



Anno XVI, giugno 2019

Dottrina

n. 6 - 2019

Antonino Ilacqua

Procedure sotto soglia e principio di rotazione alla luce delle modifiche apportate, al codice appalti, dal D.L. 18 aprile 2019 n. 32, convertito con modifiche in Legge 55/2019.

1. Evoluzione della normativa

La prima disciplina organica delle procedure di affidamento di contratti sotto soglia è stata adottata nell'ambito del D.Lgs. n. 163/2006.

Le norme speciali per gli appalti sotto soglia erano così articolate:

- disciplina generale (art. 121);
- disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia (art. 122);
- disposizioni in tema di procedura ristretta semplificata (art.123);
- disciplina specifica per gli appalti di servizi e forniture sotto soglia (art. 124);
- disciplina specifica per i contratti di lavori, servizi e forniture in economia (art. 125);
- disciplina specifica per i contratti di lavori, servizi e forniture sotto soglia aggiudicati da stazioni appaltanti operanti in un settore "speciale" (art. 238 del D.Lgs. n. 163/2006).

A tali disposizioni si affiancavano le seguenti previsioni del regolamento di attuazione del D.Lgs. n. 163/2006:

- disciplina in tema di lavori in economia (artt. da 173 a 177 del D.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207);
- disciplina in tema di servizi e forniture sotto soglia (artt. da 326 a 338 del D.P.R. n. 207/2010).

Con il complesso di disposizioni appena elencate il legislatore interno aveva sostanzialmente uniformato l'ordinamento nazionale alle indicazioni fornite nel corso degli anni dalla Commissione europea e dalla giurisprudenza amministrativa.

La scelta compiuta in ambito nazionale aveva addirittura travalicato tali indicazioni, facendo emergere un sistema nell'ambito del quale le procedure di affidamento di contratti sotto soglia risultavano sottoposte alle stesse regole degli affidamenti di rilevanza comunitaria, ad eccezione delle deroghe di cui si dirà subito di seguito.

In estrema sintesi, l'affidamento di contratti sotto soglia poteva essere disposto, in determinati

casi, all'esito di procedure semplificate rispetto a quanto previsto per gli appalti di rilevanza comunitaria.

Tale semplificazione si manifestava, innanzitutto, nella contrazione degli oneri di pubblicità degli atti di gara imposto alle stazioni appaltanti e nella riduzione dei termini minimi da concedere ai possibili concorrenti per la presentazione di domande di partecipazione e offerte.

Inoltre, e soprattutto, era consentito ricorrere all'affidamento mediante procedura negoziata senza pubblicazione del relativo bando (art. 57, comma 6, del D.Lgs. n. 163/2006) in caso di:

- lavori di importo complessivo inferiore a € 1.000.000 (art. 122, comma 7, del D.Lgs. n. 163/2006), con obbligo di invitare a presentare offerta almeno dieci soggetti, per lavori di importo pari o superiore a € 500.000, almeno cinque soggetti, per lavori di importo inferiore a € 500.000;
- lavori relativi a opere di urbanizzazione che i soggetti privati titolari di permesso di costruire hanno assunto l'onere di eseguire direttamente, al fine di scomputarne il costo dal contributo previsto per il rilascio del permesso (art. 122, comma 8, del D.Lgs. n. 163/2006). In tale ipotesi il soggetto privato aveva l'obbligo di invitare a presentare offerta almeno cinque soggetti;
- lavori concernenti beni mobili e immobili del patrimonio culturale (tutelati ai sensi del D.Lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) di importo complessivo non superiore a € 1.000.000, con obbligo di invitare a presentare offerta almeno quindici soggetti.

Sempre per gli appalti di lavori, era possibile derogare al regime ordinario ricorrendo alla procedura negoziata semplificata (con invito rivolto esclusivamente ai soggetti iscritti in apposito elenco formato dalla stazione appaltante mediante avviso da pubblicare entro il trenta dicembre di ogni anno) nell'ipotesi di contratti di lavori di sola esecuzione di importo inferiore € 1.500.000, con obbligo di invitare a presentare offerta almeno venti concorrenti, da selezionare secondo l'ordine di iscrizione nell'elenco sopra citato (ordine che viene stabilito mediante sorteggio pubblico).

Il vecchio codice dei contratti pubblici conteneva, inoltre, una particolare disciplina per i contratti di importo particolarmente ridotto, che venivano *tout court* fatti rientrare nella categoria degli affidamenti "*in economia*".

I contratti da affidare "*in economia*", trovavano una disciplina unitaria nell'art. 125 del D.Lgs. n. 163/2006, che offriva la possibilità di affidarli mediante tre diversi strumenti:

- l'amministrazione diretta, che si sostanzialmente nell'esecuzione della prestazione direttamente da parte della stazione appaltante, per il tramite del responsabile del procedimento, con personale interno e con materiali e mezzi nella disponibilità dell'amministrazione (art. 125, comma 3, del D.Lgs. n. 163/2006);
- l'affidamento diretto, che consisteva nell'affidamento della prestazione da parte del responsabile del procedimento senza gara;
- il cottimo fiduciario, che consisteva in una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvenivano mediante affidamento a terzi previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi predisposti dalla stazione appaltante (art. 125, comma 4, del D.Lgs. n. 163/2006).

Quanto all'amministrazione diretta, ad essa poteva ricorrersi esclusivamente per la realizzazione di lavori di importo inferiore € 50.000 (art. 125, comma 5, del D.Lgs. n. 163/2006).

Quanto all'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, questo era

utilizzabile solo con riferimento a lavori, servizi o forniture di importo inferiore a € 40.000 (art. 125, commi 8 e 11, del D.Lgs. n. 163/2006).

In tutte le altre ipotesi, e comunque entro la soglia di valore di € 200.000, la prestazione poteva essere affidata ricorrendo al cottimo fiduciario (art. 125, commi da 5 a 11, del D.Lgs. n. 163/2006 e artt. 173, 174 e 331 del D.P.R. n. 207/2010).

2. Il quadro attuale

Con il nuovo codice dei contratti pubblici la disciplina dell'affidamento di contratti "sotto soglia" viene riordinata e trova una collocazione comune^[1].

Le "regole del gioco" sono state, infatti, inserite in una singola disposizione, che indica il percorso da seguire ai fini dell'affidamento dei contratti in questione, sia nell'ambito dei settori "ordinari" che nell'ambito di quelli "speciali", precisando il procedimento di gara utilizzabile e le specifiche deroghe rispetto alla disciplina generale degli affidamenti sopra soglia.

In particolare, è l'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 a regolare l'affidamento di contratti sotto soglia, sostituendosi all'articolata disciplina precedentemente contenuta negli artt. da 121 a 125 del D.Lgs. n. 163/2006.

Ai sensi del nuovo Codice, quindi, sono "sotto soglia" i contratti per i quali l'importo a base di gara per l'affidamento ed esecuzione di lavori, servizi e forniture sia al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria ex art. 35. Queste soglie, salvo rideterminazione periodica, sono di:

- **-euro 5.225.000,00** per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;
- **euro 135.000,00** per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle autorità governative centrali; per gli appalti pubblici di forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici operanti nel settore della difesa, questa soglia si applica solo agli appalti concernenti alcuni prodotti menzionati nell'allegato VIII al Codice (ad es. sale, zolfo, terre e pietre; prodotti farmaceutici, concimi, vetro e lavori di vetro, carta e cartoni, orologeria, utensileria e oggetti di coltelleria e posateria da tavola ecc.);
- **euro 209.000,00** per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione qualora questi siano aggiudicati: da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali, da autorità governative centrali che operano nel settore della difesa, allorché tali appalti concernono prodotti non menzionati nel citato allegato VIII;
- **euro 750.000,00** per gli appalti di servizi sociali e di altri servizi specifici elencati all'allegato IX del Codice (ad es. servizi sanitari, servizi religiosi, servizi alberghieri e di ristorazione, servizi postali ecc.)."

Mentre "nei settori speciali sono:

- **euro 5.225.000,00** per gli appalti di lavori;
- **euro 418.000,00** per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;
- **euro 1.000.000,00** per i contratti di servizi, per i servizi sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX."

La disciplina dell'affidamento per questi contratti si caratterizza per il bilanciamento tra la necessaria semplificazione del processo di aggiudicazione dei contratti nazionali e l'ancor più necessaria garanzia di un elevato livello di concorrenzialità.

Come più volte ribadito dalla Commissione Europea, l'esclusione dei sotto soglia dalla disciplina nazionale dei contratti pubblici e della normativa comunitaria, non ne comporta la diretta esclusione dagli obblighi generali delle procedure ad evidenza pubblica.

Infatti, le stazioni appaltanti sono tenute ad applicare i principi generali del Trattato Ue. Da ultimo, si precisa che le eccezioni a questi contratti sono più limitate tanto più si avvicinano alla soglia europea. Vale ricordare, **infatti, che i contratti di importo inferiore ai 40.000 euro** possono essere oggetto di **affidamento diretto** (per il quale il decreto correttivo n. 56/2017 ha eliminato l'obbligo di motivazione), anche senza la previa consultazione di due o più operatori economici, o possono anche essere svolti in **amministrazione diretta** (quando l'amministrazione esegue direttamente la prestazione con materiale e personale interno). Sul punto si evidenzia che, come si vedrà meglio in seguito, per effetto della legge n. 145/2018, per gli affidamenti di lavori tra € 40.000 ed € 150.000 è possibile ricorrere, per l'anno 2019, all'affidamento diretto previa richiesta di tre preventivi.

3. Linee guida n. 4 e successivi aggiornamenti

Le procedure di affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie comunitarie sono disciplinate dall'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 (di seguito "Codice dei contratti pubblici") che, al comma 7, richiama le linee guida dell'ANAC per la definizione di modalità di dettaglio che possano supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato, nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici (Linee guida n. 4, approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016). A seguito della modifica al Codice introdotta con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo), l'ANAC ha aggiornato le prime Linee guida (con delibera del Consiglio n. 206 del 1° marzo 2018), indicando specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza gara, nonché di effettuazione degli inviti in caso di esclusione automatica delle offerte anormalmente basse.

Come chiarito dal Consiglio di Stato, oltre che dall'ANAC, le linee guida sul sotto-soglia non hanno carattere vincolante. I giudici di Palazzo Spada le inquadrano, infatti, quale atto amministrativo generale non vincolante che, pur perseguendo lo scopo di fornire indirizzi ed istruzioni operative alle stazioni appaltanti, dà ad esse modo di discostarsi da quanto disposto dall'Autorità. La possibilità di discostarsi deve però ricollegarsi all'adozione di un atto della medesima Amministrazione procedente, preferibilmente a carattere generale, che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, di ogni eventuale scelta amministrativa che disattenda i citati indirizzi, ma pur sempre rispettosa delle disposizioni del Codice e dei principi generali sull'esercizio del potere di affidamento di commesse pubbliche. Da ciò la conclusione che solo eccezionalmente una stazione appaltante può discostarsi dalle linee guida per i singoli affidamenti, a condizione di avere previamente adottato uno specifico atto generale che preveda tale possibilità e le sue condizioni.

Recentemente, l'ANAC ha posto in consultazione *online* un ulteriore aggiornamento delle Linee guida n. 4.

Nel documento, l'Autorità spiega in premessa come l'aggiornamento si sia reso necessario per diverse finalità.

In primis la necessità di superare le criticità che hanno condotto all'avvio, da parte della Commissione europea, della procedura di infrazione avente ad oggetto la possibilità dell'affidamento diretto delle opere a scomputo se singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria[2] Sul punto, la Commissione europea, con una lettera di costituzione in mora comunicata il 24 gennaio 2019, nel rilevare la possibilità che l'articolo 16, comma 2-bis, del d.p.r. 380/2001[3] sia interpretato in senso incompatibile con la direttiva 2014/24/UE, ha evidenziato che l'ANAC, con le Linee guida n. 4, ha fornito alle stazioni appaltanti l'indicazione di seguire detta interpretazione non conforme che consente l'aggiudicazione di alcune particolari opere di

urbanizzazione, senza applicare il codice dei contratti pubblici non solo qualora il valore aggregato di tutte le opere di urbanizzazione sia al di sotto della soglia comunitaria, ma anche qualora il valore di tale opere di urbanizzazione particolari, considerate isolatamente rispetto al complesso delle opere, sia al di sotto della soglia UE. Per tali motivi, l'Autorità ha deciso di intervenire in modifica delle Linee guida, adottando una formulazione diversa, già sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato che, nel parere n. 2942 del 24/12/2018 concordando con quanto suggerito dall'ANAC, ha ritenuto la lettura della norma prospettata dall'Autorità non in contrasto con la direttiva 2014/24/UE.

Altra problematica emersa in sede applicativa, riguarda l'esclusione automatica delle offerte anomale. L'articolo 97, comma 8 del Codice dei contratti pubblici stabilisce che per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere, nel bando, l'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Secondo l'orientamento della Corte di Giustizia europea, i principi comunitari vietano l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nei contratti sotto-soglia che abbiano carattere transfrontaliero certo (Cause C-318/15, C-147/06 e C-148/06). La Commissione Europea, sulla base di tali sentenze, ha contestato all'Italia la possibile violazione della normativa comunitaria, in quanto l'articolo 97, comma 8 del Codice dei contratti pubblici si applica indiscriminatamente a tutti gli affidamenti sotto-soglia, indipendentemente dall'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Inoltre, la Commissione ritiene insufficiente il limite di dieci offerte valide per poter giustificare il ricorso all'esclusione automatica. Ciò posto, l'Autorità in sede di revisione delle Linee guida sul sotto-soglia ha inteso fornire un'interpretazione comunitariamente orientata della norma, nonché indicazioni interpretative, sulla base delle citate sentenze della Corte, al fine di individuare gli indicatori dell'interesse transfrontaliero certo, quali potrebbero essere l'importo dell'affidamento, le caratteristiche tecniche o la zona di esecuzione della prestazione.

Ulteriori profili che necessitano di una revisione delle Linee guida n. 4 sono quelli che attengono alle modifiche normative introdotte con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, articolo 1, comma 912[4].

In particolare la disposizione citata prevede che, nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019 le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36 comma 2 del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici; nonché mediante le procedure di cui al comma 2 lettera b) del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro. In sostanza, le novità coinvolgono il solo settore dei lavori pubblici consentendo, per il 2019:

- l'affidamento diretto, previa consultazione di 3 operatori, tra € 40.000 e € 150.00 (in luogo della procedura negoziata con 10 invitati);
- l'affidamento con procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori economici tra € 150.000 e € 350.000 (in luogo della procedura negoziata con 15 invitati). L'ANAC ha inteso modificare le Linee guida sul punto specificando che, limitatamente all'anno 2019, per gli affidamenti di lavori valgono le soglie introdotte dalla legge 145/2018. Inoltre, ha chiarito il significato da attribuire alla locuzione «*affidamento diretto previa consultazione di tre operatori*», atteso che in tale espressione sono accostati termini che connotano due procedure diverse: l'affidamento diretto e la procedura negoziata. A tal fine, ha ritenuto utile prendere in considerazione la novella introdotta con il decreto correttivo al comma 2, lettera a) dell'articolo

36 del codice dei contratti pubblici, laddove, al fine di sancire la possibilità di ricorrere all'affidamento diretto *toutcourt* nel caso di affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, è stata inserita la specificazione «*anche senza previa consultazione di due o più operatori economici*». In questa ipotesi, infatti, è chiaro che il riferimento sia all'affidamento diretto, potendosi procedere all'affidamento diretto anche senza richiedere due o più preventivi. Inoltre, si evidenzia che laddove il legislatore ha voluto fare riferimento alla procedura negoziata, l'ha denominata «procedura negoziata previa consultazione di almeno 10/15 operatori» (cfr. articolo 36, comma 2, lettere b) e c) del codice dei contratti pubblici). Sulla scorta di tali considerazioni, ha ritenuto che la procedura introdotta in via transitoria dalla legge di bilancio possa essere interpretata nel senso che, per gli affidamenti tra € 40.000 ed € 150.000, per l'anno 2019, è possibile ricorrere all'affidamento diretto previa richiesta di tre preventivi. L'Autorità ha inoltre evidenziato la necessità di fornire indicazioni in ordine alle modalità di acquisizione dei suddetti preventivi, suggerendo alle stazioni appaltanti di adottare modalità idonee sulla base della tipologia e dell'importo dell'affidamento, nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità, e del principio di rotazione, ad esempio ricorrendo alla costituzione di elenchi di operatori economici da cui selezionare gli operatori a cui richiedere la presentazione del preventivo, oppure a indagini di mercato.

Altra esigenza di modifica che deriva dalla novella introdotta con la richiamata legge di bilancio attiene alla soglia di rilevanza individuata per il ricorso alla rotazione. Nelle Linee guida n. 4, è stabilito che negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione, con scelta sinteticamente motivata contenuta nella determinazione a contrarre o in atto equivalente. La soglia scelta per la suddetta deroga era stata individuata con riferimento alla soglia prevista dalla normativa vigente per il ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione, ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 o al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure. Il comma 130 dell'art. 1 della citata legge 145/2018 prevede la modifica dell'articolo 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296, con innalzamento della relativa soglia a 5.000 euro. L'ANAC ha pertanto ritenuto necessario valutare l'opportunità di innalzare a 5.000 euro anche la soglia introdotta nelle Linee guida n. 4 con riferimento all'obbligo di rotazione. Tale modifica, tuttavia, se da un lato sicuramente comporta una semplificazione, dall'altro avrebbe un impatto significativo su un numero estremamente elevato di affidamenti di piccolo importo (sarebbe di circa 4 milioni il numero medio annuo di affidamenti di importo inferiore a 5.000 euro).

Infine, all'esito dell'attività di vigilanza svolta dagli uffici preposti dell'Autorità, ulteriori criticità sono emerse in fase applicativa. In particolare, nonostante il consolidato orientamento dell'Autorità, è stata riscontrata con frequenza l'applicazione distorta della normativa in materia di affidamenti sotto-soglia. In merito l'ANAC è intervenuta con alcuni chiarimenti, volti ad orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti e delle indicazioni interpretative fornite dalla stessa Autorità. A tal fine, viene ribadito il divieto di prevedere, nell'ambito di avvisi di manifestazione di interesse per l'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate:

1. la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;
- 2 l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;
- 3 l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

4. Il decreto legge n. 32/2019 e successiva legge di conversione (n. 55/2019)

Il 18 aprile 2019, nelle more quindi del processo di aggiornamento delle Linee guida n. 4, è stato pubblicato nella Gazzetta Ufficiale - Serie Generale n. 92, il decreto legge 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"* che, oltre a contenere alcune rilevanti rivisitazioni dell'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, pone un limite temporale di efficacia alle stesse Linee guida le quali, testualmente, *rimangono in vigore fino alla data di entrata in vigore del regolamento unico recante disposizioni di esecuzione, attuazione e integrazione del Codice stesso*^[5], nel quale saranno indicate anche specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti^[6].

Il citato decreto, nel modificare il comma 2, lettere b), c)^[7] e d) dell'art. 36 prevede che, per affidamenti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 200.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, le Stazioni appaltanti procedono mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno tre operatori economici per i lavori, e, per i servizi e le forniture di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. Per i lavori di importo pari o superiore a 200.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35 procedono, invece, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60 (procedure aperte).

In sede di conversione (legge n. 55 del 14 giugno 2019), il legislatore ancora una volta ritorna sulle soglie di affidamento (modificando le lettere b) e c) e d) dell'art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016 ed inserendo una nuova lettera c) prevedendo che lo stesso avvenga:

- per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti;
- per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63^[8] previa consultazione, ove esistenti, di almeno dieci operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- per lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante la procedura negoziata di cui all'articolo 63 previa consultazione, ove esistenti, di almeno quindici operatori economici, nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
- per affidamenti di lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 35, mediante ricorso alle procedure di cui all'articolo 60^[9].

5. Le soglie per l'affidamento diretto

Come già visto nei precedenti paragrafi, con l'alternarsi delle riforme del Codice degli appalti (nonché delle legislature) le soglie relative all'affidamento diretto hanno subito diverse modificazioni.

In particolare:

- ai sensi del D.Lgs. n. 163/2006, l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, era utilizzabile solo con riferimento a lavori, servizi o forniture di importo

inferiore a € 40.000;

- ai sensi del D.Lgs. n. 50/2016, l'affidamento diretto di lavori, servizi e forniture può avvenire solo per affidamenti di importo inferiore a € 40.000, anche senza previa consultazione di due o tre operatori economici;
- ai sensi della legge n. 145/2018, fino al 31 dicembre 2019 è possibile utilizzare l'affidamento diretto, previa consultazione di 3 operatori, solo per i lavori pubblici di importo compreso tra € 40.000 e € 150.000;
- ai sensi del decreto legge n. 32/2019, convertito con modificazione dalla legge n. 55/2019, è possibile utilizzare l'affidamento diretto (previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione) per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi.

6. Principi comuni agli affidamenti sotto-soglia

L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'articolo 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione degli inviti e degli affidamenti, di tutela dell'effettiva possibilità di partecipazione delle micro, piccole e medie imprese, nonché dei criteri di sostenibilità energetica e ambientale e del principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi.

6.1. In particolare il principio di rotazione

Pur non espressamente definito nella disciplina europea, il principio di rotazione trova fondamento nel considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE del 26/02/2014, laddove si precisa che, alla base della riforma della normativa sugli appalti, devono essere posti l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica e la facilitazione dell'accesso alle gare delle piccole e medie imprese ed è per questo che .

La medesima *ratio* di apertura è rinvenibile anche nella più recente giurisprudenza amministrativa:

Il principio di rotazione alla partecipazione delle imprese assicura l'avvicendamento degli affidatari di contratti pubblici, evitando che il carattere discrezionale della scelta dei soggetti da invitare, da parte dell'amministrazione, si traduca in uno strumento di favoritismo «dando così luogo ad una sostanziale elusione delle regole della concorrenza, a discapito degli operatori più deboli del mercato» (TAR Friuli-Venezia-Giulia, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 166).

La rotazione costituisce un corollario del principio di non discriminazione, ha carattere oggettivo ed è diretto a garantire una concorrenza effettiva, onde evitare situazioni di esclusiva o monopolio nell'esecuzione dell'appalto (TAR Veneto, 28.05.2018 n. 583; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VI, 28 giugno 2012, n. 3089; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 14 dicembre 2011, n. 1730).

La rotazione pur non avendo valenza precettiva assoluta, ma solo tendenziale, ha portata generale perché consente «di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei» (TAR Calabria, Sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007).

6.2. Il principio di rotazione secondo il Codice

Prima del nuovo Codice dei contratti, il principio di rotazione non aveva una valenza precettiva assoluta, e la sua episodica mancata applicazione non valeva *ex se* ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, laddove fosse provato che la gara si era svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento (*ex multis*, TAR Veneto, Sez. I, 26 maggio 2017, n. 515). E' con l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 50/2016) che tale principio acquista un ruolo centrale negli appalti pubblici.

Infatti, se nelle procedure "ordinarie" (ad esempio, la procedura aperta) il principio non ha rilevanza essendo il mercato aperto a tutti i potenziali concorrenti, nelle procedure negoziate – particolarmente valorizzate nel Codice - la situazione cambia, perché possono partecipare solo coloro che sono individuati dalla stazione appaltante o tramite indagine di mercato o facendo riferimento ad elenchi precostituiti (art. 36 e 63 del Codice).

L'art. 3 lettera uuu) del Codice definisce: «*procedure negoziate*, le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto».

Solo in esse, pertanto, vi è la necessità di comparare la discrezionalità di scelta delle amministrazioni in merito agli operatori economici da invitare con il principio di rotazione, così da evitare che la Stazione appaltante, limitandosi al rispetto formale dell'obbligo di consultazione di più soggetti, di fatto scelga sempre gli stessi operatori consolidando determinate posizioni di vantaggio.

A tale scopo, il Codice ha "anticipato" la rotazione (per le procedure che prevedono un confronto competitivo) al momento della scelta dei soggetti da invitare, non relegandola più al solo momento dell'affidamento.

In altri termini, il "principio di rotazione" contemplato negli art. 36, co. 1, e 63, co. 6 del Codice si riferisce propriamente agli "inviti", nell'intento di assicurare una piena turnazione degli operatori che potrebbero aspirare al contratto. Dunque, in questa prospettiva, non sono ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari.

In sintesi, il Codice prevede che:

- se la commessa è di valore pari o inferiore ai 40.000 euro il contratto può essere affidato senza alcun confronto concorrenziale (fatto salvo l'eventuale confronto tra più preventivi) e, in tal caso, la giurisprudenza ha osservato che il principio di rotazione non potrà che essere applicato in relazione all'aggiudicazione (cfr. rispettivamente art. 36, co. 2, lett. "a", e TAR Sardegna, Sez. I, 22 maggio 2018, 492);
- se la commessa è di valore superiore ai 40.000 euro e fino ad 1.000.000 di euro, è necessario operare un confronto concorrenziale tra più ditte invitate dalla stazione appaltante (almeno dieci in caso di lavori) e, laddove ciò avvenga, sempre secondo la giurisprudenza, il principio di rotazione opera esclusivamente con riferimento alla fase degli inviti (cfr. rispettivamente art. 36, co. 2, lett. "b-c" e TAR Sardegna cit.);
- se la commessa non rientra nei casi di cui all'art. 36 citato, l'amministrazione ricorre al principio di rotazione per l'avvio di una procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando, ai sensi dell'art. 63, co. 6 del Codice, individuando gli operatori economici da consultare (cfr. TAR Lazio, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621, Cons. Stato Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854 e Cons. Stato Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Da notare che nel parere espresso al decreto correttivo del Codice (D.Lgs. 50/2016) il Consiglio di Stato aveva osservato che il principio di rotazione «*dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione*» (comm.

spec., 30 marzo 2017, n. 782).

Infatti, nella rotazione fissata nel Codice, l'operatore economico, non aggiudicatario, perde la possibilità di ricevere un successivo invito senza aver potuto beneficiare dell'affidamento.

6.3 Il principio di rotazione secondo l'ANAC

Le nuove linee guida n. 4, aggiornate con la deliberazione n. 206/2018, si cimentano nel tentativo, non semplice, di dare al **principio di rotazione** una configurazione **tale da non determinare in modo assoluto l'impossibilità del pregresso affidatario** (e gli appaltatori solo invitati al pregresso procedimento) – per appalti con stesse commesse o con commesse afferenti lo stesso settore merceologico – di competere; prevedendo alcune importanti deroghe che, a ben considerare, nella pratica operativa erano già utilizzate.

Non si può non ricordare che, in tema di appalti, il nostro Paese è risultato sostanzialmente diviso tra chi applicava in modo rigoroso il principio di rotazione e chi invece ne dava una lettura differente. La conseguenza è stata un notevole contenzioso che ha, talvolta, stabilito la valenza vincolante dell'alternanza; tal'altra, ne ha ammesso la "cedevolezza" a fronte dell'esigenza di rispettare la concorrenza. Si pensi al caso in cui, a partecipare alla competizione ad inviti, siano pochi appaltatori e tra questi il pregresso aggiudicatario; evidentemente l'esclusione (per necessità di applicare l'alternanza) del pregresso aggiudicatario renderebbe quasi inutile la competizione.

L'ANAC dunque, posta innanzi a queste problematiche, ha cercato di fornire una lettura del principio coerente con gli altri principi di libera concorrenza e partecipazione.

Di seguito, si riportano i passi delle Linee guida n. 4 relativi alla rotazione:

- Si applica il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti, con riferimento all'affidamento immediatamente precedente a quello di cui si tratti, nei casi in cui i due affidamenti, quello precedente e quello attuale, abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi. Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante, in virtù di regole prestabilite dal Codice dei contratti pubblici ovvero dalla stessa in caso di indagini di mercato o consultazione di elenchi, non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione. La stazione appaltante, in apposito regolamento (di contabilità ovvero di specifica disciplina delle procedure di affidamento di appalti di forniture, servizi e lavori), può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Il provvedimento di articolazione in fasce deve prevedere una effettiva differenziazione tra forniture, servizi e lavori e deve essere adeguatamente motivato in ordine alla scelta dei valori di riferimento delle fasce; detti valori possono tenere conto, per i lavori, delle soglie previste dal sistema unico di qualificazione degli esecutori di lavori. In ogni caso, l'applicazione del principio di rotazione non può essere aggirata, con riferimento agli affidamenti operati negli ultimi tre anni solari, mediante ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti,

senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera *m* del Codice dei contratti pubblici.

- Fermo restando quanto previsto al paragrafo 3.6, secondo periodo, il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente, la stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento. La motivazione circa l'affidamento o il reinvito al candidato invitato alla precedente procedura selettiva, e non affidatario, deve tenere conto dell'aspettativa, desunta da precedenti rapporti contrattuali o da altre ragionevoli circostanze, circa l'affidabilità dell'operatore economico e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso. Negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro, è consentito derogare all'applicazione del presente paragrafo, con scelta, sinteticamente motivata, contenuta nella determinazione a contrarre od in atto equivalente.

Con l'adozione del regolamento unico di cui al citato art. 216, comma 27-octies del Codice, da emanarsi entro 180 giorni dalla data di entrata in vigore del decreto legge n. 32/2019, le suddette Linee guida perderanno tuttavia efficacia e saranno definite, come già detto nel paragrafo 4., nuove modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti.

6.4. Il principio di rotazione secondo la giurisprudenza

La struttura e i limiti del principio di rotazione espresso dal codice sono stati oggetto di osservazioni da parte della giurisprudenza amministrativa, la quale ha osservato che il principio della rotazione:

- «non può essere trasformato in una non codificata causa di esclusione dalla partecipazione alle gare [...]; allorquando la stazione appaltante [...] apre al mercato anche nelle procedure negoziate, dando possibilità a chiunque di candidarsi a presentare un'offerta senza determinare limitazioni in ordine al numero di operatori economici ammessi alla procedura, ha per ciò stesso rispettato il principio di rotazione che non significa escludere chi ha in precedenza lavorato correttamente con un'amministrazione, ma significa non favorirlo» (TAR Cagliari, Sez. I, 22 maggio 2018, n. 493);
- «è servente e strumentale rispetto a quello di concorrenza e deve quindi trovare applicazione nei limiti in cui non incida su quest'ultimo» (T.A.R. Firenze, Sez. II, 12 giugno 2017, n. 816, con riferimento ad un caso in cui all'avviso esplorativo avevano fornito riscontro due operatori di cui uno era il gestore uscente);
- «richiede pur sempre che l'oggetto della procedura possieda le stesse caratteristiche in termini soggettivi, quantitativi e qualitativi» dell'appalto «già assegnato al soggetto destinatario del provvedimento di esclusione, il quale potrebbe essere connotato come impresa uscente, solo in ragione di tali presupposti fattuali» (TAR Friuli-Venezia-Giulia, Sez. I, 21 maggio 2018 n. 166);
- è derogabile «per la necessità di raggiungere il numero minimo di offerte da sottoporre a selezione e per l'elevato grado di soddisfazione maturato in ordine alla pregressa gestione dell'uscente» (TAR Sardegna, Sez. I, 22 maggio 2018, 492 nonché, a contrario, TAR Veneto, Sez. I, 28 maggio 2018, n. 583, T.A.R. Veneto, Sez. I, 21 marzo 2018, n. 320, T.A.R. Campania,

Salerno, Sez. I, 6 febbraio 2018, n. 179). L'invito all'affidatario uscente deve, infatti, essere motivato in modo particolarmente efficace e persuasivo, dando conto delle specifiche ragioni, ove sussistenti, legittimanti la – vistosa – deroga al principio di rotazione, tra cui non può invece essere ricompresa la «*adeguata competenza tecnico-professionale maturata con riferimento alla [...] prestazione richiesta per l'incarico*» (TAR Calabria, Sez. I, 14 maggio 2018 n. 1007 cit. nonché Cons. Stato, VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Consiglio di Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854);

- una volta derogato, tale principio non può essere applicato nella fase dell'aggiudicazione "scavalcando" nella sostanza l'offerta del soggetto uscente (TAR Sardegna, Sez. I, 22 maggio 2018, 492 cit.);
- implica che non necessiti di specifica motivazione l'opzione di escludere dagli inviti alla procedura negoziata l'affidatario uscente, non trattandosi di una scelta di carattere sanzionatorio quanto piuttosto dell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione (C.d.S., VI, 31 agosto 2017, n. 4125), e di rispettare il principio di concorrenza e massima partecipazione che si esplica consentendo l'accesso ad operatori diversi da quelli fino a quel momento coinvolti (TAR Lazio, Sez. I, 21 maggio 2018, n. 5621)".

7. Conclusioni

Tutto questo complesso, fatto di evoluzione normativa e di giurisprudenza, ha prodotto un punto che sembra conclusivo.

Con il decreto cd. "Sbocca cantieri (D.L. n. 32/2019), recentemente convertito in Legge n. 55 del 14 giugno 2019, molte Amministrazioni hanno sperato in un concreto snellimento dei processi legati al *procurement*, in termini di semplificazione e possibile contrazione dei tempi procedurali. Il testo novellato dell'articolo 36, invece, si è limitato a ridurre le soglie delle procedure semplificate (l'affidamento "diretto" previa valutazione di tre preventivi, ove esistenti, per i lavori, e, per i servizi e le forniture, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti è previsto solo per importi pari o superiori a 40.000 euro e inferiori a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie comunitarie per le forniture e i servizi), lasciando totalmente in piedi tutti i problemi operativi connessi alle procedure sotto soglia.

Per un verso, infatti, la citata legge di conversione, pur ispirata al divieto di *gold plating* di matrice comunitaria (secondo cui, nel recepimento delle nuove direttive, è necessario procedere ad una revisione e ad una semplificazione della disciplina nazionale anche al fine di eliminare le regole più restrittive rispetto a quelle europee, non giustificate dalla tutela di interessi pubblici), ha mantenuto inalterato il «principio di rotazione».

Un rompicapo, che con grande "pazienza" istituzionale è stato, in parte, risolto dalle Linee Guida ANAC, sulla portata del quale, però, dottrina^[10] e giurisprudenza si interrogano da anni e che, interpretato in senso estensivo (il divieto di invito deve operare sia nei confronti del contraente uscente che dell'operatore economico invitato e non affidatario), pare in chiarissimo contrasto con la tutela della concorrenza e dell'apertura dei mercati.

Per altro verso, le prime indiscrezioni sul contenuto dello «Sblocca cantieri» avevano illuso che, nel caso di affidamenti diretti o di affidamenti a un limitato numero di operatori economici, sarebbe stato eliminato l'obbligo di motivare la scelta del così detto ridotto lotto di aziende da invitare (peraltro scelta pericolosa dal punto di vista della legalità e della trasparenza).

Così non è stato^[11].

L'impianto complessivo, infatti, è rimasto sostanzialmente immutato: gli enti, ai sensi del comma

1 dell'articolo 36, come novellato dalla legge, che consente di procedere con gli affidamenti sotto soglia in alternativa alle procedure ordinarie, dovranno continuare a spiegare perché utilizzano la procedura «semplificata», invece di quella ordinaria. Soprattutto, dovranno continuare a corroborare le determinazioni a contrattare della necessaria ed approfondita motivazione che sta alla base della scelta dei tre imprenditori da invitare alla selezione, nel caso di appalti di lavori, e dei cinque nel caso di forniture e servizi. Sempre con l'ostacolo della rotazione.

Poiché proprio l'onere di motivare la scelta degli operatori da invitare era, unitamente alle complesse procedure connesse all'indagine di mercato e/o alla gestione dell'elenco dei fornitori, nonché al principio di rotazione, il vero e proprio ostacolo procedurale nell'iter di gestione dell'affidamento, si può concludere nel senso che, nella sostanza, la novella al Codice dei contratti pubblici, con riferimento alle procedure sotto soglia, ha semplificato ben poco. La semplificazione, quindi, non vi è stata ma si sono aperte, nel contempo, solo "praterie" che consentiranno, certamente non agli onesti, di "riservare" appalti consistenti (sino ad un milione di euro), non utilizzando le procedure "aperte", a chi riterranno, in maniera discrezionale, fornendo le richieste "motivazioni", pro domo loro e che, ove non siano condivisibili, avranno bisogno dell'intervento giurisdizionale (finanche penale) per essere poste nel nulla facendo un danno all'interesse della collettività che avrebbe, a contrariis, la necessità di avere procedure snelle, efficaci e trasparenti, al fine di cantierizzare e portare a termine velocemente le opere, contribuendo così a far ripartire l'economia.

Il concetto, sul quale dovrebbe focalizzarsi l'attenzione del Legislatore dovrebbe essere, in primis, quella "necessaria trasparenza" che è l'unica certezza per non ledere le regole del mercato nell'interesse di pochi ed a danno di molti.

[1] Tra gli altri, A. CINCOTTI, *Gli affidamenti sotto soglia nel nuovo Codice dei contratti pubblici* in www.italiappalti.it; S. BIANCARDI, *I micro acquisti e gli affidamenti diretti dopo la legge di bilancio 2019*, 2019 Pirola Maggioli; S. BIANCARDI, *Le procedure negoziate sotto soglia dopo il decreto correttivo 2017*, Maggioli Editore; A. MASSARI, *Il decreto correttivo al Codice degli appalti pubblici* in *Appalti e contratti* 2018.

[2] Si tratta delle opere di urbanizzazione a scomputo, e cioè delle opere eseguite dal titolare del permesso di costruire scomputando i relativi oneri dai contributi dovuti ai Comuni per le opere di urbanizzazione.

[3] Il comma citato così recita: *"La quota di contributo relativa agli oneri di urbanizzazione è corrisposta al comune all'atto del rilascio del permesso di costruire e, su richiesta dell'interessato, può essere rateizzata. A scomputo totale o parziale della quota dovuta, il titolare del permesso può obbligarsi a realizzare direttamente le opere di urbanizzazione, nel rispetto dell'articolo 2, comma 5, della legge 11 febbraio 1994, n. 109, e successive modificazioni, con le modalità e le garanzie stabilite dal comune, con conseguente acquisizione delle opere realizzate al patrimonio indisponibile del comune"*.

[4] Il citato comma così recita: *"Nelle more di una complessiva revisione del codice dei contratti pubblici, di cui al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, fino al 31 dicembre 2019, le stazioni appaltanti, in deroga all'articolo 36, comma 2, del medesimo codice, possono procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro"*.

[5] Cfr. articolo 216, comma 27-octies del Codice.

[6] Cfr. articolo 36, comma 7 del Codice.

[7] La lettera: *"per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1.000.000 di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno quindici operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati"* è stata abrogata.

[8] Procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara.

[9] Procedura aperta.

[10] Tra gli altri: G. DELFINO, *Le recenti novità sul principio di rotazione negli affidamenti sottosoglia*, IN www.appaltiecontratti.it; P. ORETO, *Il Principio di rotazione negli Appalti pubblici: nuove indicazioni dal TAR*, in www.lavoripubblici.it; S. USAI, *L'intensità del principio di rotazione nelle nuove linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Appalti e contratti* 6/2018.

[11] L. OLIVIERI, *Appalti, obbligatorio motivare la scelta delle procedure sotto soglia* in www.lavoripubblici.it.