altresì, chiarita quale è la procedura che si intenda “seguire con una sintetica indicazione delle ragioni”.

Già nella proposta di Linee Guida relative agli acquisti sottosoglia comunitaria (secondo una considerazione che poi ha portato ad una importante modifica dell’articolo 32 ad opera del D. Lgs. n. 56/2017) si annota che nei casi in cui siano *“certi il nominativo del fornitore e l’importo della fornitura, si può procedere a una determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l’oggetto dell’affidamento, l’importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale”*.

LA DETERMINAZIONE A CONTRATTARE “SEMPLIFICATA”

Oggettivamente, nel caso dell'affidamento diretto – che il Codice consente nell'ambito dei 40.000 euro (art. 36, comma 2, lett. a)) – è sufficiente che il RUP predisponga per il dirigente/responsabile del servizio, per evidenti esigenze di semplificazione e celerità, un unico atto che funge al contempo da *determina di impegno di spesa e contestuale affidamento diretto*.

Il comma 2 dell'articolo 32 del Codice è stato implementato di un ulteriore periodo in cui il legislatore ora ammette la possibilità del RUP di predisporre una determinazione semplificata con il contenuto indicato dall'ANAC.

La determina a contrattare per gli acquisti di importo (pari o) superiori ai 40 mila euro

La necessità della previa adozione della determina a contrattare si pone in modo diverso nel caso in cui – per acquisti sopra i 40 mila euro – il RUP debba necessariamente attivare delle prelieve indagini di mercato finalizzate a compulsare il mercato per poi operare la scelta (anche attraverso il sorteggio) degli operatori da invitare alla procedura negoziata.

Secondo l'ANAC “le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti, formalizzandone i risultati, eventualmente ai fini della programmazione e dell'adozione della determina”. Da ciò dovrebbe emergere che la determinazione a contrattare segua l'indagine di mercato, anzi che sia propedeutica alla sua stessa adozione.

Tale considerazione - che può ingenerare equivoci – deriva dalla indicazione, nelle Linee Guida, delle operazioni relative alla scelta degli operatori che concretamente devono essere invitati dal RUP alla competizione vera e propria.

La determina a contrattare per gli acquisti di importo (pari o superiori ai 40 mila euro)

Sempre le Linee Guida precisano che *“una volta conclusa l’indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all’importo e alla rilevanza del contratto (...) sulla base dei criteri definiti nella determina a contrarre ovvero dell’atto equivalente”*. Da tale affermazione sembra che la determina debba precedere anche l’indagine di mercato e, dunque, se l’indagine di mercato viene svolta attraverso un avviso pubblico – come la stessa ANAC suggerisce – è logico ritenere che i criteri di scelta debbano essere previamente conosciuti dagli operatori interessati.

Pertanto, tali criteri di scelta (ad esempio il sorteggio), che il RUP poi utilizzerà per scegliere gli operatori da invitare, dovranno essere indicati già nell’avviso pubblico. Inoltre, l’avviso dovrà risultare completo dei contenuti che la stessa linea guida ben evidenzia.

La determinazione, invece, dovrà essere predisposta ed adottata nel momento in cui il RUP procederà agli inviti e quindi alla formalizzazione delle regole/requisiti di partecipazione, cause di esclusione, eventuale previsione della verifica dell’anomalia (o esclusione automatica laddove consentito), sistema di aggiudicazione della commessa ed importo dell’affidamento.

LA DETERMINA A CONTRATTARE E LA MOTIVAZIONE

Anche la determinazione a contrarre esige un adeguato supporto motivazionale, così come previsto e richiesto dall'art. 3 della L. 241/90.

Relativamente alla determinazione che avvia un procedimento di acquisizione, la motivazione si desume quasi *in re ipsa* per il fatto stesso di procedere all'acquisizione di una prestazione.

Più delicati sono gli aspetti “motivazionali” in relazione agli obblighi ed ai vincoli procedurali imposti dalla recente legislazione in tema di *spending review*.

LA DETERMINA A CONTRATTARE E LA MOTIVAZIONE

Si pensi alla circostanza relativa al rapporto stazione appaltante/convenzioni Consip o delle centrali di committenza.

Nell'acquisizione di servizi e forniture (in specie nel sopra soglia comunitario) gli enti locali non sono obbligati ad aderire alle convenzioni, ma nel caso in cui queste siano presenti i prezzi e le condizioni tecniche devono essere posti a base di gara se la stazione appaltante non intende aderire ai predetti, a pena di nullità ex art. 1, comma 1, della legge 135/2012.

LA DETERMINA A CONTRATTARE E LA MOTIVAZIONE

Considerazioni analoghe valgono circa l'obbligo per la P.A. di procedere con l'acquisizione di beni e servizi nel sottosoglia attraverso il mercato elettronico.

Nel caso in cui non sia reperibile il bene/servizio richiesto, la relativa determina a contrattare che consente l'avvio dell'acquisizione nel mercato tradizionale dovrà essere adeguatamente motivata.

Sulla verifica circa la presenza e l'intensità della motivazione, si impone il controllo da parte del responsabile del servizio finanziario, considerato che in assenza – ed in caso di violazione delle disposizioni che impongono l'acquisto presso una delle forme di mercato elettronico – il contratto è nullo.

La decisione di adottare una determinata procedura di acquisizione

La determina a contrattare rappresenta, pertanto, l'atto che sintetizza le varie esigenze sottese all'appalto e, soprattutto, contiene l'indicazione chiara della procedura di affidamento suggerita dal RUP nell'ambito di quelle previste dal codice dei contratti.

Oltre ai vari richiami ben esplicitati anche dall'ANAC e nell'articolo 192 del D. Lgs. 267/2000 – valido per gli enti locali ma tranquillamente utilizzabile da ogni stazione appaltante – la determinazione dirigenziale rappresenta l'atto che approva la legge di gara nel senso che approva i vari atti/documenti classici della procedura, in particolare il bando, il disciplinare/capitolato ed ogni atto tecnico che si intenda porre in gara.

La decisione di adottare una determinata procedura di acquisizione

Tra le particolari indicazioni che l'atto deve contenere, importanti sono quelle relative alla suddivisione in lotti dell'appalto (laddove oggettivamente e tecnicamente possibile) e la clausola sociale.

Nel caso in cui queste non risultino utilizzabili, oggettivamente, il RUP dovrà indicare nella determina adeguata motivazione.

Così come dovrà motivare in relazione alla scelta del criterio di aggiudicazione, posto che il Codice non pone sullo stesso livello i due criteri che disciplina, e cioè quello del minor ribasso e quello dell'offerta economicamente più vantaggiosa che, tra i due, è quello considerato prevalente.

La decisione di adottare una determinata procedura di acquisizione

Ovviamente esistono casi in cui il criterio del minor prezzo è utilizzabile – si pensi al sotto soglia laddove non sia presente intensa manodopera – nonostante ciò il legislatore pretende che nel bando, ma prima ancora nella determinazione a contrattare, risulti adeguatamente motivata la decisione del RUP di suggerire il criterio del prezzo più basso.

Da ultimo occorre evidenziare la questione della **pubblicità**.

La determinazione a contrarre - o se si preferisce, il contenuto - dovrà risultare chiaramente “esposta” nella sezione della trasparenza della stazione appaltante (ai sensi dell’articolo 29 del Codice dei contratti).

La giurisprudenza appare granitica sulla natura della determinazione a contrarre, di atto che produce effetti solo interni, da non confondere con la sua ovvia rilevanza esterna. Tuttavia, non tutta la dottrina è concorde sul punto, sostenendo, invece, che essa sia l'atto di avvio della fase di gara, finendo con il confondere la rilevanza esterna della determinazione a contrattare con gli effetti, cioè con l'efficacia.

In realtà, la determinazione a contrattare ha «rilevanza esterna»; del resto, lo stesso legislatore, col d.l. 76/2020, convertito in legge 120/2020, riconosce la rilevanza esterna del provvedimento, attribuendo alla data di adozione della determinazione a contrattare la funzione di **determinare il giorno a partire dal quale si applica la disciplina degli appalti "in deroga" e il giorno ultimo, il 31.12.2021, entro il quale sarà possibile adottare tale disciplina.**

La determinazione a contrattare, inoltre, ha una scontata rilevanza esterna anche per una serie di ulteriori elementi definiti in modo chiarissimo dalla legge.

La determinazione a contrattare è fondamento essenziale della cosiddetta "evidenza pubblica": infatti, evidenzia l'intenzione delle stazioni appaltanti di attivare un procedimento di acquisizione di lavori, beni o servizi, in omaggio ai principi di trasparenza amministrativa.

Nello stesso tempo, essa costituisce un vincolo operativo interno, in quanto detta, in via preventiva, alcune regole ed i fini da perseguire, in modo che possa essere svolto il controllo sull'azione dei soggetti chiamati in causa: dal responsabile del procedimento di spesa, al responsabile unico del procedimento.

Gli effetti che produce la determinazione a contrattare restano esclusivamente e solo interni, rivolti, cioè, in via esclusiva all'amministrazione.

La rilevanza esterna, quindi, è fattispecie totalmente diversa dall'efficacia esterna.

Questa discende dalla capacità del provvedimento di costituire, modificare o estinguere posizioni giuridiche soggettive.

La determinazione a contrattare non produce, nei confronti dei terzi, nessuno di questi effetti: non costituisce, modifica o estingue nulla, nei confronti dei terzi.

Come stabilisce la legge, essa si limita a dettare solo ed esclusivamente vincoli operativi interni e ad enunciare i fini pubblici ai quali la procedura deve rispondere, costituendo l'ulteriore vincolo interno di bilancio.

La determinazione a contrattare è antecedente all'avvio delle gare, che discende dalla pubblicazione del bando (per le procedure aperte o ristrette) o dell'avviso (anche riferito all'acquisizione delle manifestazioni di interesse ad essere successivamente invitati) per le procedure negoziate. Essa, dunque, non può essere il riferimento per determinare la data dalla quale conteggiare i termini di durata delle procedure in deroga.