

I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle linee guida n.4 dell'Anac, aggiornate alle nuove disposizioni introdotte dal d.lgs. N. 56/2017

Sommario. 1. Questioni (vecchie e nuove) sottese al settore degli affidamenti sottosoglia. – 2. Individuazione delle soglie e metodo di calcolo del valore dell'appalto. - 3. Il regime giuridico degli affidamenti sottosoglia. – 4. Le Linee guida ANAC n. 4, aggiornate al D.Lgs. n. 56/2017. – 4.1. Il principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti. – 4.2. Modalità di attuazione delle verifiche sui requisiti degli operatori nelle ipotesi di affidamento diretto. - 4.3. Indagini di mercato ed elenchi degli operatori economici. – 4.4. Contenuto degli inviti per i casi in cui la stazione appaltante si sia avvalsa della facoltà di esclusione automatica delle offerte anomale

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

¹Il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56, recante "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", ha introdotto rilevanti modifiche al Codice degli Appalti, apportando innovazioni

¹ CLINI, *Le novità in materia di massimo ribasso, procedura negoziata e affidamenti sotto soglia*, in *Urbanistica e appalti*, n. 6/2017, 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; DE NICTOLIS, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urbanistica e appalti*, 5/2016, 7.

estremamente significative, come tali suscettibili di produrre un notevole impatto sulle modalità di acquisizione degli appalti di lavori, servizi e forniture nei contratti sottosoglia. Una delle modifiche maggiormente significative introdotte dal c.d. "correttivo" del Codice degli Appalti è quella apportata dall'art. 60, comma 1, lett. b1), D.Lgs. n. 56/2017, che ha modificato l'art. 95, comma 4, lett. a), d.lgs. n. 50/2016, "Codice dei contratti pubblici", innalzando da 1 milione a 2 milioni di euro la soglia sotto la quale poter applicare il criterio del minor prezzo (c.d. "ampliamento del massimo ribasso")². Tale versione della norma subordina la possibilità di utilizzare il criterio del minor prezzo³, previa adeguata motivazione, a due condizioni. La prima: che l'appalto venga aggiudicato sulla base di un progetto esecutivo. La seconda: che l'affidamento dei lavori avvenga con "procedure ordinarie". Mentre la prima condizione risulta coerente con l'impostazione delineata dal nuovo Codice - che prevede

² FRANCESCA SCURA, *L'ANAC chiarisce i limiti del ricorso al criterio del prezzo più basso*, 1 Ottobre 2017, in *Mediappalti*, la principale ragione sottesa al ricorso al criterio del minor prezzo sembra risiedere proprio nel consentire alle stazioni appaltanti (e agli operatori economici) di evitare gli oneri, in termini di tempi e costi, di un confronto concorrenziale basato sul miglior rapporto qualità/prezzo, quando i benefici derivanti da tale confronto sono nulli o ridotti (in relazione all'importo del contratto). Ciò si verifica quando le condizioni di offerta sono tali da imporre, di fatto, l'acquisto di beni o servizi con condizioni note alla stazione appaltante già in fase di predisposizione del bando o quando, per gli affidamenti di importo limitato, i vantaggi attesi, in termini di qualità, sono ridotti, in quanto la stazione appaltante predispone il progetto esecutivo per i lavori (e non necessita di un rilancio competitivo su aspetti e caratteristiche che vengono compiutamente definiti *ex ante* nel progetto posto a base di gara) o la stessa ha una lunga esperienza nell'acquisto di servizi o forniture a causa della ripetitività degli stessi. In questo senso la più recente giurisprudenza ha ritenuto utilizzabile il criterio di aggiudicazione del prezzo più basso, in particolare, quando le caratteristiche della prestazione da eseguire sono già ben definite dalla stazione appaltante nel capitolato d'onere, in cui sono previste tutte le caratteristiche e condizioni della prestazione, pertanto il concorrente deve solo offrire un prezzo (TAR Roma, sez. II, 7 agosto 2017, n. 9249, in www.giustizia-amministrativa.it).

³ SECCIA, *Commento all'art. 95*, in CORRADINO - STICCHI DAMIANI (a cura di), *I nuovi appalti pubblici (commento al D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50)*, Milano, 2017, 13.

solo in casi eccezionali la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere a procedure di gara di appalto integrato⁴ -, non poche perplessità ha, invece, suscitato la seconda condizione imposta dal correttivo. Il riferimento operato dal correttivo alla possibilità di ricorrere al criterio del minor prezzo quando "l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie", in uno con l'inciso iniziale, che fa salvo il ricorso alle procedure ordinarie per lavori di importo pari o superiore a 1.000.000 di euro ("fermo restando quanto previsto dall'art. 36, comma 2 lett. d")), ha infatti ingenerato il dubbio circa la possibilità del ricorso al criterio del minor prezzo nelle procedure negoziate da 150.000 euro e fino a 1.000.000 di euro previste dall'art. 36, comma 2, lett. c) e per le procedure da 40.000 euro a 150.000 euro previste dall'art. 36, comma 2, lett. b) (cioè proprio per quelle gare che si intendeva, nell'intento del correttivo, accelerare) e ha prospettato che tale facoltà debba, per contro, essere subordinata al previo ricorso alle procedure ordinarie (gara formale preceduta da pubblicazione del bando). Per le stazioni appaltanti, la diretta conseguenza dell'adesione a tale ultima interpretazione sarebbe stata quella di non poter più accoppiare procedura negoziata e massimo ribasso nelle procedure negoziate da 150.000 e fino a 1.000.000 di euro previste dall'art. 36, comma 2, lett. c), residuando come unica scelta per le stazioni appaltanti quella di poter accoppiare gara formale e massimo ribasso/offerta più

⁴SECCIA, *Commento all'art. 95*, cit., 42, In questo senso è possibile rilevare che questa reintroduzione condizionata dell'appalto integrato (con il decreto sblocca-cantieri), a differenza di quella introdotta del d.lgs. 56/2017, che richiedeva il progetto definitivo già approvato alla data del 20/4/2016 (un anno prima), potrebbe consentire ad alcune stazioni appaltanti di utilizzare l'opportunità offerta considerando che il tempo disponibile fino al 31 dicembre 2020 non è poco.

vantaggiosa, oppure procedura negoziata e offerta più vantaggiosa⁵. Il nodo principale è rappresentato, tuttavia, dai contratti sottosoglia. Vi rientrano il 90% delle commesse pubbliche e il decreto n. 163 del 2006 prevedeva forme semplificate di aggiudicazione (artt. 122 e 123), confliggenti con la direttiva del 2014. Su questo, insieme ai contratti misti, il Consiglio di Stato, nel suo parere, invitava alla “prudenza”. Si tratta, infatti, di ambiti in cui più

⁵CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, in *Giorn. Dir. amm.*, 2016, 4, 432; DELFINO, *Profili di problematicità relativi alla modifica della norma sugli affidamenti diretti*, 23 gennaio 2019, in *Appalti e Contratti*, segnala che le procedure aggiudicate al massimo ribasso sono strutturalmente più snelle da un punto di vista procedurale rispetto a quelle aggiudicate con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, poiché nel primo caso devono essere presentate e conseguentemente valutate solo la documentazione amministrativa e l’offerta economica, mentre nel secondo caso deve essere presentata e valutata anche un’offerta tecnica, che richiede la nomina di una commissione tecnica ad hoc e dei tempi incompressibili per l’attribuzione dei relativi punteggi. Pertanto le gare al massimo ribasso richiedono tempi marcatamente più brevi per l’assegnazione dell’appalto, specie per quelli di importo inferiore a 150.000 euro, stimabili in due/tre mesi dalla pubblicazione dello stesso, salvo eventuali ricorsi alla giustizia amministrativa. Viene pertanto naturale chiedersi se tale modifica normativa, intervenendo su una fascia di appalti che già erano aggiudicati col criterio del minor prezzo e pertanto con tempi di aggiudicazione relativamente brevi, giustifichi un’ulteriore accelerazione di tempi di assegnazione in deroga ad importanti principi contenuti nel Codice, primo fra tutti quello di libera concorrenza. Non secondaria è poi la circostanza che l’utilizzo dell’affidamento diretto al posto del criterio del minor prezzo elimina la possibilità di risparmio per l’Amministrazione, rinunciando al ribasso sulla base d’asta contenuto nelle offerte economiche. Ciò comporterà inevitabilmente un “minor risparmio” da parte della Pubblica Amministrazione, rispetto agli anni precedenti, per tutta la fascia di appalti di lavori pubblici di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro. Difficile stimare a quanto ammonterà tale minor risparmio con conseguente maggior spesa pubblica, ma si consideri che nelle gare relative ai lavori pubblici i ribassi presentati dai concorrenti sono generalmente sempre superiori almeno al 10% e che si prevede una riduzione delle procedure per un numero stimato in circa 15 mila gare all’anno. Saranno, ovviamente, i dirigenti/funzionari delle Pubbliche Amministrazioni a decidere a quale impresa affidare direttamente un appalto e sulla base di quali criteri, quindi con massima discrezionalità. I rischi di ciò sono evidenti e Cantone ha evidenziato la possibilità che la norma più che aiutare i funzionari morosi (ossia nella necessità di affidare appalti urgenti), consentirà a quelli disonesti di fare il buono e il cattivo tempo. Basti ricordare che tutto il sistema di Mafia Capitale si reggeva sugli affidamenti diretti. È probabile che i funzionari pubblici si rivolgeranno soprattutto a imprese del territorio, impedendo la mobilità del mercato e determinando un ingessamento territoriale dello stesso. I più maligni avanzano l’ipotesi che grazie a tale norma le imprese del Sud non disturberanno più gli affari di quelle del Nord e che i Comuni con gli avanzi di cassa da spendere potranno affidare lavori soltanto alle aziende amiche senza perdite di tempo.

facilmente si addensano casi dubbi e vi è il rischio che un'eccessiva attenuazione dei vincoli procedurali possa offrire occasione di aggirare le garanzie caratteristiche delle procedure ordinarie d'affidamento, a detrimento della concorrenza e della partecipazione⁶. A fronte delle richiamate criticità - e sulla spinta delle categorie di settore, che hanno segnalato come molte stazioni appaltanti avessero preferito sospendere gli affidamenti con il criterio del minor prezzo nelle gare sotto al milione, piuttosto che procedere in ipotetica violazione di legge - il MIT ha deciso di inviare una richiesta di parere all'ANAC, al fine di risolvere le perplessità ingenerate in via interpretativa dall'art. 95, comma 4, lett. a) come modificato dall'art. 60 del correttivo⁷; il MIT richiedeva all'ANAC di chiarire se la *ratio legis* fosse quella di consentire l'utilizzo del criterio del minor prezzo, con contestuale possibilità di applicare il metodo anti turbativa, fino alla soglia di due milioni di euro, innalzando in tal modo, quella originariamente prevista di un milione di euro; e se il rinvio reciproco operato dall'art. 95, comma 4 e dall'art. 36, comma 2, lett. d) altro non servisse se non a ribadire che sopra il milione di euro si applicano le procedure di scelta del contraente di cui agli articoli 59 e seguenti, in quanto l'innalzamento della soglia è stato previsto dal legislatore soltanto per derogare all'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in favore dell'utilizzo del criterio del minor prezzo, per affidamenti compresi tra un

⁶CHITI, *Il sistema delle fonti nella nuova disciplina dei contratti pubblici*, cit. 455

⁷ Richiesta di parere Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti. Registro Ufficiale. U. 0023581, 13 giugno 2017, in www.mit.gov.it

milione e due milioni di euro⁸. Il citato art. 95, in attuazione dei principi della legge delega, contiene

⁸DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *Foro.it*, 2016, 5, 502; AUDIZIONE DELL'ANCE Presso le Commissioni riunite Lavori pubblici e Territorio e Ambiente del Senato della Repubblica, 6 maggio 2019, in *senato.it*, è stata innalzata, dagli attuali 2 milioni di euro, fino alla soglia comunitaria, la possibilità per le amministrazioni di utilizzare il criterio del massimo ribasso, con obbligo di applicare l'esclusione automatica delle offerte anomale, laddove l'appalto non presenti carattere "transfrontaliero" ed il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a 10. Inoltre, è stato modificato il cd. sistema "antiturbativa", finalizzato a determinare la soglia di anomalia delle offerte. In particolare, è stato eliminato l'attuale meccanismo di sorteggio tra 5 diversi possibili metodi matematici, prevedendo soltanto 2 metodi alternativi, scelti in base al fatto che il numero delle offerte ammesse sia inferiore o superiore a 15. Va osservato, in premessa, che, a fronte di lavori connotati da complessità tecnologica - o comunque al di sopra di un certo importo - quello dell'OEPV è il criterio che meglio garantisce e premia la professionalità ed il *know how* dell'impresa, tutelando al contempo le legittime aspettative della stazione appaltante. A questo fine, però, affinché possa essere effettivamente premiata l'offerta migliore e più idonea ad eseguire i lavori oggetto di appalto, occorrerebbe assicurare una serie di fattori e condizioni che, al momento, sono lontani dal realizzarsi. Desta, infatti, grande preoccupazione: a) la lentezza con cui il BIM va affermandosi nelle procedure di gara; b) lo stallo del processo di razionalizzazione, accorpamento e qualificazione delle stazioni appaltanti; c) l'ulteriore slittamento della operatività dell'albo dei commissari di gara, istituito presso l'Anac. Pertanto, nel breve periodo, in assenza di tali precondizioni, appare senz'altro condivisibile la scelta, da sempre auspicata da Ance, di consentire, negli appalti inferiori alla soglia comunitaria, un utilizzo più ampio dell'esclusione automatica delle offerte anomale, accompagnato dal cd. metodo "antiturbativa". Si tratta, infatti, di un criterio di aggiudicazione che può svolgere una concreta funzione "anti-crisi", in quanto, semplificando l'iter di gara, velocizza la cantierizzazione dei lavori. Inoltre, attraverso il sistema "antiturbativa", si garantisce l'amministrazione rispetto al rischio di accordi collusivi tra imprese e di aggiudicazioni con ribassi eccessivamente elevati. E' inoltre condivisibile anche il richiamo della norma all'assenza di carattere "transfrontaliero" dell'appalto. Infatti, la necessità di effettuare tale verifica preventiva, consente di adeguare la disciplina nazionale ai rilievi formulati dalla Commissione Europea, nella procedura di infrazione al Codice. Tuttavia, desta perplessità la scelta del legislatore di lasciare indefinito il concetto di interesse "transfrontaliero", in quanto tale indeterminazione potrebbe dar luogo ad interpretazioni eccessivamente discrezionali delle amministrazioni, causa di possibile contenzioso in gara. In questo senso, sarebbe opportuno che l'interesse transfrontaliero fosse valutato sulla base di parametri oggettivi ed in particolare sulla base del numero di imprese straniere partecipanti alla procedura che, per essere rilevante, dovrebbe essere superiore almeno al 10%. Inoltre, non appaiono condivisibili le modifiche apportate al cd. "sistema antiturbativa", che non sembrano garantire adeguatamente l'obiettivo di rendere non predeterminabile la soglia di anomalia. Ad avviso di Ance, il metodo "antiturbativa" va quindi rivisto rispetto a quello attuale, sulla base dei seguenti criteri: 1) mantenere l'attuale alternativa tra più e diversi possibili metodi matematici, aumentando gli elementi di variabilità, per impedire eventuali condizionamenti; 2) eliminare il "sorteggio in gara" del sistema matematico da applicare - che potrebbe prestare il fianco a situazioni distorsive - e rendere la sua scelta automatica; 3) puntare su metodi equilibrati, che, da un lato, evitino situazioni di eccessivo ribasso, e, dall'altro

elementi fortemente innovativi anche sul piano concettuale rispetto al previgente art. 81, recependo in modo pressoché identico il contenuto e le finalità dell'art. 67 della Dir. 24, a partire dal monito, di carattere generale, del limite del potere discrezionale della stazione appaltante nella scelta dell'offerta, che deve essere effettuata sulla base di criteri di aggiudicazione tali da garantire una concorrenza effettiva (comma 1)⁹. Alla luce di tali considerazioni il MIT forniva all'ANAC la seguente lettura della neo introdotta modifica normativa: i) per il lavori da 40.000 euro a un milione di euro può essere fatto ricorso alla procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lettere b) e c) con applicazione del criterio del massimo ribasso e facoltà di esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo; ii) per i lavori da 1 milione a 2 milioni di euro, devono applicarsi le procedure ordinarie, con applicazione del criterio del minor prezzo e facoltà di esclusione automatica delle offerte, fermo restando l'obbligo di gara sulla base del progetto esecutivo¹⁰. Il Presidente dell'ANAC ha ritenuto l'opzione ermeneutica proposta dal Ministero¹¹ come "l'unica rispondente a criteri di ragionevolezza e, dunque, pienamente condivisibile". Anche per l'ANAC "la modifica apportata dal correttivo all'innalzamento della soglia per l'utilizzo del criterio del minor prezzo" esclude "qualsiasi ricaduta sulle scelte del contraente...con la conseguenza che deve ritenersi possibile l'utilizzo del criterio del minor

lato, non precludano la presentazione di offerte economicamente convenienti anche per l'amministrazione.

⁹ DE NICTOLIS, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit.

¹⁰ BONOMI, *Principio di rotazione per le gare sottosoglia*, in *l'amministrativista.it*, 6 ottobre 2016

¹¹ Richiesta di Parere Ministero delle infrastrutture e dei trasporti 13/6/2017, in *www.mit.gov.it*

prezzo anche nelle procedure negoziate da 150.000 a 1 milione di euro"¹² (si evidenzia, tra l'altro, che una interpretazione rigidamente formalistica dell'art. 95, comma 4, lett. a) sarebbe in contrasto con l'art. 36, comma 2 che prevede la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie per le opere di importo tra 150.000 euro e 1.000.000 di euro solamente come facoltativa). L'ANAC - rispondendo in maniera affermativa al MIT -, rende di fatto nuovamente operativa per le stazioni appaltanti la possibilità di continuare ad usare il minor prezzo anche per assegnare i lavori sotto al milione di euro. Le amministrazioni - che nell'incertezza avevano deciso di "congelare" le assegnazioni, in attesa di un chiarimento sull'interpretazione della nuova normativa - potranno pertanto tornare ad appaltare al massimo ribasso, con metodo anti-turbativa, anche gli appalti di importo inferiore al milione di euro, assegnati con procedure negoziate. La decisione del MIT di affidare al parere dell'ANAC la definitiva interpretazione della norma appare sindacabile. Il Governo, invece di richiedere all'ANAC un aggiornamento delle linee guida ovvero di esprimersi direttamente, o di attivare un processo legislativo di interpretazione autentica per decreto-legge, ha infatti deciso di demandare direttamente all'ANAC la decisione finale sull'interpretazione dell'art. 95, comma 4, lett. a), come modificato dal correttivo, attraverso la richiesta di un semplice parere. Diversamente dalle linee guida, per la cui formazione è previsto un percorso procedimentalizzato e

¹² Parere n. 84346 del 23 giugno 2017, in MUCCIOLI, *Piccoli lavori: via libera dell'Anac alla semplificazione*, 29 giugno 2017, in www.appaltiecontratti.it

partecipato (art. 213, comma 2, D.Lgs. n. 50/2016)¹³, il parere del Presidente dell'ANAC non segue alcun percorso procedimentale partecipato. *Nulla quaestio* nel caso di specie, dove è evidente che - a fronte della semplificazione in favore di SA e imprese, riconosciuta dall'ANAC - nessun operatore avrebbe di fatto interesse a proporre un ricorso in sede giurisdizionale; tuttavia, pare rilevante evidenziare come non appaia ammissibile - oltre che legittimo - che il Governo possa assumere come prassi quella di demandare ad un semplice parere del Presidente dell'ANAC decisioni di natura strettamente normativa che, come tali, dovrebbero invece rimanere di esclusiva competenza del potere legislativo. Sebbene le procedure negoziate rappresentino un'eccezione alle ordinarie dinamiche di mercato, il ricorso alle procedure semplificate, non può mai implicare una completa elusione dei principi eurocomunitari, ed in particolare, di quello di libera concorrenza¹⁴; a tal proposito la Corte di giustizia dell'Unione europea ha precisato che il coordinamento a livello comunitario delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici ha come fine «di proteggere gli interessi degli operatori economici stabiliti in uno Stato membro che intendano offrire beni o servizi alle amministrazioni aggiudicatrici stabilite in un altro Stato membro e, a tal fine, di escludere sia il rischio che gli offerenti nazionali

¹³Benché le disposizioni che autorizzano l'ANAC ad emanare le linee guida siano contenute in un decreto legislativo, questo risulta a sua volta emanato dal Governo in adempimento della delegazione legislativa ricevuta dal Parlamento con la L. 28 gennaio 2016, n. 11, la quale, a sua volta, rappresenta lo strumento normativo attraverso il quale lo Stato ha adempiuto, nel rispetto dell'art. 11 della Costituzione, agli obblighi comunitari di recepimento delle Dir. 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento Europeo e del Consiglio Europeo del 26 febbraio 2014.

¹⁴ CLARICH, *Considerazioni sui rapporti tra appalti pubblici e concorrenza nel diritto europeo e nazionale*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.01-02, 2016, 71.

siano preferiti nell'attribuzione di appalti, sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche». Da queste esigenze discende l'obbligo di osservare «il principio di parità di trattamento degli offerenti», nonché l'«obbligo di trasparenza» al fine di garantire il rispetto del «divieto di discriminazione in base alla nazionalità»¹⁵. In realtà, la base giuridica delle direttive europee in materia di contratti pubblici si è sempre fondata, non già sui principi dei Trattati in materia di concorrenza, bensì sui principi di libera circolazione delle merci, di libertà di stabilimento e di libera circolazione dei servizi espressamente richiamati nelle premesse e nei considerando delle nuove direttive¹⁶. L'elenco dei fornitori deve essere sempre aperto a nuovi ingressi dai quali attingere, al fine di superare la controindicazione che l'istituzione di un albo dei fornitori potrebbe comportare, a fronte di una non corretta applicazione del principio di rotazione¹⁷. Le linee guida

¹⁵ Si veda, tra le altre, la sentenza Corte giust., sez. VI, 27 novembre 2001, C-285/99 e C-286/99, in www.eur-lex.europa.eu

¹⁶ Cfr. BONCOMPAGNI, *Appalti pubblici e concorrenza*, in AA.VV., *Antitrust fra diritto nazionale e diritto comunitario*, Milano, 1996, 189 e ss.; CHITI, *Regolamentazione e mercato nella disciplina degli appalti pubblici*, in ANGELETTI (a cura di), *Privatizzazione ed efficienza della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, Milano, 1996, 137 e ss.; RADICATI DI BROZOLO - GUSTAFSSON, *Partecipazione alle gare e regole di concorrenza*, in *Dir. Comm. Internaz.*, 2002, 806; UBERTAZZI, *Appalti pubblici, concorrenza e consumatori*, in *Dir. ind.*, 2003, 74 ss.; POLIDORI, *Appalti pubblici, scelta del contraente e tutela della concorrenza*, in DI RAIMO - RICCIUTO (a cura di), *Impresa pubblica e intervento dello Stato nell'economia. Il contributo della giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, 295 e ss.; MORBIDELLI - ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in CHITI - GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, 423 e ss.; MORBIDELLI - ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., 253 ss.; HEIMLER, *Appalti pubblici, prassi applicative e controlli: quale spazio per gli aspetti sostanziali?*, in *Mercato, Concorrenza e Regole*, 2015, 184.

¹⁷ La giurisprudenza più recente ha elaborato differenti interpretazioni, talora antitetiche. Laddove inteso in senso restrittivo, il principio di rotazione comporterebbe l'obbligo per l'amministrazione aggiudicatrice di non invitare il precedente affidatario dell'appalto, una volta concluso, alla nuova procedura senza gara avviata per la medesima o analoga commessa (AVCP det. 6 aprile 2011, n. 2, in www.anticorruzione.it; Cons. St., Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854, in www.giustizia-amministrativa.it). Secondo una

ANAC, tuttora operative, tutelano pertanto le procedure negoziate sottosoglia da un rigido automatismo, che vorrebbe le stazioni appaltanti obbligate a cambiare costantemente il proprio esecutore. Altra importante novità riguarda l'assetto normativo precedente al d.lgs. n. 50/2016 [che] ha resistito alle tentazioni di «fuga dal regolamento» ed è stato concepito in ossequio alla organizzazione tradizionale del sistema delle fonti¹⁸. L'ordinamento previgente dei contratti pubblici era, infatti, strutturato con l'articolazione nella fonte legislativa primaria (il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163) e un unico regolamento di attuazione (il d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207). L'emanazione delle direttive europee nn. 23, 24 e 25 del 26 febbraio 2014, recepite con il d.lgs. n. 50/2016, non ha imposto alcuna scelta in ordine all'identificazione delle modalità di introduzione della normativa secondaria. Com'è noto, infatti, il diritto europeo resta indifferente agli

diversa lettura, il principio di rotazione delle imprese da invitare nelle procedure ristrette non ha valore assoluto e non può essere inteso come irrimediabilmente preclusivo della partecipazione del pregresso affidatario dell'appalto. La stazione appaltante, in ogni caso deve motivare adeguatamente la scelta di non invitare l'impresa uscente. (T.A.R. Lombardia Brescia, sez. II, 14 ottobre 2015, n. 1325, in www.ilsole24ore.com). Tra queste due letture antitetiche si collocano varianti dell'una e dell'altra: per esempio la tesi tendenzialmente escludente che impone all'amministrazione di motivare le ragioni per le quali ritenga di estendere l'invito anche al gestore uscente in quanto "il privato che ha precedentemente svolto presso l'amministrazione lo stesso servizio cui si riferisce la trattativa privata, in relazione alla quale censura il mancato invito, si trova... in una posizione peculiare, che si differenzia dall'interesse semplice di cui sono normalmente titolari i privati di fronte alle analoghe scelte dell'amministrazione ed assume la natura e consistenza dell'interesse legittimo tutelabile dinanzi al giudice amministrativo...la scelta di non invitare il gestore uscente ai fini della presentazione di un'offerta in una gara senza bando deve essere "specificatamente motivata" (T.A.R. Puglia, sez. III, 30 settembre 2016, n. 1514, in www.mediappalti.it); o l'indirizzo secondo il quale il principio di rotazione impone che, la prima volta che si procede con procedura negoziata, sia possibile inviare anche l'operatore uscente, al quale sia però precluso candidarsi in un eventuale secondo ricorso alla procedura (CGA 12 aprile 2017, n. 188, in www.lavoripubblici.it); in dottrina BONOMI, *Principio di rotazione per le gare sotto soglia*, cit.

¹⁸DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, in *Foro Amministrativo* (II), fasc.9, 1 dicembre 2018, 1559

strumenti normativi di declinazione delle regole euro-unitarie negli ordinamenti nazionali.¹⁹ Il carattere estremamente dettagliato delle direttive, che contraddice, a ben vedere, la natura e la finalità di quella tipologia di atto normativo²⁰, probabilmente riduce, peraltro, la rilevanza del problema della normativa di secondo livello. Il Governo e il Parlamento italiani hanno scelto di innovare l'organizzazione della normativa di secondo livello, preferendo un sistema di regolazione flessibile in luogo di quello, tradizionale, del regolamento governativo di attuazione della disciplina legislativa primaria²¹. Tale (originale) decisione è stata consacrata all'art. 1, comma 1, lett. t) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11 e, poi, tradotta nella formula generale dell'art. 213, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016 e nelle altre disposizioni del Codice, che contemplano l'adozione di specifici atti attuativi. Sul presupposto che l'opzione di concentrare la normativa di secondo livello in un unico regolamento governativo, adottato secondo le procedure di cui alla legge 23 agosto 1988, n. 400 e, perciò, ipertrofico, poco duttile e troppo formale, fosse, essa stessa, fonte di complicazione e di

¹⁹CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Roma, 2017, 20 ss.

²⁰DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, in www.giustizia-amministrativa.it

²¹ Riguardo le novità dello sblocca-cantieri sul tema si è espresso il presidente dell'ANAC CANTONE: "Il "ritorno" al regolamento è una scelta politica che ad un certo punto è parsa quasi obbligata; la maggioranza degli operatori (dalle stazioni appaltanti agli imprenditori) non ha accettato il sistema della regolazione flessibile o forse non ne ha compreso lo spirito, ma si tratta di un fatto di cui era giusto prendere atto. A noi era stato dato un compito e abbiamo provato ad adempierlo mettendo in campo tutte le risorse disponibili; adesso vi è una diversa idea da parte del legislatore e la accettiamo serenamente. Mi auguro che il nostro lavoro possa essere recuperato nel testo del regolamento, perché esso è stato il frutto del continuo confronto con gli operatori e quel confronto è certamente un lascito positivo della precedente opzione.", ORETO, *Sblocca Cantieri e Codice dei contratti, Cantone (ANAC): "Un appalto di lavoro ben fatto deve partire da una buona progettazione indipendente"*, intervista al presidente Cantone, 23/04/2019, in www.lavoripubblici.it

rigidità regolatoria, è stata decisa la diversa (e, prima, sconosciuta) formula della regolazione flessibile, affidandone il governo e la responsabilità all'ANAC. Tale opzione si rivela del tutto inedita nel nostro sistema normativo ed istituzionale [...] che ha suscitato, infatti, l'interesse della dottrina²², quanto alla sua catalogazione dogmatica, ma anche in ordine alla sua efficacia.²³

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

L'art. 35 del D.Lgs. n. 50/2016 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 nel caso in cui siano aggiudicati da autorità governative centrali, ovvero ad euro 209.000, se aggiudicati da amministrazioni sub statali; per quel che riguarda gli appalti in materia di servizi sociali la soglia è di euro 750.000. Quanto ai settori

²²MORBIDELLI,*Linee guida dell'ANAC: comandi o consigli?*, in *Diritto Amministrativo*, fasc.3, 1 settembre 2016, pag. 273; CINTIOLI, *Il sindacato del giudice amministrativo sulle linee guida di ANAC*, in *italiappalti.it*; DEODATO,*Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?*, in *Giustamm.it*, 2016, n. 4, afferma che la catalogazione tradizionale delle fonti di produzione delle norme giuridiche, “concepita con riferimento a un assetto economico-sociale ottocentesco, è entrata in crisi per effetto delle sollecitazioni dell’economia globalizzata, che esige una regolazione più flessibile, veloce e meno formale”; DE NICTOLIS, *Il codice dei contratti pubblici, la semplificazione che verrà*, cit.; CONTESSA,*Dalla legge delega al nuovo «Codice»: opportunità e profili di criticità*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; GRECO,*Il ruolo dell'ANAC nel nuovo sistema degli appalti pubblici*, in *www.giustizia-amministrativa.it*; SANDULLI,*Crisi economica e giustizia amministrativa*, in *La domanda inevasa: la verifica delle teorie economiche che condizionano la Costituzione europea e quella italiana*, Bologna, 2016.

²³DEODATO, *L'attuazione normativa del codice dei contratti pubblici: configurazione giuridica, struttura e questioni applicative*, cit., 1559.

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 IX²⁴. Da ultimo, le predette soglie sono state lievemente incrementate, direttamente dal legislatore comunitario, in virtù dei Regolamenti UE 2364, 2365, 2366 e 2367 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

²⁴GAROFOLI - FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, Molfetta, 2017, 711.

sociali e altri servizi specifici elencati all'allegato IX. L'art. 35 del Codice ha, quindi, l'obiettivo di liminare dubbi ed incertezze in merito alla disciplina dei contratti sottosoglia e si sofferma, altresì, approfonditamente, sulle modalità di determinazione del valore dell'appalto. Il sesto comma dell'art. 35 enuncia espressamente il fine antielusivo cui deve informarsi l'attività di determinazione del valore dell'appalto, prevedendo che le modalità di calcolo non debbano costituire uno strumento utile a sottrarre artificiosamente l'appalto dall'applicazione delle disposizioni sull'evidenza pubblica²⁵. Tale principio è stato ulteriormente declinato in una serie di regole operative, tra cui è dato segnalare il divieto di frazionamento dell'appalto²⁶ (art. 35, comma 6) e l'obbligo

²⁵ 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", in www.anticorruzione.it

²⁶ Delibera ANAC n. 976 del 23 ottobre 2019, "La scelta del metodo per il calcolo del valore di un appalto non può essere fatta con l'intenzione di escluderlo dall'ambito di applicazione del codice, tranne nel caso in cui ragioni oggettive lo giustifichino." (del. AVCP n. 25 del 22 maggio 2013). "Il divieto di frazionamento di un appalto assurge, infatti, a principio generale, avente la finalità di sottrarre da indebite ed arbitrarie scelte di "comodo" l'affidamento diretto di commesse che richiedono procedure di evidenza pubblica." (del. ANAC n. 567 del 12 giugno 2019). Con particolare riferimento agli incarichi di servizi di ingegneria e architettura, l'Autorità rileva e stigmatizza "l'operato dalla stazione appaltante che non stima preventivamente ed in via unitaria l'importo totale degli incarichi di progettazione e direzione lavori, venendo in tal modo ad operare un frazionamento ingiustificato degli stessi. La stima in via separata degli incarichi di progettazione è, invece, giustificata in caso di differente tempistica dei finanziamenti" (Del. n. 36 del 04 agosto 2012), in www.anticorruzione.it

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 sono ammesse però delle deroghe, che, seppur fondate sulla rilevante esigenza di sostenere l'accesso al mercato delle piccole e microimprese (favorito anche dagli istituti del consorzio e del raggruppamento temporaneo di imprese: il consorzio è una struttura aggregativa stabile, dotata di soggettività giuridica, autonoma qualificazione e abilitata alla partecipazione alle gare per l'aggiudicazione dei contratti e l'esecuzione degli stessi²⁷; diversamente, il raggruppamento temporaneo di operatori economici è di tipo precario e soddisfa gli obiettivi previsti dalle direttive comunitarie degli anni Settanta del secolo scorso di garantire alla stazione appaltante la sussistenza in capo all'offerente di capacità e requisiti tecnico-economici

²⁷ Avcp, Determinazione 9 giugno 2004 n. 11, in *www.anticorruzione.it*, il consorzio stabile, introdotto originariamente dalla L. 11 febbraio 1994, n. 109 e poi recepito nel Codice dei contratti pubblici, si distingue dai Raggruppamenti Temporanei di Imprese per il fatto di istituire una struttura stabilmente dedicata alla partecipazione agli appalti pubblici. La giurisprudenza (T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 9 agosto 2006, n. 7115, in *www.giustizia-amministrativa.it*) ha affermato che il consorzio stabile “costituisce un nuovo e peculiare soggetto giuridico, promanante da un contratto a dimensione associativa tra imprese, caratterizzato oggettivamente come struttura imprenditoriale e da un rapporto tra le stesse imprese di tipo organico, al fine di operare in modo congiunto nel settore dei lavori pubblici, sicché unico interlocutore con l'amministrazione appaltante è il medesimo consorzio, con la conseguenza che i requisiti speciali di idoneità tecnica e finanziaria devono essere da esso comprovati con il cumulo dei requisiti delle singole consorziate e non solo di quelli delle imprese per le quali il consorzio dichiara di concorrere”.

sufficienti per l'adempimento delle obbligazioni assunte e, inoltre, permettere la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure di affidamento, riconoscendo a piccole e medie imprese la facoltà di associarsi e soddisfare i requisiti richiesti dai bandi di gara²⁸. Per contro, vi è anche l'opposto interesse di impedire la creazione di posizioni dominanti nei mercati o di saturazione di essi, con raggruppamenti temporanei di operatori economici “sovrabbondanti”²⁹)³⁰, si rivelano potenzialmente idonee a favorire il proliferare di prassi elusive della disciplina nazionale ed europea sui contratti pubblici³¹. Lo stesso art. 35, comma 5 rimette alla discrezionalità delle amministrazioni la determinazione dell'autonomia delle singole unità operative (responsabili in

²⁸ La fattispecie del raggruppamento temporaneo di imprese è stata introdotta con la L. 8 agosto 1977, n. 584 che ha recepito le direttive comunitarie del 1971. A differenza del consorzio stabile, il raggruppamento non determina la nascita di un'entità giuridica nuova e, in quanto tale, non rappresenta un centro di imputazione di rapporti distinto dalle imprese che lo compongono. Lo scopo del raggruppamento (o associazione) temporanea è quello di consentire la più ampia partecipazione a gare di appalto, in relazione alle quali le singole imprese non posseggono singolarmente tutte le competenze tecnico-operative, le categorie, caratteristiche e classifiche richieste dal bando, cfr. Cons. St., Sez. IV, 14 dicembre 2012 n. 6446, in www.neldiritto.it

²⁹ Cfr. Cons. St., Sez. III, 3 luglio 2017 n. 3246, in www.giurdanella.it, sulla legittimità di aggiudicazione di una gara ad un raggruppamento temporaneo di imprese sovrabbondante. Inoltre, Cons. St., Sez. III, 24 maggio 2017 n. 2452, in www.italiappalti.it e Anac, parere 21 maggio 2014 n. 114, in www.anticorruzione.it, precisano che non è il sovradimensionamento del raggruppamento in sé ad essere illecito, bensì l'inserimento di tale sovradimensionamento in un contesto di elementi di fatto che denotano i fini illegittimi perseguiti, ovvero la sussistenza di una volontà collusiva delle imprese partecipanti.

³⁰ CRISMANI, *Il principio della tendenziale immodificabilità soggettiva dei contratti pubblici nella fase di esecuzione*, Riv. Giur. Edil., fasc.5, 1 ottobre 2018, 301.

³¹ GAROFOLI - FERRARI, *Codice dei contratti pubblici*, cit. 712.

modo indipendente del proprio appalto o di determinate categorie di esso), da cui deriva la possibilità di determinare il valore dell'appalto, con riferimento al valore attribuitogli dall'unità operativa distinta³². Una soluzione che potrebbe sicuramente essere produttiva di possibili frazionamenti artificiosi dell'importo di gara da parte delle stazioni appaltanti. Con riferimento al frazionamento dell'appalto, nel caso in cui un'opera, una prestazione di servizi o un progetto volto ad ottenere forniture possa dare luogo ad appalti aggiudicati contemporaneamente per lotti distinti, il valore complessivo dell'appalto è dato dalla somma dei singoli lotti. Qualora la somma dei singoli lotti determini un valore stimato pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, le relative disposizioni del Codice si applicano a ciascun lotto³³. Il comma 11 prevede però una deroga a tale disciplina, stabilendo che se il valore stimato (al netto dell'IVA) di ciascuno dei lotti A e B è inferiore a

³²ILACQUA, *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.

³³ Laddove, nella disciplina previgente, la suddivisione in lotti era subordinata alla condizione della convenienza economica, nella nuova disciplina tale condizione sparisce, con la conseguenza che la suddivisione in lotti diventa una regola generale, che ben difficilmente può essere disattesa, CAPONIGRO, *Il principio del favor participationis e la tutela delle piccole e medie imprese nell'affidamento degli appalti pubblici*, 8 marzo 2017, 7; essendo l'istituto della lottizzazione volta a favorire la partecipazione di PMI, il Collegio ritiene che sia manifestamente illogico considerare, come ambiti territoriali ottimali, lotti per l'affidamento dei quali possono concorrere individualmente soltanto poche imprese di grandi dimensioni con preclusione alla partecipazione individuale delle altre numerosissime imprese, di piccole e medie dimensioni, che compongono il mercato, TAR Lazio, II, 30 agosto 2016, n. 9941 e 26 gennaio 2017, n. 1345, in www.giustizia-amministrativa.it