

Appalti sotto soglia

Le Linee Guida ANAC n. 4: una rilettura alla luce del nuovo contesto normativo e giurisprudenziale

di Iacopo Cavallini e Maria Orsetti - Dipartimento di Economia e Management, Università di Pisa

Le Linee Guida ANAC n. 4 sono, a tutt'oggi, ancora operative rispetto a un tema che attende da tempo quelle modifiche ritenute necessarie da tutti gli operatori del settore ma che, al momento, appaiono ancora lontane da una sicura definizione: ovvero, gli appalti sotto soglia. Le modifiche apportate dalla stessa Autorità nello scorso luglio, infatti, attengono ai soli aspetti oggetto della procedura di infrazione comunitaria, lasciando inalterato il framework nel suo complesso.

Il testo elaborato dall'ANAC deve comunque essere considerato, allo stato attuale, lo strumento di chiarimento, integrazione e coordinamento del Codice degli Appalti pubblici e il vademecum a cui devono attenersi i responsabili del procedimento, almeno fino a quando non sarà elaborato il regolamento unico imposto dalla Legge 14 giugno 2019, n. 55.

Le Linee Guida ANAC (1) nel rinnovato contesto legislativo

Il citato documento dell'Autorità è ancora operativo rispetto a un tema che attende da tempo quelle modifiche ritenute necessarie da tutti gli operatori del settore, ma che, a oggi, appaiono ancora lontane da una sicura definizione.

Una rilettura del testo si è resa necessaria a seguito dell'avvio della procedura di infrazione da parte della Comunità Europea sulle procedure relative alle opere di urbanizzazione a scomputo; anche il Consiglio di Stato, con parere del 30 aprile 2019, n. 1312 (richiesto da ANAC stessa), aveva evidenziato la necessità di alcune modifiche in materia sia di appalti sotto soglia di interesse transfrontaliero, sia di opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso a costruire. Tuttavia, sarebbe ancora più auspicabile un aggiornamento, anche per

effetto delle modifiche normative introdotte dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32, c.d. "decreto sblocca-cantieri", convertito nella citata Legge n. 55/2019 (2). È noto come la novella normativa abbia ripensato il ruolo dell'Autorità nazionale prevedendo che l'esecuzione, l'attuazione e l'integrazione del D.Lgs. n. 50/2016 non siano più affidate alle citate Linee Guida, ma a un Regolamento unico da adottarsi con Decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri su proposta del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti di concerto con il Ministro dell'economia e delle finanze, sentita la Conferenza Stato-Regioni.

Le disposizioni contenute alla lett. gg) del comma 20 dell'art. 1, D.L. n. 32/2019, come integrato dalla Legge n. 55/2019, modificano e integrano le disposizioni transitorie previste dall'art. 216 del Codice dei contratti pubblici; disciplinano, inoltre, l'emana-zione - da ultimare in 180 gg. dall'entrata in vigore

(1) Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, approvate con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018 elaborate per aggiornarle al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

(2) Conversione in legge, con modificazioni, del D.L. 18 aprile 2019, n. 32, recante disposizioni urgenti per il rilancio del settore dei contratti pubblici, per l'accelerazione degli interventi infrastrutturali, di rigenerazione urbana e di ricostruzione a seguito di eventi sismici.

del decreto (e quindi entro la fine del 2019) - del predetto regolamento di attuazione, esecuzione ed integrazione del Codice, nonché le disposizioni applicabili nelle more della sua entrata in vigore.

La procedura prevista è quella del Decreto del Presidente della Repubblica; procedura che richiede una notevole quantità di interventi (dalle competenti Commissioni parlamentari fino al parere del Consiglio di Stato), ai quali si aggiungono, per espressa previsione normativa, i pareri della Conferenza Unificata. Pertanto, è facilmente intuibile che i suddetti sei mesi non saranno rispettati (3).

A ben vedere, l'emanando testo non si prefigge l'integrale sostituzione di qualunque norma, testo regolamentare o delibera, che nel frattempo sia stato emanato in attuazione del Codice degli Appalti; tuttavia, avrà la funzione non solo di far cessare l'efficacia delle Linee Guida di cui all'art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016 vertenti sulle materie espressamente indicate come oggetto del nuovo Regolamento, ma anche di rendere inefficaci quelle Linee Guida che siano "comunque in contrasto con le disposizioni recate dal Regolamento" (4) medesimo.

Per effetto della novella legislativa cesseranno di avere efficacia, inoltre:

- l'art. 24, comma 2 (Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti sui requisiti degli operatori economici per l'affidamento dei servizi di architettura e di ingegneria);

- l'art. 31, comma 5 (Linee guida ANAC relative alla disciplina di maggior dettaglio sui compiti specifici del RUP, sui presupposti e sulle modalità di nomina, nonché sugli ulteriori requisiti di professionalità);

- l'art. 36, comma 7 (Linee guida ANAC recanti modalità in merito alle procedure relative ai contratti sotto soglia, alle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici);

- l'art. 89, comma 11 (Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti recante il regolamento al fine di ottenere l'attestazione di qualificazione degli esecutori di lavori pubblici);

- l'art. 111, commi 1 e 2 (Decreto del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti recante modalità e tipologia

di atti attraverso cui il direttore dei lavori e il direttore dell'esecuzione effettuano la propria attività);

- gli artt. 146, comma 4, 147, commi 1 e 2, e 150, comma 2 (Decreto del MIBACT recante livelli e contenuti delle linee progettazione e del collaudo dei beni culturali).

Per quanto concerne il regime transitorio, il Consiglio di Stato nel parere 30 aprile 2019, n. 1312 affronta e risolve il problema del coordinamento tra fonti normative succedutesi nel tempo.

Infatti, il recente D.L. n. 32/2019 è stato convertito nella Legge n. 55/2019, e sono state introdotte numerose e rilevanti modifiche al Codice degli Appalti: di conseguenza, le Linee Guida n. 4/2018 potrebbero sembrare *prima facie* superate. Tuttavia i Giudici di Palazzo Spada ne ribadiscono, almeno formalmente, l'operatività precisando che: "Non è dato sapere se il regolamento unico entrerà in vigore e quando; tuttavia su alcune delle richieste formulate dall'ANAC può essere comunque reso parere anche in considerazione del fatto che le linee guida rimarranno 'in vigore o efficaci' sino alla data di entrata in vigore del regolamento in questione".

Le novità del Decreto "Sblocca Cantieri", e i loro effetti pratici sull'applicazione delle Linee Guida ANAC n. 4 al Codice degli Appalti: la declinazione del principio di rotazione

Le Linee Guida ANAC n. 4 (approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera 26 ottobre 2016, n. 1097, aggiornate al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio 1° marzo 2018, n. 206) in tema di procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici, sono, a tutt'oggi, operative su un tema che attende da tempo quelle modifiche ritenute necessarie da tutti gli operatori del settore ma che, *sic res stantibus*, appare ancora lontano da una sicura definizione.

Il testo elaborato dall'ANAC deve infatti considerarsi ancora lo strumento di chiarimento, integrazione e coordinamento del Codice degli Appalti pubblici e il

(3) Il nuovo comma 27-octies dell'art. 216, D.Lgs. n. 50/2016, aggiunto dall'art. 1, comma 20, lett. gg), D.L. n. 32/2019 come convertito dalla Legge n. 55/2019, prevede un elenco delle materie in cui interverrà il citato Regolamento Unico:

a) nomina, ruolo e compiti del responsabile del procedimento;
b) progettazione di lavori, servizi e forniture, e verifica del progetto;
c) sistema di qualificazione e requisiti degli esecutori di lavori e dei contraenti generali;

d) procedure di affidamento e realizzazione dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie;

e) direzione dei lavori e dell'esecuzione;

f) esecuzione dei contratti di lavori, servizi e forniture, contabilità, sospensioni e penali;

g) collaudo e verifica di conformità;

h) affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e relativi requisiti degli operatori economici;

i) lavori riguardanti i beni culturali.

(4) Art. 216, comma 27-octies, D.Lgs. n. 50/2016, aggiunto dall'art. 1, comma 20, lett. gg), D.L. n. 32/2019 come convertito dalla Legge n. 55/2019.

vademecum cui devono attenersi i responsabili del procedimento, almeno fino a quando non sarà elaborato il predetto regolamento ministeriale.

Sul punto il Decreto "Sblocca Cantieri" prevede un'ulteriore disposizione sul regime transitorio antecedente l'approvazione del citato Regolamento Unico: nelle more dell'entrata in vigore del regolamento stesso, le Linee Guida e i decreti attuativi restano in vigore "in quanto compatibili [...] e non oggetto delle [...] procedure di infrazione nn. 2017/2090 e 2018/2273" avviate dalla Commissione Europea.

Il nuovo comma 27-octies, aggiunto all'art. 216 del Codice degli appalti, prosegue stabilendo che: "Ai soli fini dell'archiviazione delle citate procedure di infrazione, nelle more dell'entrata in vigore del regolamento, il Ministro delle infrastrutture e dei trasporti e l'ANAC sono autorizzati a modificare rispettivamente i decreti e le Linee Guida adottati in materia".

Quindi, ancorché la nuova norma abbia modificato radicalmente il Codice Appalti, le Linee Guida vigenti possono - e così è stato fino a ora - essere aggiornate limitatamente agli aspetti in contrasto con il regime comunitario.

In linea con questa previsione, infatti, con Delibera 10 luglio 2019, n. 636 l'ANAC ha stabilito di aggiornare le proprie Linee Guida n. 4, alla luce delle novità intervenute successivamente al precedente adeguamento, e in particolare delle osservazioni contenute nella lettera del 24 gennaio 2019 di costituzione in mora dello Stato italiano da parte della Commissione europea. Oggetto dell'intervento sono, quindi, solo due ambiti: gli appalti di interesse transfrontaliero, e la disciplina delle opere di urbanizzazione.

Paradossalmente, le predette Linee Guida non sono state aggiornate per tenere in considerazione le notevoli novità apportate dal D.L. n. 32/2019, che pure allarga in misura più che considerevole l'ambito degli affidamenti diretti sotto soglia. Il regime transitorio, dunque, potenzialmente destinato a protrarsi a lungo, resta particolarmente intricato: le Linee Guida

potranno essere aggiornate alla nuova normativa Sblocca Cantieri solo nelle materie suddette - oggetto di procedura di infrazione comunitaria - con il rischio che di fatto esse rimangano inefficaci in quanto inapplicabili, perché in contrasto con le nuove disposizioni su numerose altre materie.

La conferma di questa situazione particolarmente complicata si è avuta nella procedura di aggiornamento delle Linee Guida n. 4 conclusasi, come accennato, il 10 luglio scorso, con un adeguamento alla sola normativa comunitaria. Nella versione in bozza ancora consultabile sul sito dell'ANAC, trasmessa al Consiglio di Stato per un parere, si prevedevano espressamente due modifiche per adeguare le suddette alle nuove norme in vigore. L'Autorità aveva, infatti, proposto la modifica al punto 3.1 prevedendo di innalzare fino a 5.000 euro (nuova soglia già affrancata dall'obbligo, di cui alla Legge di Bilancio 2019, Legge n. 145/2018, di ricorrere al Mercato elettronico (5) e alle comunicazioni telematiche (6)) il limite entro il quale sarebbe stato possibile procedere agli affidamenti, derogando al principio di rotazione.

Il RUP avrebbe potuto, quindi, ribadire anche l'affidamento diretto al vecchio affidatario, purché la determinazione a contrarre (o atto equivalente) contenesse una sintetica motivazione di questa scelta.

Questa novità non sarebbe stata di poco conto se si considera che la modifica, pur comportando sicuramente una semplificazione, al tempo stesso avrebbe avuto un impatto significativo su un numero estremamente elevato di affidamenti di piccolo importo: è di circa quattro milioni, infatti, il numero medio annuo di affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro (7).

L'ANAC, inoltre, aveva previsto anche un adeguamento del punto 5.1 per allineare le predette linee guida a quanto stabilito dall'art. 1, comma 912, Legge n. 145/2018 stabilendo che: "La procedura prevista dall'art. 1, comma 912, della Legge n. 145/2018 per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 e inferiore a 150.000 prevede la possibilità, fino al 31

(5) L'art. 1, comma 130, Legge di bilancio 2019 (Legge n. 145/2018) impone, nei confronti del comma 450 dell'art. 1, Legge n. 296/2006, il ricorso al Mepa per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro. Detta disposizione, nella sua ultima versione, così recita: "Le amministrazioni statali centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli Enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'art. 328, comma 1, del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207".

(6) Questa modifica non può passare di certo inosservata, in quanto deve necessariamente essere letta in combinato disposto con le norme che, a partire dal 18 ottobre 2018, impongono l'utilizzo di sistemi telematici per l'affidamento delle procedure di gara e - sempre in relazione a tale argomento - con il comunicato che ANAC ha emesso lo scorso 30 ottobre 2018 sull'applicabilità della disposizione di cui all'art. 40 del Codice agli affidamenti per importi inferiori a 1.000 euro. La modifica apportata al comma 450 dell'art. 1, Legge n. 296/2006 (espressamente richiamata, peraltro, nel citato comunicato dell'Autorità) da parte della Legge di Stabilità permette, pertanto, adesso alle Amministrazioni di procedere senza l'acquisizione di comunicazione telematiche per tutti quegli affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro.

(7) Dati ANAC - Relazione accompagnatoria alle modifiche delle Linee Guida n. 4.

dicembre 2019, di ricorrere all'affidamento diretto previa acquisizione di tre preventivi". Tuttavia, il Consiglio di Stato nel parere 30 aprile 2019, n. 1312 ha ritenuto sul punto "di non poter esprimere parere in considerazione del fatto che la disciplina è stata modificata dal D.L. 18 aprile 2019, n. 32".

Coerentemente l'Autorità ha ritenuto, dunque, di non aggiornare le Linee Guida n. 4 alla normativa nazionale vigente, ma solo a quella comunitaria.

Tale testo contiene indicazioni sulle modalità di selezione degli operatori economici, prevedendo che il principio di rotazione si applica quando l'affidamento immediatamente precedente e quello attuale abbiano a oggetto il medesimo settore merceologico, le stesse categorie di opere o lo stesso settore di servizi.

Esso non si applica ove si utilizzino procedure ordinarie, o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice, non operi nelle indagini di mercato o nello scorrimento degli elenchi alcuna limitazione al numero di operatori da invitare.

E, negli appalti sotto soglia, il principio di rotazione posto a tutela della concorrenza è finalizzato a evitare le c.d. "rendite di posizione" in favore del fornitore uscente (che si trova in una posizione di vantaggio per le informazioni acquisite nel corso del pregresso contratto), deve ritenersi "totale" (8), ovvero come obbligo per il RUP di non invitare il precedente gestore (9).

L'invito a quest'ultimo riveste un carattere del tutto eccezionale, e dovrà essere puntualmente motivato con riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al livello di soddisfazione ottenuto al termine del precedente contratto, alla particolarità dell'oggetto dell'affidamento e alle caratteristiche del mercato di riferimento. Per tali motivi il suddetto non può vantare alcuna pretesa legittima a essere nuovamente invitato in occasione della successiva procedura né, tantomeno, a risultare aggiudicatario.

Del tutto in linea con questa impostazione, la recente sentenza del Consiglio di Stato n. 1574 del 5 marzo 2019 chiarisce che: "Nel caso di appalti sotto soglia che utilizzano la procedura negoziata, per il rispetto del

principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese, è espressa previsione normativa nella fase di consultazione degli operatori economici evitare di invitare a presentare un'offerta il precedente affidatario".

Ciò che rileva è il solo fatto oggettivo del precedente affidamento in favore di un determinato operatore economico, e non la circostanza che questo fosse scaturito da una procedura di tipo aperto o di altra natura.

È logico che, essendo il principio di rotazione posto a tutela della concorrenza intesa anche nella sua dinamicità temporale, esso presuppone una certa continuità negli affidamenti da intendersi nel senso che un servizio, una volta scaduto il contratto, potrebbe essere ripetutamente aggiudicato allo stesso operatore economico mediante una procedura selettiva, senza che rilevi che gli affidamenti siano del tutto identici.

Ciò che conta, ai fini di una corretta applicazione della rotazione, è, dunque, la ripetizione e la continuità nel tempo della prestazione principale o, se non facilmente individuabile (soprattutto nei casi di prestazioni tra di loro non omogenee, oppure quando non vi è una netta prevalenza dell'una sulle altre) che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, anche solo in parte, tale prestazione.

Il principio in esame, invece, non è correttamente invocabile nel caso in cui la stazione appaltante non stabilisca, nell'avviso di selezione, alcuna restrizione alle ditte da invitare (risultando, di fatto, aperta a tutti gli operatori interessati), riservandosi di invitare tutti i candidati alla fase successiva.

Le Linee Guida n. 4, infatti, escludono l'applicazione della rotazione "quando l'affidamento avvenga con procedura aperta al mercato nella quale la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione (questa selezione può avvenire in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero stabilite dalla stessa SA in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi)" (10).

(8) E. Cavalleri, "Se l'indagine di mercato è aperta al mercato, la rotazione è illegittima ...", in *Giurisprudenza Appalti*, 20 luglio 2019.

(9) Consiglio di Stato, sentenza 5 marzo 2019, n. 1524.

(10) Del tutto in linea la pronuncia del TAR Calabria 20 luglio 2019, n. 1457, che ha ritenuto illegittima l'esclusione della ditta precedentemente aggiudicataria dell'appalto sulla sola base del

principio di rotazione, in quanto l'avviso prevedeva che, in ordine alla "fase successiva alle candidature", "nel caso di presentazione di un numero di manifestazioni di interesse superiori a 5 la Stazione Appaltante inviterà alla successiva manifestazione di interesse tutti coloro i quali avranno presentato regolare istanza di interesse", dunque senza limitazione alcuna al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Considerazioni conclusive (11)

Da un punto di vista sistematico, la previsione di un Regolamento unico in sostituzione della *soft law* fornito dalle Linee Guida ANAC avrebbe indubbiamente il pregio di assicurare maggior certezza e unitarietà alla disciplina degli appalti pubblici, e permetterebbe di superare i dubbi sulla natura vincolante, nell'ordinamento nazionale e in base al nostro sistema delle fonti del diritto, delle disposizioni emanate da un'Autorità.

Tuttavia, non è destinato di certo a fornire, almeno non nell'immediato, chiarezza operativa. Infatti, i tempi che saranno necessari all'entrata in vigore del testo regolamentare si preannunciano particolarmente lunghi.

Si è appena conclusa - il 2 settembre scorso - la consultazione pubblica *on-line* avviata dal Ministero dei Trasporti sulla stesura preliminare del testo, che ha raccolto oltre 600 contributi forniti per la maggior parte dagli operatori di settore, ma anche da associazioni di categoria e istituzioni.

Il Ministero ha ritenuto fondamentale consentire la massima partecipazione degli *stakeholder* e porre così le basi di una normativa condivisa. Naturale conseguenza di ciò, la creazione di un regime transitorio lungo e complesso in cui rimarranno in vigore le Linee Guida ANAC non incompatibili e non oggetto della procedura di infrazione comunitaria.

Il problema che si pone, in buona sostanza, è che le Linee Guida vigenti sono ormai già superate dal medesimo Decreto Sblocca Cantieri, che a propria volta ha modificato profondamente il Codice Appalti. E, paradossalmente, l'Autorità non può intervenire con un aggiornamento del proprio testo. Di conseguenza, la maggior incertezza si crea proprio per gli appalti sotto soglia, oggetto di una revisione particolarmente incisiva da parte dello "Sblocca Cantieri": in ultima analisi, potrebbe verificarsi che, seppure formalmente vigenti, le suddette Linee Guida rimangano sostanzialmente inapplicabili nel regime transitorio.

(11) Per un'analisi dell'impatto del decreto sblocca-cantieri sugli appalti cfr., anche, di V. Biondi "Riforma dell'affidamento

diretto degli appalti pubblici: "sblocca" o "blocca" cantieri?" in questa *Rivista*, pag. 1524.