



Autorità Nazionale Anticorruzione

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”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016

Aggiornate al D.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018.

Relazione AIR

Sommario

Premessa	2
I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità.....	3
II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio.....	4
III. La procedura di consultazione pubblica	5
IV. Le scelte di fondo effettuate	6
V. Valutazione delle opzioni alternative	7
1. Le verifiche sull'aggiudicatario negli affidamenti diretti per importi inferiori a 40.000 euro	7
2. L'applicazione del principio di rotazione.....	15
3. Inviti ed esclusione automatica delle offerte anomale.....	23
VI. Modifiche imposte dal decreto correttivo.....	26
VII. Ulteriori modifiche	28

Premessa

Il d.lgs. 19 aprile 2017, n. 56 ha modificato profondamente alcune disposizioni relative agli affidamenti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Si rende, quindi, necessario procedere a un aggiornamento delle Linee guida n. 4 di attuazione del Codice dei contratti pubblici.

In considerazione della particolare rilevanza di talune innovazioni apportate dalla novella, è stato ritenuto opportuno procedere ad una pubblica consultazione.

La consultazione ha inteso richiamare l'attenzione degli stakeholders, in particolar modo, su due questioni generali di notevole impatto operativo per le stazioni appaltanti nella selezione del contraente: le modalità di verifica dei requisiti dell'aggiudicatario nel caso di affidamento diretto e il principio di rotazione.

Sulla prima tematica l'art. 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici prevede ora: «Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2, la verifica dei requisiti avviene sull'aggiudicatario. La stazione appaltante può, comunque, 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». Il successivo comma 7 dispone che nelle Linee Guida di ANAC: «sono anche indicate specifiche modalità ... di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata». Il fatto che il legislatore abbia scelto di rinviare ad ANAC la disciplina delle verifiche da condurre sull'aggiudicatario in caso di affidamento diretto lascia intendere che lo stesso ritenga opportuna una regolamentazione conforme rispetto a quella, già semplificata, prevista per le procedure negoziate. Si tratta, quindi, di individuare le modalità per semplificare ulteriormente le verifiche da effettuare per gli acquisti di modesto importo con la garanzia del rispetto della legalità degli affidamenti.

L'applicazione del principio di rotazione si appalesa di cruciale rilevanza allorché la stazione appaltante proceda ad individuare gli operatori economici da invitare al procedimento selettivo o in favore dei quali disporre l'affidamento diretto. In merito, occorre considerare che il predetto art. 36, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, come modificato dal d.lgs. n. 56/2017, precisa che la rotazione opera sugli inviti e sugli affidamenti. Si tratta, quindi, di chiarire le modalità applicative di tale importante principio, la cui disciplina è affidata all'ANAC secondo la previsione normativa.

Le presenti Linee Guida affrontano, inoltre, la questione relativa alla modalità di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale, sulla quale analogamente è stato sollecitato il punto di vista degli stakeholders, e, vieppiù, le ulteriori modifiche imposte dal correttivo, tra cui, si segnala, quella relativa al calcolo del valore degli affidamenti, in particolare per quelli relativi alle opere di urbanizzazione a scomputo, e altre scaturenti dalla proficua interazione con gli stakeholders, evidenziate nel prosieguo della relazione.

Il presente documento, redatto in base all'art. 8 del Regolamento del 27 novembre 2013 recante «Disciplina dell'analisi di impatto della regolamentazione (AIR) e della verifica dell'impatto della regolamentazione (VIR)» descrive il contesto normativo, le motivazioni, gli obiettivi e le fasi del procedimento che hanno condotto all'adozione delle Linee Guida n. 4, di attuazione del D.Lgs. n. 50/2016, aggiornate alle novità del d.lgs.n.56/2017, 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".

Nella presente relazione si dà evidenza, in particolare, delle ragioni che hanno guidato l'Autorità nell'adozione delle scelte, con particolare riferimento alle questioni sottoposte all'attenzione degli stakeholders in sede di consultazione.

I. Contesto e obiettivi dell'intervento dell'Autorità

Nell'attuale contesto normativo è in vigore, per le stazioni appaltanti, l'obbligo di procedere alle verifiche dei requisiti generali stabiliti dall'art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

Tale regola va considerata quale corollario del principio di legalità applicato al settore degli appalti, in forza del quale solo gli operatori economici in possesso di ciascuno dei requisiti fissati dall'art. 80 sono ammessi a contrattare con la P.A.. Il decreto correttivo, pur avendo prefigurato la possibilità di rimodulazione dei controlli negli affidamenti diretti, non ha fissato peraltro limiti o criteri che indichino le direttrici per attuare tale riassetto nei contratti di valore *infra* 40.000,00 euro, posto che restano immutati i requisiti soggettivi richiesti agli operatori economici dall'art. 80.

Anche con riguardo alla rotazione il Codice dei contratti pubblici novellato non detta disposizioni atte a declinare il principio, tanto nei presupposti che negli effetti, e vieppiù non chiarisce i rapporti con gli altri principi generali di cui all'art. 30 (economicità, efficacia, libera concorrenza, ecc.).

Il decreto correttivo ha, in ogni caso, intercettato l'esigenza, da più parti palesata, di semplificare la gestione degli affidamenti di rango intracomunitario e, in particolare, di quelli per i quali la legge consente l'affidamento senza gara.

Allo scopo, è intervenuto in più aspetti della disciplina del sotto-soglia, regolata dall'art. 36 del Codice dei contratti pubblici. Emblematico, in tal senso, è il "nuovo" comma 2, lett. a), secondo cui l'affidamento diretto può avvenire "anche senza acquisizione di due preventivi".

È evidente che il legislatore delegato non intende con ciò derogare al principio di economicità o a quello di concorrenza, ma semplicemente consentire alla stazione appaltante di agire in modo più

snello, flessibile, accrescendo in tal modo i margini dell'autonomia gestionale, senza però intaccare il rispetto dei principi e, con essi, la responsabilità della stazione appaltante e delle professionalità chiamate ad esercitare le funzioni di competenza.

Rotazione e controlli, per cui è chiesta l'interposizione dell'ANAC, rappresentano tematiche generali di notevole rilievo applicativo, intervenendo in sostanza a monte (la rotazione) e a valle (le verifiche sui requisiti) della selezione.

Per attuare compiutamente la *voluntas legis* occorre individuare accettabili sinergie fra legalità ed efficienza, che tengano conto, su un piano paritetico, sia della *ratio* semplificatoria, in specie per quegli affidamenti che, per gli importi ridotti, presentano minori esigenze di controllo, sia della necessità di presidiare la serietà e l'affidabilità del sistema.

Obiettivo, pertanto, delle presenti Linee guida è pervenire a concrete modalità di semplificazione delle procedure nel sotto-soglia, che garantiscano al contempo il rispetto dei principi di legalità a tutela del mercato e della concorrenza.

In quanto si tratta di obiettivi di semplificazione di cui dovrebbero beneficiare innanzitutto le stazioni appaltanti e, solo indirettamente, gli operatori economici, nella misura in cui si possono avvantaggiare della riduzione dei tempi di affidamento resa possibile dalle semplificazioni introdotte, appare difficile allo stato individuare indicatori quantitativi su cui realizzare la VIR, da effettuarsi entro due anni dall'adozione delle presenti Linee guida.

Al momento si ritiene che la misurazione del grado di raggiungimento degli obiettivi dell'intervento regolatorio dell'Autorità vada effettuata, innanzitutto, attraverso la somministrazione di un questionario ad un numero significativo di stazioni appaltanti finalizzato a rilevare le modifiche prodottesi nelle modalità di affidamento per i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria. Dati quantitativi potranno avere a riferimento l'andamento degli affidamenti con particolare riguardo al rispetto del principio di rotazione.

II. Indicazione delle categorie dei soggetti, pubblici e privati, destinatari dei principali effetti dell'intervento regolatorio

L'intervento regolatorio riguarda gli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e, pertanto, i soggetti pubblici e privati interessati dalla partecipazione alle relative procedure. Si tratta in sostanza della generalità delle stazioni appaltanti, così come individuate al punto 1.1 delle Linee guida, nonché degli operatori economici che partecipano alle procedure di affidamento.

Come si evince dalle sottostanti tabelle, l'intervento dell'Autorità ha un impatto potenziale su un numero globale di affidamenti pari a poco più di 5 milioni all'anno (affidamenti sotto-soglia). Tale numero di affidamenti si ripartisce in servizi/forniture per circa 4,5 milioni e in lavori per circa 500.000. I dati in questione sono stati estratti dai sistemi informativi dell'Autorità sulla base dei Codici Identificativi di Gara (CIG) effettivamente perfezionati nei periodi considerati (annualità 2015-2016). Sono stati considerati in modo cumulativo, per facilitare l'analisi d'impatto, sia i dati relativi ai settori ordinari che a quelli speciali, senza peraltro distinzione per tipologia di commessa. Inoltre, si è fatto riferimento alle amministrazioni sub-centrali per la considerazione della soglia comunitaria, più alta rispetto a quella delle amministrazioni centrali, allo scopo di considerare un campione più ampio per l'analisi.

La quasi totalità degli affidamenti in questione - circa il 98% - si concentra nella fascia compresa tra zero e 40.000,00 euro, per la quale il Codice consente il ricorso all'affidamento diretto e il legislatore delegato ha, per l'appunto, richiesto all'ANAC un intervento di semplificazione nella tematica delle

verifiche sugli affidatari. L'impatto dell'intervento regolatorio per tale aspetto è quindi operativo sulla quasi totalità degli affidamenti nel sotto-soglia e, coerentemente, le scelte da operare hanno un significativo riflesso sull'attività della stazioni appaltanti.

Sulla questione della rotazione si può ritenere che l'impatto sia praticamente totale (in termini di cifra assoluta degli affidamenti), dal momento che la rotazione opera sia per gli affidamenti diretti (infra 40.000,00 euro per lavori, servizi e forniture), sia per le procedure negoziate fino alla soglia comunitaria per servizi e forniture e fino ad 1 milione di euro per i lavori. Residuano unicamente gli affidamenti di lavori nella fascia tra 1 milione e la soglia comunitaria, che ammontano, nell'ultima annualità considerata, a poco più di 2.000 in cifra assoluta, per i quali l'art. 36 del Codice obbliga a ricorrere alle procedure ordinarie.

Per le altre questioni da trattare in esito alla consultazione (selezione dei fornitori/sorteggio ed inviti nel caso dell'esclusione automatica delle offerte anomale) l'impatto è decisamente minore in termini di numero assoluto degli affidamenti, in quanto si può ragionevolmente presumere che, nei contratti infra 40.000 euro, le stazioni appaltanti ricorrano, in larga prevalenza, all'affidamento diretto.

	2015		2016	
	Servizi	Forniture	Servizi	Forniture
da 0 a 40.000 €	2.383.464	2.044.314	2.403.665	2.103.347
da 40.000 € a soglia	77.263	60.413	89.160	58.210
Totale	2.460.727	2.104.727	2.492.825	2.161.557

Lavori	2015	2016
da 0 a 40.000 €	516.121	501.259
da 40.000 € a 150.000 €	35.129	27.177
da 150.000 € a 1.000.000 €	26.520	15.605
da 1.000.000 € a soglia	4.260	2.077
Totale	582.030	546.118

III. La procedura di consultazione pubblica

Nell'adunanza del 6 settembre 2017, il Consiglio dell'Autorità ha deliberato di avviare una consultazione on-line a base della quale è stato posto il documento denominato "aggiornamento delle linee guida n. 4", al fine di acquisire osservazioni e commenti da parte degli operatori del settore.

Nel corso della consultazione, che si è svolta nel periodo 8 settembre 2017 - 25 settembre 2017, sono pervenuti all'Autorità contributi da parte di 52 soggetti (stazioni appaltanti, dipendenti di stazioni appaltanti, associazioni di categoria, operatori economici, liberi professionisti). All'esito dell'esame dei contributi pervenuti, l'Autorità ha elaborato il testo finale della determinazione tenendo conto delle osservazioni ricevute. Tale testo è stato trasmesso al Consiglio di Stato per l'acquisizione del relativo parere. A seguito della ricezione del parere n. 361 del 12 febbraio 2018, si è proceduto all'elaborazione ed all'approvazione del documento definitivo.

IV. Le scelte di fondo effettuate

Per quanto concerne il tema dei controlli per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro, l'Autorità ha ritenuto, in primo luogo, non esercitabile l'opzione zero, ovvero prevedere controlli analoghi a quelli relativi ad affidamenti di importo superiore a tale soglia, in quanto ciò avrebbe di fatto reso *inutiliter data* la previsione introdotta dal correttivo.

Come suggerito da diversi stakeholders, si è ritenuto di prevedere forme di semplificazione differenziate secondo il valore dell'appalto, e calibrate altresì in ragione dell'impatto operativo derivante dalla riduzione degli oneri amministrativi per le stazioni appaltanti.

In particolare, è stata prevista una significativa semplificazione per gli affidamenti fino a 5.000 euro, che rappresentano circa l'80% degli affidamenti *infra* 40.000,00 euro (corrispondenti a circa 4 milioni di affidamenti all'anno sui 5 milioni in totale) e che possono essere ritenuti costituire le spese per gli acquisti di immediata e corrente necessità.

Per tali affidamenti, è stata prevista la possibilità di addivenire alla stipula del contratto sulla base del ricorso al meccanismo dell'autocertificazione di cui al D.P.R. n. 445/2000. È stata in ogni caso segnalata la necessità di consultazione del casellario ANAC e di acquisizione del DURC (documento unico di regolarità contributiva), che rappresentano peraltro controlli di immediata realizzabilità, ed è stata altresì prevista la possibilità di effettuare comunque tutte le verifiche ritenute opportune, ferma la necessità dei controlli a campione sulle autocertificazioni acquisite in forza di quanto previsto dell'art. 71 del D.P.R. n. 445/2000.

Si è poi introdotta la soglia dei 20.000,00 euro (corrispondente a circa il 16% degli affidamenti al di sotto dei 40.000 euro) per una semplificazione di portata intermedia.

Per gli affidamenti in questione, oltre all'acquisizione dell'autocertificazione, le stazioni appaltanti dovranno di necessità effettuare le verifiche relative ai requisiti considerati obbligatori dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo), che costituiscono gli argini più intensi a presidio delle legalità, cui si aggiunge la consultazione del casellario ANAC e la verifica inerente all'assenza di procedure concorsuali, di cui all'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, realizzabile anch'essa tramite consultazione informatica. Come per la soglia precedente, è stata prevista la necessità di controlli a campione sulle autocertificazioni e la possibilità di estensione facoltativa delle verifiche.

Nella fascia tra 20.000 e 40.000 euro, che rappresenta circa il 4% degli affidamenti in parola, resta il regime di obbligatoria verifica di tutti i requisiti generali. Infatti, al crescere degli importi di spesa, si ritiene prevalente, anche in considerazione del decrescente numero di affidamenti e quindi degli oneri amministrativi riflessi, l'esigenza di assicurare la piena coerenza fra requisiti di accesso alle commesse pubbliche e verifiche espletate.

Con riferimento alla rotazione, esclusa in partenza l'opzione zero, ovvero quella di non dettare alcuna prescrizione per la scelta dei candidati da invitare, pena l'inattuazione della disposizione introdotta dal correttivo, l'Autorità ha accolto buona parte delle indicazioni degli stakeholders, volte essenzialmente a delimitare i presupposti oggettivi di applicazione dell'istituto, allo scopo di evitare che un'applicazione indiscriminata possa costituire una sostanziale violazione della libertà economica delle imprese e, potenzialmente, generare inefficienze per la stazione appaltante e il sistema economico nel complesso.

Al riguardo, è stato chiarito, ad esempio, che la rotazione opera solo a fronte di precedenti commesse rientranti nello stesso settore merceologico rispetto a quelle di cui trattasi, e che le stazioni appaltanti, in apposito regolamento, possono istituire diverse fasce suddivise per valore economico degli affidamenti, in modo tale da applicare la rotazione solo agli affidamenti (identici o analoghi) che si situano all'interno della stessa fascia. In ordine al tema del reinvio all'affidatario uscente, l'Autorità ha confermato l'orientamento precedente, in punto di eccezionalità del reinvio, precisando ulteriormente le condizioni legittimanti la deroga e differenziando comunque il regime rispetto all'operatore economico invitato ma non affidatario, per il quale il reinvio è soggetto comunque a motivazione.

Per quanto riguarda gli inviti nel caso di ricorso all'esclusione automatica delle offerte anomale, l'Autorità ha ritenuto opportuno conformarsi agli orientamenti già espressi in recenti atti e pareri, nel senso di prevedere, nella lettera di invito, che l'accantonamento delle ali vada mantenuto anche nel calcolo dello scarto aritmetico medio. Il mantenimento dell'accantonamento, come costantemente rilevato dall'Autorità, costituisce, infatti, uno strumento atto ad evitare che le offerte estreme, lontane dai valori di mercato, possano incidere sulla determinazione della soglia

Con riguardo invece al caso di offerte di identico ribasso, l'interpretazione fornita nel documento di consultazione era nel senso che nel calcolo del taglio delle ali vadano conteggiate solo le offerte che consentono il raggiungimento della soglia fissata dal Codice, senza quindi trattamento unitario. Con riferimento al tema del trattamento delle offerte identiche in relazione al procedimento di taglio delle ali, si riteneva che il nuovo assetto delineato dal legislatore all'art. 97 del Codice (estrazione a sorte, per il calcolo della soglia, fra cinque possibili metodi al posto dell'unico contemplato nel previgente Codice) soddisfacesse appieno l'esigenza di apprestare strumenti antiturbativa e che, per l'effetto, si imponesse una interpretazione per cui il numero assoluto di offerte da considerare ai fini del calcolo della soglia non si dovesse ridurre. Tuttavia, nel parere n. 361/2018 il Consiglio di Stato ha mostrato contrarietà a tale impostazione, ritenendo che, anche nelle procedure soggette al nuovo Codice dei contratti pubblici, debba trovare applicazione, in relazione alla "ratio antiturbativa", l'opposto principio cd. del blocco unitario, individuato dall'Adunanza Plenaria n.5/2017 in una fattispecie sottoposta alla previgente normativa (art. 121 D.P.R. n. 207/2010).

L'Autorità, in sede di approvazione del documento e in adesione a quanto prospettato nel parere reso dal Supremo Consesso, ha ritenuto opportuno prevedere che nella lettera di invito la stazione appaltante indichi *ex ante* - a garanzia della correttezza e della trasparenza della procedura - che, in caso di identico ribasso, le offerte saranno considerate, ai fini dell'anomalia, come un'offerta unica.

V. Valutazione delle opzioni alternative

Di seguito si riportano le principali osservazioni formulate dagli stakeholders che hanno partecipato alla consultazione pubblica e le opzioni specificamente esercitate dall'Autorità, con l'evidenza delle ragioni sottese e delle modifiche apportate al testo aggiornato.

1. Le verifiche sull'aggiudicatario negli affidamenti diretti per importi inferiori a 40.000 euro

L'art. 36, comma 7, del Codice dei contratti pubblici, novellato dal correttivo, prevede che l'ANAC indica "specifiche modalità di attuazione ... delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata".

La disposizione concerne l'espletamento dei controlli sull'affidatario diretto ed è funzionale alla possibilità di introdurre semplificazioni nel sub-procedimento di verifica dei requisiti che il Codice dei contratti pubblici prevede, in capo agli operatori economici, per accedere alle commesse pubbliche, limitatamente ai contratti di importo inferiore a 40.000,00 euro.

Nel documento di consultazione sono state ipotizzate le seguenti alternative:

- a) confermare, anche per gli affidamenti diretti, la medesima disciplina prevista per le procedure negoziate, verificando quindi il possesso da parte dell'aggiudicatario di tutti i requisiti previsti (opzione zero);
- b) prevedere la facoltà della stazione appaltante di non effettuare il controllo dei requisiti di ordine generale e speciale in determinati casi, ad esempio per gli affidamenti di importo inferiore a determinate soglie e/o per gli acquisti sul mercato elettronico, considerando in quest'ultimo caso che controlli, seppure a campione, sono stati effettuati per l'ammissione e la permanenza nello stesso;
- c) nelle fattispecie di cui al punto precedente, si potrebbe ipotizzare, in alternativa, di limitare le verifiche della stazione appaltante al controllo dell'assenza di annotazioni a carico dell'aggiudicatario nel casellario informatico dell'Autorità;
- d) prevedere un minor numero di controlli sull'aggiudicatario, limitandosi, ad esempio, a quelli considerati obbligatori dalla direttiva 2014/24/UE (assenza di condanne penali e di irregolarità fiscali e contributive).

Sempre in tema di controlli, un ulteriore punto in consultazione riguardava le modalità di verifica dei requisiti dell'affidatario nel caso di esigenza impellente di assicurare la tempestiva esecuzione del contratto, non compatibile con i tempi ordinari. Si è al riguardo ipotizzato che la stazione appaltante chieda all'operatore economico selezionato di dichiarare il possesso dei requisiti mediante autocertificazione, resa in conformità delle previsioni di cui al testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al D.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445. La stazione appaltante avvia tempestivamente il controllo dei requisiti oggetto di autocertificazione, dando conto, con adeguata motivazione, nel primo atto successivo alle verifiche effettuate, della sussistenza dei relativi presupposti.

Nel corso della consultazione, gli stakeholders hanno prospettato diverse soluzioni, dalla più rigida alla più semplificatoria, senza tralasciare opzioni intermedie, più flessibili.

In relazione alla prima impostazione, alcuni stakeholders hanno sottolineato come sarebbe opportuno eseguire tutti i controlli attinenti ai requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici, in ossequio alla necessità di valorizzare pienamente il principio di legalità anche per i micro-affidamenti. L'osservanza scrupolosa del principio di legalità, in particolare, viene sottolineata anche allo scopo di presidiare non solo l'esigenza di serietà e affidabilità del sistema, ma anche la *par condicio* fra gli operatori economici nella competizione dei pubblici appalti.

La maggior parte degli stakeholders, viceversa, ha suggerito di prevedere ampi margini di semplificazione a beneficio delle stazioni appaltanti, in considerazione della chiara indicazione rinvenibile dal legislatore delegato.

In particolare, una parte minoritaria degli stakeholders ha prospettato l'opportunità di non effettuare alcun controllo, se non a campione, sulle autocertificazioni rilasciate dagli operatori economici, ai sensi del D.P.R. 445/00. In tal modo, l'iter del procedimento selettivo ne risulterebbe apprezzabilmente semplificato e residuerebbe pur sempre la facoltà, per le stazioni appaltanti e per il RUP, di effettuare le verifiche ritenute opportune in via discrezionale.

L'orientamento maggioritario propende per un'opzione di segno intermedio, individuando come da mantenere solo quei controlli ritenuti o particolarmente significativi o, piuttosto, rapidi da effettuare in quanto espletabili in modalità automatizzata.

Con riferimento al primo indirizzo, diversi stakeholders hanno rappresentato la necessità di mantenere i controlli relativi ai requisiti individuati come obbligatori dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo), anche tenuto conto delle indicazioni del Consiglio di Stato nel parere sullo schema di decreto correttivo (parere n. 782/2017) circa la funzione di tali requisiti (in particolare, l'assenza di condanne penali per i reati ostativi e l'assenza di infiltrazioni mafiose) a porsi quali presidi dei principi generali di settore, come tali applicabili anche nel sotto-soglia.

La seconda ottica muove da un approccio di tipo essenzialmente pragmatico. Non pochi stakeholders hanno prospettato l'idea di mantenere solo i controlli che, allo stato, sono realizzabili in forma automatizzata (casellario ANAC, DURC per la regolarità contributiva, verifiche camerali per l'assenza di procedure concorsuali), allo scopo di consentire alle stazioni appaltanti di conseguire significativi risparmi nei tempi di attesa per la predisposizione delle richieste e per il rilascio delle certificazioni e di velocizzare, in tal modo, l'iter di affidamento, eventualmente affiancando ai controlli in questione l'acquisizione di un'autocertificazione dell'operatore economico attestante la sussistenza, completa, dei requisiti ex art. 80 del Codice dei contratti pubblici.

Una variante a tali opzioni di profilo intermedio, prospettata da più parti, è stata quella di ipotizzare controlli di intensità crescente, in funzione del valore dell'appalto. Ad esempio, è stato ipotizzato di effettuare solo controlli a campione per affidamenti fino a 20.000,00 euro (o anche per soglie più basse, 1.000/5.000/10.000 euro), ovvero per gli affidamenti realizzati sul MEPA (mercato elettronico della pubblica amministrazione), tenuto conto della necessità, prevista dall'art.36, comma 6-bis, del Codice dei contratti pubblici, novellato dal correttivo, che il gestore del mercato elettronico istituisca controlli su un significativo campione di operatori economici, sia in fase di richiesta di iscrizione che, successivamente, sugli iscritti.

Opzione scelta

L'Autorità ha ritenuto preferibile optare per un approccio intermedio e flessibile, introducendo delle semplificazioni, per le stazioni appaltanti, nel regime dei controlli, variamente atteggiate in riferimento alle soglie di spesa, alla natura del requisito oggetto di verifica e alla modalità di espletamento del controllo.

Tale impostazione è stata condivisa anche dal Consiglio di Stato nel parere n. 361 del 12 febbraio 2018, che ha prospettato condivisibili suggerimenti e ponderate riformulazioni del testo, coerenti con la logica semplificatoria e al contempo di tutela per la stazione appaltante.

In particolare, per i contratti di importo fino a 5.000,00 euro, che rappresentano l'80% del totale degli affidamenti compresi nella soglia 0-40.000,00 euro (pari a circa 4 milioni su 5), spesso di natura bagatellare (solo gli affidamenti infra 2.000,00 euro sono oltre 3 milioni), si è ritenuto (par. 4.2.2) di consentire alle stazioni appaltanti di potere addivenire alla stipula del contratto sulla base di un'autocertificazione rilasciata dall'affidatario, ai sensi del D.P.R. n.445/2000, di attestazione completa del possesso dei requisiti, unitamente alla consultazione del casellario ANAC, del DURC (documento unico di regolarità contributiva) ed, eventualmente, dei requisiti stabiliti da leggi speciali per determinate attività da espletarsi nei confronti della P.A. (es. *white-list* di cui all'art. 1, comma 52, L. 190/2012 per le attività particolarmente soggette ad infiltrazioni mafiose).

Per gli affidamenti oltre 5.000 euro e fino a 20.000 euro, che rappresentano in cifra assoluta quasi 730.000 affidamenti, e il 15% circa del totale, si è ritenuto (par. 4.2.3) di applicare la stessa logica del ricorso all'autocertificazione, mantenendo comunque la necessità delle verifiche dei requisiti considerati obbligatori dall'art. 57 della Dir. 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo), nonché dell'assenza di procedure concorsuali (rif. art. 80, comma 5, lett. b) e della verifica (eventuale) sulle condizioni soggettive stabilite dalla legge per specifiche attività (es. regime *white-list*).

Per gli affidamenti *ultra* 20.000 euro (rif. par. 4.2.4), che rappresentano circa il 5% degli affidamenti da zero a 40.000 euro, (circa 250.000 affidamenti in valore assoluto) non è stata operata alcuna *deminutio* delle verifiche.

A tale scelta si è giunti partendo dalla necessità di valutare, nell'esame del compito assegnato dal legislatore, in primo luogo, il significato della disposizione introdotta con il correttivo, nella parte in cui si riferisce alle "modalità di attuazione delle verifiche".

La disposizione non chiarisce del tutto se l'intento sia quello di richiedere all'Autorità un mero intervento di semplificazione sulle procedure di verifica dei requisiti, ossia in ultima analisi sul *quomodo* delle verifiche stesse o, come appare più ragionevole, un intervento di più ampia portata, volto ad introdurre margini di riduzione degli oneri amministrativi, per le stazioni appaltanti, nell'attività di verifica dei requisiti degli operatori economici.

Al riguardo, l'Autorità ritiene che sia più rispondente alla *ratio legis* ritenere che la norma intenda operare, mediamente attraverso l'intervento di *soft law*, un'effettiva riduzione delle incombenze propedeutiche all'affidamento, a beneficio delle stazioni appaltanti in relazione ai contratti di più modesto importo, che rappresentano gli affidamenti di maggiore frequenza. D'altra parte, qualora la disposizione fosse intesa nel significato "attenuato", resterebbe difficile individuarne appieno il cosiddetto effetto utile.

A tale approccio ermeneutico della disposizione, d'altra parte, soccorre la stessa genesi del correttivo, con particolare riguardo alla relazione fra schema di decreto del 6 marzo 2017 (si veda anche la relazione AIR e le relazioni tecnica e illustrativa) e il parere del Consiglio di Stato (n. 782 del 22 marzo 2017). Nello schema di decreto si prevedeva, all'art. 22 che modificava l'art. 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, unicamente l'effettuazione di controlli sulla regolarità contributiva e sull'assenza di procedure concorsuali. Il Consiglio di Stato, nel rendere il surrichiamato parere, da un lato si mostrava contrario alla legittimità della disposizione, per via del contrasto con i principi generali in materia di appalti (in particolare con riguardo all'omissione dei controlli sul piano penale e in ambito antimafia) e, al contempo, suggeriva di introdurre specifiche disposizioni per gli affidamenti diretti, non contemplati dallo schema di decreto legislativo. È ragionevole ritenere, dunque, anche in considerazione dell'indicazione palesata dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, che l'intento del legislatore delegato sia stato quello di introdurre, nell'ordinamento dei contratti pubblici, un'attenuazione delle verifiche per gli affidamenti di micro-contrattualistica (*infra* 40.000 euro), nei limiti di compatibilità con i principi informatori dell'ordinamento.

Con riferimento all'ambito oggettivo di applicazione, si evidenzia che la disposizione è applicabile esclusivamente agli affidamenti disposti senza gara, ossia agli affidamenti diretti. La norma, quindi, non è invocabile laddove la stazione appaltante, pur in presenza di un contratto di importo *infra* 40.000,00 euro, opti per l'utilizzo della procedura negoziata, regolata quanto al tema dei controlli dall'art. 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici.

Il campo elettivo di applicazione della norma è quello delle verifiche sul possesso dei requisiti di carattere generale (o morale) che l'art. 80 del Codice dei contratti pubblici stabilisce obbligatoriamente per l'accesso degli operatori economici ai pubblici appalti, atteso che i requisiti speciali sono fissati

discrezionalmente (nel rispetto della legge e nei limiti di ragionevolezza e proporzionalità - rif. art. 83 del Codice dei contratti pubblici) dalla stessa stazione appaltante, cui compete il relativo controllo.

Venendo al merito del dibattito, si osserva che le posizioni prevalenti assunte dagli stakeholder nel corso della consultazione cercano di contemperare il difficile bilanciamento tra economicità dell'azione amministrativa e tutela del principio di legalità, oscillando tra quanti auspicano un forte ridimensionamento dei controlli, se non anche la loro soppressione, in applicazione del canone di efficienza e celerità dell'azione amministrativa, e quanti viceversa ne sollecitano l'integrale mantenimento, in ossequio al canone della legalità.

Posto che tutti i principi sopra evocati costituiscono senza dubbio fondamenti dell'azione amministrativa, ad avviso dell'Autorità occorre individuare un ragionevole punto di equilibrio, tenendo conto, in primo luogo, delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato. In particolare, nel predetto parere reso in riferimento allo schema del decreto correttivo, il Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa, proprio con riguardo alla prospettata modifica dell'art. 36, comma 5, evidenzia come i controlli relativi all'ambito penale (e antimafia) devono intendersi ricettivi di principi generali di settore, talché, anche per gli affidamenti di modesto importo, per i quali pure il legislatore consente l'affidamento senza gara, il mancato esercizio *tout court* di tali controlli costituisce un inaccettabile *vulnus* al sistema degli appalti pubblici.

Le opzioni intermedie, cui l'Autorità ha aderito, abbracciano un'interessante prospettiva di mediazione nella tensione fra i suddetti principi.

Diversi stakeholders hanno palesato l'idea di effettuare unicamente controlli a campione. Tale posizione, coerente, a livello sistematico, con la disciplina di cui all'art. 36, comma 6-bis, del Codice dei contratti pubblici per gli affidamenti di pari valore nei mercati elettronici (ad es. il mercato elettronico della pubblica amministrazione, MEPA), sconta tuttavia il generale difetto di ogni controllo siffatto, in quanto sottrae al circuito dei controlli una larga fetta di operatori economici. Nondimeno, il legislatore, in sede di correttivo, ha previsto, *a latere* rispetto ai controlli a campione effettuati dal gestore del mercato elettronico, la necessità che la stazione appaltante porti a termine comunque la verifica sull'aggiudicatario ("resta ferma la verifica sull'aggiudicatario ai sensi del comma 5"), evidente segno della volontà del legislatore di tenere conto delle indicazioni del Consiglio di Stato nel summenzionato parere e, più in generale, di non escludere il controllo sull'affidatario ad opera della stazione appaltante, ovvero, in estrema sintesi, di non considerare il controllo a campione pienamente satisfattivo dell'esigenza, di indubbio rilievo di ordine pubblico, di evitare che le amministrazioni possano intrattenere legami contrattuali e finanziari con soggetti di non comprovata affidabilità.

La tesi opposta (ossia controllare tutti i requisiti) richiama l'attenzione sulla necessità di assicurare, in ogni tipologia di affidamenti, il principio di legalità. Essa, tuttavia, sembra avere il difetto opposto: non tiene in considerazione la *ratio legis* della disposizione introdotta dal correttivo, volta ad introdurre semplificazioni, per le stazioni appaltanti, negli affidamenti diretti *infra* 40.000 euro. Proprio il confronto con la disposizione di cui al nuovo art. 36, comma 6-bis, del Codice dei contratti pubblici lascia intendere che il legislatore, negli affidamenti diretti, voglia orientare gli attori del processo nella direzione di un'effettiva riduzione dei controlli, che non si riveli però compromettente per la salvaguardia dei principi generali.

Nel percorso teso alla ricerca di un giusto equilibrio, taluni stakeholders hanno suggerito di prevedere, in una logica di flessibilità, controlli crescenti in modo proporzionale al valore della commessa, secondo distinte fasce di valore.

Si tratta, ad avviso dell'Autorità, di un approccio misurato, che va incontro alle indicazioni del legislatore in sede di correttivo, nonché ai principi ispiratori della legge delega (Legge n. 11/2016) per

l'attuazione delle Direttive UE 23, 24 e 25 del 2014 di riforma degli appalti pubblici, con particolare riguardo alla “massima semplificazione e alla rapidità dei procedimenti, salvaguardano i principi di trasparenza e imparzialità della gara” nell’ambito del sotto-soglia (rif. art. 1, primo comma, lett. g della legge delega).

A regime, peraltro, il Codice dei contratti pubblici individua, all’art. 81, nella banca dati nazionale degli operatori economici la soluzione ottimale (automatizzata) al tema dei controlli.

Ciò posto, nelle more dell’entrata in funzione del sistema informativo prefigurato dall’art. 81, il legislatore invita a valutare la possibilità di introdurre, in specie per gli appalti di più modesto valore economico, meccanismi di controllo, non penalizzanti per l’efficiente svolgimento del procedimento, che non compromettano tuttavia la possibilità di accertamento, per la stazione appaltante, dell’affidabilità morale dell’operatore economico selezionato tramite affidamento diretto o, quanto meno, il ragionevole apprezzamento della relativa sussistenza.

Ad avviso dell’Autorità, ai fini della scelta soccorre, innanzi tutto, la distribuzione per valore degli affidamenti compresi nella soglia 0 - 40.000,00 euro, come rappresentato nella seguente tabella. I dati sono riferiti all’intera annualità 2016 e sono stati acquisiti tramite i sistemi informativi dell’Autorità mediante l’estrazione del codice CIG (codice identificativo della gara). Essi ricomprendono gli affidamenti, soggetti ad acquisizione del CIG effettivamente registrati e perfezionati nel database dell’Autorità nel periodo di riferimento, inclusi quelli relativi ai settori speciali.

Importo	Forniture	Servizi	Lavori	Totale
Inferiore a 5.000 €	2.046.172	1.628.993	354.893	4.030.058
da 5.000 € a 20.000 €	271.288	356.117	105.318	732.723
da 20.000 € a 40.000 €	86.205	118.237	41.048	245.490
Totale	2.403.665	2.103.347	501.259	5.008.271

Per l’intera annualità 2016, il numero complessivo di affidamenti *infra* 40.000 euro è di poco più di 5 milioni. I dati mostrano chiaramente che la gran parte degli affidamenti in questione si concentra nella soglia da zero a 5.000 euro. In particolare, l’80% degli stessi, pari a poco più di 4 milioni in numero assoluto, è concentrato nella fascia da zero a 5.000 euro, mentre la fascia fino a 20.000 euro copre un ulteriore 15%, pari a oltre 700.000 affidamenti in cifra assoluta. Nella soglia da 20.000 euro a 40.000 euro, il numero di affidamenti scende a circa 250.000 (pari a circa il 5%).

Altro elemento considerato, nell’analisi dei possibili scenari, è quello della riduzione degli oneri amministrativi connessi all’attivazione del controllo, in riferimento agli strumenti allo stato utilizzabili dalle stazioni appaltanti. Alcune verifiche sono già espletabili in modalità automatizzata (casellario ANAC, DURC, visure camerali), con tempi di risposta immediati, altre in modalità semi-automatizzata (es. casellario giudiziale, per il quale è possibile l’utilizzo della procedura cosiddetta massiva, almeno per i controlli nei confronti di una pluralità di soggetti, che consente il rilascio in tempi rapidi - 10 giorni circa); per le altre occorre inoltrare all’Amministrazione di competenza rituale richiesta e attendere il relativo riscontro, con tempi naturalmente variabili che, nella prassi, possono richiedere anche uno o più mesi.

Ad avviso dell’Autorità, va incontro alle esigenze sopra rappresentate l’esercizio di un’opzione che contempli, come suggerito da diversi stakeholders, controlli di intensità crescente, ragguagliata al valore degli appalti, e che realizzi apprezzabili, pur se differenziate, economie nel sub-procedimento.

In ordine a tale profilo, è sembrato all’Autorità meritevole di considerazione il richiamo, sottolineato da numerosi stakeholders, all’istituto dell’autocertificazione, regolato dal D.P.R. n. 445/00. Tale istituto è

ormai parte integrante del nostro sistema giuridico, ed è trasversalmente considerato in diversi settori del diritto amministrativo quale strumento, non estemporaneo né approssimativo, di controllo e al contempo di dialogo paritario nei rapporti fra amministrazione ed amministrato (cfr. Sentenza del Consiglio di Stato, n. 2477/2006).

Ad avviso dell'Autorità, il sistema delineato consente di raggiungere un apprezzabile punto di equilibrio fra efficienza e legalità.

Per gli affidamenti fino a 5.000,00 euro, si è ritenuto di prevedere la semplificazione massima, valutato che gli stessi rappresentano gli acquisti che soddisfano necessità impellenti, immediate, per assicurare il corrente funzionamento delle strutture, e che spesso sono di carattere bagatellare (si consideri che i contratti fino a 2.000 euro ammontano a più di 3 milioni sui 5 totali).

La consultazione del casellario ANAC, che si realizza in tempo reale, così come il DURC, consente comunque di avere contezza delle iscrizioni derivanti da qualsivoglia causa di esclusione già oggetto di segnalazione, ritualmente deliberata dall'Autorità, così come dei provvedimenti interdittivi emessi dalle Prefetture in tema di prevenzione antimafia (rif. art. 91, comma 7-bis, lett. f), del D.Lgs. n. 159/2011). Inoltre, il meccanismo dell'autocertificazione, in forza di quanto stabilito dall'art. 71 D.P.R. n. 445/00, comporta la necessità di effettuare controlli, anche a campione, sulle autocertificazioni rilasciate e in ossequio alle previsioni di apposito atto regolamentare o equipollente nel quale devono essere disciplinate le attività di controllo su un campione significativo di affidamenti diretti effettuati nell'anno solare (cfr. parere Consiglio di Stato n. 361/18).

Inoltre, tenendo conto delle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato nel predetto parere, si è stabilito che le autocertificazioni degli operatori economici siano rilasciate anche utilizzando il modello del documento di gara unico europeo, di cui all'art. 85 del Codice. Resta ferma, seppure non esplicitata nel testo delle Linee guida come suggerito dal Supremo Consesso, la possibilità - immanente al sistema - per i competenti organi della stazione appaltante di integrare le verifiche quando ritenuto opportuno, sia prima che dopo la stipula del contratto.

Attraverso il regime prefigurato al paragrafo 4.2.2, le stazioni appaltanti hanno l'opportunità, per i contratti di modesto importo (da sottoscrivere comunque nelle forme di cui all'art. 32, comma 14 del Codice), di addivenire più rapidamente alla sottoscrizione del contratto e quindi all'esecuzione delle prestazioni dedotte, potendo acquisire l'autocertificazione del fornitore e compiere poche, rapide verifiche. Salvo eventuali integrazioni, lasciate alla cura e alla responsabilità degli organi procedenti, la stazione appaltante potrà evitare, a fronte di affidamenti di modesto valore, di dovere completare l'intera gamma di verifiche relative ai requisiti di cui all'art. 80 del Codice dei contratti pubblici. Il risparmio di oneri amministrativi, per l'effetto, si somma in relazione tanto ai tempi di elaborazione delle richieste alle amministrazioni certificanti, tanto in riferimento ai riscontri attesi. Il recupero dell'esigenza di legalità si avvale, oltre che del predetto ricorso all'autocertificazione, che espone pur sempre l'operatore economico alle conseguenze rilevanti derivanti dall'eventuale, sopravvenuto accertamento della falsa dichiarazione, anche della discrezionalità della stazione appaltante, da esercitare con prudente apprezzamento, in ordine alla possibilità di attivare ulteriori verifiche. Si prevede, inoltre, a tutela della stazione appaltante, la necessità di risolvere il contratto, in applicazione di una specifica clausola risolutiva espressa, in caso di accertamento della carenza dei requisiti, con divieto di procedere al pagamento dei corrispettivi, se non nei limiti delle prestazioni già eseguite e dell'utilità conseguita.

Inoltre, sebbene non esplicitata nelle Linee guida in quanto conseguenza pacifica e doverosa del sopravvenuto accertamento del difetto, si impone in tale circostanza la segnalazione del fatto alle competenti autorità (ad es. alla Procura della Repubblica ex art. 331 c.p.p.), nonché all'ANAC. Al riguardo, si è ritenuto opportuno introdurre un regime analogo a quello disciplinato dall'art. 163 del Codice dei contratti pubblici per la somma urgenza, in cui vengono disciplinate le conseguenze relative

al riscontro postumo del mancato possesso dei requisiti. Peraltro, l'istituto del recesso è stato sostituito dalla risoluzione, che appare più conferente al caso di specie, trattandosi non tanto di una mera interruzione volontaria del rapporto, tipica del recesso *ad nutum* disciplinato dall'art. 1373 c.c., quanto del sopravvenuto accertamento di un grave inadempimento dell'appaltatore, sotto il profilo della correttezza e delle lealtà nei confronti della stazione appaltante. Inoltre, su indicazione del Consiglio di Stato (rif. parere n. 361/18), si è stabilito che, in ipotesi di riscontro accertamento del difetto dei requisiti autodichiarati, sia prevista nel contratto anche una penale, non inferiore al 10% del valore del contratto, laddove non venga richiesta (e quindi escussa) la cauzione a garanzia dell'esecuzione contrattuale.

Al di sopra della soglia dei 5.000 euro, ad avviso dell'Autorità diviene prevalente l'esigenza di legalità e di controllo rispetto all'istanza di autonomia/responsabilità della stazione appaltante. Peraltro, volendo accedere, in ossequio alla *ratio legis* e così come segnalato da molti stakeholders, all'opportunità di introdurre forme di semplificazione anche per detti affidamenti, che rappresentano pur sempre un'entità numericamente significativa, si è ritenuto di considerare, quale ulteriore soglia, la fascia di importo fino a 20.000 euro, collocata a metà strada rispetto alla soglia di legge dell'affidamento diretto e coincidente, peraltro, con la originaria soglia di cui all'art. 125 D.Lgs. n. 163/2006, prima della modifica introdotta con L. n. 106/2011.

Nello specifico, si è previsto, al paragrafo 4.2.3, di mantenere l'obbligo dei controlli sui requisiti di carattere penale, fiscale e contributivo, valutato che trattasi dei requisiti previsti dalla Direttiva 2014/24/UE come obbligatori. Anche nel sotto-soglia, i requisiti in parola sono posti a garanzia di valori ricognitivi di principi generali, da presidiare inderogabilmente. Resta inoltre come obbligatoria la consultazione del casellario ANAC, rilevante anche ai fini di prevenzione antimafia, considerato che per gli affidamenti *infra* 150.000,00 euro l'art. 83, comma 3, lett. e), del D.Lgs. n. 159/2011 (cd. testo unico delle leggi antimafia) non prevede l'acquisizione della cosiddetta documentazione antimafia, e la verifica dell'assenza di procedure concorsuali, di cui all'art. 80, comma 5, lett. b), del Codice dei contratti pubblici, utile alla tutela della stazione appaltante ed eseguibile tramite collegamento informatico. Sono state altresì riprodotte le medesime disposizioni previste per la soglia fino a 5.000 euro, in punto di acquisizione dell'autocertificazione, necessariamente nella forma del DGUE, regolazione e attivazione dei controlli, risoluzione del rapporto contrattuale per accertamento del difetto dei requisiti e ulteriori conseguenze.

Anche per gli affidamenti compresi nella soglia 5.000/20.000 euro, le stazioni appaltanti potranno quindi giovare di apprezzabili economie nello svolgimento del sub-procedimento, pur a fronte di un innalzamento dei controlli.

Per gli affidamenti di importo superiore a 20.000 euro, che peraltro rappresentano un campione numericamente meno rilevante, ad avviso dell'Autorità il crescere della spesa suggerisce di esercitare l'opzione zero circa la tematica della semplificazione dei controlli, risultando preminente l'esigenza di assicurare il massimo presidio circa l'affidabilità morale dell'operatore economico selezionato in modalità diretta.

Sono state ritenute non meritevoli di accoglimento le proposte di taluni stakeholders, soprattutto con riguardo al requisito penale (art. 80, comma 1, del Codice dei contratti pubblici), atte ad introdurre semplificazioni nel numero dei soggetti da controllare, in riferimento a quanto stabilito dall'art. 80, comma 3, del Codice dei contratti pubblici. Analogamente, non è stata valutata la possibilità di innalzare le soglie di gravità delle infrazioni di cui all'art. 80, comma 4, del Codice dei contratti pubblici, relativamente ai requisiti di regolarità fiscale e contributiva. Si ritiene, infatti, che, sarebbe *contra legem*, oltre che irragionevole, sostituirsi al legislatore nell'individuazione delle soglie di gravità, così come

anche nella valutazione circa i profili di *governance* rilevanti per l'integrazione della fattispecie escludente, a fronte di previsioni normative formulate in modo esaustivo.

Si rappresenta, altresì, che l'Autorità ha ritenuto opportuno non prevedere deroghe in tema di controlli sui requisiti, relativamente alle situazioni di urgenza, non condividendo sul punto le argomentazioni di taluni stakeholders. Si osserva, al riguardo, che l'urgenza quale presupposto per addivenire alla stipula del contratto in mancanza dei controlli di cui all'art. 80 è già compiutamente disciplinata all'art. 163 del Codice dei contratti pubblici (cosiddetta somma urgenza), sia con riguardo all'individuazione della fattispecie legittimante sia per quanto riguarda le formalità procedurali. Una difforme regolazione si sarebbe rivelata ultronea se non *inutiliter data*, in quanto in contrasto con le previsioni del Codice dei contratti pubblici, oltre che foriera di possibili abusi.

2. L'applicazione del principio di rotazione

Il decreto correttivo richiede all'ANAC di “indicare specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti”.

La rotazione faceva parte del sistema degli appalti pubblici già con il previgente Codice (D. Lgs. n. 163/2006), ed ha ricevuto particolare enfasi con il Codice del 2016. Tale crescente rilevanza è pienamente confermata dal correttivo, che lo riferisce espressamente tanto agli affidamenti quanto agli inviti.

Le implicazioni del principio sono molteplici ed evidenti; la *ratio* di fondo consiste nel contrastare, in funzione pro-concorrenziale e al contempo anti-corruttiva, il consolidamento di rendite di posizione di determinati operatori economici. Le ricadute del principio sono significative, in quanto da un lato si obbliga la stazione appaltante ad aggiornare la platea dei *competitors*, e per converso ad adottare accorgimenti gestionali atti a presidiare tale meccanismo; da un altro la libertà di iniziativa economica degli operatori economici, che abbiano ricevuto affidamenti o inviti ad una pregressa procedura selettiva, viene compressa in nome della suindicata esigenza di assicurare le competitività degli affidamenti.

L'ANAC, in forza del mandato conferito dal legislatore, è chiamata, in sostanza, a declinare detto principio e a fornire indicazioni operative a beneficio di stazioni appaltanti e operatori economici. Nel documento di consultazione l'Autorità ha evidenziato quali siano i pro e i contro delle diverse soluzioni, prospettando agli stakeholders le seguenti valutazioni:

- a) suddividere l'elenco degli operatori economici, oltre che per tipologia di affidamento, anche per fasce di importo, considerando ogni sezione come elenco a sé stante. In questo caso un operatore economico invitato per un affidamento rientrante in una determinata sezione non potrà partecipare a procedure per affidamenti relativi alla medesima sezione;
- b) adottare il principio di rotazione secondo un principio di casualità, ovvero permettendo di selezionare nuovamente un soggetto già selezionato per un precedente affidamento (eventualmente escludendo il solo affidatario). In questo modo si elimina il rischio di *moral hazard* determinato dalla consapevolezza di avere un'unica chance con una determinata stazione appaltante. Per elenchi numerosi o relativi ad affidamenti frequenti da parte della stazione appaltante non dovrebbero alterarsi significativamente le probabilità di estrazione dei singoli operatori economici;
- c) nel caso di divieto di estrarre nuovamente un soggetto già selezionato si pone il problema di quando consentire il superamento di tale divieto: man mano che si eliminano dall'elenco i

soggetti già selezionati si riduce la numerosità dello stesso, rischiando di rendere prevedibile la lista dei selezionati per determinate procedure.

Nel corso della consultazione, diversi stakeholders hanno evidenziato l'opportunità, già peraltro menzionata nel documento di consultazione, di tenere conto, nell'applicazione del principio, sia dell'oggetto dell'appalto, sia del valore degli affidamenti.

La rotazione - è stato osservato - ha, in ultima analisi, la funzione di garantire la competizione nel sistema degli appalti pubblici; occorre quindi circoscrivere i casi in cui può essere applicata, in modo oggettivo, anche per semplificare l'iter di individuazione degli operatori selezionabili. È stata vista con favore, in particolare, la prospettiva di prevedere delle fasce di valore degli affidamenti, anche per limitare il fenomeno del *moral hazard* (l'operatore economico massimizza l'unica *chance* di affidamento e, allo scopo, formula offerte super-competitive), questione che ritorna allorché si esamina la tematica del reinvito all'operatore economico affidatario, nonché al soggetto meramente invitato.

Un ulteriore aspetto palesato da alcuni stakeholders, sempre sui presupposti generali di applicabilità della rotazione, riguarda la distinzione relativa al procedimento con cui è stato selezionato l'operatore economico nel precedente affidamento. Taluno ha ritenuto che il principio non dovrebbe essere reso operativo tutte le volte in cui l'operatore sia stato selezionato, nel precedente affidamento a quello di cui trattasi, con gara (anche con procedura negoziata secondo taluni) e che pertanto la rotazione dovrebbe operare solo per gli operatori economici selezionati tramite affidamento diretto. Si afferma, infatti, che l'esigenza di evitare l'insorgere di rendite di posizione sarebbe minore laddove la selezione originaria sia avvenuta senza deroghe all'evidenza pubblica.

Più differenziate le opinioni espresse rispetto alla previsione di eventuali deroghe all'operatività del principio, con particolare riguardo al tema del reinvito e, ulteriormente, alla possibile differenziazione di regime fra affidatario uscente e invitato non affidatario.

Diversi stakeholders hanno prospettato adesione al criterio dell'estrazione casuale, che in sostanza permette di selezionare nuovamente anche soggetti già selezionati in precedenza, allo scopo di non inibire la partecipazione dell'affidatario uscente, specialmente in un contesto di competizione allargata, in cui la stazione appaltante dispone di elenchi numerosi di operatori economici selezionabili.

Alcuni stakeholders hanno palesato la necessità di applicare con rigore la rotazione, soprattutto nei confronti dell'affidatario uscente, evitando possibili giustificazioni strumentali al reinvito, e con ciò confermando la portata di stretta eccezionalità della deroga, così come indicato nelle Linee Guida pre-correttivo. Altri, viceversa, hanno sottolineato che proprio la logica pro-concorrenziale del principio dovrebbe consentire, alle stazioni appaltanti, di giustificare ampiamente il reinvito, allo scopo di non penalizzare eccessivamente l'iniziativa economica degli operatori e, anzi, favorire in tal modo la concorrenzialità nelle procedure di affidamento e, con essa, i canoni di efficienza ed economicità, specialmente con riguardo all'invitato non affidatario.

Alcuni stakeholders hanno sottolineato, comunque, l'opportunità - qualora sia ammesso il reinvito allo stesso operatore economico - di prevedere dei limiti agli affidamenti allo stesso operatore, espressi per numero di affidamenti ovvero per importi degli appalti (es. limitazione al valore complessivo affidabile nell'anno o in un periodo più lungo).

In appendice alla tematica della rotazione, la consultazione ha riguardato anche la problematica di come effettuare la selezione degli operatori economici, a seguito dell'indagine di mercato ovvero della avvenuta costituzione e consultazione degli elenchi di operatori economici.

Più in dettaglio, la questione di fondo riguarda la selezione dei concorrenti, una volta ricevute le manifestazioni di interesse nell'indagine di mercato ovvero costituiti gli elenchi, e le modalità di effettuazione del sorteggio pubblico.

Diversi stakeholders hanno espresso contrarietà al meccanismo del sorteggio, quale strumento per effettuare la scelta degli operatori, considerato non adeguato rispetto all'esigenza di professionalizzazione degli appalti e di "meritocrazia" degli operatori economici, ma anche contrario alla tutela delle PMI, comportando, in termini meramente percentuali, una scarsa possibilità di aggiudicazione dell'appalto.

Alcuni stakeholders hanno prospettato, al riguardo, di prevedere la possibilità di selezionare gli operatori applicando criteri di territorialità, sia in rapporto alla sede legale degli operatori, sia in riferimento al luogo di esecuzione dell'appalto, eventualmente anche in misura parziale (in pratica, si potrebbe riservare, anche in parte – ad es. il 50% - l'invito alle imprese con sede legale nei territori limitrofi a quelli dove si esegue l'appalto).

Con riguardo alla modalità di espletamento del sorteggio pubblico, allo scopo di assicurare l'anonimato dei soggetti selezionati (accorgimento previsto anche dalle Linee Guida pre-correttivo), uno stakeholder ha suggerito di prevedere, in sede di sorteggio pubblico, un sistema di abbinamento dell'operatore economico ad un codice non decifrabile, in ipotesi coincidente con il numero sequenziale di protocollo attribuito dalla stazione appaltante alla manifestazione di interesse. In esito all'estrazione dei codici, a cui sono stati previamente abbinati gli operatori, in sede di sorteggio pubblico si fa sottoscrivere ai soggetti presenti al sorteggio l'elenco degli abbinamenti, che si ripone in busta chiusa e sigillata, da riaprire in occasione della prima seduta pubblica.

Opzione scelta

Anche in questo caso, come nella questione precedente, l'Autorità ha ritenuto opportuno ricercare una soluzione complessiva ed equilibrata, che tenga conto di tutti gli *input* in campo e che, in definitiva, assicuri l'efficienza nella gestione dei procedimenti selettivi attraverso il bilanciamento di principi soggetti a reciproca interferenza: da un lato la concorrenzialità e la competitività del sistema (con le ricadute in tema di anticorruzione), da un altro la libertà di iniziativa economica delle imprese, saldamente ancorati ai valori costituzionali del buon andamento (art. 97 Cost.) e del diritto di iniziativa economica (art. 41 Cost.).

Il Consiglio di Stato nel parere reso sulla bozza di Linee guida aggiornate al decreto correttivo (n.361/2018) ha condiviso le argomentazioni prospettate dall'Autorità, fornendo un proficuo contributo, sia di carattere ricostruttivo dell'istituto che testuale sul contenuto delle disposizioni regolatorie.

La regolazione del principio di rotazione è stata attuata nei paragrafi 3.6 e 3.7 delle Linee Guida aggiornate, all'interno della sezione dedicata ai principi comuni delle acquisizioni sotto soglia. Si è ritenuta opportuna tale collocazione, per meglio chiarirne l'applicazione a tutte le procedure ivi contemplate, sia all'affidamento diretto che alle negoziate, tanto più che il principio opera, come detto, anche nella fase della selezione degli operatori da invitare. In particolare, il par. 3.6 è dedicato ai presupposti oggettivi di funzionamento del principio, mentre il 3.7 disciplina la deroga alla rotazione, sia per quanto concerne la posizione dell'affidatario che per quella dell'operatore invitato.

In argomento, l'Autorità ha chiarito che la rotazione:

- opera in caso di commessa precedente rientrante nel medesimo settore merceologico di quella di cui trattasi;
- opera laddove la stazione appaltante, per obbligo o per scelta, delimiti il numero di operatori economici invitati alla gara;
- può operare all'interno di fasce di valore degli affidamenti, da prevedere in apposito regolamento a cura della stazione appaltante;
- comporta la non "riutilizzabilità" del contraente uscente, salvo casi eccezionali;
- comporta la non "riutilizzabilità" dell'operatore economico invitato e non affidatario, salvo deroga motivata;
- è derogabile motivatamente per gli affidamenti *infra* 1.000 euro.

In dettaglio, nell'analisi svolta non si è potuto prescindere dal considerare che il legislatore delegato, con la modifica del primo comma dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, abbia inteso rafforzare la valenza del principio di rotazione, chiarendo che lo stesso trova applicazione sia nella fase terminale del processo (l'affidamento), sia a monte, nella fase prodromica (l'invito).

Quanto ai presupposti di carattere oggettivo, nelle Linee Guida aggiornate si è ritenuto corretto esplicitare che il principio di rotazione opera in caso di omogeneità merceologica con la commessa precedente, come diversi stakeholders hanno puntualmente evidenziato. In conformità a quanto peraltro affermato da recenti arresti giurisprudenziali (si veda ad es. la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa, n. 188 del 12 aprile 2017), si è chiarito che, per una ragione che rinviene il suo fondamento nella logica prima che nel diritto, la rotazione non può invocarsi a fronte di appalti oggettivamente diversi. Sul punto, si sottolinea che, ad avviso dell'Autorità, l'applicazione della rotazione deve scattare non solo in presenza di commesse perfettamente identiche, ma anche per appalti afferenti a settori merceologicamente "analoghi" (cfr. parere Consiglio di Stato n. 361/2018) in relazione all'oggetto (forniture, servizi e lavori).

Sempre in tema di presupposti oggettivi, in accoglimento delle indicazioni fornite dagli stakeholders, si è chiarito che la rotazione non opera in relazione ad affidamenti attivati tramite procedure ordinarie, o comunque aperte al mercato (es. indagini di mercato/consultazione di elenchi), nelle quali, per effetto della disciplina normativa e/o delle determinazioni assunte dalla stazione appaltante, manchi del tutto la limitazione del numero di operatori invitati (ad es. la stazione appaltante invita a presentare offerta tutti gli operatori che hanno manifestato interesse ad uno specifico appalto). La rotazione presuppone, in effetti, la scelta della stazione appaltante di selezionare/delimitare il numero degli operatori cui attingere per gli inviti, talché non appare invocabile nelle procedure nelle quali, per obbligo di legge o per opzione, siano invitati tutti i soggetti che ne facciano richiesta.

Al contrario, non è condivisibile l'opinione, pure esternata da taluni stakeholders, tesa a circoscrivere ulteriormente la portata del principio in relazione al procedimento di selezione degli operatori economici nell'affidamento precedente. Secondo tale prospettiva, la rotazione non si applica laddove l'affidamento diretto (o l'invito) siano rivolti ad un operatore economico selezionato, in precedenza, con procedura aperta, e finanche con procedura negoziata; la rotazione, pertanto, entrerebbe in gioco soltanto in ipotesi di precedente affidamento diretto.

Si tratta di una conclusione, ad avviso dell'Autorità, non condivisibile. Sebbene tale interpretazione sembrerebbe avvalorata da un certo indirizzo giurisprudenziale (si veda sul punto, la sentenza del Consiglio di Giustizia Amministrativa n. 188/2017, sopra citata) e dottrinale, si ritiene più coerente con l'essenza del principio ammetterne l'applicabilità anche a fronte di selezioni (a monte) rispettose dell'evidenza pubblica. D'altra parte, come ha di recente osservato il Consiglio di Stato (si veda la sentenza del Consiglio di Stato n. 4142 del 31 agosto 2017), il rischio di consolidamento di rendite di posizione, vuoi solo per ottenere proroghe, rinnovi o estensioni contrattuali, o anche - si potrebbe

aggiungere - per influenzare la predisposizione dei successivi atti di gara, è ipotizzabile pienamente anche in presenza di una selezione originaria che avvenga tramite procedura aperta.

Inoltre, sono condivisibili, secondo l'Autorità, le posizioni di quanti, fra gli stakeholders, hanno sottolineato la necessità di introdurre delle fasce parametriche ai valori di spesa. La rotazione si applicherà solo agli affidamenti, di contenuto identico o analogo, che si collocano all'interno della stessa fascia. È di immediata evidenza, infatti, che apporterebbe una eccessiva compressione al principio della libertà d'iniziativa economica la previsione di divieto del reinvito ad una gara di notevole valore (ad esempio, per un importo prossimo alla soglia comunitaria), a fronte di un affidamento (o di un mero invito) ad una precedente competizione di valore modesto, o perfino irrisorio. Sul punto, l'Autorità ha ritenuto opportuno, nelle Linee Guida, non indicare delle fasce predeterminate, allo scopo di lasciare all'autonomia e alla responsabilità delle stazioni appaltanti il compito di adottare, in apposito regolamento, la disciplina più confacente. Nondimeno, si afferma chiaramente che le fasce devono essere differenziate fra servizi/forniture e lavori e che i valori delle stesse devono essere oggetto di motivazione, per i lavori, ad esempio si potrebbe aver riguardo al sistema unico di qualificazione. Allo scopo di orientare il percorso motivazionale delle stazioni appaltanti, si potrebbe utilizzare il seguente schema (basato sulle soglie comunitarie in vigore dal 1.1.2018): per servizi e forniture: 1) fino a 5.000 euro; 2) da 5.001 euro fino a 20.000 euro; 3) da 20.001 euro fino a 39.999 euro; 4) da 40.000 euro fino a 143.999 euro; 5) da 144.000 euro fino a 220.999 euro (per le amministrazioni sub-centrali); per lavori: 1) fino a 20.000 euro; 2) da 20.001 euro a 39.999 euro; 3) da 40.000 euro a 149.999 euro; 4) da 150.000 euro fino a 309.600 (classifica I incrementata di un quinto ex art.61, co.2 D.P.R. n.207/2010); 5) da 309.601 fino a 619.200 euro (classifica II incrementata di un quinto ai sensi del D.P.R. citato); 6) da 619.201 euro fino a 999.999 euro.

Inoltre, come suggerito da qualche stakeholders, in caso di appalti con più prestazioni eterogenee (soprattutto lavori), si potrebbe tenere in considerazione la categoria della lavorazione prevalente, allo scopo di individuare in modo univoco la categoria cui fare riferimento.

Nella relativa operazione, inoltre, occorre procedere con misura, in quanto si profila un duplice rischio: se si prevedono troppe fasce, la rotazione "evapora"; qualora se ne prevedano troppo poche, si rischia di ampliarne eccessivamente la portata, fino a renderla operativa anche a fronte di appalti di valore molto differente, con conseguente compressione ingiustificata del diritto di libera iniziativa economica.

Nelle Linee Guida aggiornate, è stato previsto, in recepimento di alcune osservazioni formulate dagli stakeholders e anche in relazione alla necessità di applicare il principio di rotazione, che l'operatore economico può richiedere l'iscrizione negli elenchi costituiti per la selezione degli operatori economici ad una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie merceologiche (rif. par. 5.1.6, quinto periodo). Tale disposizione è stata ritenuta opportuna e coerente con la disciplina della rotazione, atteso che la stessa opera solo a fronte di commesse contenute nel medesimo intervallo di valore.

Altro tema, già ampiamente acquisito al dibattito e presente nella consultazione effettuata, è quello della legittimità dell'affidamento/reinvito al fornitore uscente. In proposito, non può che confermarsi l'orientamento palesato da questa Autorità nelle Linee Guida pre-correttivo, in punto di eccezionalità di tale ri-affidamento/reinvito. D'altra parte, conforme è in argomento l'orientamento del Consiglio di Stato (si vedano le Sentenze del Consiglio di Stato n. 4125 del 31 agosto 2017 e n. 4142 del 31 agosto 2017, nonché il parere del Consiglio di Stato n. 1903 del 13 settembre 2016 e il n. 361 del 12 febbraio 2018). Non appaiono dirimenti, al riguardo, le osservazioni formulate da diversi stakeholders circa la possibilità di ricorrere al metodo dell'estrazione casuale nella gestione della selezione, in quanto il tenore letterale dell'art. 36, primo comma del Codice dei contratti pubblici, come novellato dal correttivo, riferisce la rotazione alla fase dell'invito. Del resto, l'estrazione casuale avrebbe compiutamente senso solo nelle selezioni con un elevato numero di *competitors*, altrimenti diviene *in re*

ipsa il rischio di consolidamento del *favor* per il contraente uscente. Ma allora, se è elevato il numero di operatori economici candidabili, non si vede perché - salvo casi eccezionali da motivare debitamente - la stazione appaltante debba fare nuovamente riferimento, nella selezione da avviare, al fornitore precedente.

Peraltro, avuto riguardo all'interpretazione fornita dalla giurisprudenza del Consiglio di Stato e ravvisata nel contempo l'opportunità di delimitare in senso oggettivo la portata della deroga per contrastare possibili fenomeni di abuso, si è ritenuto di modificare il contenuto della disposizione che regola il tema (rif. par. 3.7 testo aggiornato), dando preminenza all'elemento della ristrettezza di operatori sul mercato, che assurge, quindi, a requisito preliminare di ammissibilità della deroga. Solo laddove sia riscontrata l'esistenza di oggettive ragioni che possano condurre a rischi di scarsa competizione, allora la stazione appaltante potrà - avendone apprezzato oltremodo le relative prestazioni - richiamare il contraente uscente. In altri termini, si è ritenuto opportuno evidenziare che l'eccezionalità va ricercata dapprima in condizioni esterne alle valutazioni della stazione appaltante, per cui la particolare vantaggiosità del ricorso alle prestazioni dell'operatore economico opera solo come condizione finale, una volta che risulti integrato il presupposto iniziale (mercato con ridotto numero di concorrenti).

Collegata alla tematica precedente è la questione se la rotazione, e quindi il tendenziale divieto di reinvio all'operatore economico, debba riguardare, con il medesimo rigore, l'operatore economico non affidatario.

Qualche stakeholder ha richiamato l'attenzione sulla possibilità che nei confronti di tali concorrenti si preveda un regime diverso. Ciò allo scopo di non penalizzare eccessivamente il mercato e la libertà di impresa, a fronte di soggetti che non hanno conseguito l'aggiudicazione e, quindi, non hanno maturato potenziali rendite di posizione nei confronti della stazione appaltante.

Al di là della espressa precisazione introdotta dal correttivo, di cui occorre senza dubbio tenere conto e che espressamente riferisce la rotazione tanto agli affidamenti quanto agli inviti, l'Autorità osserva che, astrattamente, potrebbero essere giustificabili entrambe le opzioni, di segno positivo o negativo. Da un lato, infatti, si potrebbe sostenere che, proprio in considerazione del fatto che la rotazione è in ultima analisi anche un presidio in funzione anticorruptiva, il reinvio all'operatore invitato (non affidatario) dovrebbe essere visto con minore rigore, specie nei casi in cui gli elenchi di operatori disponibili non siano particolarmente lunghi in relazione alla commessa da acquisire.

All'opposto, tuttavia, si potrebbe osservare che non sarebbe del tutto sensato penalizzare l'operatore uscente, che abbia dato dimostrazione, durante il rapporto contrattuale, di potere erogare prestazioni di ottimo livello, e dare invece una seconda *chance* a chi la gara l'abbia semplicemente persa. D'altra parte, in passato, la giurisprudenza largamente prevalente (cfr., ad esempio, la Sentenza del Tar Puglia, Lecce n. 1514/2016, la Sentenza del Consiglio di Stato n. 6139/2012 e la Sentenza del Tar Lazio, Roma n. 4063/2015) opinava per la sussistenza di una legittima aspettativa al reinvio solo a vantaggio dell'affidatario uscente, giammai del concorrente invitato.

Sulla specifica questione l'Autorità ritiene che, in applicazione di quanto espressamente disposto dal novellato art. 36, primo comma, del Codice dei contratti pubblici la rotazione deve riguardare, in linea di principio, tanto l'affidatario uscente, che il soggetto invitato. Tuttavia, come osservato da diversi stakeholders, e come notato anche dal Consiglio di Stato nel citato parere n. 782/2017, reso sullo schema di decreto correttivo, appare ragionevole differenziare il trattamento dell'invitato non affidatario, in applicazione del generale principio di proporzionalità, senza trascurare quello di iniziativa economica, consacrato nella Costituzione e nel Trattato UE. Infatti, per il soggetto non affidatario è minore il rischio di rendite di posizione o comunque di potenziali interferenze nocive, in quanto l'operatore economico, pur essendo entrato in contatto con la stazione appaltante, non ha tuttavia intrattenuto legami contrattuali e finanziari con la struttura. All'opposto, è significativo il rischio di *moral*

hazard, per cui l'operatore economico invitato, sapendo di avere solo quell'unica *chance*, potrebbe essere tentato di presentare un'offerta "eccessiva", poco seria.

Pertanto, al paragrafo 3.7 delle Linee Guida aggiornate, con riguardo all'operatore economico in precedenza invitato alla procedura e non affidatario, si è prevista la necessità di motivazione dell'affidamento/reinvito fondata sulla ragionevole aspettativa delle qualità dell'operatore. Come si noterà, manca in tale caso il requisito dell'eccezionalità, previsto per il contraente uscente, e al contempo la motivazione può risiedere in fattori interni al processo valutativo della stazione appaltante, purché supportati da idonei elementi, quali l'aspettativa circa le qualità attese della prestazione.

Ciò posto, l'Autorità ha comunque ritenuto opportuno prevedere, per gli affidamenti di più modesto importo (infra 1000 euro, pari in numero assoluto a 1,8 milioni di affidamenti) la possibilità, per le stazioni appaltanti, di derogare alla rotazione, con motivazione sintetica da esplicitare nella determina o nell'atto equivalente e, con essa, ai divieti di reinvito/riaffidamento. Si ritiene infatti che, per gli acquisti di carattere bagatellare, atti per lo più a soddisfare esigenze immediate di acquisto, specie nelle realtà di minori dimensioni, l'applicazione integrale della rotazione potrebbe penalizzare l'operatività delle strutture; si consideri, vieppiù, che per acquisti contenuti entro la predetta soglia non opera neppure l'obbligo, previsto dall'art. 1, comma 450 L. n. 296/2006 e s.m.i., di utilizzare i mercati telematici (es. MEPA). Resta, in ogni caso, come evidenziato, l'obbligo di motivare sinteticamente le ragioni che inducono la stazione appaltante a disattendere la rotazione, pur in presenza dei presupposti applicativi.

Sempre in tema di declinazione delle conseguenze applicative del principio di rotazione, una delle questioni sollevate nel dibattito pubblico ha ad oggetto l'analisi della quantità di mancati reinviati cui sottostanno, in linea di principio, gli operatori economici consultati.

Sul punto l'Autorità concorda con l'opinione espressa da alcuni stakeholders nel dibattito, secondo cui la rotazione può comportare un solo "salto" di procedura selettiva, ossia il non reinvito/ri-affidamento alla "successiva" procedura, in conformità all'orientamento ricavabile dai più recenti arresti giurisprudenziali (si veda ad esempio la Sentenza del Consiglio di Stato n. 4125/2017, cit.); una maggiore severità nei confronti dei soggetti invitati in precedenti procedure non sarebbe compatibile con i principi della libertà d'impresa, della concorrenzialità e della proporzionalità. E, d'altra parte, tale eventualità si potrebbe rivelare perfino in contrasto con il canone del buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., dal momento che si eliminerebbero dalla competizione, per un lasso di tempo non indifferente, validi operatori economici. Non sembrano meritevoli di applicazione i limiti, segnalati da alcuni stakeholders, che si potrebbero introdurre al numero di inviti, o anche al numero di affidamenti, o al valore complessivo degli affidamenti nell'unità di tempo individuata (es. un anno, in coerenza con la durata del bilancio di esercizio). Ad avviso dell'Autorità, tali limiti, oltre a rivelare l'immanente difficoltà di presidio gestionale degli stessi nelle diverse procedure, porrebbero una pesante compressione a quei generali principi sopra richiamati, che diverrebbero in tal modo recessivi di fronte alla rotazione, elevata a canone prevalente del sistema.

Pertanto, nelle Linee Guida aggiornate, al par. 3.6, allorché sono delineati i presupposti della rotazione, si fa riferimento al "precedente" affidamento/procedura selettiva, talché se ne deve dedurre che il principio di rotazione non osta a che l'operatore economico, passato un turno, possa essere rimesso in gioco.

Si è peraltro ritenuto opportuno specificare, allo scopo di contrastare prassi di abuso, all'ultimo periodo del par. 3.6, che "l'applicazione del principio di rotazione non deve essere aggirata per effetto di: arbitrari frazionamenti delle commesse o delle fasce; ingiustificate aggregazioni o strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi operatori economici; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici riconducibili a quelli per i quali opera il divieto di invito o affidamento, ad esempio

per la sussistenza dei presupposti di cui all'articolo 80, comma 5, lettera m del Codice dei contratti pubblici". Si richiama in particolare l'attenzione sulla necessità di evitare, in maniera ingiustificata, alternanza di affidamenti o inviti agli stessi operatori (ad es., si affida l'appalto X all'operatore economico Alfa, quindi si riaffida il nuovo appalto X all'operatore Beta, quindi di nuovo ad Alfa, poi a Beta, e così via). In altri termini, la circostanza che la rotazione possa comportare la perdita di un turno di competizione non può legittimare, in assenza di valide ragioni, pratiche di elusione del principio, che verrebbe piegato a sostegno di pratiche anticoncorrenziali, di privilegio a beneficio di pochi o degli stessi operatori affidatari, anziché pro-concorrenziali, di apertura al mercato.

Per quanto riguarda la tematica della selezione dei fornitori e del sorteggio, l'Autorità è dell'avviso di confermare l'impostazione delle attuali Linee Guida, che prevedono il meccanismo del sorteggio pubblico, nel caso in cui il numero dei concorrenti che ha risposto all'avviso di selezione o è presente nell'elenco sia superiore al numero di soggetti che la stazione appaltante intende invitare e non siano stati previsti "a monte" ulteriori criteri di selezione, inclusa la rotazione.

Allo scopo di prevenire eventuali sviamenti nella prassi applicativa, al par. 5.2.3, che regola la fattispecie dopo l'aggiornamento, l'espressione "può procedere" è stata sostituita con "procede", a sottolineare la doverosità del sorteggio pubblico, per realizzare la selezione degli operatori economici.

Pertanto, sono state tenute in considerazione le osservazioni formulate da diversi stakeholders, in merito al rischio che l'utilizzo indiscriminato del sorteggio, ai fini della selezione degli operatori economici, si potrebbe porre in contrasto con l'esigenza, di indubbia rilevanza, che venga premiata e valorizzata, anche alla luce del nuovo Codice dei contratti pubblici, la professionalità degli operatori economici.

Diversi stakeholders hanno, infatti, manifestato contrarietà all'attuale previsione del sorteggio, nella parte in cui finirebbe per svilire la professionalità degli operatori economici ponendosi quale unico, sostanziale criterio discrezionale per la partecipazione alle competizioni pubbliche nel sotto-soglia.

Al riguardo, l'Autorità ritiene che, in linea generale, in mancanza di strumenti allo stato praticabili quali il rating di impresa, di cui all'art.83, comma 10 del Codice dei contratti pubblici, il meccanismo del sorteggio non possa ragionevolmente essere scartato, appalesandosi comunque uno strumento oggettivo di selezione.

Nondimeno, la segnalazione degli stakeholders è meritevole di attenzione, considerate anche le indicazioni della Commissione UE sul processo di professionalizzazione degli operatori coinvolti nel processo relativo agli appalti pubblici (si veda la Raccomandazione n. 2017/1805 del 3 ottobre 2017).

Al par. 5.2.1, secondo periodo, è stata pertanto inserita la previsione secondo cui la stazione appaltante, nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco degli operatori economici, indica i criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza, fermo il numero minimo previsto dal Codice dei contratti pubblici, per la selezione dei fornitori da invitare. Qualora la stazione appaltante ritenga di non potere invitare tutti gli operatori risultanti dall'indagine ovvero dall'elenco, nell'avviso deve esplicitare il numero massimo di operatori selezionabili e i relativi criteri, nel rispetto dei principi sopra indicati, così da rendere trasparente, fin dall'origine, il procedimento di selezione, evitando possibili abusi al momento in cui sono già noti gli operatori che hanno manifestato interesse a essere selezionati.

Per coerenza con la disposizione in questione, nonché con la modifica relativa al sorteggio, al par. 5.2.3, nel primo periodo è stato precisato che l'obbligo di ricorso al sorteggio scatta quando la stazione appaltante ritenga opportuna la riduzione del numero di operatori da invitare alla gara e non abbia previsto, nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine o di costituzione dell'elenco, ulteriori criteri di selezione, in conformità a quanto previsto al paragrafo 5.2.1, secondo periodo, riformulato.

Ad avviso dell'Autorità non sono accoglibili le istanze, più volte avanzate, volte ad introdurre condizioni di partecipazione alla procedura che valorizzino l'elemento della territorialità, in quanto si tratterebbe di requisiti discriminatori, censurati dalla giurisprudenza, in assenza di motivazioni fondate su ragioni strettamente funzionali alla corretta esecuzione dell'appalto (si veda da ultimo la Sentenza del Consiglio di Stato n. 2238/2017, nonché il parere di precontenzioso n. 47 del 19 marzo 2014).

Con riferimento all'ulteriore questione della modalità con cui assicurare, in sede di sorteggio, da un lato la pubblicità delle operazioni di estrazione e, al contempo, la non conoscibilità degli operatori economici selezionati (prima della scadenza dei termini di ricezione delle offerte), si è ritenuto opportuno demandare la scelta concreta su come operare all'autonomia e alla discrezionalità delle stazioni appaltanti, astenendosi dal fornire indicazioni puntuali.

3. Inviti ed esclusione automatica delle offerte anomale

Una quarta questione sulla quale sono state sollecitate osservazioni da parte degli stakeholders riguarda la modalità di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale.

La questione non pone, in linea di principio, problemi di scelta tra opzioni alternative, in quanto la materia è già disciplinata dal Codice dei contratti pubblici, che all'art. 97, come novellato dal correttivo, prevede il sorteggio fra cinque metodi matematici di individuazione della soglia di anomalia (metodo antiturbativa). Tenuto conto dell'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali non univoche sulla modalità di individuazione delle ali da tagliare (art. 97, lett. a, b ed e), nella consultazione si è indicata l'opportunità che la stazione appaltante comunichi nella lettera di invito se l'accantonamento delle ali è limitato all'operazione di calcolo della media dei ribassi indicati nelle offerte ammesse oppure è estesa anche al calcolo dello scarto medio aritmetico (soluzione indicata costantemente dall'Autorità) e le modalità con cui individuare e trattare eventuali offerte identiche per la determinazione delle ali.

Gli stakeholders non hanno in verità dedicato grande spazio a tale approfondimento, ritenendo opportuno, in qualche caso, richiamarsi all'orientamento consolidato dell'Autorità sulla prima questione (accantonamento delle ali) e alla soluzione prospettata dalla recente Adunanza Plenaria del Consiglio n.5 del 19 settembre 2017 per la seconda (trattamento delle offerte con identico ribasso).

Opzione scelta

Il decreto correttivo prevede che l'ANAC indichi specifiche modalità di "effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale".

Come detto, l'attenzione si è concentrata, in particolare, sull'applicazione controversa del cosiddetto taglio delle ali nella gare aggiudicate con il criterio del minor prezzo, posto che l'art. 97 del Codice dei contratti pubblici indica chiaramente che il sorteggio determina la scelta fra i cinque metodi matematici previsti per la determinazione della soglia di anomalia. Qualora venissero sorteggiate le lett. a), b) oppure e), ed entrasse pertanto in gioco il meccanismo del taglio delle ali, allora è necessario, anche in considerazione della previsione introdotta dal correttivo, indicare nella lettera di invito il criterio matematico per determinare la soglia di anomalia e prevenire possibili incertezze applicative foriere di controversie.

Sul funzionamento del taglio delle ali, unico metodo applicabile nella disciplina di cui al precedente Codice dei contratti pubblici, si rinviene vasta letteratura, e copiosa giurisprudenza. Detto meccanismo richiede, in sostanza che, per determinare la soglia di anomalia delle offerte, si escludano dal computo le

offerte estreme, ossia quelle più alte e quelle più basse, nel presupposto che la media delle offerte ammesse debba essere calcolata depurando dal relativo calcolo le offerte potenzialmente “*outliers*”. La soglia di offerte da “tagliare”, in base all’attuale disciplina, varia dal 20% (lett. a) e b)) al 10% (lett. e)).

La prima questione posta all’attenzione degli stakeholders riguarda la fase successiva all’individuazione delle offerte ammesse i cui ribassi si collocano all’interno delle ali. Le alternative sono due: mantenere l’accantonamento, ai fini del calcolo dello scarto medio aritmetico, delle offerte contenute nelle ali e quindi già “tagliate”, oppure riconsiderare anche quest’ultime e quindi determinare lo scarto conteggiando anche le offerte estreme. L’Autorità ha costantemente optato per la prima soluzione (si veda, da ultimo, la delibera n. 1092 del 25 ottobre 2017).

Nelle Linee Guida aggiornate, e in particolare al paragrafo 5.2.6, lett. k, punto a), si è ritenuto opportuno fornire indicazione alla stazioni appaltante di prevedere, nella lettera di invito, l’adozione della prima impostazione ermeneutica, ritenendola preferenziale alla seconda, per le ragioni già evidenziate dall’Autorità nei precedenti atti e pareri e che, in buona sostanza, si richiamano alla necessità che, nel calcolo della soglia di anomalia, le offerte estreme non vengano in qualche modo “ripescate”. Anche il Consiglio di Stato, nel parere n. 361/2018, ha confermato la correttezza di tale assunto.

Tale valutazione trova inoltre conferma anche nella recente sentenza del Consiglio di Stato n. 4803 del 17 ottobre 2017, che ha riformato la sentenza del Tar Emilia-Romagna n. 983 del 5 dicembre 2016, con la quale si era ritenuto conforme ad un’interpretazione letterale del Codice dei contratti pubblici la previsione secondo cui il taglio delle ali vale esclusivamente per il calcolo della media dei ribassi. Ciò aveva generato dubbi interpretativi tra le stazioni appaltanti e gli operatori economici, come dimostrano le richieste di parere pervenute all’Autorità; dubbi che si ritengono definitivamente superati dalle recenti sentenze del Consiglio di Stato e pareri dell’Autorità.

La seconda questione concerne il trattamento delle offerte con identico ribasso, ai fini del calcolo della soglia di anomalia. Sul tema, relativamente però al previgente Codice, si è di recente espressa, come ricordato, l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 5/2017. In tale pronuncia, non applicabile tuttavia *ratione temporis* alle procedure di gara regolate dal D.Lgs. n. 50/2016, il Massimo Organo della Giustizia Amministrativa ha manifestato adesione alla tesi del blocco unitario, tenuto necessariamente conto di quanto disponeva l’art. 121, primo comma, del D.P.R. n.207/2010 (abrogato dall’art. 217, lett. u) del D.Lgs. n. 50/2016). In virtù della predetta disposizione, qualora sia presente un’offerta con ribasso identico a quella già accantonata in applicazione del taglio delle ali, l’accantonamento si estende anche all’offerta di identico ribasso, non ricompresa nel taglio iniziale. Secondo l’interpretazione maggioritaria in giurisprudenza e richiamata dalla citata Adunanza Plenaria, la *ratio* di fondo del trattamento unitario delle offerte con identico ribasso è quella di contrastare l’incisività delle offerte collusive che, proponendo ribassi identici, favoriscono l’alterazione della soglia di anomalia e, con essa, il regolare esito della gara.

Nella bozza di Linee Guida aggiornate (rif. par. 5.2.6, lett. k, punto b), sottoposta al parere del Consiglio di Stato, l’Autorità ha ritenuto, in linea di continuità con l’orientamento espresso in recenti atti (cfr. comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016; parere di precontenzioso di cui alla delibera n.1018 dell’11 ottobre 2017), più corretta l’opzione del trattamento differenziato.

A tale risultato si perviene osservando che:

- a) il D.Lgs. n. 50/2016 ha espressamente abrogato l’art. 121 D.P.R. n. 207/2010, e il legislatore non ha riproposto, nemmeno in sede di correttivo, una norma di analogo contenuto. Anzi, il correttivo ha innalzato al 20%, per i metodi di cui alle lett. a) e b) dell’art. 97, la soglia da applicare per il taglio delle ali;

- b) il nuovo art. 97 prevede una pluralità di metodi matematici per determinare la soglia di anomalia, da scegliere peraltro a sorteggio dopo la scadenza dei termini di presentazione delle offerte, talché è lo stesso legislatore ad avere approntato un rimedio specifico per contrastare la presentazione di offerte collusive, introducendo nuovi metodi antiturbativa, al posto dell'unico previsto in precedenza;
- c) il precedente sistema antiturbativa si è rilevato poco utile a contrastare fenomeni di manipolazione delle offerte, essendo, peraltro, facilmente aggirabile (per alterare il valore della soglia di anomalia, invece di offerte identiche si possono presentare offerte che differiscono di uno o pochi decimali);
- d) la determinazione della soglia di anomalia scaturisce da un mero procedimento matematico, predeterminato e articolato per *step* successivi allo scopo di determinare la soglia stessa; il numero delle offerte da ricomprendere nel taglio deriva dall'applicazione di una percentuale prestabilita dall'art. 97, da applicare in relazione al numero di offerte ammesse, che individua esattamente quante sono le offerte da scartare per il calcolo dell'anomalia. L'utilizzo del criterio cosiddetto del blocco unitario determinerebbe, pertanto, l'ampliamento del numero assoluto delle offerte assoggettate al taglio delle ali, oltre le soglie previste dal Codice dei contratti pubblici, con il rischio peraltro di ridurre sensibilmente il numero di offerte su cui calcolare la soglia di anomalia (specie nel caso di un numero ridotto di offerte ammesse) e di rendere al limite impossibile lo stesso procedimento di determinazione della stessa.

In merito, il Consiglio di Stato ha espresso parere (n.361/2018) contrario alla posizione sostenuta dall'Autorità.

Ad avviso del Supremo Consesso, sebbene il nuovo Codice non fornisca una soluzione al tema emarginato, non v'è ragione per discostarsi, anche con riguardo allo *ius superveniens*, dal principio individuato dall'Adunanza Plenaria n. 5 del 19 settembre 2017, secondo cui *“le offerte di identico ammontare debbono essere accantonate sia nel caso in cui si collochino al margine delle ali, sia nel caso in cui si collochino all'interno di esse”*. Secondo la Commissione Speciale, la *ratio* antiturbativa individuata dalla Plenaria merita di essere mantenuta anche nel nuovo contesto normativo.

Al riguardo, tenendo in considerazione la posizione del Consiglio di Stato e la rilevanza della questione, l'Autorità ritiene opportuno che la stazione appaltante indichi, nella lettera di invito, che nella determinazione della soglia di anomalia le offerte con identico ribasso verranno considerate in termini unitari, ossia come se fossero un'offerta unica. Si è pertanto modificato il corrispondente punto c) del par. 5.2.6, lett. k delle Linee guida, prevedendo che la stazione appaltante stabilisca, necessariamente, il criterio di trattamento delle offerte con identico ribasso secondo la predetta logica unitaria.

Sempre in tema di offerte anomale, si è inserito, al punto b del citato par. 5.2.6, lett. k, un ulteriore contenuto della lettera di invito, allo scopo di supportare la stazione appaltante nella gestione dei procedimenti selettivi sottosoglia al minor prezzo, circa il comportamento che la stazione appaltante adotterà in ipotesi di sorteggio del metodo previsto dalla lett. b dell'art. 97, comma 2, del Codice (taglio delle ali, somma dei ribassi ed eventuale decurtazione della media).

Nello specifico, si chiarisce, in linea di continuità con la chiave di lettura prospettata dall'Autorità (ante correttivo ma valida a maggior ragione post correttivo) nel Comunicato del Presidente del 5 ottobre 2016 e avallata dal Consiglio di Stato nella sentenza n. 435 del 23 gennaio 2018, che una volta operato il così detto taglio delle ali, occorre sommare i ribassi percentuali delle offerte residue e, calcolata la media aritmetica degli stessi, applicare l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi.

Allo scopo di fornire ulteriori indicazioni alle stazioni appaltanti, si evidenzia l'inserimento del punto d) al par. 5.2.6, lett. k, prevedendo che la lettera di invito debba specificare, a prescindere dal metodo

sorteggiato, il numero di decimali da considerare, per il ribasso offerto, ai fini del calcolo dell'anomalia. Si tratta, infatti, di un'indicazione necessaria per effettuare il calcolo e per evitare che si trattino in modo differenziato nel procedimento di esclusione, dopo il calcolo della soglia, offerte che differiscono al quarto o quinto decimale.

Sempre con riguardo all'opzione di esclusione automatica delle offerte anomale nelle gare aggiudicate con il criterio del minor prezzo, in conformità con quanto osservato dal Consiglio di Stato nel summenzionato parere n. 782/2017, al par. 5.2.1 è stato precisato che, in sede di valutazione sul numero di operatori economici da invitare al procedimento selettivo, occorra altresì tenere conto dell'eventuale opzione, da indicare nella lettera di invito, di esclusione automatica delle offerte anomale, in conformità a quanto previsto dall'art. 97, comma 8, del Codice dei contratti pubblici. Laddove pertanto la stazione appaltante stabilisca di escludere automaticamente le offerte anormalmente basse, è opportuno estendere l'invito ad un numero di operatori economici congruamente al di sopra del numero minimo stabilito (dieci) perché detto meccanismo possa validamente funzionare.

VI. Modifiche imposte dal decreto correttivo

Nella Linee Guida aggiornate sono state recepite le ulteriori modifiche imposte dal decreto correttivo.

Di seguito si espongono le novità, con i relativi riferimenti all'interno del testo.

Valore stimato dell'appalto

Si è ritenuto opportuno inserire un nuovo paragrafo sul valore stimato dell'appalto (par. n. 2), funzionale a richiamare le stazioni appaltanti in ordine alla necessità di determinare correttamente l'entità delle procedure, con particolare riguardo al caso di ripartizione in lotti (par. 2.1), nonché con riguardo alle opere di urbanizzazione a scomputo (par. 2.2).

In riferimento a tali categorie di opere, il richiamo alla necessità di applicare la disciplina di cui all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici appare opportuno anche alla luce della procedura EU Pilot n. 7994/2015/GROW, nella quale la Commissione Europea ha sollevato obiezioni sul previgente quadro normativo, nella parte in cui l'art. 16 comma 2 bis del testo unico dell'edilizia (D.P.R. n. 380/2001) non contemplava la necessità di tenere conto, nella realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo, tanto primaria quanto secondaria, del valore complessivo delle opere in conformità ai criteri indicati dall'art. 35 del Codice dei contratti pubblici, in presunta violazione della direttiva 2014/24/UE (art. 5, par. 8), richiedendo una modifica sul punto e il superamento delle indicazioni fornite dall'Autorità nella deliberazione n. 46/2012.

Il decreto correttivo è intervenuto, come noto, anche su tale aspetto, stabilendo espressamente, all'art. 36, quarto comma del Codice dei contratti pubblici, la necessità di osservare i criteri di cui all'art. 35, comma 9.

Sul punto, il Consiglio di Stato nel parere n.361/2018 ha rilevato che il tenore letterale della disposizione introdotta nella bozza di Linea guida dall'Autorità al par.2.2, secondo periodo (*“La previsione contenuta nell'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. n. 380/2001 deve essere interpretata con riferimento alla disciplina delle procedure di gara contenuta nel D.Lgs. n. 50/2016, trovando applicazione l'art. 5, paragrafo 8, della Direttiva 2014/24/UE e le norme di cui all'art. 35, D.Lgs. n. 50/2016”*) potrebbe ingenerare confusione, atteso che la norma in questione ha un'eccezionale portata derogatoria dei principi generali e, soprattutto, consente di scorporare il relativo valore dal resto delle opere appaltate (non primarie o primarie non funzionali).

Al riguardo, tenuto conto della posizione espressa dal Supremo Consesso, la disposizione in questione (par. 2.2, secondo periodo) è stata riformulata recependone le indicazioni testuali, atte a richiamare l'attenzione sulla necessità di considerare, ai fini del valore dell'appalto il combinato disposto di cui all'art. 5, paragrafo 8 della Direttiva 2014/24/UE e all'art. 35 del Codice (come richiamato dall'art. 36, comma 4, del Codice novellato). Inoltre, il perimetro applicativo recato dall'art. 16, comma 2-bis D.P.R. n.380/2001 per le opere di urbanizzazione primaria di cui all'art.16 co.7 t.u. edilizia (opere di urbanizzazione primaria cd. funzionali) è stato delimitato, nella sua eccezionalità, e chiarito il relativo regime ai fini dell'affidamento.

Principi comuni

Al par. 3.1 (ex par. 2.1) è stato aggiunto il richiamo agli ulteriori principi individuati dal correttivo (sostenibilità energetica e ambientale e prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse, di cui agli artt. 34 e 42 del Codice dei contratti pubblici), oltre alla possibilità di applicazione delle clausole sociali di cui all'art. 50 del Codice dei contratti pubblici. Al par. 3.2, lett. i), relativo al principio della rotazione, è stato aggiunto l'inciso “degli inviti e degli affidamenti”. Anche nel paragrafo 3.2 (ex 2.2), per coerenza sono state aggiunte le lett. j) e k), con le declinatorie dei principi di sostenibilità energetica e ambientale, e risoluzione dei conflitti di interesse.

In argomento, il Consiglio di Stato, nel parere n. 361/2018, ha suggerito di fornire indicazioni, anche di massima, a beneficio delle stazioni appaltanti.

Al riguardo, l'Autorità ha ritenuto opportuno inserire:

- al par.3.2, lett j, laddove si fa riferimento ai decreti del Ministero dell'Ambiente sui criteri ambientali minimi, l'inciso “*tenendo conto di eventuali aggiornamenti*”;
- al par.3.2, lett.k, laddove si stabilisce l'obbligo di adottare modelli organizzativi improntati alla prevenzione ed alla risoluzione dei conflitti di interesse, quali fattori che indubbiamente incidono nella possibile insorgenza di fenomeni corruttivi, l'inciso “*nel rispetto della normativa vigente e in modo coerente con le previsioni del Piano Nazionale Anticorruzione elaborato dall'ANAC, unitamente ai relativi aggiornamenti, e dei Piani Triennali per la prevenzione della corruzione e della trasparenza*”.

In tal modo, si introduce in via generale nella Linee guida sul sottosoglia, nelle quali l'esperibilità delle procedure negoziate aumenta oggettivamente i rischi di conflitti di interesse e di patologie nel procedimento selettivo e nell'esecuzione, un collegamento diretto e mobile fra la regolazione sulla contrattualistica e gli strumenti di prevenzione previsti dalla L. n. 190/2012, come modificata dal D.Lgs. n. 97/2016.

Con riguardo al tema delle clausole sociali, si reputa maggiormente confacente recepire le indicazioni del Consiglio di Stato in apposito atto regolatorio, che affronti, nello specifico, la tematica delle clausole sociali, atteso che nel sottosoglia l'applicazione dell'art. 50 è meramente facoltativa e che dette clausole rivestono particolare rilievo nelle gare aventi ad oggetto i servizi cd. *labour intensive*, in cui cioè prevalgono i costi della manodopera. Al par. 3.1, ultimo periodo, è stato pertanto aggiunto l'ulteriore, seguente inciso: “*tenendo conto anche delle indicazioni che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio*”.

Il par. 3.5 (ex par. 2.5) è stato modificato, prevedendosi il rinvio all'art. 95, co.4 del Codice dei contratti pubblici, per le condizioni di applicabilità del criterio del minor prezzo.

Affidamento diretto

Al par. 4.1 (ex par. 3.1), relativo all'affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia di 40.000,00 euro, e in particolare con riguardo all'affidamento diretto, è stato eliminato l'inciso "adeguatamente motivato". Al par. 4.1.3 (ex par. 3.1.3), è stata inserita la previsione generale, introdotta dall'art. 32, secondo comma, secondo periodo, del Codice novellato, della determina o atto equivalente in modo semplificato.

Criteri di selezione, scelta del contraente e obbligo di motivazione

Al par. 4.3.1 (ex par. 3.3.1), in conseguenza dell'eliminazione, ad opera del decreto correttivo, dell'inciso "adeguatamente motivato" è stato eliminato l'avverbio "adeguatamente" anche dalla motivazione sulla scelta dell'affidatario ed è stata disciplinata, in caso di affidamento diretto, la procedura da seguire per la scelta dell'affidatario, sotto il profilo della verifica della congruità dei prezzi. Si è ritenuto opportuno fornire indicazione nel senso che la congruità possa essere desunta anche dalla comparazione con listini di mercato, offerte precedenti, anche acquisite da altre amministrazioni e che, in ogni caso, l'acquisizione di più preventivi costituisce *best practice* ai sensi del principio di concorrenza.

Al par. 4.3.2 (ex par. 3.3.4), disciplinante la possibilità della motivazione sintetica per affidamenti di modico valore (infra 1.000 euro) o disposti in applicazione del regolamento interno, è stato aggiunto l'inciso "della scelta dell'affidatario diretto, anche richiamando il regolamento stesso nella determina ovvero nell'atto equivalente redatti in modo semplificato", allo scopo di coordinare la previsione con la possibilità della redazione in forma semplificata, prevista dall'art. 32, comma 2, secondo periodo, del Codice novellato.

Al par. 4.3.3 si è data evidenza della possibilità, introdotta dal correttivo, di non chiedere la garanzia provvisoria e anche quella definitiva, sussistendo le condizioni di cui all'art. 103 comma 11 del Codice dei contratti pubblici.

Il confronto competitivo

Nel par. 5.2.1 (ex par. 4.2.1) è stato fatto rinvio all'art. 36, comma 2, lett. b) del Codice dei contratti pubblici, con riguardo al numero minimo di operatori economici da invitare alle procedure negoziate.

Nel par. 5.2.8 (ex par. 4.2.8) è stato disciplinato il controllo sull'aggiudicatario nelle procedure negoziate, con rinvio all'art. 36, comma 5, del Codice dei contratti pubblici, novellato specificamente dal correttivo.

Procedura negoziata per lavori pari o superiori a 150.000 euro e inferiori a 1.000.000 di euro

Ai par. 6.1 e 6.2 (ex par. 5.1, 5.2) le disposizioni sono state adeguate, anche stilisticamente, alla previsione del correttivo, che ha elevato a quindici il numero minimo di operatori economici da invitare ed ha sostituito con il riferimento alla procedura negoziata il precedente, erroneo rinvio alla procedura prevista all'art. 63, comma 6 del Codice dei contratti pubblici (negoziata senza bando).

VII. Ulteriori modifiche

Al par. 5.1.1 (ex par. 4.1.1), nel primo periodo l'inciso "in via preliminare, si indica l'opportunità che le amministrazioni si dotino" è stato sostituito con "le amministrazioni si possono dotare", più confacente al tenore delle Linee guida. Inoltre, alla lett. b) dopo la parola "costituzione" è stata aggiunta, su condivisibile suggerimento di uno stakeholder, l'inciso "e revisione", per rendere omogenea la disposizione sul regolamento disciplinante la costituzione degli elenchi a quanto previsto dal par. 5.1.9, relativo alla procedura di revisione degli stessi.

Al par. 5.1.2 (ex par. 4.1.2), tenendo conto di una condivisibile osservazione avanzata da uno stakeholder, è stato riformulato il primo periodo, chiarendo che “l’indagine di mercato è preordinata a conoscere gli operatori interessati a partecipare alle procedure di selezione per lo specifico affidamento”. La precedente formulazione del periodo, nel fare riferimento all’assetto del mercato, poteva ingenerare confusione tra l’indagine di mercato, propriamente intesa, e il diverso istituto della consultazione preliminare di mercato, di cui all’art. 66 del Codice dei contratti pubblici. Per coerenza con tale modifica, è stato soppresso l’ultimo periodo del paragrafo in questione, che disciplinava l’obbligo del responsabile del procedimento di non rivelare le informazioni ricevute dagli operatori consultati, in quanto tale espressione presentava il medesimo difetto. Analogamente, l’aggettivo “esplorativa” è stato eliminato al par. 5.2.3, in riferimento all’indagine (di mercato).

Al par. 5.1.5 (ex par. 4.15) è stato soppresso l’ultimo periodo, relativo alla possibilità di prevedere il meccanismo del sorteggio, in quanto trattasi di previsione già contenuta nel par. 5.2.3 (ex par. 4.2.3).

Al par. 5.1.7 (ex par.4.1.7), in riferimento all’iscrizione negli elenchi e in accoglimento di osservazioni formulate nella consultazione pubblica, è stata modificata la regolazione relativa al termine assegnato alla stazione appaltante per statuire sulle istanze di iscrizione. Si è lasciato inalterato il termine dei trenta giorni, ma è stata introdotta la possibilità di applicare un termine superiore, fino a novanta (arg. ex art. 2, co.3, L.n.241/90), in funzione della numerosità delle istanze pervenute.

Al par. 5.2.4 (ex par. 4.2.4) il periodo è stato interamente riformulato. La precedente versione si riferiva alla possibilità, per la stazione appaltante, di invitare il numero di operatori più confacente alle proprie esigenze, purché superiore al minimo stabilito dal Codice dei contratti pubblici, concetto già espresso nel par. 5.2.1 (ex par. 4.2.1). Nella nuova stesura, è stato previsto che la stazione appaltante, nella determina o nell’atto equivalente, indica il procedimento applicato per la selezione dei fornitori, allo scopo di dare evidenza del metodo seguito per individuare gli operatori invitati alla gara.

Al par. 5.2.6 (ex par. 4.2.6), la lett. l), relativa al criterio di aggiudicazione del minor prezzo, è stata sostituita e ricompresa nel contenuto della lett. e) del medesimo paragrafo, che disciplina lo stesso argomento. Sempre in riferimento al par. 5.2.6 è stata aggiunta, per ragioni di opportunità, la lett. m, disciplinante la prima seduta pubblica di apertura dei plichi generali e delle buste contenenti la documentazione amministrativa, non contemplata nella versione delle Linee guida ante-correttivo.

Sono state altresì apportate ulteriori variazioni, di carattere eminentemente stilistico, ovvero di correzione di meri errori materiali, di cui si dà breve cenno.

Nelle premesse è stato inserito il riferimento generale al D.Lgs. n. 56/2017 (decreto correttivo), con una sintetica esposizione dei nuovi compiti cui è chiamata specificamente l’ANAC nelle Linee guida in parola. Inoltre, il riferimento testuale al d.lgs. n. 50/2016 è stato sostituito con quello di “Codice dei contratti pubblici” proprio in esito alla nomenclatura introdotta dal correttivo stesso.

Al par. 1.4 è stata inserita la chiosa parentesi, non inserita in precedenza per errore materiale.

Al par. 3.2 (ex par. 2.2), alla lett. j) si è aggiunto, dopo la parola rotazione, l’inciso “degli inviti e degli affidamenti”, per coerenza con la modifica introdotta dal correttivo relativamente al principio di rotazione.

Al par. 4.1 (ex par.3.1), disciplinante i presupposti per l’affidamento diretto, nel riferimento alla previsione del Codice dei contratti pubblici, è stata inserita la lett. a) dell’art. 36, secondo comma, che regola espressamente tale modalità selettiva.

Al par. 4.2.1 (ex par. 3.2.1) il riferimento testuale al D.lgs.n.50/2016 è stato sostituito dalla parola “Codice dei contratti pubblici” e, alla lettera c), l’espressione corretta “stabilite” ha sostituito la precedente “stabilito”.

Al par.5 (ex par.4), nel titolo della sezione, si è corretto l’errore materiale, inserendo l’espressione “pari o superiore”, dopo “l’affidamento di contratti di servizi e forniture di importo...”.

Al par. 5.2 (ex par. 4.2), l’espressione “punto 4.1.2” è stata sostituita da “paragrafo 5.1.2”, più coerente con la struttura delle Linee guida.

Al par. 5.1.1 (ex par. 4.1.1), l’espressione “fornitori” è stata sostituita da “operatori economici”, più aderente alla nomenclatura utilizzata dal Codice dei contratti pubblici.

Al par. 5.1.5 (ex par. 4.1.5), dopo la parola “avviso” è stato aggiunto l’inciso “di avvio dell’indagine di mercato”, per meglio fare comprendere il riferimento all’indagine di mercato.

Al par. 5.1.6 (ex par. 4.1.6), per ragioni analoghe a quelle di cui sopra, al terzo periodo dopo la parola “avviso” è stato aggiunto, l’inciso “di costituzione di un elenco di operatori economici”. Inoltre, al quarto periodo, alla parola “l’avviso” è stata aggiunta l’espressione “il predetto” ed è stata altresì eliminata la specificazione “di moralità”, in quanto assorbita dal riferimento ai requisiti “di carattere generale” ex art. 80. Inoltre, è stata eliminata la parola “eventuali”, riferita alle categorie in cui è suddiviso l’elenco degli operatori economici, per coerenza con quanto previsto dal par. 3.6 circa l’applicazione della rotazione.

Analogamente, per la stessa ragione, al par. 5.1.1 (ex par. 4.1.1.), alla lett. b) è stata eliminata la parola “eventuali”.