

L. PONZONE
Dirigente ANAC

LA NUOVA DISCIPLINA DEI CONTRATTI PUBBLICI

Commento al Codice e agli Allegati approvati con
d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36

- **Analisi a caldo** della nuova disciplina
- **Tabelle di raffronto** con la disciplina precedente
- **Schemi riepilogativi** e di orientamento

Capitolo 7

Le procedure sottosoglia

1. Le procedure sottosoglia

Alle **procedure sottosoglia** è dedicata la Parte I del Libro II del codice, articoli 48-55. È, dunque, evidente la *voluntas legis* di **compendiare in maniera unitaria** l'insieme delle norme riferite ai contratti sottosoglia, prima dettate da diverse disposizioni codicistiche, al fine di consentire “una più agevole individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica, settore che, a conferma della sua rilevante importanza anche pratica, dai dati Eurostat disponibili vale da solo all'incirca l'80 per cento della spesa complessiva per appalti e concessioni” (relazione illustrativa). Resta, tuttavia, il rinvio generale alle disposizioni del Codice dettate per il soprasoglia, “se non derogate” (articolo 48, comma 4).

Dall'analisi delle nuove disposizioni, emerge chiaramente la direttrice di **forte semplificazione** che, in attuazione dei principi della legge delega, connota la disciplina che, in sostanza, generalizza la regolamentazione derogatoria introdotta dal decreto-legge n. 76 del 2020, come successivamente modificata dal decreto- legge n. 77 del 2021, per la fase emergenziale.

Muovendo da tali assunti, il codice elimina il cd. affidamento diretto mediato e contempla esclusivamente l'affidamento diretto, che non costituisce una procedura, e la procedura negoziata senza bando. L'affidamento diretto viene, inoltre, per la prima volta definito dall'art. 3, comma 1, lett. d) dell'allegato I.1, come “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 lettere a) e b), del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice”.

Dunque, l'affidamento diretto non costituisce una procedura di gara. Sul punto, il giudice amministrativo, aveva già avuto modo di sottolineare 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 (...), 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” (tra le altre, Cons. St., sez. IV, 23.04.2021 n. 3287). Come chiarito anche dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (parere n. 764 del 20 ottobre 2020) “l'eventuale confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici rappresenta comunque una *best practice*, salvo che ciò comporti una eccessiva dilazione dei tempi di affidamento che, invece, sarebbe in contrasto con la ratio che informa l'intero decreto semplificazione. Giova inoltre precisare che, negli affidamenti diretti, non essendovi confronto competitivo, anche l'eventuale raffronto tra preventivi non presuppone l'utilizzo di un criterio di aggiudicazione. Quanto all'eventuale richiesta di preventivi ed alle relative modalità, rientra nella discrezionalità della Stazione appaltante,

competente in materia, determinare le modalità attraverso cui addivenire all'individuazione del proprio contraente diretto”.

Resta, tuttavia, da chiarire, in concreto, quale sia il rapporto, da tradursi in atti amministrativi, tra tale ampia discrezionalità ed assenza di formalismi, da un lato, e le regole generali che presidiano la contabilità pubblica e l'azione amministrativa, dall'altro. In proposito, si osserva che l'articolo 1 del nuovo codice declina, pur sempre, il principio del risultato come attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità, da perseguirsi “nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea”.

Benché non assistita dalle cautele proprie dei procedimenti ad evidenza pubblica, dunque, la spedita di danaro pubblico si giustifica sia alla luce della congruità della stessa che alla luce dei richiamati principi generali che impongono, anche nella logica del risultato, di motivare adeguatamente l'operato della PA, soprattutto alla luce dell'avvenuto innalzamento delle soglie di affidamento diretto. Sul punto, si osserva, tuttavia, che il nuovo codice **non reca più, per i contratti sottosoglia un espresso richiamo al principio di economicità** che, nel previgente articolo 36, comma 1, poteva essere subordinato, nei limiti in cui è espressamente consentito dalle norme vigenti e dallo stesso codice, esclusivamente ai criteri, previsti nel bando, ispirati a esigenze sociali, nonché alla tutela della salute, dell'ambiente, del patrimonio culturale e alla promozione dello sviluppo sostenibile, anche dal punto di vista energetico. L'articolo 48, comma 3, infatti, si limita a ribadire gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa (articolo 48, comma 3).

2. L'ambito di applicazione e la variabile dell'interesse transfrontaliero

L'articolo 48 individua la **disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea**, stabilendo i principi generali cui i relativi affidamenti devono ispirarsi, di cui al Libro I, Parti I e II, del codice, i quali, per la loro portata generale, informano tutti gli affidamenti delle stazioni appaltanti, a prescindere dal loro importo. Lo stesso articolo richiama poi la categoria elaborata dalla giurisprudenza europea dei contratti di interesse transfrontaliero certo, che sono sottoposti al regime proprio delle procedure ordinarie.

Il **comma 2** prevede un regime giuridico differente che la stazione appaltante deve applicare agli affidamenti di importo inferiore alle soglie europee, codificando il necessario accertamento della sussistenza di un interesse transfrontaliero, che integra il principio discrezionale imperniato sul solo valore economico stimato dal contratto. Quest'ultimo, come noto, distingue gli affidamenti da assoggettare al rispetto integrale delle regole europee da quelli che, in ragione dell'importo limitato, non presentano prima facie un interesse reale per i flussi transfrontalieri e, dunque, in ossequio al principio di proporzionalità, sono in prima battuta **sottratti all'applicazione puntuale della disciplina comunitaria**. Secondo il consolidato insegnamento della Corte di Giustizia, tuttavia, mentre il raggiungimento delle soglie europee costituisce una presunzione iuris et de iure di rilevanza ai fini dell'applicazione della disciplina comune UE, il valore del contratto inferiore alle soglie non esclude ex se l'obbligo, in capo alle stazioni appaltanti, di verificare, caso per caso, se

per lo stesso sussista un interesse transfrontaliero certo in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia (cfr., ad esempio, Cort. Giust. Comm. UE 15 maggio 2008, cause C-147/06 e 148/06), quali, a titolo esemplificativo, il luogo dell'esecuzione, l'importanza economica e la tecnicità dell'intervento, le caratteristiche del settore in questione (sul punto, si rinvia alla Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive appalti pubblici). In applicazione di tali criteri, già le Linee Guida ANAC n. 4 ("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") avevano previsto 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". L'articolo 48, comma 2, prevede ora 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". La norma, come emerge dalla relazione illustrativa, tiene, altresì, conto di quanto stabilito nella lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, di messa in mora dell'Italia, la quale, al punto 2.3., occupandosi della disciplina introdotta dai decreti legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, che prevedono affidamenti diretti e procedure negoziate per l'aggiudicazione di contratti pubblici di importi inferiori alle soglie europee, ha ritenuto la suddetta disciplina violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo.

3. Il principio di rotazione

Nel nuovo Codice il **principio di rotazione, che costituisce principio generale degli affidamenti dei contratti sottosoglia**, in attuazione dell'art. 1, comma 2, lett. e), della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, è disciplinato espressamente dall'articolo 49.

Come ampiamente chiarito dalla giurisprudenza amministrativa, il principio in esame funge da contrappeso rispetto alla facoltà attribuita all'amministrazione appaltante di individuare gli operatori economici con i quali contrattare (Cons. Stato, V, 12 settembre 2019, n. 6160), con l'obiettivo di evitare la formazione di rendite di posizione (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2019, n. 3755, Cons. Stato, V, 15 dicembre 2020, n. 8030) e "la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore ed ampliando le possibilità concrete di aggiudicazione in capo agli altri concorrenti" (Cons. St., sez. V, 28.02.2022, n. 1421).

Il nuovo Codice, dunque, sancisce il **divieto di affidamento o aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico**, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi (articolo 49, comma 2). Come osservato dall'ANAC, la norma attenua la portata applicativa del principio, limitandola al solo contraente uscente, con esclusione degli operatori economici invitati e non affidatari del precedente contratto. Sul punto, la relazione illustrativa chiarisce che si è ritenuto di escludere la rotazione a carico del mero invitato, poiché in tale ipotesi la contrazione del

principio concorrenziale non risulta giustificata dalla necessità di contenere asimmetrie informative a carico del precedente aggiudicatario.

Come già ammesso dalle attuali Linee guida ANAC n. 4, la stazione appaltante può ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico e, in tal caso, il divieto di affidamento o di aggiudicazione si applica con riferimento a ciascuna fascia (comma 3). Si ripropone, dunque, la potenziale problematica, già evidenziata nelle citate Linee guida, di possibile aggiramento del divieto qualora la stazione appaltante preveda un numero elevato di fasce e determini l'importo del contratto in modo artificioso per farlo ricadere in una diversa fascia.

I successivi **commi 4 e 5** codificano i principali approdi giurisprudenziali sul tema.

Così, il giudice amministrativo aveva già avuto modo di chiarire che il principio di rotazione non è regola preclusiva priva di eccezioni, potendo l'amministrazione derogarvi fornendo adeguata, puntuale e rigorosa motivazione delle ragioni che l'hanno a ciò indotta (Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292; V 31 marzo 2020, n. 2182); inoltre, il principio non trova applicazione quando l'amministrazione procede attraverso un avviso pubblico aperto (cfr. Cons. St., sez. V, 24.03.2022 n. 2160, Cons. Stato, V, n. 3999/21 su citata, anche Cons. St., V, 5 novembre 2019, n. 7539; id., III, 4 febbraio 2020, n. 875 e id., V, 13 ottobre 2020, n. 6168; anche le linee-guida dell'ANAC n. 4 del 26 ottobre 2016, aggiornate con delibera 1 marzo 2018, n. 206).

Alla luce di tali assunti, l'articolo 49, comma 4, prevede che il **contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di "accurata esecuzione del precedente contratto" (comma 4)**. Si noti, in proposito, che la disposizione introduce il parametro della "accurata esecuzione" che appare più ampio rispetto "al particolare e difficilmente replicabile grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale", cui sinora ha fatto riferimento la giurisprudenza amministrativa (Cons. Stato, Sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; id., Sez. V, 3 aprile 2018, n. 2079; id., Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125).

Per i contratti affidati con le procedure negoziate senza bando di cui all'articolo 50, comma 1, lettere c), d) ed e), inoltre, il principio di rotazione non si applica 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" (articolo 49, comma 5).

Ai sensi del **comma 6** dell'articolo in esame, infine, è comunque consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro. La disposizione innalza, dunque, la previgente soglia di 1000 euro stabilita dalle Linee guida ANAC n. 3, allineandola con quella prevista dall'art. 1, comma 450, della l. n. 296 del 2006 per il ricorso obbligatorio al mercato elettronico della pubblica amministrazione ovvero al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle procedure di acquisto sottosoglia di beni e servizi.

4. Le procedure sottosoglia: la stabilizzazione delle soglie e della disciplina "emergenziale"

Le procedure per l'affidamento, disciplinate dall'articolo 50, ricalcano, in sintesi, quanto già previsto per le procedure emergenziali dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020.

Fatte salve le disposizioni in tema di aggregazioni e centralizzazione delle committenze (art. 62) e di qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 63) l'affidamento dei contratti sottosoglia avviene con le seguenti modalità:

- a) **affidamento diretto** per lavori di **importo inferiore a 150.000 euro**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti 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;
- b) **affidamento diretto** dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di **importo inferiore a 140.000 euro**, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti 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;
- c) **procedura negoziata senza bando**, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a **150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro**;
- d) **procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14**, salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di scelta del contraente;
- e) **procedura negoziata senza bando**, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14.**

Rispetto all'elencazione prevista dall'articolo 36 del d.lgs. n. 50/2016, dunque, non è più contemplato il cd. affidamento diretto mediato per contratti superiori alla soglia di 40.000, euro fino alle soglie specificate nella medesima disposizione. Inoltre, è stato espunto il riferimento alla disciplina delle procedure negoziate in caso di appalti sopra soglia previsto sia dal citato articolo 36 che dall'art. 1, comma 2 del decreto-legge n. 76 del 2020, dal richiamo all'art. 63 del decreto legislativo n. 50 del 2016, poiché, come chiarito dalla relazione illustrativa, un simile rinvio potrebbe ingenerare il dubbio, privo di fondamento, che per la procedura negoziata sotto soglia siano altresì necessarie le ulteriori condizioni legittimanti proprie del sopra soglia. Del pari, non viene più menzionata l'esecuzione in amministrazione diretta, ritenuta non necessaria, dato che l'affidamento dei lavori in amministrazione diretta è esclusa, in quanto tale, dalle procedure di gara.

Si noti che l'art. 36, comma 2, del decreto legislativo n. 50 del 2016 prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante, mentre nella nuova disciplina tale possibilità è ammessa esclusivamente nel caso di lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie europee. Dal testo approvato, è stato espunto, in tal caso, l'onere di adeguata motivazione in precedenza contemplato dallo schema di codice, ma non è stata reintrodotta, come auspicato dall'ANAC, la libera opzione di scelta per tutte le procedure sotto soglia, nemmeno se tale scelta fosse coerente con specifiche e congrue motivazioni.

In accoglimento di una osservazione della Commissione 8^a Senato, è stato specificato che gli operatori economici da consultare nell'ambito della procedura negoziata (art. 50, co. 1, lett. d)) devono essere individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi con pubblicazione dei loro nominativi sul sito istituzionale al fine di valorizzare i principi di concorrenza, trasparenza e massima partecipazione degli operatori interessati da invitare alle medesime procedure (infra).

Per gli affidamenti di cui alle lettere c, d, ed e), le stazioni appaltanti procedono all'aggiudicazione dei relativi appalti **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 (tra queste, i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1 e, cioè, per i quali “il costo della manodopera è pari o superiore al 50 per cento dell'importo complessivo dei corrispettivi”)**.

Viene, dunque, stabilito **il principio di libera scelta da parte delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso**. Tale libertà di scelta, secondo la relazione illustrativa, appare funzionale alla conformazione delle regole di gara alle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, in modo tale da garantire il risultato migliore nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse del committente.

In un'ottica di semplificazione, ai sensi del comma 6, è sempre consentita l'esecuzione anticipata del contratto dopo la verifica dei requisiti; nel caso di mancata stipulazione l'aggiudicatario ha diritto al rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione dei lavori ordinati dal direttore dei lavori e, nel caso di servizi e forniture, per le prestazioni eseguite su ordine del direttore dell'esecuzione. Inoltre, è prevista la possibilità per la stazione appaltante di sostituire il certificato di collaudo o il certificato di verifica di conformità con il certificato di regolare esecuzione, che è emesso dal direttore dei lavori, dal RUP o dal direttore dell'esecuzione non oltre tre mesi dalla data di ultimazione delle prestazioni oggetto del contratto.

Di rilievo sono, infine, le previsioni sul regime di pubblicità cui gli appalti in esame sono assoggettati. Il comma 8 stabilisce che i bandi e gli avvisi di pre-informazione relativi ai contratti sottosoglia sono pubblicati a livello nazionale con le modalità di cui all'articolo 85, con esclusione della trasmissione del bando di gara all'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea. Con le medesime modalità deve essere pubblicato l'avviso sui risultati delle procedure di affidamento, anche diretto. In caso di procedura negoziata, l'avviso deve contenere anche l'indicazione dei soggetti invitati. È evidente, dunque, l'intento di bilanciare la maggiore semplificazione con una maggiore trasparenza e conoscibilità dell'operato della stazione appaltante, atteso che l'obbligo di pubblicazione dell'avviso dei risultati delle procedure di affidamento sottosoglia trova applicazione anche agli affidamenti diretti.