

Procedure sotto-soglia

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

6

Procedure sotto-soglia

Data ultima modifica: 20/07/2023

Le norme europee, le soglie e i contratti di interesse transfrontaliero certo

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.1

Le norme europee, le soglie e i contratti di interesse transfrontaliero certo

Le direttive europee sugli appalti pubblici (n. **2014/24/UE**), sugli appalti nei settori speciali (n. **2014/25/UE**) e sui contratti di concessione (**2014/23/UE**) ancorano l'applicazione della normativa stabilita dalle stesse direttive al superamento di soglie di valore, individuate come parametri economici idonei ad evidenziare l'interesse europeo per il ravvicinamento tra le discipline degli Stati in materia. Ciò introduce una bipartizione nella disciplina nazionale sui contratti pubblici, divisa tra appalti al di sopra delle soglie, che devono rispettare la normativa di cui alle direttive europee, e appalti sotto-soglia, non sottoposti alle suddette direttive. Un primo elemento di interesse per la regolamentazione degli appalti sotto-soglia è proprio costituito dal fatto che, nel porre la stessa, gli Stati sono dotati di significativi margini di autonomia, che apre a moduli di azione più snelli e flessibili di quelli propri delle procedure di derivazione europea. Il secondo elemento di interesse è poi dato dalla constatazione che lo spazio degli affidamenti al di sotto degli importi europei è tutt'altro che esiguo, dato che le soglie di rilevanza europea sono fissate a euro 5.382.000 per lavori nei settori ordinari e speciali e nelle concessioni e in ammontare ben più ridotto, ma significativo, per servizi e forniture (). Da ciò consegue un particolare interesse per il modo in cui il legislatore interno spende la propria autonomia ed altresì una rilevanza economica significativa per le scelte operate in questo settore della contrattualistica pubblica.

Il legislatore nazionale ha sempre teso ad utilizzare la maggiore libertà d'azione di cui dispone nel sotto-soglia nella direzione della semplificazione e tale direzione è quella indicata anche dal legislatore delegante nel 2022 (). Infatti l'unico criterio direttivo espressamente dedicato al sotto-soglia dall' **art. 1, comma 2, lett. d) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78** è quello della semplificazione (), cui si aggiunge un riferimento puntuale al divieto di utilizzazione del sorteggio come metodo per l'individuazione degli operatori economici da invitare alle procedure negoziate. In dottrina è stata sottolineata una certa vaghezza dei criteri direttivi della delega, che ha rimesso integralmente al legislatore delegato l'individuazione delle modalità operative idonee a conseguire l'obiettivo fissato ().

Ma il sopra e il sotto-soglia non esauriscono le categorie di contratti pubblici. È noto infatti che la giurisprudenza europea ha enucleato una enclave di affidamenti che, per quanto di importo inferiore alle soglie europee, sono tuttavia attratti al rispetto della normativa, almeno di principio, posta in ambito sovranazionale. Si tratta dei contratti c.d. di interesse transfrontaliero certo, individuati in ragione del loro valore stimato (inferiore ma vicino alle soglie), in relazione alla loro tecnicità (che attrae operatori esteri specializzati) o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo a suscitare l'interesse di operatori esteri (località di confine). In tali casi, nonostante l'importo inferiore alle soglie, le amministrazioni aggiudicatrici sono tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) e, in particolare, il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (CGUE, **ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punti 20 e 21; CGUE, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, punto 32; CGUE, 14 giugno 2007, causa C-6/05, punto 33**) nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva (Cons. Stato, sez. consultiva atti normativi, parere 30 aprile 2019, n. 1312/2019). La Commissione europea, con nota di messa in mora del 6 aprile 2022, ha richiamato l'Italia al rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, ciò con riferimento alla disciplina dei **decreti legge 16 luglio 2020, n. 76 e 31 maggio 2021, n. 77**, nell'ambito dei quali venivano normati affidamenti diretti e procedure negoziate sotto-soglia, senza obbligare la stazione appaltante a valutare se l'appalto presentasse un interesse transfrontaliero certo.

Il nuovo codice affronta *ex professo* il tema della disciplina dei contratti ordinari sotto-soglia di interesse transfrontaliero certo, stabilendo, all'**art. 48, comma 2**, che «quando per uno dei contratti di cui al comma 1 la stazione appaltante accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, segue le procedure ordinarie di cui alle parti seguenti del presente libro». Si tratta di una novità significativa, poiché il precedente codice dei contratti pubblici non conteneva una regolazione generale di questa categoria di appalti, limitandosi ad evocarli per stabilire che ad essi non si applicasse l'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale (). Una regolazione generale era stata invece offerta da ANAC nelle Linee guida dedicate al sotto-soglia (), nelle quali si stabiliva che «per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse

transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere». ANAC quindi onerava le stazioni appaltanti, una volta verificato che il contratto sotto-soglia fosse di interesse transfrontaliero, di modulare le regole di gara, e i mezzi di pubblicità degli atti di indizione delle stesse, in modo tale da renderli "adeguati" alla presenza dell'interesse transfrontaliero. La scelta del legislatore delegato del 2023 è stata più netta, e di più semplice applicazione per le stazioni appaltanti, poiché non presuppone una predisposizione di regole selettive costruite con specifico riferimento ai contratti transfrontalieri, bensì impone la diretta estensione ad essi delle regole proprie delle procedure di importo superiore alle soglie europee. Anche con riferimento ai settori speciali il Codice affronta, con previsione espressa, la questione dell'interesse transfrontaliero, disponendo che le stazioni appaltanti applichino la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, se i contratti presentano un interesse transfrontaliero certo, deve essere conforme ai principi del Trattato sull'Unione europea a tutela della concorrenza (**art. 50, comma 5**).

¶

) In particolare, ai sensi dell'art. 14 del Codice, è stabilita in euro 140.000 la soglia per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi di progettazione aggiudicati dalle autorità governative centrali indicate nell'Allegato I alla direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014; in euro 215.000 la soglia per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali; in euro 750.000 quella per gli appalti di servizi sociali e assimilati elencati all'Allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE; in euro 431.000 la soglia per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi di progettazione nei settori speciali; infine in euro 1.000.000 quella per i contratti di servizi, per i servizi sociali e assimilati elencati nell'Allegato XIV alla direttiva 2014/24/UE.

¶

) Già A. MASSERA, *Le procedure sotto soglia*, in *Giorn. dir. amm.*, 2019, 6, 719 evidenziava in tale settore della contrattualistica pubblica un incremento dello spazio di discrezionalità e autonomia delle stazioni appaltanti e di elementi di fiduciarità (in qualche misura riecheggianti l'antica figura dei contratti in economia).

¶

) Sul tema cfr. F. DE PEPPA, *La disciplina degli appalti e la semplificazione del codice dei contratti pubblici nelle ultime riforme*, in *Quaderni ricerca giur. Banca d'Italia*, 2020, fasc. 89, 87 ss.

¶

) B.G. MATTARELLA, *La delega (in bianco) per la riforma dei contratti pubblici*, in *Giorn. dir. amm.*, 2022, 589 ss., il quale afferma che «per i contratti sotto-soglia si prevede solo che si debba semplificare, ma non si indica come farlo (con l'unico limite, imposto dalla ragionevolezza, del tendenziale divieto di sorteggio)».

¶

) Il riferimento è all'**art. 97, comma 8, D.L.gs. n. 50 del 2016**, in base al quale l'esclusione automatica delle offerte anomale non si applicava in presenza di contratti interesse transfrontaliero certo.

¶

) Si tratta delle Linee Guida ANAC n. 4 aventi ad oggetto *Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*. Cfr. F. MANGANARO, R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle linee guida n. 4 dell'ANAC*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 589 ss.

Data ultima modifica: 20/07/2023

Il sistema disciplinare del sotto-soglia

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.2

Il sistema disciplinare del sotto-soglia

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Norme dedicate e norme extravaganti

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.2.1

Norme dedicate e norme extravaganti

Il codice dedica alla disciplina dei contratti sotto-soglia la parte I del libro II, costituita dagli **articoli da 48** a 55, disposizioni nelle quali il legislatore delegato ha cercato di raccogliere tutte le previsioni proprie di questa categoria di contratti pubblici, **derogatorie** rispetto alla disciplina dei contratti sopra-soglia. Si è trattato di una scelta meditata, come si legge nella relazione al testo normativo, allo scopo di superare la frammentarietà delle norme del sotto-soglia propria del precedente **D.L.gs. 18 aprile 2016, n. 50**, nel quale disposizioni relative ai contratti di importi inferiori alle soglie europee erano sparse nell'intero testo del codice. Ciò assume un significato pratico, di più agevole individuazione delle *regulae iuris* proprie del settore, e facilita anche una lettura sistematica, funzionale a individuare il regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica pubblica.

La lettura del codice evidenzia tuttavia che l'operazione di raccolta unificante delle disposizioni del sotto-soglia non è stata esaustiva, permanendo specifiche disposizioni sul sotto-soglia anche al di fuori della parte I del libro II. Ciò nella maggior parte dei casi è avvenuto per esigenze sistematiche, che giustificano una collocazione della singola previsione in un diverso contesto regolatorio.

La suddetta giustificazione vale sicuramente per l'**art. 14**, avente ad oggetto *Soglie di rilevanza europea e metodi di calcolo dell'importo stimato degli appalti. Disciplina dei contratti misti*. È vero che l'individuazione delle soglie e le regole per il calcolo del valore dei contratti oggetto di aggiudicazione costituiscono il presupposto per assegnare al singolo affidamento la qualifica di contratto sotto-soglia; tuttavia la suddetta disciplina assume valenza generale e di principio, costituendo del pari presupposto per l'applicazione delle regole del sopra-soglia e quindi è corretta la sua collocazione nella parte I del libro I dedicata ai principi. Quanto al contenuto, l'**art. 14** riprende e fonde la disciplina contenuta negli **artt. 35** (sulle soglie e il calcolo del valore stimato degli appalti) e **28** (*Contratti misti di appalto*) del **D.L.gs. n. 50/2016** senza significative modifiche.

Esigenze sistematiche giustificano, del pari, l'unitaria trattazione del tema della programmazione dei lavori e degli acquisti di beni e servizi contenuta nell'**art. 37**, nel quale sono rinvenibili anche alcune indicazioni riferite al sotto-soglia. Il primo periodo del primo comma prevede infatti che il programma triennale dei lavori pubblici e i relativi aggiornamenti annuali fanno riferimento ai lavori il cui importo si stima pari o superiore alla soglia di cui all'**articolo 50, comma 1, lettera a)**, cioè superiore a euro 150.000, il che implica che i lavori sotto-soglia, superiori a quell'importo, entrano nella programmazione. L'**art. 37, comma 3**, poi, stabilisce che il programma triennale di acquisti di beni e servizi e i relativi aggiornamenti annuali indicano gli acquisti di importo stimato pari o superiore alla soglia di cui all'**articolo 50, comma 1, lettera b)**, cioè superiori a euro 140.000, anche in questo caso comprendendo quindi nella programmazione anche un'aliquota di servizi e forniture sotto-soglia.

Non altrettanto può dirsi per altre norme sul sotto-soglia, per le quali sarebbe stata preferibile una collocazione all'interno della parte I del libro II. Tra di esse deve essere segnalato l'**art. 17, comma 2**, che specifica che la "decisione di contrarre", che normalmente è il primo atto della procedura di affidamento, nel caso dell'affidamento diretto assume una diversa funzione, essendo l'atto che individua il soggetto con il quale si stipula il contratto e contiene la giustificazione della scelta effettuata («individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale»). La trasformazione ontologica della decisione di contrarre, che la rende l'atto principale quando non unico dell'affidamento diretto e quindi il passaggio amministrativo essenziale della procedura stessa, avrebbe ben potuto giustificare il suo inserimento tra le norme dedicate *ex professo* al sotto-soglia. L'**art. 17, comma 2**, ha un contenuto che ricalca quello già proprio dell'**art. 32, comma 1, D.L.gs. n. 50/2016**, così come modificato dal correttivo di cui al **D.L.gs. 19 aprile 2017, n. 56**. In quell'occasione il Consiglio di Stato, nel parere sul correttivo al codice del 2016, espresse l'avviso che il disposto in esame «andrebbe per ragioni di coerenza sistematica ricollocato nell'**art. 36» del D.L.gs. n. 50/2016**, cioè nella disposizione disciplinante il sotto-soglia (**Cons. Stato, commissione speciale, parere 30 marzo 2017, n. 782**), considerazione che vale anche con riferimento alla previsione del codice del 2023. Un richiamo al provvedimento di affidamento diretto lo abbiamo anche nell'**art. 15, comma 3**, a mente del quale «il nominativo del RUP è indicato nel bando o nell'avviso di indizione della gara, o, in mancanza, nell'invito a presentare un'offerta o nel provvedimento di affidamento diretto», peculiare momento nel quale si sostanzia la scelta del contraente nella procedura semplificata. La disciplina del RUP (acronimo che nel nuovo codice evoca il "responsabile unico del progetto") merita di essere qui richiamata anche con riferimento al comma 6, il quale stabilisce che «le stazioni appaltanti e gli enti concedenti possono istituire una struttura di supporto al RUP, e possono destinare risorse finanziarie non superiori all'1 per cento dell'importo posto a base di gara per l'affidamento diretto da parte del RUP di incarichi di assistenza al medesimo». Si tratta di previsione che non è passata inosservata, laddove prevede l'affidamento diretto di incarichi di consulenza da parte del RUP nell'importo massimo dell'1 per cento della base di gara; è stato evidenziato che tale percentuale, in presenza di affidamenti rilevanti economicamente, può comportare il superamento della

soglia di euro 215.000 per i servizi sotto-soglia, esponendo l'Italia a una procedura di infrazione europea ().

Ulteriore disposizione fuori del capo espressamente dedicato al sotto-soglia che merita menzione, stante il fatto che regola momenti essenziali della vicenda procedimentale e negoziale, è l'art. 18, il quale ha due profili disciplinari rilevanti. Il primo attiene alla **forma del contratto nel caso di procedure sotto-soglia**, normata dal comma 1, il quale al secondo periodo stabilisce che «in caso di procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti» il contratto è stipulato «mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del **regolamento UE n. 910/2014** del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014»; la disposizione riprende quella dell' **art. 32, comma 14, del D.L.gs. n. 50/2016**, aggiungendo però alla posta elettronica certificata il riferimento ai sistemi elettronici di recapito certificato (). Il secondo profilo è regolato dai **commi 3 e 4 dell'art. 18** e attiene alla **non applicabilità ai contratti sotto-soglia dei termini di stand still sostanziale e processuale** (come confermato dall'**art. 55, comma 2, del Codice**). È una innovazione rispetto all' **art. 32, comma 10, del D.L.gs. n. 50/2016**, poiché quest'ultima previsione esonerava dal rispetto del suddetto termine solo gli affidamenti diretti e non l'intero comparto dei contratti di importo inferiore alle soglie europee come l'attuale disciplina.

La giurisprudenza, tuttavia, pronunciandosi sulla pregressa normativa, aveva sostenuto che anche l'**art. 32, comma 10, D.L.gs. n. 50/2016** dovesse applicarsi non solo agli affidamenti diretti, ma anche alle procedure negoziate senza bando (in tale senso **TAR Lombardia, sez. IV, 22 ottobre 2021, n. 2330**).

Deve infine rilevarsi che al sotto-soglia sono espressamente dedicati due Allegati al codice, vale a dire l'Allegato II.1, avente ad oggetto *Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea* e l'Allegato II.2, relativo a *Metodi di calcolo della soglia di anomalia per l'esclusione automatica delle offerte*.

↳

) F. CERISANO, *Codice appalti già da rifare - Rischio infrazione per gli affidamenti diretti del RUP*, in *ItaliaOggi*, 20 aprile 2023, che riferisce di rilievi critici nel senso di cui al testo provenienti da ANAC.

↳

) Cfr. art. 1, comma 1-ter, **D.L.gs. 7 marzo 2005, n. 82** (Codice dell'amministrazione digitale – CAD), il quale, introdotto dal **D.L.gs. 13 dicembre 2017, n. 217**, così dispone: «ove la legge consente l'utilizzo della posta elettronica certificata è ammesso anche l'utilizzo di altro servizio elettronico di recapito certificato qualificato ai sensi degli articoli 3, numero 37), e 44 del Regolamento eIDAS».

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

L'applicabilità delle norme del sopra-soglia

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.2.2

L'applicabilità delle norme del sopra-soglia

I contratti sotto-soglia non sono regolati soltanto da disposizioni ad essi espressamente dedicate, siano queste contenute nella parte I del libro II o in altra parte del codice. Infatti l'**art. 48, comma 4**, prevede che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non derogate dalla presente parte, le disposizioni del codice», cioè le altre disposizioni del **D.L.gs. n. 36/2023**. Una simile disposizione di rinvio mancava nel codice del 2016 (**D.L.gs. n. 50/2016**), mentre era presente nel codice degli appalti ancora precedente, cioè quello del 2006, poiché infatti l'**art. 121 del D.L.gs. 12 aprile 2006, n. 163** disponeva l'applicabilità ai contratti sotto-soglia delle previsioni proprie del sopra-soglia «in quanto non derogate dalle norme del presente titolo».

Non può essere compiuta in questa sede una completa ricognizione delle norme del codice, diverse da quella espressamente riferite al sotto-soglia, applicabili a questa categoria di contratti pubblici, potendosi solo fare una elencazione esemplificativa.

Sono certamente applicabili al sotto-soglia le norme sui requisiti di ordine generale (**artt. 94 e ss.**) e sui requisiti di ordine speciale (**artt. 100 e ss.**), com'è reso palese dal già richiamato **art. 17, comma 2, del Codice**, laddove afferma che la decisione di contrarre, nel caso dell'affidamento diretto, individua, tra l'altro, i «requisiti di carattere generale e, se necessari, [a] quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale» del soggetto col quale stipula il contratto. Con tali espressioni, infatti, la disposizione evocata intende riferirsi alle categorie generali così come codificate per il sopra-soglia e che trovano applicazione anche per i contratti di importo inferiore alle soglie. Non mancano differenziazioni legate all'importo degli affidamenti; nell'ambito dei requisiti di ordine speciale, ad esempio, l'**art. 100, comma 4**, stabilisce che solo per gli appalti di lavori di importi pari o superiori a euro 150.000 è richiesta la qualificazione degli operatori economici. Restando nell'ambito della disciplina dei requisiti di partecipazione, non possono esservi dubbi sull'applicazione dell'istituto del soccorso istruttorio di cui all'**art. 101**, tenuto conto che il sotto-soglia si connota per una maggiore flessibilità e informalità rispetto alla restante contrattualistica pubblica.

È riferibile anche al sotto-soglia l'istituto dell'avvalimento, com'è reso esplicito dall'**art. 104, comma 2**, che parla di appalti di lavoro di importo pari o superiore a euro 150.000 e come risulta dalla giurisprudenza che, nel vigore della pregressa disciplina del **D.L.gs. n. 50/2016**, ha esaminato fattispecie di affidamenti sotto-soglia con applicazione dell'avvalimento (**TAR Lazio, sez. II, 22 maggio 2022, n. 6581**); di particolare interesse il precedente giurisprudenziale che, partendo dall'ammissibilità dell'avvalimento nel sotto-soglia, giunge ad analizzare anche il rapporto tra avvalimento e rotazione, quale tipico principio dei contratti di importo inferiore alle soglie europee, interrogandosi sulla riferibilità della rotazione all'impresa ausiliaria che era stata aggiudicataria del pregresso affidamento (**TAR Lombardia, 26 febbraio 2022, n. 482**) ().

Trova applicazione nel sotto-soglia l'istituto del **subappalto** di cui all'art. 119. La Corte di giustizia dell'unione europea ha espressamente esaminato casi di operatività del subappalto riferiti a contratti sotto-soglia, affermando che, qualora gli stessi siano di interesse transfrontaliero certo, si applica il principio della illegittimità del divieto generalizzato di

subappalto (CGUE, sez. V, 5 aprile 2017, in causa C-298/15). Si applicano altresì le norme del codice relative alle clausole sociali e ai criteri ambientali minimi (art. 57), risultato cui si era pervenuti anche nel vigore del codice del 2016 (), la disciplina della revisione prezzi (art. 60), l'istituto dell'appalto integrato, com'è reso esplicito dal fatto che l'art. 44, che nel testo licenziato dalla commissione del Consiglio di Stato prevedeva la non applicabilità dello stesso agli appalti di lavori inferiori a certo importo, non riporta più tale limite nel testo definitivo.

9
) Sul punto il TAR della Lombardia - Milano, nella citata sentenza, afferma che «non vi è invece alcun addentellato normativo che consenta di ritenere esclusa, per gli operatori aggiudicatari di precedenti gare o partecipanti alle stesse, la possibilità di porre la propria capacità tecnica e/o amministrativa a disposizione di una diversa ditta invitata alla nuova procedura, rivestendo così il ruolo di ausiliari in un rapporto di avvalimento». Su questa sentenza si veda il commento di G. DELLE CAVE, *Sulla inapplicabilità del principio di rotazione all'istituto dell'avvalimento*, in *L'Amministrativista*, 3 marzo 2022.

10
) Per le clausole sociali deve ricordarsi che il D.L. n. 76/2020, come convertito dalla L. n. 120/2020, ha modificato l'art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016, sostituendo alla locuzione «Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50» (disciplinante le clausole sociali) quella per cui «Le stazioni appaltanti applicano le disposizioni di cui all'articolo 50»; per i criteri ambientali minimi (CAM) vi era un espresso richiamo alla relativa disciplina da parte dell'art. 36 D.L.gs. n. 50/2016.

Data ultima modifica: 20/07/2023

Il richiamo dei principi del codice

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.2.3

Il richiamo dei principi del codice

L'art. 48, comma 1, del Codice, quindi la norma di apertura della parte I del libro II, afferma che «l'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al libro I, parti I e II». Ne consegue che i principi posti dal titolo I della parte prima del libro I del codice sono principi generali, che costituiscono le teste di capitolo dell'intera disciplina della contrattualistica pubblica e quindi vevoli anche per il sotto-soglia. D'altra parte almeno i più innovativi di detti principi, il principio del risultato (art. 1) e il principio della fiducia (art. 2), non paiono essere di stretta derivazione europea, così che ben si giustifica una loro estensione ben oltre l'ambito di pertinenza delle direttive europee. Anzi, a ben vedere, i due evocati principi trovano nel settore del sotto-soglia la più puntuale e genuina applicazione. Partendo dal secondo, l'art. 2, comma 2, specifica che, sul lato pubblico, «il principio della fiducia favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici, con particolare riferimento alle valutazioni e alle scelte per l'acquisizione e l'esecuzione delle prestazioni secondo il principio del risultato». Si tratta di previsione che pone al centro

l'autonomia decisionale della stazione appaltante, quindi il suo agire con margini valutativi riconducibili al parametro giuridico della discrezionalità amministrativa. Questa prospettiva è centrale nel sotto-soglia, stante il fatto che, come meglio risulterà dall'analisi che segue, le procedure applicabili in tale contesto operativo, cioè l'affidamento diretto e la procedura negoziata, si connotano per margini di manovra più ampi rispetto a quelli propri delle procedure ordinarie (pensiamo alla procedura aperta o a quella ristretta) e meno astrette da rigide regole di azione prestabilite dalle previsioni normative e da rigide regole di gara. Lo spazio valutativo è massimo nell'affidamento diretto, stante il rilievo che esso può persino prescindere dal confronto competitivo tra più offerte alternative; ma certamente è significativo anche nella procedura negoziata, nella quale la stazione appaltante, che qui è tenuta al confronto competitivo tra proposte alternative secondo regole predeterminate, si muove comunque con margini più ampi di quelli propri delle procedure sopra-soglia, com'è implicito nello stesso concetto di negoziazione che connota la procedura (su ciò *infra* parr. 3.2.2, e 3.2.3.). Nel sotto-soglia il legislatore delegato del 2023 investe molto sulla fiducia nell'amministrazione, com'è reso evidente dall'innalzamento delle soglie di operatività delle procedure derogatorie, rispetto alle previsioni del codice del 2016, e dal non prevedere alternativa al loro utilizzo, se non per le procedure relative a lavori di importo superiore ad un milione di euro (vedi *infra* par. 3.3). Più in generale le procedure sotto-soglia sono caratterizzate da ampi margini d'azione della stazione appaltante nell'impostazione della procedura selettiva, spettando alla stessa la configurazione in concreto dell'articolarsi della procedura medesima e la fissazione delle regole che la disciplineranno. Pensiamo, ancora una volta, all'alternativa, nell'affidamento diretto, tra un suo atteggiarsi maggiormente secondo modalità competitive, attraverso la richiesta di più preventivi, ovvero in termini di diretta individuazione, debitamente motivata, dell'operatore economico in possesso di esperienze idonee a soddisfare le esigenze dell'amministrazione.

L'ampliamento dell'operatività di procedure derogatorie rispetto a quelle ordinarie, con la connessa valorizzazione del ruolo decisorio delle stazioni appaltanti, non implica tuttavia assenza di trasparenza e ancoraggio dell'agire amministrativo a precisi parametri legali. L'**art. 17, comma 2**, già richiamato, con riferimento agli affidamenti diretti, cioè alla metodica di individuazione dell'operatore economico con cui stipulare il contratto pubblico di più lato raggio d'azione della stazione appaltante, oltre a richiamare il necessario possesso da parte dell'operatore medesimo dei necessari requisiti soggettivi, impone che la stazione appaltante espliciti, nell'atto di affidamento, «le ragioni della sua scelta». È il già richiamato obbligo motivazionale, che non può mai mancare e che dovrà ancorarsi al possesso nell'operatore economico prescelto di adeguate competenze ed esperienze e dell'idoneità a far fronte all'oggetto contrattuale.

Nel merito, in presenza di questo rilevato più ampio margine valutativo attribuito alle stazioni appaltanti nel sotto-soglia, un ruolo assai significativo viene ad essere svolto dall'altro principio fondamentale introdotto dall'**art. 1 del codice**, cioè quello del risultato.

La giurisprudenza ha subito colto, in detto principio, un riferimento alla **strumentalità dei profili formali rispetto al perseguimento degli interessi sostanziali dell'amministrazione** (in tale senso **Cons. Stato, sez. IV, 20 aprile 2023, n. 4014**, ove afferma che «dal principio di proporzionalità deriva, pertanto, il corollario della c.d. "strumentalità delle forme" ad un

interesse sostanziale dell'Amministrazione, di cui la giurisprudenza amministrativa ha fatto costante applicazione nel contenzioso in materia di appalti pubblici, e che di recente è stato codificato, mediante l'icastica formula del principio del risultato, dall'

art. 1 del nuovo codice degli appalti di cui al decreto legislativo n. 36 del 31 marzo 2023»). Il principio del risultato è qualificato dall'**art. 1, comma 4**, come «criterio prioritario», laddove ci siano margini di discrezionalità valutativa in capo alla stazione appaltante. Ecco che i più latenti poteri valutativi riscontrati nell'ambito del sotto-soglia devono essere esercitati, certamente in uno con il rispetto delle previsioni normative esistenti e della necessaria trasparenza, avendo di mira il conseguimento del massimo risultato, in termini di tempestività e miglior rapporto possibile tra qualità e prezzo, secondo quanto dispone l'**art. 1, comma 1, del codice**. Nei suddetti termini il principio di risultato assume una veste centrale nell'ambito delle procedure ove l'impostazione della selezione sia meno formalizzata e quindi più carente di parametri normativi funzionali a guidare lo svolgimento della scelta o dell'individuazione dell'operatore economico prescelto. Esso diventa in questi contesti, anche diretto parametro di legittimità e quindi direttamente giustiziabile, ad esempio nell'ottica comunque di necessaria garanzia del rispetto del «migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo», di cui parla l'**art. 1, comma 1**.

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Le procedure sotto-soglia

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3

Le procedure sotto-soglia

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Il possibile e/o doveroso ricorso alle stesse

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.1

Il possibile e/o doveroso ricorso alle stesse

L'**art. 50, comma 1**, stabilisce quali sono le modalità per l'affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie di cui all'**art. 14**, introducendo quindi le specifiche procedure e fornendo le indicazioni disciplinari essenziali sulle stesse. L'analisi dei suddetti meccanismi di individuazione dell'operatore economico con il quale contrattare, deve tuttavia essere

preceduta da una riflessione inerente, da un lato, la possibilità delle singole stazioni appaltanti di procedere alla utilizzazione delle evocate procedure sotto-soglia; dall'altro, dalla distinta considerazione, una volta appurato che la singola amministrazione possa accedere a queste procedure, circa la doverosità del ricorso alle stesse.

Il tema della possibilità è introdotto dallo stesso testo dell'**art. 50, comma 1**, il quale esordisce facendo salvezza di quanto disposto dagli **artt. 62 e 63**, cioè dalle disposizioni del codice che hanno come oggetto la qualificazione dei soggetti pubblici e le aggregazioni e centralizzazioni delle committenze. Le suddette disposizioni, cioè, che sostituiscono quelle di cui agli **artt. 37 - 39 D.L.gs. n. 50/2016**, si occupano dei temi, invero di massima importanza, della qualificazione delle stazioni appaltanti, di quali attività possono porre in essere le stazioni qualificate e quelle non qualificate e del conseguente possibile ricorso alle centrali di committenza o alle aggregazioni. Questa regolazione intercetta, in parte, la tematica dei contratti sotto-soglia che, entro certi limiti di valore, possono essere stipulati anche dalle stazioni appaltanti non qualificate.

Le singole amministrazioni aggiudicatrici che risultino **qualificate**, ai sensi della disciplina di cui all'**art. 63** e norme richiamate, possono ovviamente avviare procedure selettive, in funzione dei livelli di qualificazione posseduta. L'**art. 62, comma 1**, si occupa invece delle stazioni appaltanti non qualificate, le quali «possono procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro». Ecco che la possibilità delle amministrazioni, pensiamo alle migliaia di Comuni e alla miriade di soggetti pubblici, di porre in essere procedure di affidamento sotto-soglia, presuppone comunque una precondizione soggettiva delle stesse che può essere variamente articolata. Le suddette stazioni appaltanti hanno tale possibilità ove siano qualificate; ove non lo siano possono avviare le suddette procedure di affidamento non già nell'intero arco di valore del sotto-soglia, ma nel rispetto di più contenuti limiti quantitativi; per i servizi e le forniture il limite di azione delle stazioni non qualificate è quello proprio degli affidamenti diretti (quindi non oltre l'importo di euro 140.000), mentre per i lavori l'**art. 62, comma 1**, consente alle stazioni non qualificate di avviare procedure di affidamento sino alla soglia di euro 500.000. Il codice del 2023 ha significativamente ampliato la possibilità di azione delle stazioni appaltanti non qualificate; il previgente **art. 37, comma 1, D.L.gs. n. 50/2016** consentiva infatti a queste ultime di procedere direttamente e autonomamente all'acquisizione di forniture e servizi entro la soglia di euro 40.000 e di lavori di importo inferiore a euro 150.000.

L'**art. 62, comma 6**, del Codice del 2023 specifica poi, in termini più ampi, tutte le possibilità di approvvigionamento delle stazioni appaltanti **non qualificate**, che, tra l'altro, «procedono all'acquisizione di forniture, servizi e lavori ricorrendo a una centrale di committenza qualificata» ovvero procedono ad affidamenti per servizi e forniture di importo inferiore alle soglie dell'**art. 14** ovvero di lavori di manutenzione ordinaria d'importo inferiore a 1 milione di euro «mediante utilizzo autonomo degli strumenti telematici di negoziazione messi a disposizione dalle centrali di committenza qualificate secondo la normativa vigente».

È opportuno sottolineare che la riferita tematica della qualificazione delle stazioni appaltanti e delle funzioni di approvvigionamento che possono essere esercitate anche da quelle non

qualificate è questione distinta rispetto al tema degli «obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa», di cui parla l'**art. 48, comma 3**, del Codice. In quest'ultimo caso il riferimento è infatti, in particolare, alla previsione dell'**art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296**, il quale, come successivamente modificato, stabilisce che tutte le amministrazioni pubbliche, con limitate eccezioni, «per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a 5.000 euro e al di sotto della soglia di rilievo comunitario, sono tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione di cui all'**articolo 328, comma 1**, del regolamento di cui al **decreto del Presidente della Repubblica 5 ottobre 2010, n. 207**», c.d. MEPA. La disciplina da ultimo citata non pone in discussione la tipologia di procedura da utilizzare, ma disciplina le modalità operative di attuazione della procedura stessa; trattandosi di appalti sotto-soglia dovrà essere quindi utilizzato l'affidamento diretto o la procedura negoziata, secondo le regole del codice già esaminate; sol che nel caso di importi pari o superiori a euro 5.000 quelle procedure dovranno essere applicate prendendo come mercato di riferimento quello del MEPA, se risulta in concreto idoneo, attraverso quindi l'attivazione da parte della stazione appaltate di ordini di acquisto (per gli affidamenti diretti) o richieste di offerta (per le procedure negoziate) nell'ambito del MEPA medesimo (

).
Evidenziato quali sono le ipotesi nelle quali la singola stazione appaltante è legittimata a procedere direttamente allo svolgimento delle procedure per affidamenti sotto-soglia, si pone la seconda questione annunciata, **circa la doverosità dell'utilizzo delle procedure derogatorie**. Si tratta cioè di capire se, per affidamenti che rientrino nei limiti di valore previsti dall'**art. 50**, le amministrazioni aggiudicatrici siano tenute a ricorrere alle procedure codificate dalla stessa disposizione (cioè l'affidamento diretto e la procedura negoziata) ovvero se esse possano anche alternativamente utilizzare le procedure ordinarie previste per il sopra-soglia.

Il previgente codice, all'**art. 36, comma 2, del D.L.gs. n. 50/2016**, permetteva all'illustrazione delle procedure proprie del sotto-soglia l'inciso «salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie», quindi sancendo espressamente la facoltà della stazione appaltante di seguire le più garantistiche procedure del sopra-soglia. L'

art. 1, comma 2, del decreto legge 16 luglio 2020, n. 76, che prevede le procedure sotto-soglia relative al periodo emergenziale e fino al 30 giugno 2023, pur utilizzando una previsione analoga a quella dell'art. 36, non contiene invece un espresso riferimento alla salvezza del ricorso alle procedure ordinarie. L'**art. 50, comma 1**, del codice del 2023, come la disciplina emergenziale e diversamente dal codice del 2016, **non prevede la possibilità delle stazioni appaltanti di ricorrere alle modalità di affidamento disciplinate per il sopra-soglia**.

La lettera delle norme richiamate appare nel senso di rilevare una volontà legislativa, nel passaggio dalla disposizione del 2016 a quelle del 2020-2023, volta a rafforzare la cogenza dell'applicazione delle norme derogatorie, precludendo il ricorso alle procedure ordinarie (). Ciò appare conforme alle *rationes* ispiratrici delle previsioni più recenti; quanto alla disciplina emergenziale, appare invocabile la volontà di supportare la ripresa economica dopo la fase pandemica, attraverso l'accelerazione delle procedure di affidamento dei contratti pubblici (); con riferimento al codice del 2023 appare andare nella medesima direzione il principio del

risultato di cui all'**art. 1 del D.Lgs. n. 36/2023**, norma quest'ultima che declina il risultato anche in termini di «massima tempestività». D'altra parte nell'**art. 50 del codice** rinveniamo anche una disposizione espressa circa una più circostanziata possibilità di utilizzo delle procedure ordinarie, non presente nella disciplina emergenziale; si tratta dell'**art. 50, comma 1, lett. d)**, che, nel caso di lavori di importo pari o superiore ad 1 milione di euro, ma inferiori alle soglie europee, prevede l'utilizzo della procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ma fa salva «la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla parte IV del presente libro»; il rilievo ha portata decisiva, nel senso che il legislatore del 2023 ha preso in considerazione la **possibilità di ricorso alle procedure ordinarie**, ed ha espressamente normato il profilo con riferimento ai contratti di lavoro di importi superiore al milione di euro, il che porta a confermare che abbia invece voluto escludere tale possibilità di derogare alle procedure semplificate in tutte le altre ipotesi. La disposizione elaborata dalla Commissione istituita presso il Consiglio di Stato e incaricata di redigere il progetto di codice, aveva invero previsto che, per gli appalti al di sopra di 1 milione di euro, la scelta di utilizzare una procedura ordinaria dovesse avvenire «previa adeguata motivazione», ma tale inciso non è stato recepito nel testo definitivo del codice.

¶1

) S. CRESTA, *Procedure elettroniche e strumenti di acquisto telematici nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2016, 981 ss., riferito ovviamente al codice del 2016.

¶2

) In senso contrario, con riferimento alla disciplina emergenziale C. CONTESSA, *Le novità del decreto semplificazioni, ovvero: nel settore dei contratti pubblici esiste ancora un "Codice"?*, in *Urb. e app.*, 2020, 757, secondo cui, se è vero che «il dato testuale sembrerebbe avvalorare la soluzione negativa, in considerazione del fatto che il comma 2 sembra ammettere soltanto le due tipologie di affidamento dinanzi descritte», «dal punto di vista sistematico, tuttavia, appare preferibile la soluzione secondo cui la normativa emergenziale del 2020 mette a disposizione delle amministrazioni alcune tipologie di affidamenti le quali, pur risultando derogatorie rispetto alle forme ordinarie, non si sostituiscono integralmente ad esse e non impediscono alle stazioni appaltanti di fare ricorso a queste ultime, al ricorrere delle condizioni di legge e quando le stesse risultino più confacenti alle esigenze delle stesse stazioni appaltanti».

¶3

) La disciplina in questione, per espressa previsione di legge, mira «[ad]incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché [a] far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19».

Data ultima modifica: 20/07/2023

Le procedure previste e la loro natura

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.2

Le procedure previste e la loro natura

Data ultima modifica: 20/07/2023

Premessa

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.2.1

Premessa

L'**art. 50, comma 1**, stabilisce quali sono le procedure che le stazioni appaltanti devono utilizzare per l'affidamento di contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'**art. 14 del codice**, richiamando, alle lettere *a)* e *b)*, l'affidamento diretto e, alle lettere *c)*, *d)* ed *e)*, la procedura negoziata senza bando.

Rispetto alla disciplina dell'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016** si segnalano già a prima lettura (e al netto della questione delle soglie di valore, su cui *infra* par. 3.3) i seguenti profili differenziali. Scompare il riferimento allo svolgimento dei lavori in amministrazione diretta, presente nel codice del 2016, mentre qui il suddetto istituto non è invocato (). Il legislatore del 2023 ritiene quindi che l'amministrazione diretta, come modalità di autoproduzione, si ponga al di fuori della sistematica propria delle procedure concorsuali e quindi anche della disciplina del sotto-soglia.

Nell'**art. 36 del codice del 2016** la procedura negoziata veniva evocata con richiamo alla sua disciplina nell'ambito delle procedure ordinarie (la procedura negoziata di cui all'**articolo 63 del D.L.gs. n. 50/2016**), mentre nel testo dell'**art. 50 del codice del 2023** si parla di **procedura negoziata senza bando**, non richiamando l'omologo istituto proprio delle procedure ordinarie (cioè la procedura negoziata senza pubblicazione di un bando di cui all'**art. 76 del D.L.gs. n. 36/2023**). Invero la procedura configurata dall'art. 50 trova già adeguata disciplina nella stessa disposizione e l'evocazione dell'ulteriore disposizione relativa al sopra-soglia avrebbe solo potuto ingenerare confusione, come messo in evidenza dalla relazione di accompagnamento al codice.

Nella disciplina dell'**art. 50 D.L.gs. n. 36/2023**, infine, la **dicotomia affidamento diretto/procedura negoziata** è netta, mentre nell'**art. 36 D.L.gs. n. 50/2016** figurava anche una sorta di *tertium genus*. Il riferimento è alla previsione di cui **36, comma 2, lett. b) del D.L.gs. 50/2016**, come introdotto dal **decreto legge 18 aprile 2019, n. 32**, il quale parla di «affidamento diretto previa valutazione di tre preventivi», in tal modo ibridando i moduli di azione propri dell'affidamento diretto e della procedura negoziata (su ciò *infra* par. 3.2.2).

14
) Ne parla però l'art. 37, comma 2, ultimo periodo del codice a proposito del loro inserimento nella programmazione («I lavori, servizi e forniture da realizzare in amministrazione diretta non sono inseriti nella programmazione»).

Data ultima modifica: 20/07/2023

Affidamento diretto

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.2.2

Affidamento diretto

L'affidamento diretto è stato oggetto, nel tempo, di plurimi interventi normativi che, nel definirlo e descriverne l'essenza, hanno inciso anche sulla portata e sulla natura della procedura in parola.

Nel testo originario dell'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016** si parlava soltanto di affidamento diretto, aggiungendo che lo stesso dovesse essere «adeguatamente motivato». Il correttivo al codice del 2016, operato con il **D.L.gs. 19 aprile 2017, n. 56**, effettua due interventi modificativi significativi sul testo dell'**art. 36 D.L.gs. n. 50/2016**, da un lato togliendo il riferimento alla circostanza che l'affidamento diretto debba essere «adeguatamente motivato», dall'altro inserendo l'inciso per cui l'affidamento diretto può avvenire «anche senza previa consultazione di due o più operatori economici». Il successivo **decreto legge 18 aprile 2019, n. 32**, convertito, con modificazioni, dalla **legge 14 giugno 2019, n. 55**, come anticipato, introduce un modulo di affidamento diretto connotato dalla «previa valutazione di tre preventivi». Gli interventi modificativi operati sul testo originario del codice del 2016 appaiono invero ispirati a logiche tra loro contrapposte. Il correttivo del 2017 è palesemente ispirato ad una logica di alleggerimento dell'affidamento diretto e di sua possibile fuoriuscita dall'ambito stesso del confronto tra imprese. Ciò è evidente nell'introduzione della previsione secondo cui l'affidamento diretto può avvenire «anche senza previa consultazione di due o più operatori economici»; la congiunzione (anche) denota che il confronto competitivo non è escluso, che può ben esserci, ma evidenzia altresì che esso non è necessario, non è costitutivo del modulo d'azione dell'affidamento diretto, che può da esso prescindere. La scelta di campo del correttivo 2017 si spiega come reazione alla eccessiva procedimentalizzazione che, nella vigenza della scarna normativa di cui all'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016**, era stata introdotta in sede di Linee guida l'ANAC, di fatto superando lo spirito semplificatorio voluto dal legislatore (). La reazione legislativa del 2017 interviene quindi a chiarire che l'affidamento diretto può anche essere non concorrenziale. Se questa presa di posizione può essere compresa, e anche condivisa, non altrettanto può dirsi con riferimento all'intervento legislativo del 2017 che ha abrogato la previsione normativa secondo cui l'affidamento deve essere «adeguatamente motivato», giacché la motivazione della scelta dell'amministrazione risulta presidio ineliminabile. Di segno opposto la novella del 2019 che, accanto all'affidamento diretto che può essere anche senza confronto competitivo, aggiungeva, per fasce di valore diverse, un affidamento diretto invece necessariamente connotato dalla «previa valutazione di tre preventivi», creando non poca confusione concettuale sull'essenza di questo strumento di aggiudicazione dei contratti pubblici.

Il Codice del 2023 interviene su questo complesso quadro con tre previsioni, che ben evidenziano l'idea di affidamento diretto alla base della nuova disciplina. In primo luogo scompare la figura di affidamento diretto ibrido introdotta nel 2019, nella quale risultava

necessario il previo confronto di almeno tre preventivi, creando dubbi sull'essenza dell'istituto e rendendo l'affidamento diretto (con quelle specifiche caratteristiche) una sorta di procedura negoziata semplificata. In secondo luogo viene ribadito, in continuità con il testo del codice del 2016 come emendato nel 2017, che l'affidamento diretto può essere disposto «anche senza consultazione di più operatori economici» (espressione che ritroviamo in entrambe le ipotesi di affidamento disciplinate dall'art. 50, comma 1). Queste due prime previsioni, lette congiuntamente, hanno il chiaro significato, non già di sganciare del tutto l'affidamento diretto dal confronto comparativo tra più offerte alternative, bensì di **non renderlo necessario**, sicché l'affidamento diretto è anche possibile senza quel confronto. Ma c'è un'altra previsione disciplinare da prendere in esame. L'**art. 13, comma 6**, del Codice afferma che «le definizioni del codice sono contenute nell'Allegato I.1»; quest'ultimo è rubricato *Definizioni dei soggetti, dei contratti, delle procedure e degli strumenti* e all'art. 3, comma 1, lett. d) contiene la definizione dell'affidamento diretto.

Costituisce affidamento diretto, alla luce del nuovo Codice, «l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'**articolo 50, comma 1 lett. a) e b)**, del codice e dei requisiti generali e speciali previsti dal medesimo codice». L'opzione per una **qualificazione non concorrenziale** dell'affidamento diretto non potrebbe essere più netta. La norma parla apertamente di affidamento «senza una procedura di gara» ed afferma che, anche allorché si interpellino più operatori (evenienza che non è affatto esclusa né deve di necessità essere ritenuta recessiva) «la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante», nel rispetto dei criteri qualitativi o quantitativi cui si ispira la scelta medesima. Si tratta di lettura inequivoca nel senso della non necessaria concorrenzialità della procedura in esame.

Dunque nel nuovo codice l'affidamento diretto non presuppone necessariamente il confronto tra più preventivi, così che l'affidamento in parola può anche avvenire senza richiedere, e sottoporre a confronto, più offerte alternative (v. sotto il codice del 2016, cfr.

Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2022, n. 1108) (

16). La richiesta tra più preventivi, ancorché non necessaria, non è tuttavia certamente esclusa, può quindi ben esserci ed anzi tale modalità di azione corrisponde ad una *best practice* (ancora **Cons. Stato, sez. V, 15 febbraio 2022** cit.; ma si veda anche il parere del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti n. 764 del 20 ottobre 2020; **Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021, n. 3287**; nonché le Linee Guida n. 4 di ANAC).

L'ulteriore passaggio espressamente codificato è poi quello che, comunque, anche allorché siano richiesti più preventivi, la scelta è operata discrezionalmente dall'amministrazione, **non comportando la richiesta di preventivi la trasformazione dell'affidamento diretto in una gara vera e propria**. Aspetto questo, tra l'altro già enucleato dalla giurisprudenza (v. ancora **Cons. Stato, sez. IV, 23 aprile 2021** cit.) (

17). Il profilo che questa complessa qualificazione ontologica mette in luce è che la concreta configurazione dell'affidamento diretto è invero correlata alla strutturazione che, nel singolo caso, la stazione appaltante darà alla suddetta procedura. È possibile che essa decida di aprire al confronto di più operatori, che si vincoli a criteri di valutazione dei preventivi presentati,

ovvero, all'opposto, che valuti direttamente la rispondenza della singola offerta alle esigenze della stazione appaltante.

Direttamente correlato al profilo qualificatorio sopra trattato è poi l'ulteriore tema della **motivazione della scelta operata dall'amministrazione**, che in nessun caso può mancare, non essendo predicabile una totale libertà di scelta o addirittura l'arbitrio nella scelta da parte della stazione appaltante. L'amministrazione aggiudicatrice è comunque tenuta al perseguimento dell'interesse pubblico e al rispetto dei principi che governano l'intera contrattualistica pubblica, con le conseguenti responsabilità che a ciò si correlano. Ne consegue che le ragioni della scelta del contraente privato devono essere esplicitate dall'amministrazione e ciò avviene nella motivazione dell'atto di affidamento, nel quale deve essere dato conto della scelta effettuata e della convenienza e trasparenza della stessa. Se vi è stato confronto competitivo, come anche possibile, l'individuazione del contraente risulterà come esito del procedimento concorsuale, come invero dei criteri fissati negli atti di indicazione della gara, ove questi siano stati fissati. Ma anche al di fuori del confronto competitivo l'aver affidato il contratto ad un operatore piuttosto che all'altro deve essere frutto di una valutazione trasparente, la quale dovrà trovare esternazione nella motivazione dell'affidamento stesso.

In particolare quando si fuoriesca da una logica concorsuale e si faccia riferimento al potere valutativo dell'amministrazione l'importanza della motivazione della scelta diventa massima, vero presidio della legalità della scelta amministrativa (in tal senso si era espresso **TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 16 gennaio 2023, n. 52**) (

18). Ciò trova riscontro nel già richiamato art.17 del Codice, il quale, afferma, al comma 2, che in caso di affidamento diretto la decisione di contrarre individua l'oggetto, l'importo e il contraente, il possesso dei requisiti generali e speciali, nonché le «ragioni della sua scelta», cioè le motivazioni in base alle quali si è individuato l'operatore economico con il quale stipulare il contratto. Nella stessa ottica si muove l'**art. 50, comma 1, lett. a) e b)**, ove si prevede che l'affidamento diretto deve essere posto in essere «assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali». Dunque l'affidamento diretto, ancorché letto in chiave non concorsuale, implica sempre un'adeguata motivazione della scelta posta in essere dall'amministrazione, che deve dar conto delle valutazioni compiute e che sarà sindacabile in sede giurisdizionale.

15)
C. CONTESSA, op. cit., il quale afferma che la disciplina introdotta dall'ANAC con le Linee guida n. 4 aveva comportato «una accentuata ri-procedimentalizzazione per affidamenti che, al contrario, il Legislatore aveva inteso fortemente semplificare (basti pensare all'articolata disciplina procedurale delineata dalle Linee guida in questione anche per gli affidamenti di importo inferiore a 40mila euro)».

16)
Ove si legge che «il legislatore ha eliminato il riferimento all'adeguata motivazione, prevedendo inoltre un affidamento non necessariamente preceduto da un confronto competitivo tra aspiranti e rimesso a una diretta individuazione dell'affidatario da parte della stazione appaltante».

17)
La quale ha infatti affermato che «la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee Guida n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura

di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze».

48

) Sulla motivazione dell'atto di affidamento diretto. La sentenza, nell'accogliere il ricorso, denuncia «il grave vizio motivazionale che affligge la decisione assunta», giudizio che vale sia nell'ottica concorrenziale che in quella dell'esercizio comunque del potere valutativo dell'amministrazione. Nella prima direzione il *deficit* motivazionale è correlato al fatto che l'amministrazione aggiudicatrice giustifica la preferenza del preventivo dell'aggiudicatario rispetto a quello che offriva il servizio ad un prezzo più alto, ma niente dicendo del terzo preventivo, quello della ricorrente, che richiedeva il prezzo più basso di tutti. Ma la carenza motivazione è non minore anche nella direzione della giustificazione, comunque, dell'aver esercitato correttamente il potere valutativo rimesso all'ente. Infatti la motivazione dell'affidamento rileva soltanto che l'operatore prescelto era in possesso dei requisiti generali e speciali previsti dall'avviso e che ha formulato un preventivo congruo rispetto al valore stimato dell'affidamento e alla professionalità coinvolte, non essendo dato comprendere perché l'offerta dell'aggiudicatario sia stata preferita alle altre due, di cui una economicamente più conveniente.

Data ultima modifica: 20/07/2023

La procedura negoziata senza bando

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.2.3

La procedura negoziata senza bando

Il secondo meccanismo di individuazione del contraente privato che l'**art. 50** prevede per il sotto-soglia è la procedura negoziata senza bando, contemplata alle lettere *c*) e *d*) del comma 1 per i lavori e alla successiva lettera *e*) per i servizi. Essa ha una strutturazione omogenea in tutte le previsioni, sostanziandosi nella previa consultazione di più operatori economici, i quali sono individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi predisposti dalla stazione appaltante, e dalla quale consegue l'aggiudicazione. Le tre ipotesi contemplate differiscono tra loro per il numero di operatori che devono essere consultati, modulati sulla base dei valori degli affidamenti; devono essere consultati «almeno cinque operatori economici, ove esistenti», per i servizi e le forniture da euro 140.000 fino alle soglie dell'**art. 14** e per i lavori da euro 150.000 ad un milione; invece l'aggiudicazione avviene «previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti» nel caso di lavori di importo pari o superiore ad un milione e fino alle soglie dell'**art. 14**. Nella disciplina dell'**art. 50**, dunque, i lavori sotto-soglia europea possono sempre essere affidati con la procedura negoziata senza bando, salvo l'opzione della stazione appaltante a favore delle procedure ordinarie per lavori sopra il milione di euro (*supra* par. 3.1), laddove nella pregressa disciplina dell'**art. 36 D.L.gs. n. 50/2016** sopra il milione di euro era imposto l'utilizzo delle procedure ordinarie (*infra* par. 3.3). Il già richiamato Allegato I.1 al codice del 2023, all'**art. 3**, contiene anche una definizione delle procedure negoziate, come «le procedure di affidamento in cui le stazioni appaltanti e gli enti concedenti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto».

La definizione contenuta nell'Allegato I.1 del codice, così come alcuni profili terminologici rinvenibili nell'**art. 50**, contengono elementi che denotano un possibile atteggiarsi della procedura in esame in termini di maggiore flessibilità, e quindi di **più significativi margini di azione da parte della stazione appaltante**, rispetto a quanto sia proprio delle procedure ordinarie; essi potrebbero anche condurre ad una lettura in termini non propriamente concorsuali della procedura in esame. Nell'**art. 50** si afferma la necessità del coinvolgimento di più operatori economici, ma questi vengono "consultati" dalla stazione appaltante; d'altra parte il *nomen* della procedura e la definizione contenuta nell'Allegato I.1 evidenziano che con i più operatori economici invitati la stazione appaltante pone in essere una "negoziazione", che parrebbe implicare qualcosa di diverso da una gara competitiva. In particolare il "negoziare" tra stazione appaltante e operatore economico potrebbe evocare una procedura svincolata dai formalismi e connotata invece da quel "trattare", che era proprio della trattativa privata della vecchia legislazione di contabilità (), in base al quale il contenuto contrattuale prende forma nel corso della negoziazione con la controparte, in un tutt'uno con l'individuazione del contraente.

I dubbi sulla natura della procedura in esame appaiono però fugati dalla concreta disciplina della procedura negoziata senza bando contenuta nella parte I del libro II del codice, dalla quale si ricava come essa costituisca un modulo di scelta del contraente con gli inequivoci connotati proprio di una procedura competitiva. Ciò porta a ritenere che la procedura in parola rientri in pieno nella concorsualità propria delle gare, anche se molto dipenderà dalla concreta modulazione della struttura della singola gara risultante dagli atti di indizione e quindi dalle scelte che compirà la stazione appaltante.

I profili disciplinari sopra richiamati mettono in luce che la procedura negoziata, così come risultante dalla regolazione contenuta nell'art. 50, si atteggia come una procedura ristretta, che si struttura nei seguenti tre passaggi procedimentali: *i*) individuazione della platea di operatori economici interessati agli affidamenti; *ii*) selezione degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata; *iii*) individuazione tra gli operatori economici invitati dell'aggiudicatario secondo le regole di scelta della migliore offerta. Il primo passaggio (individuazione degli operatori economici interessati) si sostanzia nello svolgimento delle indagini di mercato o nella predisposizione di elenchi di operatori interessati, per la cui disciplina l'**art. 50, comma 2**, rinvia all'Allegato II.1 del codice; l'indagine di mercato, come chiarisce l'art. 2 dell'Allegato, «è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento»; in alternativa la stazione appaltante, ai sensi dell'art. 3 dell'Allegato, può «realizzare un elenco di soggetti da cui possono essere tratti i nomi degli operatori da invitare»; entrambi gli strumenti presuppongono un'apertura alla partecipazione e degli interessati e il rispetto di regole selettive predeterminate (*infra* par. 5.2.1). Il secondo passaggio (scelta degli operatori da invitare) è regolato dal codice del 2023 con disposizioni che esprimono sfavore sul metodo del sorteggio, che viene marginalizzato, e quindi presuppongono l'utilizzo di metodiche che non utilizzino metodi di estrazione casuale dei nominati da invitare (*infra* par. 5.2.2). Il terzo passaggio (individuazione dell'aggiudicatario) è quello comune qualsiasi gara competitiva e l'art. 50 richiama infatti i metodi di scelta della migliore offerta comuni al sopra-soglia (*infra* par. 5.2.3).

19

) La trattativa privata, secondo l'**art. 92 R.D. n. 827 del 1924**, «ha luogo quando dopo aver interpellato, se ciò sia ritenuto conveniente, più persone o ditte, si tratta con una di esse».

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Le soglie di valore dell'art. 50

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.3.3

Le soglie di valore dell'art. 50

Il codice del 2023 ha modificato gli importi di valore nel cui ambito è possibile utilizzare le procedure proprie del sotto-soglia, derogatorie rispetto a quelle ordinarie, innalzando tali soglie fino a farle coincidere con le soglie europee di cui l'**art. 14**. Più precisamente, prendendo come parametro di riferimento quello della pregressa disciplina di cui all'**art. 36 del codice del 2016**, è alzato l'importo di valore entro cui è possibile l'utilizzo dell'affidamento diretto ed è altresì innalzato l'importo di valore entro cui è possibile l'utilizzo della procedura negoziata senza bando, soprattutto per i lavori. Si tratta di una scelta che può essere, ed è stata (), valutata criticamente. Essa però non è propriamente innovativa e non assume quindi i contorni della estemporaneità, poiché gli importi di valore fatti propri dal legislatore delegato del 2023 sono quelli già operativi, seppur con disciplina transitoria, in forza dei decreti **legge n. 76 del 2020** e **n. 77 del 2021**, sostanzialmente vigenti nel loro contenuto essenziale già dal 17 luglio 2020 e fino al 30 giugno 2023, così che la scelta operata dal codice ha consistito invero nel confermare una disciplina già in essere e che è risultata aver dato buona prova in termini di rapidità delle aggiudicazioni e riduzione del contenzioso ().

È innanzitutto ampliato (nel senso appena chiarito) l'ambito di utilizzo dell'affidamento diretto. Nell'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016** tale modulo di individuazione del contraente privato era utilizzabile per affidamenti di importo inferiore a euro 40.000, importo già previsto per l'affidamento diretto anche dal codice degli appalti ancora precedente, giusto il disposto dell'**art. 125, commi 8 e 11, ultimo periodo, del D.L.gs. 12 aprile 2006, n. 163**. Nel codice del 2016 l'affidamento diretto conquista un ulteriore ambito di operatività con il **decreto legge 18 aprile 2019, n. 32**, convertito, con modificazioni, dalla **legge 14 giugno 2019, n. 55**, che consente altresì l'affidamento diretto per contratti da 40.000 a 150.000 euro, per i lavori, e da 40.000 euro fino alle soglie europee, per i servizi e le procedure; si tratta tuttavia, come già rilevato, di un affidamento spurio, giacché da porre in essere previa valutazione di almeno tre preventivi (per i lavori) o di almeno cinque preventivi (per i servizi e le forniture); modulo di azione qualificabile, invero, come procedura negoziata semplificata (v. **TAR Sardegna, sez. II, 16 febbraio 2022, n. 103**). L'**art. 50, comma 1**, del

codice del 2023, al contrario, amplia la sfera di utilizzabilità dell'affidamento diretto puro, cioè anche senza consultazione di più operatori economici, che viene ammesso per lavori di importo inferiore a 150.000 euro (lett. a)) e per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro (lett. b)).

È altresì ampliato nel codice del 2023 il terreno di utilizzabilità della procedura negoziata senza bando. Per servizi e forniture tale procedura è consentita per affidamenti di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'**articolo 14 (art. 50, comma 1, lett. e)**). Ma è con riferimento ai lavori che l'ampliamento è più significativo. Nell'**art. 36 del D.L.gs. n. 163 del 2006** le stazioni appaltanti potevano ricorrere alle procedure negoziate senza bando, variamente articolare quanto a operatori economici da consultare, sino alla soglia di un milione, mentre per lavori al di sopra di tale importo, e sino alle soglie europee, gli affidamenti di lavoro dovevano seguire le procedure ordinarie. È, ~~anche~~ anche in questo caso, come anticipato, il **D.L. n. 76/2020** ad aprire la strada (), sul solco del quale si pone il **D.L.gs. n. 36/2023**. Così l'**art. 50, comma 1, lett. c) e d)**, consentono la procedura negoziata senza bando, variamente strutturata, fino alle soglie dell'art. 14.

Dunque **scompare** anche nella disciplina a regime, ed è questo il profilo più rilevante dell'ampliamento di utilizzo delle procedure derogatorie del sotto-soglia operato dal codice del 2023, **il necessario utilizzo delle procedure ordinarie per l'affidamento di lavori di importo superiore ad un milione di euro**. Unico temperamento di ciò, la previsione di cui all'**art. 50, comma 1, lett. d)** ultima parte, secondo cui, in caso di lavori sopra il milione, resta «salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla parte IV del presente libro»; nel testo elaborato dalla commissione speciale istituita presso il Consiglio di Stato tale possibilità era correlata alla «previa adeguata motivazione» da parte della stazione appaltante, ma l'inciso è stato espunto in sede di testo definitivo del codice. Dunque per i lavori sopra il milione è possibile per le stazioni appaltanti non seguire le procedure derogatorie della parte I del libro II del codice, evenienza che invece, *a contrario*, non è esperibile al di fuori di detta ipotesi (*supra* par. 3.1).

↳
) Una critica autorevole è espressa, con riferimento al progetto di nuovo codice, da H. SIMONETTI, *Appalti sotto-soglia, uno strappo l'addio alla gara*, in *IlSole24Ore*, 7 febbraio 2023, che non condivide la scelta per gli appalti sotto-soglia «di stabilizzare la legislazione emergenziale, con la gara del tutto recessiva», stigmatizzando che in base alle nuove norme «non solo le stazioni appaltanti potrebbero non farla ma, per essere esatti, sarebbe loro quasi sempre vietato farla».

↳
) Cfr. G. ROVELLI, *Affidamenti diretti: troppi equivoci*, in *IlSole24Ore*, 5 aprile 2023, il quale evidenzia come «il nuovo codice non ha fatto altro che portare a regime misure già adottate con qualche bilanciamento che però pare sia sfuggito a molti commentatori», richiamando l'art. 49 sul principio di rotazione e l'art. 17, comma 2, sulla motivazione della scelta del soggetto cui affidare il contratto.

↳
) C. CONTESSA, *op. cit.*, p. 762 stigmatizza l'abbandono di una «impostazione che aveva caratterizzato fino a tempi molto recenti normativa nazionale in tema di appalti e concessioni: quella, cioè, di prevedere al livello nazionale l'integrale applicazione della disciplina eurocomune in tema di appalti di lavori sopra-soglia già per gli affidamenti di importo superiore a un milione di euro (l'impostazione in parola, come è noto, era ispirata dall'intento di garantire per tali affidamenti un livello particolarmente elevato di garanzie procedurali e di controlli)».

Data ultima modifica: 20/07/2023

Il principio di rotazione degli affidamenti

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.4

Il principio di rotazione degli affidamenti

Nel sotto-soglia le stazioni appaltanti sono tenute ad utilizzare procedure semplificate rispetto a quelle ordinarie (affidamento diretto e procedura negoziata senza bando), solo per i lavori al di sopra di 1 milione di euro avendo la possibilità di ricorrere alle procedure aperte o ristrette del sopra-soglia. A ciò si correla un restringimento delle regole concorrenziali e un più ampio dispiegarsi di poteri valutativi delle amministrazioni aggiudicatrici. È in tal contesto, al fine di scongiurare il crearsi di rendite di posizione a favore di determinati operatori economici, che il legislatore inserisce nella regolazione del sotto-soglia il **principio di rotazione** ().

Esso nasce quindi con una funzione pro-concorrenziale, venendo qualificato dalla giurisprudenza come modalità attuativa del principio di libera concorrenza (**Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125**; **Cons. Stato, sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079**; **TAR Toscana, sez. II, 23 marzo 2017, n. 454**) e tale funzione risulta vieppiù rafforzata, come subito vedremo, dalla disciplina del nuovo codice.

Il concetto di rotazione tra operatori economici esprime l'idea, già nel linguaggio comune, di un avvicinarsi tra gli stessi, così che il godimento di un certo risultato non sia sempre in capo allo stesso operatore, ma questi si succedano l'un l'altro nello svolgimento di una certa attività. La rotazione non richiede quindi alcun giudizio di merito, rappresentando piuttosto un criterio distributivo che consente di far beneficiare del risultato sperato, in tempi diversi, operatori economici anch'essi diversi in possesso dei necessari requisiti.

Nell'evoluzione legislativa è tuttavia cambiato il novero dei soggetti che devono ruotare, ciò facendo assumere al principio in esame una diversa connotazione funzionale. L' **art. 36 del D.Lgs. n. 50/2016**, nel suo testo originario, parlava semplicemente di «rispetto del principio di rotazione», senza alcuna ulteriore indicazione circa l'ambito di operatività del principio medesimo. Nello schema di decreto correttivo al codice appalti del 2017 emerge invece la specificazione che le stazioni appaltanti dovevano operare nel sotto-soglia nel «rispetto del principio di rotazione degli inviti», in tal modo evocando (con riferimento al modulo procedimentale della procedura negoziata) la rotazione tra gli operatori economici già invitati ad una selezione e che non dovevano esserlo alla successiva. Il Consiglio di Stato, esprimendosi sullo schema di correttivo, coglie appieno la portata innovativa del correttivo, giacché la precedente formulazione della norma «poteva intendersi nel senso che la turnazione si riferisse alla posizione di affidatario del contratto», mentre in base alla nuova «non sarebbero ammessi al successivo invito anche gli operatori già partecipanti alle precedenti selezioni, ancorché non aggiudicatari»; il Consiglio di Stato concludeva nel senso

che appariva «preferibile, invece, evidenziare che la rotazione dovrebbe preferibilmente assicurare proprio l'alternanza degli affidamenti e non delle mere occasioni di partecipazione alla selezione» (Cons. Stato, comm. spec., parere 30 marzo 2017, n. 782). Il decreto correttivo poi adottato (**D.L.gs. n. 56/2017**), seguendo solo in parte gli auspici del Consiglio di Stato, modifica il testo dell'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016**, arrivando alla formulazione secondo cui deve essere garantito «il rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti» ().

Il principio di rotazione guadagna, nel nuovo codice, una disposizione espressa ad esso dedicata, l'**art. 49**, che già dalla rubrica segnala la portata innovativa della previsione (*Principio di rotazione degli affidamenti*). Facendo pienamente tesoro del citato parere del Consiglio di Stato n. 782 del 2017, il legislatore delegato ritaglia l'ambito di operatività del principio di rotazione riferendolo ai solo affidatari, chiarendo al comma 2 che «in applicazione del principio di rotazione è vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente». Scompare quindi la rotazione degli inviti, che imponeva restrizioni allo svolgimento di attività economica ad operatori che avevano solo partecipato a procedure, senza aver conseguito la stipula del contratto; l'obbligo di ruotare grava solo sugli operatori economici che abbiano ottenuto, nella fase precedente, la stipula del contratto, cioè l'affidamento diretto o l'aggiudicazione a seguito di precedente procedura negoziata. In tale configurazione il principio di rotazione vede accentuata la propria portata pro-concorrenziale, garantendo il succedersi di operatori economici diversi nella stipula di contratti con la p.a. ed evitando il consolidarsi di posizione di vantaggio, in ambito connotato da ampi margini d'azione della pubblica amministrazione. La rotazione degli affidamenti opera peraltro tra fattispecie omogenee, come chiarisce la seconda parte del **comma 2 dell'art. 49**, e nell'ambito di fasce economiche, se la stazione appaltante provvede a individuarle, ai sensi del comma 3. Com'era già emerso nella disciplina anteriore al nuovo codice (**Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; Cons. Stato, sez. V 31 marzo 2020, n. 2182**), il principio di rotazione non ha comunque una portata assoluta, **potendo essere derogato in presenza di certe condizioni**, con possibilità di riaffido o di reinvito del precedente aggiudicatario. Le ipotesi in cui ciò è possibile sono adesso identificate ai **commi 4, 5 e 6 dell'art. 49**.

Il comma 4 codifica una fattispecie discrezionale, rimessa alla valutazione della stazione appaltante, che è chiamata a motivare circa il ricorrere in concreto di una delle due condizioni fattuali che rendono possibile la deroga alla rotazione. La prima attiene alla «**struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative**», cioè alla presenza di un numero così limitato di operatori economici in competizione rispetto allo specifico oggetto da giustificare il rinnovato coinvolgimento dell'affidatario uscente; entra in gioco una valutazione concreta e fattuale: recentemente è stato escluso che la limitatezza del mercato che giustifica il reinvito ricorra in presenza di sette operatori economici invitati (**TAR Toscana, sez. I, 31 gennaio 2023, n. 98**).

La seconda fattispecie contemplata dal comma 4 cit. riguarda invece la «**accurata esecuzione del precedente contratto**», la deroga alla rotazione derivando quindi dalla particolare meritevolezza dell'operatore uscente. In questo secondo caso la motivazione del reinvito o del riaffido deve essere particolarmente approfondita, non potendo la deroga alla rotazione derivare dalla ordinaria buona esecuzione del precedente contratto; la speciale

meritevolezza è stata evocata in un recente caso giudiziario in cui si parla di «particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale» (**Cons. Stato, sez. V, 5 aprile 2022, n. 2525**).

Il comma 5 dell'art. 49, riferendosi all'operatività della procedura negoziata senza bando, stabilisce che «le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata **senza porre limiti al numero di operatori economici** in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata»; in questo caso è la struttura aperta della selezione, che consente a tutti gli operatori interessati e in possesso dei requisiti di partecipare alla stessa, ad escludere l'operatività della rotazione, stante il pieno dispiegarsi del principio di concorrenza, rispetto al quale la rotazione è servente. In tal senso, in applicazione della disciplina previgente si è espressa la giurisprudenza (**Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999; TAR Toscana, sez. II, 10 febbraio 2023, n. 135; TAR Lazio - Roma, sez. I, 31 marzo 2023, n. 5555**).

Il comma 6, infine, consente alle stazioni appaltanti di non operare la rotazione in presenza di affidamenti di minimo importo, fino a 5.000 euro, avendo il legislatore delegato in tal modo elevato l'analoga soglia fissate dalla Linee guida ANAC in materia di sotto-soglia (operanti nel previgente regime del **D.L.gs. n. 50/2016**) che era di euro 1.000.

↳

) Sul tema rinvio a R. GIANI, *Il sistema disciplinare dell'affidamento dei contratti pubblici sotto-soglia e il "principio di rotazione"*, in *Nuovo Notiziario Giur.* 1/2019 e a R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione dei contratti pubblici*, in D. Pappano, F. Grassi, G. Befani (a cura di), *Appunti di contrattualistica pubblica*, Torino, 2019, 147-168.

↳

) Per la distinzione tra rotazione degli inviti e rotazione degli affidamenti cfr. TAR Sardegna, sez. I, 22 maggio 2018, n. 492 in *Urb. e app.*, 2018, 5, 678 ss., con nota di S. DEIANNA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*.

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Svolgimento delle procedure

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5

Svolgimento delle procedure

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Affidamento diretto

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.1

Affidamento diretto

Le considerazioni svolte in punto di definizione e qualificazione dell'affidamento diretto dicono già molto sul concreto atteggiarsi del suddetto modulo di scelta del contraente. Esso non richiede necessariamente lo svolgimento di un confronto competitivo e neppure la richiesta di più preventivi, come già chiarito e come risulta dall'**art. 50, comma 1, lett. a) e b)**, con l'inciso «anche senza consultazione di più operatori economici». Conseguentemente l'affidamento può essere posto in essere con diretta individuazione ad opera della stazione appaltante dell'impresa con cui effettuare la stipula contrattuale. In tale evenienza l'intero agire provvedimentale dell'amministrazione può condensarsi nella decisione di contrarre, secondo la previsione dell'**art. 17, comma 2**, che conterrà «l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale». In tale previsione si evidenziano gli elementi essenziali del contratto che si deve stipulare (oggetto, importo e contraente) ma anche importanti profili che attengono alle valutazioni pubblicistiche che competono alla stazione appaltante. Quest'ultima dovrà infatti verificare che l'operatore economico prescelto sia in possesso dei requisiti necessari per contrattare con l'amministrazione pubblica, sia in termini di requisiti generali (assenza di reati, regolarità contributiva ecc.), che in termini di requisiti speciali, attinenti alla capacità economico-finanziaria (ad es. un certo livello di fatturato) e a quella tecnico-professionale (ad es. esperienze maturate nello specifico settore dell'affidamento). Inoltre, ed è profilo di massima importanza, la decisione di contrarre dovrà contenere il riferimento alle «ragioni della sua scelta», il che implica riferimento alla **motivazione dell'operatore prescelto**. A tal fine la norma va letta in combinato disposto con altra previsione dell'**art. 50, comma 1, lett. a) e b)**, laddove dispongono che gli operatori economici prescelti dovranno essere «in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante». Si è in presenza di profili disciplinari contenuti ed essenziali, ma che esprimono la insopprimibile esigenza che la stazione appaltante dia contezza delle ragioni della sua scelta, che indichi cioè perché l'operatore economico individuato è ritenuto idoneo e meritevole all'affidamento negoziale. In particolare la richiamata disciplina impone che la stazione appaltante dia conto della circostanza che l'operatore prescelto sia in possesso di «**documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali**»; egli deve essere in sostanza un operatore esperto che dà affidamento di buon esito dell'esecuzione contrattuale. Da segnalare che la norma evoca “esperienze pregresse” e non “esperienze analoghe” a quelle oggetto di affidamento, come invece da previsione del **D.L. n. 76/2020**; come si legge nella relazione al codice, ciò «attiene alla scelta di ampliare il margine valutativo della stazione appaltante, che può apprezzare attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento». In tutto ciò si percepisce un'eco del principio del risultato, come cardine del nuovo assetto regolatorio.

È stato del pari già evidenziato che la stazione appaltante, cui compete la conformazione in concreto della singola procedura di selezione, potrà invece far precedere l'affidamento diretto da una previa valutazione di più preventivi, soluzione non solo possibile, ma anche

auspicabile, avendo sia la giurisprudenza che ANAC indicato questa come una *best practice*, come tale da seguire in via preferenziale. Seppure ciò non trasformi l'affidamento diretto in una gara vera e propria, è del pari evidente che tale modalità di azione si riverbera di necessità sull'atteggiarsi dell'obbligo motivazionale, nel senso che la stazione appaltante dovrà dar conto del perché ha prescelto un certo operatore rispetto agli altri, anche confrontandosi con il contenuto delle più offerte ricevute. La natura comunque non concorsuale della scelta risulta dall'**art. 50, comma 4**, che riferisce i metodi di selezione delle offerte del prezzo più basso e dell'offerta economicamente più vantaggiosa esclusivamente all'aggiudicazione a mezzo di procedura negoziata senza bando, non quindi all'affidamento diretto.

Il Codice contiene altre disposizioni sull'affidamento diretto che ne disciplinano lo svolgimento, in deroga alle norme ordinarie del sopra-soglia, in punto di pubblicità, requisiti di partecipazione, regole di gara, stipula dei contratti, esecuzione.

L'**art. 50, comma 8**, detta una regola sulla **pubblicità degli atti di svolgimento** delle procedure sotto-soglia, che rimanda alla modalità nazionali di pubblicazione dell'art. 85 (cioè sul profilo del committente e nella banca dati nazionale dei contratti pubblici di ANAC). L'**art. 52**, espressamente dedicato all'affidamento diretto e in funzione di massima semplificazione, stabilisce che, in ipotesi di importi fino a euro 40.000, gli operatori economici attestano il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti con dichiarazione sostitutiva, oggetto di verifica a sorteggio da parte della stazione appaltante, con modalità predeterminate ogni anno; alla modalità semplificata si correla il regime sanzionatorio del **comma 2 dell'art. 52**, che in caso di riscontrata carenza dei requisiti dichiarati prevede la risoluzione del contratto, l'escussione della eventuale garanzia definitiva, la comunicazione all'ANAC e la sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento. L'**art. 53** prevede che negli affidamenti diretti non è richiesta la garanzia provvisoria, mentre la stazione appaltante può non richiedere la garanzia definitiva, in casi debitamente motivati, che altrimenti è pari al 50 per cento dell'importo contrattuale. In base all'art. 54 non si applica la disciplina dell'anomalie delle offerte in caso di affidamenti diretti con presentazione di più preventivi, a comprova della natura non concorsuale dell'affidamento diretto anche nell'ipotesi in cui implichi la richiesta di più offerte. A chiusura della fase procedimentale, l'art. 50, comma 9, prevede la pubblicazione con le stesse modalità del comma 8 dell'avviso dei risultati, strumento di pubblicità aggiuntiva già previsto dal **D.L. n. 76/2020**, come modificato dal **D.L. n. 77/2021**, che lo escludeva però per gli affidamenti diretti di importo inferiore a euro 40.000. Passando alla **fase contrattuale**, l'**art. 55** fissa in 30 giorni il termine per la stipula del contratto e dispone la non applicazione dei termini di *stand still*, sia sostanziale che processuale. Quando al profilo della forma del negozio, l'**art. 18** stabilisce che in caso di affidamenti diretti (ma anche di procedure negoziate) la stipula può avvenire «mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del **regolamento UE n. 910/2014** del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014».

Con riferimento alla **fase esecutiva**, infine, il **comma 6 dell'art. 50** prevede la possibile esecuzione anticipata, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, che non risulta condizionata al requisito dell'urgenza; mentre il successivo comma 7 stabilisce la possibile sostituzione del certificato di collaudo e del certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione emesso dal RUP, dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione entro tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni.

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

La procedura negoziata senza bando

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.2

La procedura negoziata senza bando

La procedura negoziata senza bando assume le forme della gara ristretta, in cui cioè il confronto competitivo si svolge tra gli operatori economici che sono stati previamente invitati dalla stazione appaltante. Essa si snoda quindi attraverso quattro passaggi procedimentale: il primo attiene all'individuazione degli operatori economici interessati al conferimento, che avviene attraverso le indagini di mercato o la predisposizione di elenchi di operatori; il secondo passaggio è relativo alla selezione degli operatori da invitare, allorquando sia previsto un numero massimo di operatori da coinvolgere nella selezione; il terzo passaggio concerne il confronto concorrenziale tra gli operatori invitati e che abbiano presentato offerta; segue quindi il quarto passaggio consistente nella stipula contrattuale.

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Indagini di mercato ed elenchi di operatori economici

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.2.1

Indagini di mercato ed elenchi di operatori economici

Il deficit di concorrenzialità che connota la procedura negoziata senza bando, seconda procedura di affidamento del sotto-soglia, attiene alla mancanza di una pubblicità a livello europeo, giacché i bandi e gli avvisi, in questo settore della contrattualistica pubblica, ai sensi dell'**art. 50, comma 8**, sono pubblicati solo a livello nazionale, con le modalità di cui all'**art. 85**, quindi sul profilo del committente e sulla banca dati nazionale dei contratti pubblici di ANAC. In disparte questo profilo pubblicitario, certamente non secondario ma correlato agli importi

degli affidamenti inferiori alle soglie europee, il confronto tra gli operatori interessati e la possibilità di avanzare manifestazioni di interesse è pieno anche nel sotto-soglia. Ne è riprova la disciplina del primo passaggio della procedura in esame, volto alla individuazione degli operatori economici interessati alla stipula di contratti con la singola stazione appaltante, e che si concretizza nei meccanismi delle indagini di mercato e della predisposizione di elenchi di operatori economici. Ad essi fanno riferimento le previsioni di procedure negoziate di cui all'**art. 50, comma 1, lett. c), d) ed e)**, laddove nel fissare il numero di operatori economici che devono essere consultati aggiungono l'inciso «individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici»; il primo periodo dell'**art. 50, comma 2**, rinvia, quanto alle concrete modalità operative, all'Allegato II.1 al codice, che costituisce disciplina di prima applicazione, nell'attesa che intervenga il regolamento di esecuzione del codice stesso cui rinvia il comma 3 dell'art. 50.

L'Allegato II.1 disciplina le **indagini di mercato** all'art. 2 e la formazione degli **elenchi di operatori economici** all'art. 3. La differenza tra i due moduli è chiara: l'indagine di mercato «è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento» (art. 2, comma 1), mentre «in alternativa all'indagine di mercato, la stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli da elenchi appositamente costituiti» (art. 3, comma 1), che hanno quindi una portata più generale, non relativa al singolo affidamento. In entrambi i casi si provvede ad emettere un avviso che consente agli operatori interessati di far valere la propria manifestazione di interesse; nel caso delle indagini di mercato l'avviso contiene riferimenti allo specifico contratto da stipulare, ai requisiti necessari per partecipare alla specifica selezione, ai criteri per scegliere gli operatori da invitare e ai criteri di selezione per individuare l'aggiudicatario tra gli invitati (art. 2, comma 3); per la formazione degli elenchi di operatori economici l'avviso ha un contenuto più limitato, riportando i requisiti di carattere generale che gli operatori devono possedere, le eventuali fasce economiche in cui sono ripartiti gli elenchi, i criteri di selezione degli operatori (art. 3, comma 1). In particolare si segnala che nell'avviso per le indagini di mercato, in più rispetto all'omologo atto relativo agli elenchi, compaiono i riferimenti allo specifico oggetto contrattuale, i requisiti speciali e i criteri di selezione tra le offerte degli invitati, (elementi correlati alla singola specifica gara avviata), mentre in entrambi i tipi di avviso devono essere indicati i criteri di scelta degli operatori da invitare. Le due procedure si chiudono con i «risultati delle indagini», di cui parla l'art. 2, comma 1, ultimo periodo, e l'elenco degli operatori economici, di cui all'art. 3, nel quale sono contemplati gli operatori economici da cui trarre gli invitati alla selezione.

Data ultima modifica: 20/07/2023

Inviti alla procedura e sorteggio

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.2.2

Inviti alla procedura e sorteggio

Il secondo passaggio della procedura negoziata senza bando è dato dall'invito a partecipare alla procedura medesima rivolto ad un certo numero di operatori economici (nel rispetto delle previsioni minime dell'**art. 50, comma 1**), scelti tra quelli emersi in esito alle indagini di mercato o dagli elenchi di operatori economici predisposti ai sensi dell'Allegato II.1 del codice.

Nell'ipotesi in cui si proceda alle indagini di mercato è anche possibile che la stazione appaltante **non indichi un numero massimo di operatori da invitare**, consentendo cioè a tutti gli operatori economici individuati in esito all'indagine stessa di presentare offerta, con selezione quindi di tipo aperto. Tale opzione ha due conseguenze; viene meno la necessità di stabilire criteri di scelta degli operatori da invitare, poiché l'invito è rivolto a tutti gli operatori emersi in esito alle indagini (art. 2, comma 3); non trova poi applicazione il principio di rotazione degli affidamenti, in tal senso disponendo l'**art. 49, comma 5, del codice**.

Allorquando, invece, la stazione appaltante fissi un **numero massimo di operatori da invitare** alla selezione, in esito alle indagini di mercato o traendoli dagli elenchi di operatori interessati, è necessario procedere alla selezione degli operatori da invitare. Il profilo in esame presenta una complessità operativa non indifferente. Nella pregressa disciplina, facente capo al **D.Lgs. n. 50/2016**, le Linee guida ANAC n. 4, dedicate al sotto-soglia, prevedevano espressamente il sorteggio come criterio di selezione degli operatori da invitare, a condizione che il ricorso al sorteggio stesso fosse debitamente pubblicizzato nei relativi avvisi (punto 5.2.3 delle Linee guida). Ma nella **delega del 2022** che ha portato all'emanazione del nuovo codice del 2023 il legislatore delegante ha espressamente previsto, nel criterio direttivo relativo al sotto-soglia, accanto alla generica indicazione dell'esigenza di semplificazione, il «divieto per le stazioni appaltanti di utilizzare, ai fini della selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominati, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate» (**art. 1, comma 2, lett. e, legge 21 giugno 2022, n. 78**). Si è quindi in presenza, se non di un divieto assoluto, di una forte marginalizzazione del sorteggio, che risultava di ampio utilizzo da parte delle stazioni appaltanti. Il legislatore delegato, all'**art. 50, comma 2**, ha quindi ribadito che «per la selezione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, le stazioni appaltanti non possono utilizzare il sorteggio o altro metodo di estrazione casuale dei nominativi, se non in presenza di situazioni particolari e specificamente motivate, nei casi in cui non risulti praticabile nessun altro metodo di selezione degli operatori».

Il tema è ripreso e approfondito nell'Allegato II.1 all'art. 2, comma 3, per le indagini di mercato, e all'art. 3, comma 4, per gli elenchi di operatori economici, con previsioni sovrapponibili.

Le suddette disposizioni, in primo luogo, mirano a regolare l'individuazione di criteri di scelta degli operatori da invitare, che assumono importanza centrale, stante la già segnalata recessività del ricorso al sorteggio, dei quali indicano i connotati di carattere generale. Ne emerge la previsione secondo cui «tali criteri devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza». Spetta alle stazioni appaltanti dar corpo a tali indicazioni generali, stabilendo in concreto sulla base di quali parametri individuare gli invitati. A titolo

meramente esemplificativo, può immaginarsi che la scelta degli invitati cada sugli operatori che risultino in possesso di determinate certificazioni, non necessarie ma che costituiscono requisito preferenziale; ovvero che vengano selezionati gli operatori economici che indichino la disponibilità di macchinari di più recente acquisto o di personale particolarmente specializzato. I criteri di selezione devono essere indicati nella determina a contrarre e nell'avvio delle indagini di mercato.

Le richiamate disposizioni dell'Allegato II.1 aggiungono che «il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominati sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura». La normativa prende quindi in considerazione l'evenienza che **non si riesca a selezionare gli invitati con criteri oggettivi**, perché ciò risulta in concreto impossibile, ovvero richieda tempi di attuazione estremamente lunghi. In tali evenienza è possibile utilizzare il sorteggio, che dunque, per quanto emarginato, non scompare del tutto e riemerge come criterio residuale. Anche l'utilizzo in via subordinata del sorteggio dovrà essere esplicitato negli atti di indizione delle procedure, prevedendosi le condizioni in presenza delle quali esso verrà utilizzato per la selezione degli invitati.

Data ultima modifica: 20/07/2023

Confronto competitivo tra invitati

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.2.3

Confronto competitivo tra invitati

Gli invitati alla procedura negoziata possono presentare le loro offerte in conformità alle previsioni degli atti a monte della stazione appaltante (determina contrarre, avviso di indizione della procedura, lettere d'invito). Prende avvio quindi la procedura selettiva vera e propria, alla quale, come già chiarito (*supra* par. 2.1 e par. 2.2.), si applicano le norme dedicate al sotto-soglia dalla parte I del libro II del codice, le norme riferite al sotto-soglia sparse nel codice stesso, nonché le disposizioni del sopra-soglia in quanto non espressamente derogate. Le norme derogatorie espresse riferite alle negoziate sotto-soglia riguardano, in primo luogo, l'esonero dalle garanzie, di cui all'**art. 53**. Non è infatti ordinariamente richiesto che l'offerta di partecipazione alla procedura negoziata senza bando sia corredata dalla garanzia provvisoria dell'art. 106; la stazione appaltante può tuttavia pretenderla quando «in considerazione della tipologia e specificità della singola procedura, ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta» (che allora non può superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito).

Ai sensi dell'**art. 50, comma 4**, l'affidamento nell'ambito delle procedure negoziate avviene «sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa oppure del prezzo più

basso ad eccezione delle ipotesi di cui all'**articolo 108, comma 2**». Quindi, in primo luogo, il codice rimette alla discrezionalità della stazione appaltante la scelta fra i due criteri di selezione delle offerte, non esprimendo una opzione preferenziale; a soluzione simile si era giunti già sotto l'egida del vecchio codice, giacché il comma *9-bis* dell'**art. 36 del D.L.gs. n. 50/2016** (introdotto dal **D.L. n. 32/2019**) stabiliva che «fatto salvo quanto previsto all'**articolo 95, comma 3**, le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei contratti di cui al presente articolo sulla base del criterio del minor prezzo ovvero sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa». Il nuovo codice ribadisce poi l'utilizzo esclusivo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa nelle ipotesi dell'**art. 108, comma 2**, tra le quali rientrano i servizi ad alta intensità di manodopera (), gli appalti integrati, i lavori ad alto contenuto tecnologico.

Nelle ipotesi ove, per scelta della stazione appaltante o per previsione normativa, si utilizza il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, l'**art. 51** prevede la nomina della commissione giudicatrice, alla quale può partecipare il RUP, che può anche presiederla. La possibile partecipazione del RUP alla commissione era già stata prevista, nel sistema del vecchio codice degli appalti, in forza del correttivo di cui al **D.L.gs. n. 56/2017**, che aveva inserito nell'**art. 77 del D.L.gs. n. 50/2016** la previsione secondo cui «la nomina del RUP a membro delle commissioni di gara è valutata con riferimento alla singola procedura»; si trattava di norma di incerta applicazione e che rimetteva di volta in volta alla stazione appaltante la valutazione della sussistenza o meno delle condizioni affinché il RUP potesse legittimamente far parte della commissione di gara (). Il codice del 2023 compie invece una scelta netta. All'**art. 93**, con previsione di portata generale, **consente che il RUP faccia parte della commissione**; il profilo innovativo specifico dell'**art. 51**, riferito al solo sotto-soglia, attiene alla possibilità che il RUP anche presieda la commissione giudicatrice. Il codice, nelle disposizioni finali, ha anche provveduto a coordinate tale previsione con la disciplina degli enti locali. Infatti l'**art. 226, comma 5**, aggiunge al **comma 3 dell'art. 107 del decreto legislativo n. 267 del 2000** un ulteriore comma secondo cui «la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento».

L'art. 54 disciplina, con riferimento alle procedure negoziate sotto-soglia (ma anche agli appalti di lavori sotto-soglia ma di importo superiore ad 1 milione per i quali la stazione appaltante abbia optato per le procedure ordinarie), il possibile utilizzo dell'**esclusione automatica delle offerte anomale**, come deroga alle previsioni ordinarie di cui all'**art. 110**, che impongono alle stazioni appaltanti di richiedere ai concorrenti le spiegazioni, per iscritto, dei prezzi e dei costi in caso di anomalia. Il primo comma dell'**art. 54** stabilisce le condizioni di operatività dell'esclusione automatica: deve trattarsi di procedure sotto-soglia (con esclusione degli affidamenti diretti) aventi ad oggetto appalti di lavori o di servizi (non di forniture), non deve ricorrere l'interesse transfrontaliero certo, il criterio di aggiudicazione previsto deve essere quello del prezzo più basso, il numero delle offerte ammesse deve essere pari o superiore a cinque, l'utilizzo dell'esclusione automatica deve essere previsto negli atti di indizione della gara (non opera cioè *ope legis*).

Si tratta di disciplina che ricalca quella di cui all'

art. 1, comma 3, ultimo periodo, del D.L. n. 76/2020, con la differenza però che nella norma precedente era previsto che «le stazioni appaltanti procedono all'esclusione automatica», configurando quindi un obbligo di esclusione automatica, senza la necessaria intermediazione degli atti di indizione della procedura (**TAR Campania, sez. VIII, 8 febbraio 2023, n. 905, TAR Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, TAR Lazio, sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104**)

L'**art. 54, comma 2**, rinvia all'Allegato II.2 per la disciplina dei metodi per l'individuazione della soglia di anomalia; il suddetto Allegato indica tre metodi e la stazione appaltante può scegliere negli atti di indizione della procedura il metodo da applicare nella singola gara, ma può anche individuarlo per sorteggio in sede di valutazione delle offerte anomale. Il metodo A, è già noto agli operatori, perché previsto attualmente all'

art. 97, commi 2 e 2-bis, D.L.gs. n. 50/2016; il metodo B si fonda su due elementi, cioè l'individuazione della soglia di anomalia (secondo la disciplina di cui al n. 1 della stessa lettera b)) e l'applicazione della regola del c.d. "secondo prezzo", nel senso che l'aggiudicazione avviene a favore dell'impresa che abbia proposto lo sconto maggiore tra tutte le offerte non anomale, ma all'aggiudicataria si applica poi lo sconto inferiore della seconda graduata; il metodo C prevede invece l'indicazione nel bando di gara di uno "sconto di riferimento", che orienta gli offerenti nella determinazione delle loro offerte. Si legge nella Relazione al nuovo codice, a proposito del metodo C, che lo sconto di riferimento «è espresso come percentuale della base d'asta rispetto a cui le imprese formulano i loro sconti e rappresenta l'indicazione che la stazione appaltante offre alle imprese della soglia di anomalia, al netto di una componente randomica determinata successivamente in base alle offerte ricevute. Al fine di coadiuvare le stazioni appaltanti nella scelta di questo valore, è stata predisposta nell'Allegato II.2 la Tabella A che contiene una serie di parametri di riferimento».

Conclusa la procedura di affidamento, ai sensi dell'**art. 50, comma 9**, deve procedersi alla pubblicazione, con le modalità di cui al precedente comma 8, dell'avviso dei risultati della selezione; il secondo periodo del comma 9 specifica che nel caso delle procedure negoziate l'avviso contiene anche l'indicazione dei soggetti invitati.

65

) I. PAGANI, *Il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa negli appalti di servizi standardizzati ad alta intensità di manodopera*, in *Urb. e app.*, 2019, 5, 632 ss.

66

) Su questo profilo, di significativa importanza sia teorica che operativa, cfr. L.A. BONGIORNO, *I protagonisti delle procedure di gara: rup e commissione di gara tra incompatibilità e incompetenza*, in *Urb. e app.*, 2022, 5, 596 ss.

Data ultima modifica: 20/07/2023

FOROPLUS
La banca dati de Il Foro Italiano

© Copyright 2023. All Rights Reserved La Tribuna S.r.l.

Stipula contrattuale

ESTRATTI, COMMENTI, ALLEGATI O ALTRO

1.5.2.4

Stipula contrattuale

Passando alla fase contrattuale, l'**art. 55, comma 1**, fissa in 30 giorni il termine per la stipula del contratto e dispone la non applicazione dei termini di *stand still*, sia sostanziale che processuale. Quando al profilo della forma del negozio, l'art. 18 stabilisce che in caso di procedure negoziate (ma anche di affidamenti diretti) la stipula può avvenire «mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato ai sensi del **regolamento UE n. 910/2014** del Parlamento europeo e del Consiglio del 23 luglio 2014».

Con riferimento alla fase esecutiva, infine, il **comma 6 dell'art. 50** prevede la possibile esecuzione anticipata, dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario, che non risulta condizionata al presupposto dell'urgenza; mentre il successivo comma 7 stabilisce la possibile sostituzione del certificato di collaudo e del certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione emesso dal RUP, dal direttore dei lavori o dal direttore dell'esecuzione entro tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni.

Data ultima modifica: 20/07/2023