

Linee guida per il sotto-soglia: le novità dello schema di adeguamento

S. Usai (La Gazzetta degli Enti Locali 19/9/2017)

Le proposte di adeguamento delle [linee guida n. 4/2016](#) in tema di acquisizioni nel sotto-soglia comunitario predisposte dall'ANAC, presentano significative modifiche e "denunciano" – forse per la prima volta – le enormi difficoltà nell'esplicazione pratica di alcuni "vincoli" imposti dal nuovo codice dei contratti, dovuti anche alle sottolineature della stessa autorità anticorruzione.

Questa considerazione appare scontata con riferimento alla rotazione, soprattutto se si considera che in tema di pregresso codice e di cottimo fiduciario ed affidamento diretto in economia, pur nella necessità di rispettare il principio (come precisava l'[articolo 125 del decreto legislativo 163/2006](#)), la problematica non risultava così "esasperata".

Da notare, inoltre, che le linee guida in argomento – ritenute non vincolanti dal Consiglio di Stato ([parere n. 1903/2016](#)) - in fin dei conti, propongono dei modelli virtuosi ma, sia consentito, incompleti proprio per la non sufficiente chiarezza o definitiva presa di posizione su alcuni aspetti cruciali dei micro procedimenti.

La rotazione è già un problema irrisolvibile?

È singolare che quasi due pagine dello schema vengano dedicata alla questione della rotazione, su cui si "sollecitano" interventi funzionali ad una soluzione che sappia stemperare le implicazioni negative dell'applicazione pratica

L'autorità confessa che si tratta di aspetto "*che merita uno specifico approfondimento*" sollevando problemi ed ipotizzando soluzioni.

In particolare, si legge nel documento come non debba essere sottovalutata la constatazione che l'esclusione dalla possibilità di partecipare ad una procedura negoziata o, al limite, ad un affidamento diretto da parte del pregresso affidatario, "*potrebbe essere controproducente per la stazione appaltante, che potrebbe vedersi privata della possibilità di ricorrere alle prestazioni di un operatore economico che si è comportato in modo corretto ed efficiente*".

Non solo, ulteriore questione è che l'operatore economico, "*consapevole in partenza*" di non poter aspirare né ad una riconferma e neppure ad un invito al successivo procedimento avrebbe "*minori incentivi a un comportamento corretto (!)*", pur vero che i RUP – si legge ancora - devono comunque evitare la costituzione di rendite di posizione.

Il rilievo sulla possibilità che il comportamento dell'affidatario possa essere non "adeguato" per effetto della rotazione sembra, forse, eccessivo o comunque la questione potrebbe essere risolta chiarendo una volta per tutte che la rotazione riguarda solo il caso dell'affidamento diretto – sia consentito – "puro" ovvero **senza la minima considerazione del mercato**. Sull'esecuzione poi dovrà controllare il RUP o il direttore dell'esecuzione.

Altre implicazioni negative dall'applicazione *ortodossa* della rotazione si rinvencono nella questione degli inviti.

Secondo l'ANAC "*l'esclusione da successivi inviti o dalla possibilità di un affidamento diretto di un soggetto non aggiudicatario di una precedente gara (...) rischia di penalizzare fortemente le imprese*".

Non solo, le imprese "*sapendo di giocare l'unica chance (almeno per un certo periodo di tempo) di potersi aggiudicare un contratto con una determinata stazione appaltante*" potrebbero essere indotte "*a formulare offerte molto competitive, con il rischio di non poter assicurare in fase di esecuzione contrattuale quanto offerto in sede di gara (offerte anomale)*".

Inoltre, una clausola che non consente l'immediata riconsiderazione di imprese già invitate, "*specie nel caso di elenchi non molto lunghi*" presenta l'inconveniente concreto di rendere facilmente "*prevedibile il nominativo degli operatori economici da invitare nelle successive procedure, con rischi per la concorrenza in gara*".

È chiaro però, anche in questa circostanza, che il reiterare gli inviti produce l'effetto negativo – i benefici di rendita di posizione – che la norma tende ad evitare.

Le soluzioni prospettate

Alla luce di quanto, con la consultazione sono stati richiesti dei "suggerimenti", come detto, funzionali ad attenuare le implicazioni negative del principio di rotazione. E l'ANAC propone, in particolare:

- di valutare la possibilità di "*di 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*";
- di considerare che il principio di rotazione potrebbe essere adottato secondo "*un principio di casualità*" per permettere la possibilità "*di selezionare nuovamente un soggetto già selezionato per un precedente affidamento (eventualmente escludendo il solo affidatario)*". In questo modo, si legge nello schema, si eliminerebbe il "*rischio di moral hazard determinato dalla consapevolezza di avere un'unica chance con una determinata stazione appaltante*".

La seconda soluzione potrebbe ritenersi quella più immediata e definitiva. In attesa dei chiarimenti occorrerà rifarsi a quanto sta emergendo in giurisprudenza ed alle indicazioni nelle linee guida in vigore che devono essere intese in senso molto rigoroso.

Una ulteriore ipotesi – che esige però il ritocco della norma - è quella di limitare la rotazione solo all'affidatario (e non anche ai soggetti invitati) che abbia ottenuto l'appalto con una procedura in deroga come sta emergendo dalla recente giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Le principali modifiche

Al netto di quanto evidenziato, lo schema si arricchisce di una sezione inedita relativa al "**valore stimato dell'appalto**" assente nel testo in vigore.

Con la sezione, l'ANAC ribadisce concetti già noti ed in particolare che il "**valore stimato dell'appalto è calcolato in osservanza dei criteri fissati all'art. 35 del Codice dei contratti pubblici. Al fine di evitare un artificioso frazionamento dell'appalto, volto a eludere la disciplina comunitaria, le stazioni appaltanti devono prestare attenzione alla corretta definizione del proprio fabbisogno in relazione all'oggetto degli appalti, specialmente nei casi di ripartizione in lotti, contestuali o successivi, o di ripetizione dell'affidamento nel tempo**"; inoltre si puntualizza che "*per le opere di urbanizzazione a scompuo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire. La previsione contenuta nell'art. 186, comma 2 bis, d.P.R. 380/2001 deve essere interpretata con riferimento alla disciplina delle procedure di gara contenuta nel d.lgs. 50/2016, trovando applicazione l'art. 5, paragrafo 8, della Direttiva 2014/24/UE e le norme di cui all'art. 35, d.lgs. 50/2016*".

I nuovi principi

La maggior parte delle modifiche, evidentemente, si sostanziano in adeguamenti formali dovuti alle correzioni apportate dal [decreto legislativo correttivo n. 56/2017](#).

Una prima implementazione attiene ai principi applicabili al procedimento semplificato. Sotto, come di consueto si riportano i testi (delle linee guida in vigore e della modifica proposta).

Linee Guida n. 4/2016	Adeguamento previsto nello schema – in grassetto le novità
<p>2.1 L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 d.lgs. 50/2016, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dall'art. 30, comma 1, d.lgs. 50/2016 e, in particolare nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, nonché del principio di rotazione.</p>	<p>3.1 L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture secondo le procedure semplificate di cui all'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, ivi compreso l'affidamento diretto, avvengono nel rispetto dei principi enunciati dagli artt. 30, comma 1, (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione), 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse) del Codice dei contratti pubblici. Le stazioni appaltanti possono applicare altresì le disposizioni di cui all'art. 50 del Codice dei contratti pubblici sulle clausole sociali.</p>

Da notare, ma è solo una considerazione banale, che nelle linee guida attuali il riferimento alla rotazione è preceduto dall'inciso "*nonché del principio (...)*", nello schema il periodo è stato cancellato.

Ulteriore adeguamento attiene alla circostanza che le stazioni appaltanti devono espletare i procedimenti semplificati in aderenza, ora, anche:

“j) ai criteri di sostenibilità ambientale e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottate con decreto del Ministro dell'ambiente e della tutela del territorio e del mare;

k) al principio di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interessi, l'adozione di adeguate misure di prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse sia nella fase di svolgimento della procedura di gara che nella fase di esecuzione del contratto, assicurando altresì una idonea vigilanza sulle misure adottate”.

Due nuovi riferimenti, pertanto, dovuti alle modifiche apportate con il correttivo.

Il criterio del minor prezzo

Come si può notare dal prospetto sotto riportato, risulta semplificato il richiamo relativo alla possibilità prevista dalla norma di utilizzare il criterio del minor prezzo per gli appalti sotto ed ultra sotto soglia (per i lavori ora fino ai 2 milioni fermo restando che pari o sopra il milione la stazione appaltante deve utilizzare una procedura ordinaria).

Linee Guida n. 4/2016	Adeguamento previsto nello schema
2.5 Gli affidamenti di servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 del Codice ed i lavori di importo pari o inferiore a 1.000.000 di euro possono essere aggiudicati, ai sensi dell'art. 95, comma 4, del Codice, con il criterio del minor prezzo, purché ricorrano le condizioni ivi disposte, (si vedano anche le Linee guida n. 2 in materia di “Offerta economicamente più vantaggiosa”).	3.5 Qualora ricorrano le condizioni di cui all'art. 95, comma 4 del Codice dei contratti pubblici, gli affidamenti possono essere aggiudicati con il criterio del minor prezzo (si vedano anche le Linee guida n. 2 in materia di “Offerta economicamente più vantaggiosa”).

Gli affidamenti nell'ambito dei 40mila euro

Lo schema ritorna sulla questione della “determinazione semplificata” nel caso dell'affidamento diretto che il legislatore ora ha espressamente previsto nel secondo comma dell'articolo 32 del codice.

Nello schema, però, viene espunto il riferimento agli acquisti di modico valore che, ed è difficile pensare diversamente, si può tranquillamente supporre che vengano affidati direttamente, salvo voler immaginare delle situazioni eccessivamente burocratizzate.

Linee Guida n. 4/2016 – parte barrata espunta -	Adeguamento previsto nello schema
3.1.3 In determinate situazioni, come nel caso dell'ordine diretto di acquisto sul mercato elettronico o di acquisti di modico valore per i quali sono certi il nominativo del fornitore e l'importo della fornitura, si può procedere a una determina a contrarre o atto equivalente che contenga, in modo semplificato, l'oggetto dell'affidamento, l'importo, il fornitore, le ragioni della scelta e il possesso dei requisiti di carattere generale.	4.1.3 Nel caso di affidamento diretto si può altresì procedere tramite determina a contrarre o atto equivalente in modo semplificato, ai sensi dell'art. 32, comma 2 del Codice dei contratti pubblici.

Appare singolare, a sommosso avviso, la mancata constatazione – oltre alle problematiche di tipo contabile di cui tanto si è detto – che la determina a contrattare, nell'affidamento diretto, altro non è che una determina di “aggiudicazione” (di affidamento appunto). E quindi si pone non come atto che inizia il procedimento ma come atto che lo conclude (in questo caso sintetizza - o dovrebbe sintetizzare – sia l'avvio che la conclusione).

Le problematiche della motivazione

Una considerazione a parte merita la questione della motivazione. Lo schema, evidentemente, riproduce in primo luogo il riferimento alla motivazione ribadendo che il RUP deve dare “*dettagliatamente conto*” anche del rispetto del principio di rotazione.

Ulteriore questione è quella dei preventivi ora, anch'esso aspetto enfatizzato tanto da renderlo irrisolvibile, superato con il decreto correttivo.

Il riferimento al confronto rimane aspetto insuperabile anche e nella nuova formulazione, come si vede dal prospetto sotto riportato; **sparisce l'inciso “valutazione comparativa” per far posto al “confronto” che, fermo restando che si tratta della stessa cosa, sembra alludere o sottendere una approccio meno formalistico ma in realtà la sostanza non muta.**

È importante piuttosto, e sembra una costante delle linee guida, rilevare come non venga presa una scelta perentoria (e forse avventata) come invece avviene nel codice dei contratti in cui si afferma – in modo davvero discutibile visto che si tratta di una norma - che l'affidamento può avvenire anche “*senza previa consultazione di due o più operatori economici*”.

Da un punto di vista formale non si può non evidenziare che la norma sembra ammettere un approccio che invece le linee guida neppure sfiorano esigendo comunque, ovviamente, la motivazione ed indicando in che modo, fisiologico, a questa si possa arrivare.

Sotto si riportano i passi a confronto.

Linee Guida n. 4/2016 – parte barrata espunta -	Adeguamento previsto nello schema
3.3.3 L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento e al rispetto dei principi di concorrenza può essere soddisfatto mediante la valutazione comparativa dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.	4.3.3 L'onere motivazionale relativo all'economicità dell'affidamento può essere soddisfatto, ad esempio, mediante un confronto con la spesa per precedenti affidamenti o con il corrispettivo riconosciuto da altre amministrazioni per affidamenti analoghi o, se ritenuto opportuno, mediante il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici, la quale rappresenta una best practice anche alla luce del principio di concorrenza.

I micro affidamenti

Rimane ferma anche nello schema la possibilità di esprimere una motivazione semplificata per i micro acquisti o per gli affidamenti effettuati nel rispetto di regolamenti interni (!).

La previsione dello schema di linee guida sottolinea che “*per affidamenti di modico valore, ad esempio inferiori a 1.000 euro, o per affidamenti effettuati nel rispetto di apposito regolamento (ad esempio regolamento di contabilità) già adottato dalla stazione appaltante, che tiene conto dei principi comunitari e nazionali in materia di affidamento di contratti pubblici, la motivazione può essere espressa in forma sintetica*”.

Nel caso, quindi, in cui l'acquisto diretto sia previsto nel regolamento la motivazione potrebbe avvenire *per relationem*? E' singolare in quanto poi si prevede che, in ogni caso, l'acquisto anche minimo deve rispettare i principi, anche, comunitari.

Si adegua, inciso nuovo dello schema, la questione dell'affidamento diretto con la possibilità del RUP di non richiedere la cauzione provvisoria e la facoltà della “*stazione appaltante (...)* di esonerare l'affidatario dalla garanzia definitiva di cui all'art. 103 del Codice dei contratti pubblici, in casi specifici, e alle condizioni dettate dal comma 11 del citato art. 103”.

L'utilizzo del ribasso nelle ipotesi di cui all'art. 36, comma 2, lett. b)

Viene adeguato con lo schema il riferimento all'utilizzo del minor prezzo – con la necessità della motivazione - e sul sorteggio dei criteri per la verifica dell'anomalia.

Sotto si riportano i passi a confronto.

Linee Guida n. 4/2016	Adeguamento previsto nello schema – in
-----------------------	--

	grassetto novità
e) il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 95 del Codice. Nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;	e) il criterio di aggiudicazione prescelto, nel rispetto di quanto disposto dall'art. 95 del Codice dei contratti pubblici e motivando nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo di cui al comma 4 del predetto art. 95. Nel caso si utilizzi il criterio del miglior rapporto qualità/prezzo, gli elementi di valutazione e la relativa ponderazione;
l) il criterio di aggiudicazione prescelto, motivando adeguatamente nel caso di applicazione del criterio del minor prezzo, di cui all'art. 95, comma 4, del Codice.	l) le modalità del sorteggio, in sede di gara, da effettuarsi successivamente alla fase di ammissione delle offerte, del metodo per la valutazione della congruità delle offerte tra quelli elencati all'art. 97, comma 2, del Codice dei contratti pubblici, specificando: (i) se l'esclusione del 20% delle offerte ammesse (cd. "taglio delle ali") di cui alla lettera a), b) ed e) del comma 2 del citato art. 97 sarà applicata solo per il calcolo della media aritmetica dei ribassi percentuali offerti o anche per il calcolo dello scarto medio aritmetico dei ribassi percentuali che superano la predetta media; (ii) se, qualora nell'effettuare il calcolo del 20% delle offerte da accantonare fossero presenti più offerte di uguale valore, si accantoneranno solo quelle offerte necessarie per raggiungere la soglia del 20% oppure saranno accantonate tutte le offerte identiche, in quest'ultimo caso occorre indicare il numero di decimali che saranno considerati per qualificare due offerte come identiche;

La verifica sul possesso dei requisiti

Sulla verifica delle dichiarazioni il periodo relativo viene adeguato formalmente alle modifiche normative apportate dal correttivo. Sotto si riportano i passi a confronto

Linee Guida n. 4/2016	Adeguamento previsto nello schema
4.2.8 Il possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico nel corso della procedura, è verificato dalla stazione appaltante secondo le modalità di cui ai commi 5 e 6 dell'art. 36 d.lgs. 50/2016. La verifica è obbligatoria nei confronti del solo aggiudicatario, salva la facoltà per la stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti di altri soggetti, conformemente ai principi in materia di autocertificazione di cui al d.p.r. n. 445/2000.	5.2.8 Nel caso in cui la stazione appaltante abbia fatto ricorso alle procedure negoziate di cui al comma 2 dell'art. 36 del Codice dei contratti pubblici, la verifica del possesso dei requisiti, autocertificati dall'operatore economico nel corso della procedura, è obbligatoria nei confronti del solo aggiudicatario , salva la facoltà per la stazione appaltante di effettuare verifiche nei confronti di altri soggetti, conformemente ai principi in materia di autocertificazione di cui al d.p.r. n. 445/2000

Naturalmente lo schema tiene conto della modifica sul numero degli inviti dovuta al decreto correttivo, in particolare per i lavori nelle ipotesi di cui alla lett. b) e c) del comma 2 dell'articolo 36.