

Gli affidamenti "sotto soglia" nel nuovo codice dei contratti pubblici

di Alfredo Cincotti

Data di pubblicazione: 24-7-2017

Gli affidamenti "sotto soglia" rappresentano da sempre uno dei temi di maggiore interesse per gli operatori del settore dei contratti pubblici, essendo caratterizzati da un non sempre facile bilanciamento tra l'esigenza di garantire un elevato livello di concorrenzialità e quella di semplificare il più possibile il processo di aggiudicazione di contratti di rilievo solo nazionale. Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ha riordinato la relativa disciplina, introducendo alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto al passato. L'adozione del primo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) consente di fare un primo punto sul quadro normativo attualmente vigente.

Sommario: 1. Premessa - 2. Definizione - 3. I principi generali in tema di affidamenti sotto soglia - 4. Evoluzione della normativa - 5. Il quadro attuale - 5.1. Sintesi delle semplificazioni procedurali in tema di affidamenti sotto soglia - 6. I temi di maggiore interesse - 7. Considerazioni conclusive.

1. Premessa

Le disposizioni che regolano i contratti "sotto soglia" hanno da sempre suscitato forte interesse.

La disciplina dell'affidamento di contratti pubblici di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, infatti, è caratterizzata da un non sempre facile bilanciamento tra l'esigenza di garantire, in ogni circostanza, un elevato livello di concorrenzialità e quella, di non facile adattamento alla prima, di semplificare il più possibile il processo di aggiudicazione di contratti di rilievo solo nazionale.

Ciò che, secondo alcuni autori, rende le relative procedure "*uno dei più fertili terreni di coltura delle pratiche corruttive e clientelari*"[\[1\]](#).

Il nuovo codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) ha riordinato la relativa disciplina, introducendo alcuni significativi elementi di discontinuità rispetto al passato.

L'adozione del primo decreto correttivo al codice dei contratti pubblici (d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56) consente di fare un primo punto sul quadro normativo attualmente vigente.

2. Definizione

Al fine di delimitare l'ambito di riferimento del presente contributo, è opportuno, in primo luogo, fornire una sintetica definizione di contratto "sotto soglia".

Rientrano in tale categoria tutti i contratti pubblici che abbiano ad oggetto lavori, servizi o forniture al di sotto di determinate soglie di valore.

Si tratta delle cc.dd. soglie di rilevanza comunitaria, oggi dettagliatamente elencate dall'art. 35, commi 1 e 2, del d.lgs. n. 50/2016, che distingue tra affidamento di contratti pubblici nei settori ordinari[2] e affidamento di contratti pubblici nei settori "speciali"[3].

Le soglie di valore[4] indicate dalla norma, con riferimento ai **settori ordinari**, sono le seguenti:

- a) € 5.225.000 per gli appalti pubblici di lavori e per le concessioni;

- b) € 135.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati dalle amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali[5];

- c) € 209.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici sub-centrali;

- d) € 750.000 per gli appalti di servizi sociali e di alcuni altri servizi[6].

Quanto ai **settori speciali**, le soglie di rilevanza comunitaria sono:

- a) € 5.225.000 per gli appalti di lavori;

b) € 418.000 per gli appalti di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione;

c) € 1.000.000 per i contratti di servizi, per i servizi sociali ed alcuni altri servizi[7].

Il rilievo solo nazionale delle prestazioni da affidare non determina *ex se* la completa disapplicazione della normativa dei contratti pubblici, ma la soggezione a una disciplina speciale, elaborata in linea con l'intento di trovare il giusto equilibrio tra le esigenze di semplificazione del procedimento di aggiudicazione di contratti di importo - relativamente - ridotto e quella di garantire, in ogni caso, il rispetto di tutti i principi generali in tema di evidenza pubblica.

3. I principi generali in tema di affidamenti sotto soglia

Come detto, l'esclusione di determinate prestazioni, per ragioni di valore, dall'ambito di applicazione della disciplina nazionale dei contratti pubblici e della normativa comunitaria[8] di cui è attuazione, non implica la diretta esclusione di tali prestazioni dagli obblighi che in linea di principio devono caratterizzare tutte le procedure ad evidenza pubblica.

Il tema è stato più volte affrontato dalla Commissione europea[9] che ha ripetutamente chiarito che, anche ai contratti non compresi nell'ambito di applicazione delle direttive comunitarie, vanno applicati i principi generali del Trattato UE[10]. Anche la giurisprudenza amministrativa nazionale è stata da sempre in linea con la posizione assunta in ambito europeo[11].

Quanto precede implica che le stazioni appaltanti sono tenute ad attenersi ai principi in questione anche quando affidano un contratto di valore inferiore alla soglia comunitaria di riferimento.

Ciò ha prodotto, già a partire dal d.lgs. n. 163/2006, l'espresso obbligo di applicare tutti i principi generali dell'evidenza pubblica anche alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia[12].

Previsione confermata anche nell'attuale impianto normativo[13].

In sintesi, nell'espletamento delle procedure semplificate finalizzate all'affidamento di contratti pubblici di rilievo nazionale e nell'esecuzione delle relative prestazioni, le stazioni appaltanti

sono tenute a fare applicazione [\[14\]](#):

(a) del principio di **economicità** inteso come uso ottimale delle risorse da impiegare nello svolgimento della selezione ovvero nell'esecuzione del contratto;

(b) del principio di **efficacia** inteso come la congruità dei propri atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati;

(c) del principio di **tempestività** inteso come l'esigenza di non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni;

(d) del principio di **correttezza** inteso come una condotta leale ed improntata a buona fede, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione;

(e) del principio di **libera concorrenza** inteso come l'effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati;

(f) del principio di non **discriminazione** e di **parità di trattamento** intesi come una valutazione equa ed imparziale dei concorrenti e l'eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione;

(g) del principio di **trasparenza** e **pubblicità** intesi come la conoscibilità delle procedure di gara, nonché l'uso di strumenti che consentano un accesso rapido e agevole alle informazioni relative alle procedure;

(h) del principio di **proporzionalità** inteso come adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento;

(i) del principio di **rotazione** inteso come il non consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

Come detto, l'applicazione dei principi in tema di evidenza pubblica anche ai contratti sotto soglia è stata sostanzialmente confermata nell'attuale regime normativo.

Anzi, con le modifiche introdotte dal primo decreto correttivo al nuovo codice dei contratti pubblici, il novero dei principi generali applicabili alle procedure di affidamento di contratti sotto soglia è stato addirittura ampliato, con la precisazione che le stesse vanno espletate nel rispetto anche di criteri come:

- la sostenibilità energetica e ambientale (art. 34 del d.lgs. n. 50/2016);
- il contrasto delle frodi e della corruzione (art. 42 del d.lgs. n. 50/2016);
- la prevenzione e superamento di conflitti di interesse (art. 42 del d.lgs. n. 50/2016).

4. Evoluzione della normativa

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

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

- disciplina generale (art. 121);
- disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia (art. 122);

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

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

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

Con il complesso di disposizioni appena elencate il legislatore interno ha sostanzialmente uniformato l'ordinamento nazionale alle indicazioni fornite nel corso degli anni dalla Commissione europea e dalla giurisprudenza amministrativa[\[15\]](#).

La scelta compiuta in ambito nazionale ha addirittura travalicato tali indicazioni, facendo emergere un sistema nell'ambito del quale le procedure di affidamento di contratti sotto soglia risultavano sottoposte alle stesse regole degli affidamenti di rilevanza comunitaria, ad eccezione delle deroghe di cui si dirà subito di seguito[\[16\]](#).

In estrema sintesi, l'affidamento di contratti sotto soglia poteva essere disposto, in determinati casi, all'esito di procedure semplificate rispetto a quanto previsto per gli appalti di rilevanza comunitaria.

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

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

- lavori di importo complessivo inferiore a € 1.000.000 (art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006), con obbligo di invitare a presentare offerta almeno dieci soggetti, per lavori di importo pari o superiore a € 500.000, almeno cinque soggetti, per lavori di importo inferiore a € 500.000;

- lavori relativi a opere di urbanizzazione che i soggetti privati titolari di permesso di costruire hanno assunto l'onere di eseguire direttamente, al fine di scomputarne il costo dal contributo previsto per il rilascio del permesso (art. 122, comma 8, del d.lgs. n. 163/2006). In tale ipotesi il soggetto privato aveva l'obbligo di invitare a presentare offerta almeno cinque soggetti;

- lavori concernenti beni mobili e immobili del patrimonio culturale (tutelati ai sensi del d.lgs. 22 gennaio 2004, n. 42) di importo complessivo non superiore a € 1.000.000, con obbligo di invitare a presentare offerta almeno quindici soggetti.

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

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

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

- **l'amministrazione diretta**, che si sostanziava nell'esecuzione della prestazione direttamente da parte della stazione appaltante, per il tramite del responsabile del procedimento, con personale interno e con materiali e mezzi nella disponibilità dell'amministrazione (art. 125, comma 3, del d.lgs. n. 163/2006);

- **l'affidamento diretto**, che consisteva nell'affidamento della prestazione da parte del responsabile del procedimento senza gara;

- **il cottimo fiduciario**, che consisteva in una procedura negoziata in cui le acquisizioni avvenivano mediante affidamento a terzi previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato ovvero tramite elenchi predisposti dalla stazione appaltante (art. 125, comma 4, del d.lgs. n. 163/2006).

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

Quanto all'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento, questo era utilizzabile solo con riferimento a lavori, servizi o forniture di importo inferiore a € 40.000 (art. 125, commi 8 e 11, del d.lgs. n. 163/2006).

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

5. Il quadro attuale

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

Le "regole del gioco" sono state, infatti, inserite in una singola disposizione, che indica il

percorso da seguire ai fini dell'affidamento dei contratti in questione, sia nell'ambito dei settori "ordinari" che nell'ambito di quelli "speciali", precisando il procedimento di gara utilizzabile e le specifiche deroghe rispetto alla disciplina generale degli affidamenti sopra soglia.

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

Prima di passare alla trattazione più approfondita della disposizione, bisogna preliminarmente ricordare che le regole in essa contenute non consentono di derogare agli obblighi vigenti in tema di **acquisti centralizzati** e di acquisti mediante ricorso al **mercato elettrico**.

In primo luogo, infatti, oggi le stazioni appaltanti possono affidare contratti in via autonoma solo ove in possesso della qualificazione richiesta dall'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016. Se non in possesso di tale qualificazione, l'acquisizione di forniture, servizi e lavori deve avvenire attraverso una **centrale di committenza** (categoria nella quale rientrano, ad esempio, Consip S.p.a. e i soggetti aggregatori di cui all'art. 9 del d.lgs. 24 aprile 2014, n. 66) ovvero mediante **aggregazione** con una o più stazioni appaltanti qualificate (art. 37, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016). È possibile derogare a tale sistema solo nell'ipotesi di acquisizione di forniture e servizi di importo inferiore a € 40.000 e di lavori di importo inferiore a € 150.000 (art. 37, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016).

Pertanto, una stazione appaltante potrà ricorrere all'affidamento autonomo di contratti sotto soglia, applicando la disciplina di cui si dirà nel seguito, solo ove qualificata ai sensi dell'art. 38 del d.lgs. n. 50/2016 o nel caso in cui, anche se non qualificata, proceda ad acquisizioni di importo inferiore alle soglie appena citate (€ 40.000 per i servizi e le forniture, € 150.000 per i lavori).

In tutti gli altri casi, ferma restando l'applicabilità delle disposizioni sul sotto soglia, sarà necessario ricorrere ad acquisti in forma aggregata (mediante associazione con stazioni appaltanti già qualificate ovvero ricorrendo a una centrale di committenza/soggetto aggregatore).

A ciò va aggiunto, passando a trattare dell'obbligo di ricorrere al **mercato elettronico**, che - ai sensi dell'art. 1, comma 450, della legge 27 dicembre 2006, n. 296 - tutte le amministrazioni statali, centrali e periferiche, ad esclusione degli istituti e delle scuole di ogni ordine e grado, delle istituzioni educative e delle istituzioni universitarie, nonché gli enti nazionali di previdenza e assistenza sociale pubblici e le agenzie fiscali di cui al decreto legislativo 30 luglio 1999, n. 300, per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore a € 1.000 e inferiore alla soglia di rilievo comunitario, sono oggi tenute a fare ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione.

Per i soggetti appena elencati, pertanto, anche ove in possesso della necessaria qualificazione, le disposizioni relative agli affidamenti di beni e servizi sotto soglia non trovano applicazione, essendo gli stessi sempre obbligati ad approvvigionarsi mediante il mercato elettronico della pubblica amministrazione messo a disposizione dal Ministero dell'Economia e

delle Finanze con l'ausilio di Consip S.p.a..

Nel caso in cui non sussista l'obbligo di procedere all'acquisto mediante il mercato elettronico dei contratti pubblici o il sistema delle centrali di committenza, le stazioni appaltanti possono ottenere autonomamente lavori, servizi e forniture di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria tramite [\[17\]](#):

- (i) il meccanismo dell'amministrazione diretta;

- (ii) l'affidamento diretto;

- (iii) l'avvio di una procedura negoziata;

- (iv) l'avvio di una delle procedure ordinarie di cui agli artt. 59 e seguenti del d.lgs. n. 50/2016.

La scelta della procedura da utilizzare è legata al valore e alla tipologia di contratto da affidare.

All'**amministrazione diretta** è possibile ricorrere per l'esecuzione di lavori di importo inferiore a € 150.000.

In tali ipotesi, come detto, i lavori sono eseguiti dal personale della stazione appaltante sotto la direzione del responsabile del procedimento, cui spetta l'approvvigionamento dei materiali e dei mezzi da utilizzare.

Nel caso in cui il valore dei lavori sia superiore a € 40.000 ma inferiore a € 150.000, il responsabile del procedimento è tenuto ad acquistare e noleggiare tali risorse mediante procedura negoziata cui invitare almeno dieci operatori economici. Nel caso in cui il valore sia inferiore a € 40.000 l'acquisto e il noleggio può avvenire mediante affidamento diretto senza gara.

L'**affidamento diretto** è percorribile sia nell'ipotesi di contratti di valore inferiore a € 40.000 che nel caso di lavori di somma urgenza, entro il limite di € 200.000, quanto indispensabili per rimuovere un improvviso stato di pregiudizio alla pubblica e privata incolumità (art. 163, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016).

In tali casi l'affidamento può essere disposto anche senza alcun confronto competitivo tra due o più imprese, purché la stazione appaltante adotti una determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti [art. 32, comma 2 e art. 36, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016].

Sono invece affidati mediante **procedura negoziata** senza previa pubblicazione del bando di gara i contratti di importo pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 per i lavori, o alle soglie di rilevanza comunitaria per le forniture e i servizi [art. 36, comma 2, lettera b), del d.lgs. n. 50/2016].

In tali ipotesi è necessario consultare almeno dieci operatori economici per i lavori e almeno cinque operatori economici per i servizi e le forniture.

La medesima modalità procedurale può essere utilizzata per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 1.000.000, con la differenza che, in tal caso, l'invito va rivolto a un numero minimo di quindici operatori economici [art. 36, comma 2, lettera c), del d.lgs. n. 50/2016].

La scelta dei soggetti da consultare viene effettuata sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici e comunque nel rispetto del criterio di rotazione degli inviti.

Sul tema, l'Autorità Nazionale Anticorruzione ha fornito importanti indicazioni pratiche [\[18\]](#).

In particolare, è stato precisato che la procedura prende avvio con la determina a contrarre, ovvero con atto a essa equivalente, contenente, almeno, l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni, dei servizi che si intendono acquistare, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.

Si passa poi alla selezione dei soggetti da consultare che, come detto, viene effettuata sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici tenuti dalla stazione appaltante.

Le **indagini di mercato** sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, che deve però rendere nota l'attività allo scopo svolta.

A tale ultimo fine, la stazione appaltante pubblica un avviso sul proprio sito *web*, contenente le informazioni essenziali della procedura di selezione (valore dell'affidamento, requisiti di idoneità professionale, requisiti minimi di capacità economica/finanziaria e capacità tecniche e professionali richieste, criteri di selezione degli operatori economici).

Quanto agli **elenchi di operatori economici**, essi devono essere costituiti a seguito di avviso pubblico, reso noto mediante pubblicazione sul profilo del committente (tale avviso contiene l'elencazione dei requisiti generali e speciali che gli operatori devono possedere, le modalità di selezione, le eventuali categorie e le fasce di importo in cui si intende suddividere l'elenco).

L'elenco, non appena costituito, è pubblicato sul sito *web* della stazione appaltante. L'iscrizione nell'elenco può essere disposta senza limiti di tempo, fermo restando l'obbligo della stazione appaltante di revisionare l'elenco almeno una volta l'anno.

Successivamente, scelti i soggetti da invitare, la procedura si articola nelle seguenti ulteriori fasi:

- (a) invio della lettera d'invito agli operatori economici scelti;

- (b) gli operatori economici invitati presentano offerta a mezzo posta elettronica certificata ovvero, quando ciò non sia possibile, tramite lettera in conformità a quanto disposto dall'art. 75, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016 oppure, ove la procedura sia svolta nell'ambito del mercato elettronico, secondo le regole del mercato stesso;

- (c) confronto competitivo tra gli operatori economici offerenti;

- (d) scelta dell'affidatario;

- (e) stipulazione del contratto.

Anche i lavori relativi a **opere di urbanizzazione primaria e/o secondaria** "a scomputo" totale o parziale del contributo previsto per il rilascio di permesso di costruire o di un titolo abilitativo equivalente seguono i medesimi principi appena elencati e le relative modalità di affidamento vanno scelte in base al valore delle opere in questione:

- se si tratta di eseguire opere di valore inferiore a € 40.000, esse potranno essere affidate direttamente da parte del titolare del permesso di costruire o del titolo abilitativo

equivalente;

- se si tratta di eseguire opere di valore pari o superiore a € 40.000 e inferiore a € 150.000 esse potranno essere affidate mediante procedura negoziata cui vanno invitati almeno dieci operatori economici;

- se si tratta di eseguire opere di valore pari o superiore a € 150.000 e inferiore a € 1.000.000 esse potranno essere affidate mediante procedura negoziata cui vanno invitati almeno quindici operatori economici;

- se si tratta di eseguire opere di valore pari o superiore a € 1.000.000 esse potranno essere affidate mediante procedura ordinaria, ferma restando la possibilità, per affidamenti di importo inferiore a € 2.000.000 e basati su un progetto esecutivo, di ricorrere alla semplificazione dell'aggiudicazione secondo il criterio per minor prezzo.

Fanno eccezione a tale sistema le sole **opere di urbanizzazione primaria "funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica"**[\[19\]](#) di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

I lavori di realizzazione di tali opere, infatti, possono essere eseguiti direttamente dal titolare del permesso di costruire o del titolo abilitativo equivalente senza alcuna procedura ad evidenza pubblica (art. 16, comma *2bis*, del d.P.R. n. 380/2001).

Per i lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 si procede, invece, all'affidamento mediante **procedura ordinaria**, ferma restando la possibilità, per affidamenti di importo inferiore a € 2.000.000 e basati su un progetto esecutivo, di ricorrere alla semplificazione dell'aggiudicazione secondo il criterio del minor prezzo [art. 95, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016].

Va peraltro comunque ricordato che tutte le regole in tema di affidamento di contratti sotto soglia non trovano applicazione ogni qual volta una stazione appaltante decida di affidare un contratto di valore inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria mediante una procedura di gara improntata alle regole "ordinarie", potendo sempre scegliere, nell'esercizio della propria discrezionalità[\[20\]](#).

5.1. Sintesi delle semplificazioni procedurali in tema di affidamenti sotto soglia

Alla possibilità di ricorrere a procedure di affidamento più snelle di quelle ordinarie, si affiancano, per gli affidamenti sotto soglia, una serie di ulteriori semplificazioni imposte dalla necessità di non aggravare eccessivamente l'aggiudicazione di contratti di valore più esiguo rispetto agli *standard* europei.

Andando nel dettaglio delle semplificazioni, è in primo luogo **escluso**, come sopra accennato, l'**obbligo di qualificazione** per le stazioni appaltanti che intendano affidare contratti di forniture e servizi di importo inferiore a € 40.000 e di lavori di importo inferiore a € 150.000 (art. 37, comma 1, del d.lgs. n. 50/2016).

È inoltre consentito **derogare allo stand still** nel caso di affidamenti di lavori fino a € 150.000 e di servizi e forniture al di sotto delle soglie di rilevanza comunitaria [art. 32, comma 10, lettera b), del d.lgs. n. 50/2016].

Con l'intento di semplificare in maniera ancor più significativa gli affidamenti di minore valore, è stato precisato in caso di affidamento di contratti di importo inferiore a € 40.000, e comunque in tutti i casi in cui si ricorra ad una procedura negoziata, è possibile **stipulare il contratto mediante corrispondenza** secondo l'uso del commercio, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o strumenti analoghi (art. 32, comma 14, del d.lgs. n. 50/2016).

È semplificato anche il processo di sub-affidamento di parte del contratto, laddove è espressamente previsto che per gli affidamenti sotto soglia **non è obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori** in sede di offerta (art. 105, comma 6, del d.lgs. n. 50/2016).

Sempre con riferimento a tutti i contratti sotto soglia, le stazioni appaltanti possono prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara di tutte **offerte sospette di anomalia** in quanto formulate con una percentuale di ribasso pari o superiore alla relativa soglia (art. 97, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016). Tale facoltà di esclusione non è comunque esercitabile quando il numero delle offerte ammesse è inferiore a dieci (art. 97, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016).

In tutti i casi in cui sia fatto ricorso a una procedura negoziata, è prevista che la **verificare dei requisiti di partecipazione** si svolga solo nei confronti dell'aggiudicatario, ferma restando la possibilità per la stazione appaltante di estendere le verifiche agli altri partecipanti. Le stazioni appaltanti devono verificare il possesso dei requisiti economici e finanziari e tecnico professionali, se richiesti nella lettera di invito.

Ulteriore semplificazione è rappresentata dalla possibilità di scegliere i commissari di gara, escluso il presidente, **senza ricorrere all'albo tenuto dall'Autorità Nazionale Anticorruzione**. Ciò con riferimento ai servizi e le forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e ai lavori di importo inferiore a € 1.000.000 (Art. 77, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016).

Come sopra ricordato, per i lavori di importo pari o superiore a € 1.000.000 si procede, invece, all'affidamento mediante procedura ordinaria.

In tali ipotesi le semplificazioni procedurali riguardano (art. 36, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016):

- la possibilità di **dimezzare i termini** minimi per la ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte;

- la possibilità di ridurre notevolmente gli **oneri connessi alla pubblicazione** di bandi e avvisi[21];

- la possibilità, per affidamenti di importo inferiore a € 2.000.000 e basati su un progetto esecutivo, di ricorrere alla semplificazione dell'aggiudicazione secondo il **criterio del minor prezzo** [art. 95, comma 4, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016].

6. I temi di maggiore interesse

Tra i temi di maggiore interesse, soprattutto per le rilevanti conseguenze che determina sotto il profilo pratico, c'è sicuramente quello dell'**obbligo di motivare gli affidamenti diretti**.

Nella precedente disciplina, contrariamente a ciò che accade oggi, la circostanza che l'affidamento da disporre fosse di importo inferiore alla soglia di € 40.000 legittimava il responsabile del procedimento ad aggiudicare direttamente il contratto senza precisi obblighi motivazionali.

Con il nuovo codice dei contratti pubblici l'affidamento diretto è stato, in un primo momento, subordinato ad "adeguata" motivazione, espressione che ha fatto sorgere forti dubbi in merito alla sua corretta applicazione[22] e che ha portato l'ANAC ad affermare che in tali ipotesi dovesse essere imbastita una - pur informale - procedura competitiva[23].

In sede di correttivo i dubbi sono stati opportunamente dissipati, laddove si è precisato che la stazione appaltante può procedere ad affidamento diretto tramite semplice "*determina a contrarre, o atto equivalente, che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta del fornitore, il possesso da parte sua dei requisiti di carattere generale, nonché il possesso dei requisiti tecnico-professionali, ove richiesti*" [art. 32, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 22, comma 1, lettera a), del d.lgs. n. 56/2017].

E ciò anche senza previa consultazione di due o più operatori economici, ossia **evitando di ricorrere all'evidenza pubblica**[\[24\]](#) mediante la sola predisposizione di una determina a contratte articolata in linea con le indicazioni fornite al precedente capoverso [art. 36, comma 2, lettera a), del d.lgs. n. 50/2016, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 56/2017].

Altro tema su cui ci si è molto esercitati è quello della corretta applicazione del **principio di rotazione**, che deve caratterizzare l'intera fase di preparazione della procedura di selezione volta all'affidamento di un contratto sotto soglia[\[25\]](#). Tale principio, infatti, poteva indurre a ritenere illegittima la scelta di una stazione appaltante di interpellare, ai fini dell'affidamento di un contratto sotto soglia, anche imprese già invitate in passato o già aggiudicatari del contratto da affidare.

In linea generale, è stato affermato che il principio non ha assoluta valenza precettiva, con la conseguenza che l'eventuale ed episodica mancata applicazione del principio stesso non compromette gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a selezioni simili o già aggiudicatario del medesimo contratto in gara[\[26\]](#).

Le posizioni assunte nel corso degli anni circa la corretta applicazione di tale principio sono mutate diverse volte.

In un primo momento, il principio è stato declinato dall'Autorità di Vigilanza del settore dei contratti pubblici nel senso di imporre alla stazione appaltante di non invitare il precedente affidatario dell'appalto, una volta concluso, alla nuova procedura di gara avviata per la medesima o analoga commessa[\[27\]](#).

In seguito, tuttavia, tale posizione si è notevolmente ammorbidita[\[28\]](#), probabilmente anche sulla scorta del diverso orientamento assunto dai giudici amministrativi, secondo cui non sussistono ostacoli ad invitare alla gara per l'affidamento di un contratto sotto soglia anche il gestore uscente o un soggetto già precedentemente invitato, e ciò alla stregua del criterio della massima partecipazione[\[29\]](#).

Tale posizione è stata per lungo tempo quella maggiormente diffusa e veniva mitigata con la precisazione che, in caso di affidamento al precedente esecutore, sussisteva comunque l'obbligo di motivare la scelta in maniera particolarmente stringente[\[30\]](#).

Si segnala, tuttavia, nella più recente giurisprudenza, una evidente inversione di tendenza[\[31\]](#), nell'ambito della quale non solo si è affermato l'obbligo di non invitare i soggetti già coinvolti nel precedente affidamento[\[32\]](#), ma è stato altresì precisato che neppure è obbligatorio, come sostenuto dalla giurisprudenza in precedenza prevalente[\[33\]](#), motivare in maniera stringente l'eventuale mancato invito del precedente gestore[\[34\]](#).

7. Brevi considerazioni conclusive

Il nuovo codice dei contratti pubblici ha sicuramente conferito maggiore linearità alla disciplina degli affidamenti sotto soglia, che si presenta, rispetto al regime previgente, notevolmente più ordinata.

Ciò principalmente in ragione della collocazione di tutte le relative previsioni in una singola disposizione, che costituisce un positivo elemento di differenziazione dal passato.

Quanto al contenuto delle disposizioni in questione, il giusto equilibrio tra semplificazione delle procedure e massima attenzione ai principi fondamentali dell'evidenza pubblica sembrerebbe essere stato raggiunto.

In tal senso depone, ad esempio, la scelta di fondo di consentire di affidare contratti sotto soglia mediante procedure notevolmente semplificate rispetto a quelle ordinarie, che diventano tuttavia sempre più articolate con l'aumento del valore del possibile affidamento. Come osservato da alcuni, infatti, le semplificazioni si riducono man mano che ci si avvicina alla soglia di comunitaria di riferimento^[35] e ciò pare un valido sistema di attenuazione delle pur significative deroghe applicabili agli affidamenti sotto soglia.

Residua, tuttavia, qualche perplessità circa l'opportunità di differenziare la disciplina delle procedure di affidamento escludendo l'applicazione di alcune disposizioni di particolare rilievo ai fini della tutela dei partecipanti a una gara.

Si tratta, in particolare, della deroga allo *stand still period* di cui all'art. 32, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016^[36].

La disapplicazione di tale regola, piuttosto che introdurre una significativa semplificazione procedurale, non fa altro che ridurre l'effettività degli strumenti di tutela a disposizione dei partecipanti a una procedura di affidamento di un contratto pubblico. L'immediata stipula del contratto a seguito dell'aggiudicazione, infatti, impedisce al concorrente che eventualmente intenda far valere in giudizio ragioni di illegittimità del provvedimento di aggiudicazione di ambire all'esecuzione dell'intera prestazione posta in gara, con tutte le conseguenze che ne derivano non tanto sotto il profilo dell'utile conseguibile ma soprattutto in termini di esperienza maturata.

Ma si tratta di imperfezioni che, a parere di chi scrive, non intaccano il giudizio complessivamente positivo delle disposizioni oggetto del presente contributo.

[1] M. Lesto, *I contratti pubblici* (a cura di M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci, C. Malinconico), 2017, p. 737.

[2] I contratti pubblici affidati da stazioni appaltanti che operano in settori diversi da quelli "speciali".

[3] I contratti pubblici affidati da stazioni appaltanti che operano del settore del gas e dell'energia termica, nel settore dell'elettricità, nel settore della distribuzione di acqua potabile, nel settore dei trasporti, nel settore dei servizi postali, nell'ambito dello sfruttamento di area geografica per la messa a disposizione di aeroporti e porti.

[4] Le soglie sono periodicamente aggiornate dalla Commissione europea con proprio provvedimento, che trova diretta applicazione alla data di entrata in vigore a seguito della pubblicazione nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea (art. 35, comma 3, del d.lgs. n. 50/2016).

[5] Ai sensi dell'allegato III al d.lgs. n. 50 del 2016, sono tali le seguenti amministrazioni: Presidenza del Consiglio dei Ministri; Ministero degli Affari Esteri; Ministero dell'Interno (incluse le Prefetture e le Direzioni dei Vigili del Fuoco); Ministero della Giustizia e Uffici giudiziari (esclusi i giudici di pace); Ministero della Difesa; Ministero dell'Economia e delle Finanze; Ministero dello Sviluppo Economico; Ministero delle Politiche Agricole, Alimentari e Forestali; Ministero dell'Ambiente e della Tutela del Territorio e del Mare; Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti; Ministero del Lavoro e delle Politiche Sociali; Ministero della Salute; Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca; Ministero dei Beni e delle Attività culturali e del Turismo.

[6] Si veda l'elenco contenuto nell'allegato IX al d.lgs. n. 50 del 2016.

[7] Si veda la nota numero 5.

[8] Direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE.

[9] Comunicazione interpretativa della Commissione europea 2006/C179/02 dell'1 agosto 2006.

[10] Come ricordato da: M.R. Famiglietti, *Manuale dei contratti pubblici* (a cura di F. Caringella, M. Giustiniani), 2015, p. 825.

[11] Consiglio di Stato, sez. VI, 15 novembre 2005, n. 6368; più di recente: T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 28 giugno 2012, n. 3089.

[12] Art. 121, comma 1, del d.lgs. n. 163/2006, secondo cui, "*ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, si applicano oltre alle disposizioni della parte I...*" compreso, pertanto, l'art. 2 del decreto medesimo, che conteneva, appunto, l'elencazione dei principi generali da osservare ai fini del corretto affidamento di qualsiasi contratto pubblico, compresi quelli di rilievo solo nazionale.

[13] L'art. 36, comma 1, del d.lgs. n. 50 del 2016 rinvia espressamente all'art. 30 del medesimo decreto (sostanzialmente riproduttivo dell'art. 2 del d.lgs. n. 163 del 2006).

[14] ANAC, 26 ottobre 2016, delibera n. 1097, contenete le "*Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. 18 aprile 2016, n. 50, recanti 'Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori*

Economici".

[15] Vedi note n. 9 e n. 11.

[16] A. Bartolini, *Codice degli appalti pubblici* (a cura di R. Garofoli e G. Ferrari), 2011, pag. 1260.

[17] Fanno eccezione anche imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti esclusivi operanti in un settore "speciale", ai quali si applica la disciplina stabilita in regolamenti interni allo scopo predisposti, i quali, comunque, devono essere conformi ai principi dettati dal Trattato UE a tutela della concorrenza (art. 36, comma 8, del d.lgs. n. 50/2016).

[18] Anac, 26 ottobre 2016, delibera n. 1097, pagg. 7 e seguenti.

[19] Si tratta delle strade residenziali, dei spazi di sosta o di parcheggio, delle fognature, della rete idrica, della rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, della pubblica illuminazione, degli spazi di verde attrezzato (art. 16, comma 7, del d.P.R. n. 380/2001).

[20] Come ricordato da M. Lesto, *I contratti pubblici* (a cura di M. Corradino, D. Galli, D. Gentile, M.C. Lenoci, C. Malinconico), 2017, pag. 745. L'autore cita, in particolare, la Comunicazione interpretativa della Commissione europea 2006/C179/02, secondo cui, ad esempio, è sicuramente opportuno ricorrere ad una delle procedure ordinarie laddove la stazione appaltante verifichi, in linea con i criteri allo scopo elaborati dalla Corte di Giustizia (luogo di esecuzione, importanza economica e tecnicità dell'intervento), che un appalto è di certo interesse transfrontaliero.

[21] La disciplina degli oneri di pubblicazione per i contratti sotto soglia è contenuta nel Decreto del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti 2 dicembre 2016, attuativo dell'art. 36, comma 9, del d.lgs. n. 50/2016. Si prevede l'obbligo di pubblicare bandi e avvisi solo: sul sito web della stazione appaltante; sulla piattaforma digitale dei bandi di gara presso l'ANAC; sulla piattaforma informatica del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Finché la nuova piattaforma ANAC non sarà operativa, gli avvisi e i bandi di gara, vanno pubblicati nella Gazzetta Ufficiale ovvero, per i contratti relativi a lavori di importo inferiore a cinquecentomila euro, nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori.

È altresì obbligatorio pubblicare avvisi e bandi anche, per estratto, su almeno uno dei principali quotidiani a diffusione nazionale e su almeno uno a maggiore diffusione locale nel luogo ove si esegue il contratto.

[22] L. Olivieri, *Gare sotto soglia: la motivazione "adeguata"? Solo una frase fatta*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 28 settembre 2016.

[23] Tale onere va adempiuto *“dando dettagliatamente conto del possesso da parte dell'operatore economico selezionato dei requisiti richiesti nella determina a contrarre o nell'atto ad essa equivalente, della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare, di eventuali caratteristiche migliorative offerte dall'affidatario, della congruità del prezzo in rapporto alla qualità della prestazione, nonché del rispetto del principio di rotazione”* (Anac, 26 ottobre 2016, delibera n. 1097).

[24] L. Olivieri, *Correttivo codice appalti: tornerà ad essere diretto l'affidamento diretto?*, in *Appalti e Contratti*, 19 aprile 2017.

[25] Si segnalano, più di recente, i seguenti articoli di commento: L. Oliveri, *Principio di rotazione negli appalti: un paradosso giuridico*, in *La Gazzetta degli Enti Locali*, 14 ottobre 2016; A. Barbiero, *Principio di rotazione anche nelle gare sotto soglia Ue*, in *Quotidiano Enti Locali & Pa*, 12 ottobre 2016.

[26] Consiglio di Stato, sez. VI, 28 dicembre 2011, n. 6906.

[27] Avcp (oggi Anac), 6 aprile 2011, determinazione n. 2.

[28] Si veda, di recente: Anac, 31 agosto 2016, delibera n. 917, secondo cui "*l'applicazione del criterio di rotazione nella procedura negoziata per gli affidamenti di servizi e forniture di valore inferiore alla soglia comunitaria consente all'amministrazione aggiudicatrice di non invitare l'operatore economico affidatario del precedente contratto, fermo restando che la scelta compiuta deve essere motivata ove l'operatore economico escluso chieda di partecipare alla selezione*".

[29] Di recente: Tar Campania, Napoli, sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336.

[30] Anac, 26 ottobre 2016, delibera n. 1097, pag. 7, dove si legge, in particolare, che *"l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante motiva tale scelta in considerazione o della riscontrata effettiva assenza di alternative ovvero del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e in ragione della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento, anche tenendo conto della qualità della prestazione"*.

[31] Tar Campania, Salerno, sez. I, 16 maggio 2017, n. 926, secondo cui *"la giurisprudenza più recente valorizza ulteriormente l'importanza pro concorrenziale della norma in analisi, affermando che 'il principio di rotazione esclude tendenzialmente e preferibilmente non solo l'affidatario uscente, ma anche i precedenti aggiudicatari, privilegiando gli operatori del settore che hanno giammai svolto tale servizio' (T.A.R. Campania, Napoli, Sez. II, Sent., 11/11/2016, n. 5227; v. anche TAR Friuli Venezia Giulia, Sez. I, sentenza n. 419/2016)"*. Nel medesimo senso: Tar Puglia, Lecce, sez. II, 15 dicembre 2016, n. 1906.

[32] Consiglio Giustizia Amministrativa Regione Sicilia, 12 aprile 2017, n. 188, in cui si sostiene la nuova posizione giurisprudenziale, quella più rigorosa, e si opera una articolata e dettagliata ricostruzione delle diverse interpretazioni fornite negli anni dagli operatori del settore.

[33] Tar Lazio, Roma, sez. I *ter*, 12 marzo 2015, n. 4063, nella quale viene fatto espresso rinvio ai principi espressi dal Consiglio di Stato (sez. VI, n. 4295 del 2006) e dal Tar Piemonte (sez. I, 25 ottobre 2013, n. 1130).

[34] Tar Campania, Napoli, sez. VIII, 9 marzo 2017, n. 390.

[35] F. Manganaro, *Soglia di rilevanza comunitaria nel codice dei contratti pubblici*, in *Urb. e Appalti*, 2016, pag. 953.

[36] Si segnala, sul tema, il commento di: C. Fischione, *Clausola di stand still nel nuovo Codice degli appalti pubblici con particolare riferimento agli affidamenti sotto soglia*, in *Italiappalti.it*, 14 aprile 2017.