

Appalti sotto soglia

I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'ANAC

di Francesco Manganaro e Rocco Parisi (*)

Le Linee guida n. 4 dell'ANAC, aggiornate alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017, contengono indicazioni di assoluta rilevanza in materia di affidamenti di contratti pubblici sotto soglia, allo scopo di realizzare un equo contemperamento tra le esigenze di semplificazione e celerità, da un lato, ed i principi di legalità e concorrenzialità del mercato, dall'altro. La natura non vincolante di tali Linee guida consente, tuttavia, alle stazioni appaltanti di discostarsi dalle previsioni ivi contenute seppure sulla scorta di una motivazione particolarmente articolata.

1. Questioni (vecchie e nuove) sottese al settore degli affidamenti sotto soglia

Gli affidamenti sotto soglia hanno da sempre rappresentato un settore di indubbia rilevanza e complessità nell'alveo della disciplina dei contratti pubblici, per la continua tensione tra valori contrapposti ed ugualmente rilevanti per l'ordinamento giuridico (1).

Da un lato, si staglia l'esigenza di garantire per affidamenti di modesto valore, volti per lo più a soddisfare esigenze correnti dell'amministrazione, semplificazioni procedurali idonee a garantire la spedita definizione delle commesse pubbliche; dall'altro, si pone pressante la necessità di evitare che tali semplificazioni costituiscano ambito favorevole per il proliferare di distorsioni concorrenziali, prassi di illegalità e corruzione (2).

In passato, la materia era stata oggetto di numerosi interventi legislativi, sia a livello nazionale che comunitario, che avevano dato luogo ad una

inestricabile stratificazione normativa, foriera di incertezze e criticità sul versante applicativo (3).

La tendenza registrata, sia in sede normativa che giurisprudenziale, era quella di ricomprendere i contratti sotto soglia nell'area della disciplina sull'evidenza pubblica di matrice comunitaria, seppur con i dovuti temperamenti procedurali giustificati dal loro modesto valore economico. In particolare, il nucleo duro indelegabile veniva da più parti individuato nei principi fondamentali sanciti dal Trattato e dalle direttive comunitarie, la cui applicazione uniforme doveva essere garantita per tutti i contratti pubblici, senza alcuna distinzione di ordine quantitativo (4).

Superando la disciplina riportata nel D.Lgs. n. 163/2006 e nel d.P.R. n. 207/2010, il nuovo Codice dei contratti pubblici (approvato con D.Lgs. n. 50/2016) ha concentrato in pochi ma significativi articoli disposizioni di assoluta rilevanza in materia di sotto soglia, con l'evidente scopo di ampliare lo spettro di

(*) Il lavoro è stato pensato in modo unitario, tuttavia i paragrafi 1, 2, 3 sono attribuibili al Prof. Manganaro e i parr. 4, 4.1, 4.2, 4.3, 4.4, 5 al Dott. Parisi.

(1) Sul punto: R. De Nicolis, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in questa Rivista, 2016, 503 ss.; M.A. Sandulli - M. Lipari - F. Cardarelli (a cura di), *Il correttivo al Codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 119 ss.; R. Garofoli - G. Ferrari, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, 711; A. Ilacqua, *L'affidamento sotto soglia alla luce delle nuove Linee Guida ANAC. Note sul potere della stazione appaltante e sulla motivazione delle scelte discrezionali*, in *L'amministrativista*, 9 maggio 2018.

(2) Sul rischio di particolare esposizione degli affidamenti sotto soglia a pratiche corruttive e clientelari, si veda: M. Lesto, /

contratti pubblici, a cura di M. Corradino - D. Galli - D. Gentile - M.C. Lenoci - C. Malinconico, Milano, 2017, 737.

(3) Al riguardo, si segnalano: per gli appalti di lavori, le leggi n. 109/1994, n. 216/1995 e n. 415/1998 (cc.dd. Leggi Merloni); per gli appalti di servizi e forniture, il D.Lgs. 24 luglio 1992, n. 358 (per le forniture inferiori a 200.000 ecu), il D.Lgs. 17 marzo 1995, n. 157 (per i servizi superiori a 200.000 ecu), cui si affiancava la disciplina dei contratti di fornitura sotto soglia rimessa al d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573.

(4) Cfr. Corte Giust. UE 24 gennaio 1995, in causa C-359/93; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2002, n. 934, in *Foro amm. CDS*, 2002, 439.

discrezionalità e flessibilità delle stazioni appaltanti nella gestione e nell'affidamento di commesse di modesto valore.

Invero, la disciplina degli affidamenti sotto soglia si pone nell'ambito di un più ampio disegno riformatore avviato dal legislatore del 2016, animato da un ripensamento complessivo delle logiche e degli equilibri sottesi alla contrattualistica pubblica. Nella prospettiva del rilancio economico del sistema nazionale ed europeo (5), il rapporto tra legalità ed efficienza è stato sensibilmente rivisitato a vantaggio di quest'ultima, nel segno di una maggiore attenzione ad istituti di flessibilità e semplificazione. Ciò si è tradotto, anche per gli affidamenti ordinari, in una sensibile attenuazione dei formalismi e degli irrigidimenti procedurali e, di converso, nella decisa espansione della sfera di discrezionalità delle stazioni appaltanti. Le modifiche poi apportate con i correttivi al Codice - D.Lgs. n. 56/2017 e L. n. 96/2017 - vanno nella direzione di un'ulteriore semplificazione e snellimento delle procedure (specie se riferite ad affidamenti di importo inferiore ad euro 40.000).

In questo nuovo quadro sistematico, il recupero della legalità è assicurato, a valle, dalla incisiva attività di controllo (e sanzionatoria) dall'Autorità nazionale anticorruzione, cui sono attribuiti poteri ampi ed eterogenei (oltre che di vigilanza, anche di regolazione, amministrazione attiva e precontenzioso) (6). Invero, il legislatore, consapevole degli squilibri sistemati che da un siffatto ampliamento della flessibilità e dell'autonomia possono scaturire nel rapporto con le contrapposte esigenze di legalità e concorrenzialità del mercato, ha demandato all'ANAC il compito di individuare, in sede di regolamentazione, un adeguato punto di equilibrio tra i valori in gioco. Cosicché, l'ANAC è stata chiamata a dettare disposizioni attuative idonee a contemperare il regime eccezionale e semplificato dei sotto soglia con i principi di legalità e tutela della concorrenza.

Orbene, giova rilevare come la rilevanza delle scelte normative effettuate nel settore dei sotto soglia si giustifichi, oltre che sotto il profilo dogmatico, soprattutto sul piano più squisitamente pratico ed operativo, in virtù del numero elevato di affidamenti sotto soglia registrati negli ultimi anni nel settore pubblico. In particolare, come dimostrato dai dati resi

noti dall'ANAC, il numero di affidamenti sotto soglia si aggira intorno ai 5 milioni annui, di cui la quasi totalità (98%) si riferisce a commesse di modesto valore, di importo inferiore a 40.000 euro (7).

È di piana evidenza, dunque, l'impatto concreto che la disciplina in esame è destinata a riversare nella realtà amministrativa ed economica.

2. Individuazione delle soglie e metodo di calcolo del valore dell'appalto

L'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016, nel riproporre sostanzialmente le soglie previgenti, qualifica sotto soglia gli appalti pubblici di lavori e le concessioni di importo inferiore ad euro 5.225.000, nonché gli appalti pubblici di forniture, servizi e per i concorsi pubblici di progettazione inferiori ad euro 135.000 (se aggiudicati da autorità governative centrali) ovvero ad euro 209.000 (se aggiudicati da amministrazioni sub statali); per gli appalti in materia di servizi sociali la soglia è di euro 750.000. Quanto ai settori speciali, sono da considerarsi sotto soglia i contratti di valore inferiore ad euro 5.225.000 per gli appalti di lavori, ad euro 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, ad euro 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali e per altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

Da ultimo, le predette soglie sono state lievemente incrementate, direttamente dal legislatore comunitario, in virtù dei Regolamenti UE 2364, 2365 e 2366 del 18 dicembre 2017. Cosicché, a partire dal 1° gennaio 2018, le soglie di rilevanza comunitaria sono determinate in euro 5.548.000 per gli appalti di lavori e per le concessioni, in euro 144.000 per gli appalti pubblici di forniture, servizi e per i concorsi pubblici di progettazione (se aggiudicati da autorità governative centrali) ovvero in euro 221.000 (se aggiudicati da amministrazioni sub statali); per gli appalti in materia di servizi sociali resta invariata la soglia di euro 750.000. In relazione ai settori speciali, le nuove soglie sono individuate in euro 5.548.000 per gli appalti di lavori, in euro 443.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione, in euro 1.000.000 (importo invariato rispetto alla soglia previgente) per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX.

(5) Si consideri che in Italia il settore degli appalti pubblici rappresenta circa il 7% del PIL.

(6) Per un'analisi più approfondita sui poteri dell'ANAC in materia di contratti pubblici a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 50/2016, si rimanda a R. Parisi, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici e poteri dell'ANAC*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 2/2018.

(7) Dati estratti dai sistemi informativi dell'ANAC, sulla base dei CIG perfezionati negli anni 2015 e 2016, riportati dalla stessa Autorità nella Relazione AIR per le Linee guida n. 4, aggiornate al D.Lgs. 19 aprile 2017, n. 56.

Al fine di fugare dubbi ed incertezze circa l'effettivo ambito di applicazione della disciplina sui sotto soglia, l'art. 35 del Codice si sofferma in maniera puntuale ed approfondita sulle modalità di determinazione del valore dell'appalto.

Anzitutto, il comma 6 del predetto articolo individua espressamente il fine antielusivo cui deve informarsi l'attività di determinazione del valore dell'appalto, disponendo che le modalità di calcolo non devono rappresentare uno strumento utile a sottrarre artificiosamente l'appalto dall'applicazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica (8).

Tale principio è stato ulteriormente declinato in una serie di regole operative, tra cui è dato segnalare il divieto di frazionamento dell'appalto (art. 35, comma 6) e l'obbligo di considerare complessivamente, ai fini della determinazione della soglia, il valore degli appalti banditi da più unità operative facenti capo alla stessa amministrazione (art. 35, comma 5).

Alle predette disposizioni, connotate da un'evidente *ratio* anti-elusiva, fanno da contraltare una serie di previsioni derogatorie, potenzialmente idonee a frustrarne la concreta funzionalità.

Lo stesso art. 35, comma 2, secondo periodo, ammette che "se un'unità operativa distinta è responsabile in modo indipendente del proprio appalto o di determinate categorie di esso, il valore dell'appalto può essere stimato con riferimento al valore attribuito dall'unità operativa distinta". Una previsione, questa, che nella sostanza rimette alla discrezionalità delle amministrazioni la determinazione dell'autonomia delle singole unità operative, da cui deriva la possibilità di estromettere il valore dell'appalto dell'unità operativa (asseritamente) autonoma dalla somma dei valori degli appalti banditi dalle altre unità operative. Una soluzione, dunque, evidentemente foriera di possibili frazionamenti artificiosi dell'importo di gara da parte delle stazioni appaltanti.

Inoltre, il comma 11 del medesimo art. 35 attribuisce alle amministrazioni la possibilità di procedere all'aggiudicazione dell'appalto per singoli lotti qualora il valore stimato al netto dell'IVA risulti inferiore ad euro 80.000 (per le forniture o i servizi), ovvero ad euro 1.000.000 (per i lavori), a patto che il valore

cumulato dei lotti aggiudicati non superi il 20% del valore complessivo di tutti i lotti in cui sia stata frazionata l'opera prevista, il progetto di acquisizione di forniture omogenee, ovvero il progetto di prestazione di servizi.

Pertanto, pur fissando in linea di principio il divieto di frazionamento artificioso dell'appalto, la normativa codicistica si apre ad ipotesi derogatorie di non poco momento che, seppur fondate sulla meritoria esigenza di sostenere l'accesso al mercato delle piccole e microimprese, si rivelano potenzialmente idonee a favorire il proliferare di prassi elusive della disciplina nazionale ed europea sui contratti pubblici.

3. Il regime giuridico degli affidamenti sotto soglia

L'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 detta la disciplina fondamentale per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie stabilite dall'art. 35, in riferimento sia ai settori ordinari (ivi inclusi i servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria e i servizi sociali e gli altri servizi specifici elencati all'allegato IX) che a quelli speciali, nei limiti della compatibilità.

Da un punto di vista soggettivo, tali disposizioni si applicano a tutte le stazioni appaltanti, ad eccezione delle imprese pubbliche e dei soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria rientranti nell'ambito definito dagli artt. da 115 a 121 del Codice dei contratti pubblici.

Com'è noto, gli affidamenti sotto soglia non sono del tutto refrattari all'applicazione della disciplina sui contratti pubblici, dovendo comunque uniformarsi ai principi fondamentali sanciti dagli artt. 29, 30, 34 e 42 del Codice (9), nonché alla regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti.

Le maggiori criticità della materia in esame afferiscono, storicamente, all'immanenza di interessi e valori in conflitto, di difficile temperamento e altrettanto rilevanti per l'ordinamento costituzionale: da un lato, si stagliano i canoni generali di legalità, imparzialità e concorrenzialità del mercato, atti a conformare l'attività amministrativa nel suo

(8) Tale principio è ulteriormente specificato dall'ANAC nel paragrafo 2.1 delle Linee guida n. 4, aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017, laddove è previsto che "al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto ad eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo".

(9) Si tratta, in particolare, di canoni fondamentali in materia amministrativa, di matrice sia europea che nazionale, tra cui: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione, sostenibilità energetica e ambientale, prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse.

complesso; dall'altro, si pongono peculiari esigenze di efficienza e semplificazione procedimentale (10), utili a consentire la rapida definizione di affidamenti di valore esiguo, volti per lo più al soddisfacimento di necessità correnti ed impellenti delle amministrazioni pubbliche.

In questa prospettiva, le disposizioni del Codice prevedono un regime di specialità e semplificazione ad intensità variabile, in rapporto inversamente proporzionale al valore dell'appalto. Cosicché, le eccezioni alla procedura ordinaria di affidamento, di massima intensità per i contratti di importo inferiore ad euro 40.000, sono destinate ad attenuarsi sensibilmente laddove l'importo del contratto si avvicini alle soglie fissate dall'art. 35.

Invero, fermo restando la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie e fatte salve le ipotesi in cui sussista l'obbligo di ricorrere al mercato elettronico ovvero al sistema delle centrali di committenza, le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento di lavori, servizi e forniture sotto soglia mediante procedure differenziate in ragione del valore dell'appalto.

A tal fine, l'art. 36, comma 2, suddivide i contratti sotto soglia in diverse categorie individuate per valore.

Per contratti di importo inferiore ad euro 40.000, le amministrazioni possono procedere con affidamento diretto, o per i lavori in amministrazione diretta, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici. In questo caso, dunque, la semplificazione procedimentale ed il regime di specialità assumono la massima intensità possibile, consentendo alle stazioni appaltanti di scegliere direttamente il proprio contraente in deroga all'obbligo del previo confronto competitivo. La procedura in esame deve essere avviata con l'adozione di una determina a contrarre, in cui deve essere indicato, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore ed il possesso dei requisiti (11).

Il settore degli affidamenti diretti è stato profondamente segnato dalle modifiche apportate con il D.Lgs. n. 56/2017, teso ad incrementare ulteriormente i profili di semplificazione e flessibilità previgenti.

Invero, oltre a spiegare espressamente che l'affidamento diretto può avvenire anche senza previa

consultazione di due o più operatori economici, è venuto meno l'obbligo della stazione appaltante di motivare le ragioni dell'affidamento diretto. Per tale via, la scelta di procedere mediante affidamento diretto rinviene una propria motivazione *ex lege* nel valore contenuto del contratto (in quanto inferiore ad euro 40.000) e nelle esigenze di celerità e semplificazione ivi sottese (12).

Onde bilanciare l'ampio margine di discrezionalità e flessibilità riconosciuto alle amministrazioni, il decreto correttivo ha opportunamente esteso l'obbligo di rotazione sia agli inviti che agli affidamenti. Al riguardo, le nuove Linee guida n. 4 riportano disposizioni di assoluta rilevanza nella definizione della portata del principio di rotazione, come poi meglio si vedrà (13).

Per quanto concerne gli affidamenti di valore pari o superiore a 40.000 euro ed inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, le stazioni appaltanti possono ricorrere ad una procedura negoziata, cui devono essere invitati a partecipare almeno dieci operatori economici per i lavori o cinque per i servizi e le forniture.

Gli operatori da invitare devono essere individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici precostituiti dalle stesse amministrazioni, nel rispetto del criterio di rotazione. In queste ipotesi, dunque, la stazione appaltante è tenuta a procedere al confronto competitivo tra una platea ristretta di operatori economici, previamente selezionati ed invitati mediante indagini di mercato o attingendo da appositi elenchi già costituiti dagli stessi enti.

Il comma 5 dell'art. 36 prevede ulteriori forme di semplificazione per le procedure negoziate, limitando l'obbligo di verifica dei requisiti al solo aggiudicatario, rimettendo alla discrezionalità (*rectius*: responsabilità) della stazione appaltante la possibilità di estendere i controlli anche agli altri partecipanti e fermo restando, in ogni caso, l'obbligo di verificare i requisiti economici e finanziari e tecnico finanziari eventualmente richiesti nella lettera di invito.

Per gli affidamenti di lavori di importo pari o superiore ad euro 150.000 ed inferiore ad euro 1.000.000, è prevista la possibilità di ricorrere a procedure negoziate, secondo modalità analoghe a quelle appena

(10) Per un maggiore approfondimento sulle dinamiche in esame si rimanda a F. Manganaro, *Principio di legalità e semplificazione dell'attività amministrativa*, Napoli, 2000; P.L. Portaluri, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 403 ss.

(11) Cfr. art. 32, comma 2 e art. 36, comma 2, lett. a), D.Lgs. n. 50/2016.

(12) Sul punto, si veda A. Clini, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, in questa *Rivista*, 2017, 758.

(13) Cfr. *infra*, 4.1.

descritte, con il coinvolgimento di almeno 15 operatori economici.

Infine, per i contratti di lavori di importo pari o superiore ad euro 1.000.000, l'affidamento si realizza mediante procedure ordinarie.

È evidente, dunque, come nel complesso le eccezioni al regime ordinario, di massima portata per gli affidamenti *infra* 40.000 euro, vadano via via attenuandosi in rapporto all'incremento del valore dell'appalto, fino a scomparire in prossimità delle soglie indicate dall'art. 35 del Codice.

Giova, infine, rilevare come il D.Lgs. n. 50/2016, soprattutto a seguito dell'intervento correttivo, riservi agli affidamenti sotto soglia ulteriori disposizioni eccezionali e derogatorie, tra cui si segnala: la possibilità che le commissioni di aggiudicazione siano costituite da soggetti nominati dalla stessa stazione appaltante tra i suoi componenti interni (14); la possibilità di ricorrere al criterio di aggiudicazione del minor prezzo (15); la non applicazione dello *stand still period* (16); la possibile stipulazione in forma semplificata di contratti di importo inferiore ad euro 40.000 (17); la facoltatività della garanzia provvisoria e di quella definitiva (18).

4. Le Linee guida ANAC n. 4, aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017

Il comma 7 dell'art. 36 ha demandato all'ANAC l'adozione di apposite Linee guida volte a stabilire "modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di affidamento sotto soglia, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale". L'ANAC ha perciò adottato le Linee guida n. 4, recanti "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", provvedendo, peraltro, ad un sostanziale aggiornamento delle medesime a seguito dell'entrata in vigore del D.Lgs. n. 56/2017. Il testo aggiornato delle Linee guida n. 4 è stato approvato dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 206 del 1° marzo 2018 ed è entrato in vigore il 7 aprile 2018 (19).

La *ratio* ispiratrice che permea l'atto di regolazione in commento è quella di "pervenire a concrete modalità di semplificazione delle procedure nel sotto soglia, che garantiscano al contempo il rispetto dei principi di legalità a tutela del mercato e della concorrenza" (20).

Tuttavia, pur contenendo disposizioni applicative di assoluta rilevanza nel sistema dei contratti sotto soglia, le Linee guida n. 4 si connotano per una natura giuridica non vincolante (21), cosicché le stazioni appaltanti possono discostarsi dalle istruzioni operative ivi contenute, puntualmente motivando circa le ragioni che hanno condotto ad una diversa scelta amministrativa.

Al riguardo, la natura non vincolante delle Linee guida in esame appare difficilmente giustificabile sia sul piano sostanziale, in ragione della notevole portata e rilevanza precettiva delle disposizioni ivi contenute, che su quello formale, in virtù del meccanismo di delegificazione previsto dallo stesso comma 7 dell'art. 36, volto ad attribuire all'atto di regolazione ANAC un'efficacia chiaramente abrogativa del disposto di cui all'art. 216, comma 9, del Codice.

4.1. (Segue) Il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti

Bisogna esaminare le novità di maggiore valenza introdotte dalle Linee guida in commento per ciascuno degli ambiti d'intervento individuati dall'art. 36, comma 7, del Codice.

Come si è visto, gli ultimi interventi di riforma hanno notevolmente incrementato il regime derogatorio riservato agli affidamenti sotto soglia, specie in relazione ai contratti di valore inferiore ad euro 40.000,

(14) Cfr. art. 77, comma 3, D.Lgs. n. 50/2016.

(15) Cfr. art. 95, commi 3 e 4, D.Lgs. n. 50/2016.

(16) Cfr. art. 32, comma 10, lett. b), D.Lgs. n. 50/2016. Critiche fondate sulla deroga in esame sono state avanzate da F. Mangano, *Soglie di rilevanza comunitaria nel Codice dei contratti pubblici*, in questa *Rivista*, 2016, 952.

(17) Cfr. art. 32, comma 14, D.Lgs. n. 50/2016.

(18) Cfr. artt. 93, comma 1, e 103, comma 11, D.Lgs. n. 50/2016.

(19) Le Linee guida n. 4, inizialmente approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016, sono state

successivamente sottoposte ad una procedura di revisione ed aggiornamento, necessaria alla luce delle nuove disposizioni introdotte dal D.Lgs. n. 56/2017, culminata con l'approvazione del testo aggiornato da parte del Consiglio con delibera n. 206 del 1° marzo 2018. Le Linee guida aggiornate, pubblicate nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana in data 23 marzo 2017, sono entrate in vigore il 7 aprile 2018.

(20) Cfr. Relazione AIR redatta dall'ANAC in riferimento alle Linee guida n. 4, aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017.

(21) La natura non vincolante delle Linee guida n. 4 è stata confermata da Cons. Stato, Ad. Comm. spec., parere n. 361/2018.

per i quali le stazioni appaltanti possono di norma procedere ad affidamenti diretti prescindendo dal previo confronto concorrenziale tra gli operatori del mercato. Per i contratti sotto soglia di importo superiore a 40.000 euro, invece, è ammesso il ricorso a procedure negoziate, con la consultazione di un numero minimo di operatori economici stabilito dalla legge.

Orbene, onde evitare che l'applicazione di siffatto regime derogatorio possa condurre a distorsioni concorrenziali e prassi di malaffare, il legislatore del Codice ha ritenuto di dover bilanciare l'ampio margine di autonomia e discrezionalità riconosciuto alle stazioni appaltanti con l'imposizione dell'obbligo di rotazione degli inviti e degli affidamenti (22).

A tal fine, si impone all'amministrazione di escludere dall'affidamento diretto e dagli inviti alla procedura negoziata il contraente uscente e l'operatore che in precedenza sia stato invitato a partecipare pur non risultando affidatario. A ben vedere, la regola della rotazione rappresenta un fondamentale strumento di riequilibrio del sistema, a tutela della legalità e della concorrenza del mercato, idoneo a contrastare il consolidamento di posizioni di vantaggio e di asimmetria informativa in favore di coloro i quali siano già entrati, a vario titolo, in contatto con l'amministrazione aggiudicatrice.

In virtù del mandato conferito dall'art. 36, comma 7 del Codice, l'ANAC è stata chiamata a declinare in termini operativi il principio in esame, onde consentirne un'applicazione equilibrata ed ossequiosa dei vari principi ed interessi in gioco, primi fra tutti la libertà d'impresa ed il buon andamento amministrativo.

Lungo il solco appena tracciato, le Linee guida n. 4 procedono innanzitutto ad una puntuale indicazione dei presupposti oggettivi del principio di rotazione, stabilendo che lo stesso si applica soltanto in relazione ad appalti oggettivamente identici o analoghi, connotati da omogeneità merceologica o afferenti al medesimo settore di opere e servizi.

Particolarmente significativa, al riguardo, risulta la facoltà riconosciuta alle stazioni appaltanti di suddividere, con apposito regolamento, gli affidamenti in diverse fasce di valore economico, con conseguente limitazione dell'obbligo di rotazione ai soli affidamenti appartenenti alla stessa fascia (23). Evidentemente l'intento perseguito dall'ANAC è quello di preservare la libertà di iniziativa economica privata da eccessive restrizioni, evitando che l'applicazione

indiscriminata del principio di rotazione possa condurre all'estromissione da un affidamento di notevole valore di un operatore già affidatario di una commessa di importo modesto.

Inoltre, è previsto che la rotazione non operi qualora l'amministrazione abbia stipulato il contratto sotto soglia all'esito di procedure ordinarie, o comunque senza operare alcuna restrizione alla partecipazione degli operatori economici interessati. In effetti, difettando qualsivoglia limitazione alla partecipazione degli operatori alla procedura, non sussiste nelle predette ipotesi l'esigenza di un riequilibrio concorrenziale che giustifichi l'imposizione dell'obbligo di rotazione.

Sotto il profilo temporale, le Linee guida specificano che l'applicazione della rotazione è limitata all'appalto immediatamente successivo a quello in cui l'operatore sia risultato affidatario (o sia stato invitato). Anche questa precisazione si rivela funzionale a garantire i principi di libertà d'impresa, concorrenzialità, proporzionalità e buon andamento, evitando che validi operatori economici possano essere estromessi dalla competizione per un arco temporale eccessivo.

Al riguardo, l'Autorità puntualizza altresì che le stazioni appaltanti sono tenute ad astenersi dal compimento di prassi idonee ad eludere fraudolentemente l'applicazione del principio di rotazione, quali ad esempio l'alternanza sequenziale di affidamenti diretti o inviti nei confronti degli stessi operatori economici.

Le Linee guida prevedono una rilevante diversificazione, sul versante soggettivo, del rigore applicativo dell'obbligo di rotazione, all'uopo distinguendo opportunamente la posizione giuridica dell'affidatario uscente da quella dell'operatore che sia stato invitato a partecipare alla precedente procedura non risultando aggiudicatario. In effetti, fermo restando che l'obbligo di rotazione comporta di regola il divieto di affidamento o invito nei confronti sia del contraente uscente che dell'invitato non aggiudicatario, viene prevista una differente intensità dell'onere motivazionale cui le stazioni appaltanti sono tenute qualora intendano derogare alla predetta regola generale. Mentre la scelta di coinvolgere nuovamente l'operatore uscente deve essere motivata in maniera particolarmente stringente ed obiettiva, in ragione sia delle caratteristiche oggettive del mercato che dell'affidabilità dimostrata dall'operatore economico nell'esecuzione della

(22) S. Usai, *Il rispetto del principio di rotazione e la tutela del progresso affidatario*, in questa *Rivista*, 2017, 420 ss.

(23) Cfr. par. 3.6 delle Linee guida n. 4/2018.

precedente commessa, l'affidamento o la nuova consultazione dell'invitato non affidatario può essere più agevolmente giustificata sulla scorta di valutazioni squisitamente soggettive, inerenti "l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso" (24). Cosicché la nuova consultazione del contraente uscente assume una più spiccata portata eccezionale e derogatoria, imponendo all'amministrazione un onere motivazionale particolarmente approfondito, in cui le valutazioni inerenti le qualità soggettive dell'operatore di riferimento (*ex se* sufficienti a giustificare il rinnovato invito o l'affidamento in favore dell'invitato non aggiudicatario) devono essere precedute dal positivo accertamento di ragioni giustificative di carattere oggettivo ed estrinseco, relative alle condizioni obiettive del mercato.

Ebbene, pare opportuno evidenziare l'opportunità e la ragionevolezza della distinzione operata al riguardo dalle Linee guida, funzionale a garantire l'applicazione pertinente e proporzionale della disciplina di riferimento rispetto agli obiettivi ed ai valori in gioco. Invero, se la finalità del principio di rotazione è quella di riequilibrare il mercato impedendo il consolidamento delle rendite di posizione, pare del tutto ragionevole mitigare il rigore applicativo della regola in relazione all'operatore invitato non aggiudicatario, per il quale il rischio di asimmetria economica ed informativa risulta di gran lunga inferiore rispetto all'affidatario uscente. Per di più, l'applicazione eccessivamente rigorosa del principio di rotazione recherebbe con sé il rischio di *moral hazard* dell'operatore invitato ad una gara, il quale, con la prospettiva di doversi giocare il "tutto per tutto" in un'unica *chance* di aggiudicazione, potrebbe essere indotto a presentare un'offerta eccessiva e difficilmente sostenibile.

In maniera altrettanto ragionevole, le Linee guida n. 4 prevedono che per i contratti di valore bagatelare (inferiore ad euro 1.000) le stazioni appaltanti possano derogare all'obbligo di rotazione fornendo una sintetica motivazione. In questi casi, la deroga pare ampiamente giustificata alla luce dell'importo assolutamente esiguo degli affidamenti, tale da ridurre al minimo il rischio di consolidamento di posizioni di vantaggio in capo all'operatore uscente. Le indicazioni fornite dall'ANAC in merito al principio di rotazione appaiono sostanzialmente ragionevoli, funzionali a garantirne un'applicazione

equilibrata ed ossequiosa di principi altrettanto rilevanti per l'ordinamento giuridico (*id est*: libertà di iniziativa economica privata, imparzialità, buon andamento amministrativo, ecc.).

Semmai, pare opportuno segnalare che le disposizioni in esame, lungi dal limitarsi a fornire meri indirizzi operativi alle stazioni appaltanti, incidono in maniera immediata e diretta sul contenuto precettivo della regola di rotazione, concorrendo a perimetrarne l'alveo applicativo sul versante oggettivo, soggettivo e temporale. Tale considerazione acuisce ulteriormente le perplessità già rilevate in riferimento alla natura non vincolante attribuita alle Linee guida n. 4.

4.2. (Segue) Modalità di attuazione delle verifiche sui requisiti degli operatori nelle ipotesi di affidamento diretto

Nel demandare alle linee guida la precisazione di "modalità di attuazione [...] delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata" (25), il legislatore ha posto un obiettivo di ulteriore semplificazione del procedimento di verifica dei requisiti in capo all'affidatario diretto.

A tal proposito, giova rammentare che il comma 5 dell'art. 36 prevede un regime già semplificato per i controlli che la stazione appaltante è tenuta a realizzare nel corso delle procedure negoziate, limitando l'obbligatorietà della verifica nei riguardi del solo affidatario e rimettendo alla discrezionalità dell'Ente la possibilità di estendere i controlli anche agli altri partecipanti. Pertanto, la scelta di demandare all'ANAC l'indicazione delle modalità attuative per le verifiche da espletare nelle ipotesi di affidamenti diretti appare chiaramente preordinata a prefigurare per i contratti *infra* 40.000 euro una regolamentazione ancor più semplificata rispetto al regime di controlli previsto per le procedure negoziate.

Di conseguenza si è posto, anche per i controlli, l'esigenza di introdurre una disciplina attuativa idonea a contemperare equamente le esigenze di efficienza e buon andamento amministrativo con quelle di legalità ed imparzialità.

Proprio alla luce della complessità e delicatezza delle istanze in gioco, l'Autorità ha optato per un approccio flessibile ed equilibrato, calibrando l'intensità delle semplificazioni in rapporto inversamente proporzionale al valore del contratto da stipulare. Anche in materia di controlli, dunque, la scelta dell'ANAC è stata quella di suddividere il settore degli

(24) Cfr. par. 3.7 delle Linee guida n. 4/2018.

(25) Cfr. art. 36, comma 7, D.Lgs. n. 50/2016.

affidamenti sotto i 40.000 euro in diverse fasce di valore, prevedendo per ciascuna un peculiare regime di semplificazione.

In particolare, la semplificazione sui controlli è massima per i contratti di importo inferiore ad euro 5.000, in cui prevale l'esigenza alla rapida definizione dell'affidamento (di solito preordinato al soddisfacimento di necessità correnti e utili a consentire il corretto funzionamento delle strutture amministrative). In queste ipotesi, la sussistenza in capo all'affidatario dei requisiti generali di cui all'art. 80 del Codice, ovvero di quelli speciali se previsti dalla stazione appaltante, è attestata da un'autodichiarazione resa dal diretto interessato ai sensi e per gli effetti del d.P.R. n. 445/2000, mentre la stazione appaltante è tenuta unicamente alla verifica del casellario ANAC e del DURC, al fine di accertare eventuali condizioni che impediscano all'operatore di contrarre con la pubblica amministrazione. Pertanto, il regime prefigurato consente per gli affidamenti di importo esiguo di giungere alla stipula del contratto sulla base dell'autocertificazione presentata dall'operatore economico e previo esperimento di controlli rapidi e quantitativamente ridotti, fermo restando che la stazione appaltante ha la facoltà di estendere o approfondire le verifiche ove ritenuto opportuno.

Peraltro, il ricorso al meccanismo delle autocertificazioni comporta che, ai sensi dell'art. 71, comma 1, del d.P.R. n. 445/2000, le stazioni appaltanti siano tenute ad effettuare controlli a campione sulla sussistenza dei requisiti autodichiarati dagli operatori economici, a tal fine dovendo specificare in un apposito regolamento le quote minime di controlli a campione da effettuare nel corso dell'anno solare.

È altresì previsto che il contratto stipulato debba in ogni caso contenere una clausola risolutiva espressa per cui, in caso di successivo accertamento del difetto dei requisiti dichiarati, il contratto si intenda risolto e l'operatore economico sia tenuto (laddove non sia prevista cauzione) al versamento di una penale pari al 10% del valore del contratto. A seguito della risoluzione, l'amministrazione è tenuta a pagare il corrispettivo pattuito solo in riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta.

Giova rilevare come, nel caso di specie, la risoluzione del contratto, coerentemente alla *ratio* sanzionatoria che connota l'istituto sul piano civilistico, conduca allo scioglimento del vincolo sinallagmatico per

grave inadempimento da parte dell'operatore degli obblighi di lealtà, correttezza e buona fede cui è tenuto nei confronti della pubblica amministrazione. Per gli affidamenti diretti di valore compreso tra 5.000 e 20.000 euro resta sostanzialmente invariato il regime semplificato previsto per i contratti sotto i 5.000 euro, cui si aggiunge l'obbligo per le stazioni appaltanti di verificare la sussistenza dei requisiti di carattere penale, fiscale e contributivo previsti dalla Dir. 2014/24/UE e recepiti dall'art. 80, commi 1, 4 e 5 lett. b), del Codice.

Per gli affidamenti di importo superiore ad euro 20.000 non è prevista alcuna semplificazione nell'espletamento dei controlli, atteso che la stazione appaltante è tenuta ad accertare puntualmente la sussistenza in capo all'affidatario di tutti i requisiti di carattere generale e speciale, ove richiesti, nonché l'eventuale presenza di condizioni soggettive dell'operatore che ostano alla stipula del contratto. Cosicché superata la soglia dei 20.000 euro ritorna preminente l'esigenza di assicurare la legalità dell'azione amministrativa, nonché l'affidabilità morale e professionale dell'affidatario selezionato in via diretta.

Nel complesso, i meccanismi di controllo previsti dalle Linee guida n. 4, diversificati in ragione del valore del contratto da stipulare, sembrano tenere in debito conto l'esigenza di consentire la rapida ed efficiente definizione dell'affidamento diretto, in una prospettiva comunque ossequiosa degli standard minimi di legalità ed imparzialità amministrativa.

Nel sistema delineato dall'ANAC, peraltro, assume un rilievo di assoluta preminenza l'istituto dell'autocertificazione di cui al d.P.R. n. 445/2000, oramai considerato trasversalmente nei diversi settori amministrativi quale strumento di controllo ed al contempo di dialogo paritario tra amministrazione ed amministrati (26).

4.3. (Segue) Indagini di mercato ed elenchi degli operatori economici

L'art. 36 del Codice prevede che per i contratti di valore compreso tra 40.000 euro e la soglia comunitaria (per i lavori, entro 1.000.000 di euro), le stazioni appaltanti possano procedere all'affidamento mediante procedure negoziate, con il coinvolgimento di un numero minimo di operatori stabilito in base al valore dell'appalto. Gli operatori da consultare, peraltro, devono essere individuati, nel rispetto del principio di rotazione degli inviti,

(26) Cfr. Relazione AIR redatta dall'ANAC per le Linee guida n. 4/2018.

mediante indagini di mercato ovvero attingendo da appositi elenchi precostituiti.

In ossequio al disposto di cui all'art. 36, comma 7, del Codice, le Linee guida n. 4 contengono importanti indicazioni operative in ordine alle modalità di svolgimento delle indagini di mercato ed alla costituzione/revisione degli elenchi di operatori economici da parte delle pubbliche amministrazioni.

Innanzitutto, l'indagine di mercato, quale momento essenziale nella selezione degli operatori da invitare al confronto competitivo, deve essere condotta in maniera trasparente ed imparziale, in modo tale da garantirne la piena conoscibilità in capo alla platea di soggetti potenzialmente interessati.

La stazione appaltante avvia l'indagine di mercato mediante pubblicazione sul profilo di committente di un apposito avviso, nel quale devono essere specificati alcuni elementi essenziali, tra cui: il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e tecnica/professionale, il numero (minimo e massimo) di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici e le modalità per poter comunicare con la stazione appaltante (27).

Delineati tali elementi essenziali, volti per lo più a consentire la massima trasparenza e pubblicità della procedura, le Linee guida riconoscono alla stazione appaltante un ampio margine discrezionale in ordine alle modalità di svolgimento della gara ritenute in concreto più idonee in relazione all'importo ed alla complessità dell'affidamento (28).

In disparte le predette indagini di mercato, le Stazioni appaltanti possono altresì individuare gli operatori da invitare alla procedura negoziata attingendo da elenchi già appositamente costituiti.

La formazione dell'elenco deve avvenire garantendo la massima partecipazione degli operatori potenzialmente interessati. A tal fine la stazione appaltante deve rendere noto all'esterno la volontà di procedere alla costituzione dell'elenco mediante la pubblicazione di un apposito avviso, nel quale devono essere indicati i requisiti di carattere generale (o speciale, se necessari) richiesti ai fini dell'iscrizione ed i criteri oggettivi che verranno applicati nella selezione degli operatori da invitare.

L'amministrazione può anche stabilire di suddividere l'elenco in categorie o fasce di importo, dovendo in tal caso indicare le singole fasce e categorie già nell'avviso pubblico. Infatti, a fronte di tale

suddivisione, l'operatore economico può decidere di richiedere l'iscrizione anche limitatamente ad una o più fasce o a singole categorie. Una volta costituito, l'elenco deve essere pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante. L'iscrizione di norma non è assoggettata ad alcuna limitazione temporale, fermo restando la possibilità di revisioni periodiche ed aggiornamenti.

La stazione appaltante può procedere unilateralmente ad escludere dall'elenco gli operatori che si siano rivelati inadeguati sul piano morale o professionale oppure che siano rimasti inerti nella formulazione di offerte a fronte di tre inviti nel corso di un biennio.

Le Linee guida riportano importanti precisazioni anche in merito allo strumento del sorteggio, al quale le stazioni appaltanti possono fare ricorso qualora il numero di operatori economici presenti in elenco (o individuati all'esito dell'indagine di mercato) sia superiore al numero di soggetti da invitare alla procedura e nell'avviso di costituzione dell'elenco (o di avvio dell'indagine di mercato) sia stato omissivo di definire i criteri oggettivi di selezione. In tali ipotesi, invero, la selezione degli operatori può avvenire mediante sorteggio, a patto che tale possibilità sia stata adeguatamente esplicitata nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato o di costituzione dell'elenco. La *ratio* che sembra permeare le disposizioni in commento è quella di garantire un'adeguata compensazione degli effetti restrittivi della concorrenza, derivanti dal ricorso alle procedure negoziate, attraverso l'individuazione di livelli minimi inderogabili di pubblicità e trasparenza cui deve informarsi la selezione a monte degli operatori economici da invitare. Nella medesima prospettiva pro-concorrenziale, si rammenta che il legislatore del Codice ha esteso l'obbligo di rotazione anche agli inviti.

4.4. (Segue) Contenuto degli inviti per i casi in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale

Le Linee guida n. 4 introducono alcune precisazioni operative di indubbia rilevanza anche in riferimento agli affidamenti sotto soglia realizzati mediante procedure negoziate in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di esclusione automatica delle offerte.

In particolare, l'ANAC si sofferma sull'ipotesi in cui venga applicato il meccanismo del taglio delle ali,

(27) Cfr. par. 5.1.5 delle Linee guida n. 4/2018.

(28) Cfr. par. 5.1.3 delle Linee guida n. 4/2018.

precisando che in tali casi, onde prevenire possibili incertezze applicative, l'invito debba indicare il criterio matematico utilizzato per la determinazione della soglia di anomalia.

Infine, le Linee guida regolamentano il trattamento da riservare alle offerte che presentano un medesimo ribasso, all'uopo optando per una logica unitaria: la stazione appaltante, infatti, è tenuta a specificare già nella lettera di invito che tali offerte saranno considerate secondo una prospettiva unitaria, come se fossero un'unica offerta.

5. Conclusioni

La disciplina sugli affidamenti sotto soglia ripropone questioni e problematiche note agli studiosi della materia, alle quali il legislatore ha ritenuto di dover fornire soluzioni (in parte) nuove e diversificate.

Il settore *de quo* pare connotato dalla medesima *ratio* di fondo che permea, nel complesso, la disciplina dei contratti pubblici, in una nuova prospettiva tesa ad innalzare gli standard di efficienza nella gestione e nell'affidamento delle commesse pubbliche.

Il D.Lgs. n. 50/2016, invero, si apre definitivamente alle logiche del sistema economico, introducendo nuovi strumenti di semplificazione e flessibilità idonei a garantire un migliore utilizzo delle risorse allocate nel settore degli appalti pubblici.

Nel nuovo sistema un ruolo di assoluta rilevanza è attribuito all'ANAC, cui è ricondotto un coacervo di poteri ampi ed eterogenei. Il vero punto cardine ed innovativo della riforma del 2016 è indubbiamente rappresentato dall'attribuzione di poteri di regolazione in capo all'ANAC, funzionali a garantire l'attuazione delle nuove disposizioni codicistiche. In effetti, nell'ottica del perseguimento di obiettivi di semplificazione e chiarezza normativa, l'attuazione del Codice è stata demandata, non ad un

regolamento unico (come avvenuto in precedenza con il d.P.R. n. 207/2010), bensì a fonti di secondo livello adottate anche e principalmente dall'ANAC. La materia degli affidamenti sotto soglia rappresenta un ambito particolarmente emblematico del ruolo determinante assunto dall'Autorità in sede di regolamentazione, alla luce del contenuto, non solo attuativo, ma addirittura precettivo delle disposizioni contenute nelle Linee guida n. 4.

Le indicazioni ivi riportate, specie quelle inerenti il principio di rotazione e le modalità di verifica dei requisiti per gli affidamenti diretti, sembrano spiegare effetti che vanno ben oltre le semplici istruzioni operative, rivelando meccanismi e soluzioni idonee a garantire l'equilibrio e la coerenza dell'intero sistema dei sotto soglia. Gli strumenti di semplificazione sono stati adeguatamente declinati nella prospettiva di contemperare le esigenze di celerità, proprie degli affidamenti sotto soglia, con i valori costituzionali di legalità, imparzialità e concorrenzialità del mercato.

Dal combinato disposto delle norme codicistiche e delle previsioni secondarie dettate dall'ANAC, risulta un sistema equilibrato e complessivamente ben congegnato, in cui il temperamento degli obblighi procedurali, giustificato dalla necessità di evitare l'aggravio procedimentale per contratti di minore entità, è stato articolato in maniera proporzionale al diverso valore delle soglie considerate.

Le disposizioni contenute nelle Linee guida, in definitiva, concorrono fattivamente a perimetrare l'alveo operativo dei vari istituti esaminati, in un oculato bilanciamento tra i vari interessi e valori costituzionali in gioco e, perciò, avrebbero meritato di avere una maggiore cogenza sul piano giuridico, sebbene rimanga forte l'impatto regolativo per l'autorevolezza della fonte di produzione delle Linee guida.