Numero 01903/2016 e data 13/09/2016

R E P U B B L I C A I T A L I A N A

Consiglio di Stato

Adunanza della Commissione speciale del 30 agosto 2016

NUMERO AFFARE 01329/2016

OGGETTO:

Autorità Nazionale Anticorruzione (A.N.AC.).

Linee guida sulle 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.

LA COMMISSIONE SPECIALE

Vista la nota del Presidente dell'ANAC n. 103698 del 4 luglio 2016, con la quale la detta Autorità, in ragione della generalità e della rilevanza delle questioni trattate, nonché dell'impatto *erga omnes*, ha trasmesso e chiesto il parere del Consiglio di Stato sul documento in oggetto;

Visti i contributi dei soggetti interessati ed operatori del settore;

Esaminati gli atti e uditi i relatori Presidente Mario Luigi Torsello, Consiglieri Gerardo Mastrandrea, Gabriele Carlotti, Claudio Contessa;

Premesso e considerato.

Premesse generali.

L'Autorità nazionale anticorruzione, con nota del 4 luglio 2016, prot. n. 103698, ha chiesto al Consiglio di Stato di esercitare le proprie funzioni consultive in relazione alle linee guida in oggetto, elaborate dalla stessa Autorità in attuazione di quanto disposto dall'art. 36, comma 7, del decreto legislativo 18 aprile 2015, n. 50, che recita: "*L'ANAC con proprie linee guida, da adottare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore del presente codice, stabilisce le modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti e migliorare la qualità delle procedure di cui al presente articolo, delle indagini di mercato, nonché per la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici. Fino all'adozione di dette linee guida, si applica l'articolo 216, comma 9*".

Anche la predetta richiesta assume particolare rilievo - come già osservato dalla Commissione speciale di questo Consiglio di Stato in sede di esame delle linee guida su responsabile unico del procedimento, offerta economicamente più vantaggiosa e affidamento dei servizi attinenti all'architettura e all'ingegneria, a cui si fa rinvio - in quanto l'Autorità nazionale anticorruzione, pur non venendo in evidenza un atto per il quale è obbligatorio il parere del Consiglio di Stato, ha ritenuto opportuno sottoporre al Consiglio gli schemi delle richiamate linee guida, in una logica di fattiva cooperazione istituzionale, e tenuto conto della rilevanza e della portata generale delle indicazioni.

Il Collegio ribadisce, in questa sede, che ciò conferma un'evoluzione sostanziale delle funzioni consultive del Consiglio di Stato di cui all'art. 100 della Costituzione, poiché si fa ricorso alla "*consulenza giuridico-amministrativa*" dell'Istituto anche per atti non tipici e *sui generis*, che non costituiscono un atto normativo in senso proprio, ma neppure possono configurarsi come mero oggetto di un quesito su questioni specifiche e puntuali.

Già in occasione del parere sul primo dei decreti attuativi della l. n. 124/2015 – il n. 515 del 24 febbraio 2016, reso sul c.d. decreto trasparenza – questo Consiglio ha insistito sulla necessità di 'guardare oltre l'atto normativo', poiché il buon esito di una riforma amministrativa è strettamente condizionato dalla relativa fase attuativa, che, nella specie, rappresenta un necessario elemento di completamento.

Il ricorso alle funzioni consultive anche in relazione a detta fase è in grado di ridurre gli oneri di comprensione, interpretazione, pratica applicazione, da parte di tutti i destinatari, con particolare riferimento ai cittadini e alle imprese, perseguendo in tal modo il meritorio risultato di prevenire il contenzioso, elemento molto pertinente al caso che si va ad affrontare, vista la diffusione degli appalti c.d. "sotto-soglia" e la dimensione quantitativa delle relative vertenze.

Mentre il Legislatore del 2006 aveva optato per un modello unitario di attuazione delle regole da esso poste, mediante l'adozione di un generale regolamento governativo (d.P.R. 5 ottobre 2010, n. 207), il Legislatore della riforma ha optato per un sistema diversificato e più flessibile basato essenzialmente su tre differenti tipologie di atti attuativi:

a) quelli adottati con decreto del Ministro delle infrastrutture e trasporti, su proposta dell'Autorità nazionale anticorruzione (d'ora innanzi solo ANAC o Autorità), previo parere delle competenti commissioni parlamentari;

b) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere vincolante *erga omnes*, e in particolare le linee guida;

c) quelli adottati con delibera dell'ANAC a carattere non vincolante.

Il d.P.R. n. 207 del 2010 è stato in parte abrogato con effetto immediato dall'entrata in vigore del codice, in parte continuerà a trovare applicazione fino all'entrata in vigore di queste nuove modalità esecutive (art. 216, lett. u)).

Le linee guida sull'affidamento dei contratti pubblici "sotto-soglia" possono essere annoverate tra le linee guida dell'ANAC non vincolanti, le quali, come il Consiglio

ha già avuto modo di precisare, sono anch'esse atti amministrativi generali, con conseguenziale applicazione dello statuto del provvedimento amministrativo e perseguono lo scopo di fornire indirizzi e istruzioni operative alle stazioni appaltanti.
Il principio di legalità si atteggia, in questo caso, in modo ancora differente, in quanto il Codice in questi casi si è limitato perlopiù ad autorizzare, con previsione generale, l'esercizio di tale potere dell'Autorità, al fine di garantire «*la promozione dell'efficienza, della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti, cui fornisce supporto anche facilitando lo scambio di informazioni e la omogeneità dei procedimenti amministrativi e favorisce lo sviluppo delle migliori pratiche*» (art. 213).
Le modalità di adozione osservate dall'ANAC seguono la forma discorsiva. La natura non vincolante delle linee guida giustifica, in questo caso, un minore rigore nell'enucleazione dell'indirizzo impartito all'amministrazione.
L'Autorità ha opportunamente, anche in questo caso, optato per una modalità di adozione preceduta dalla consultazione dei soggetti interessati. Il confronto dialettico con alcuni dei possibili destinatari degli atti di indirizzo deve essere considerato con favore, migliorando la qualità della regolazione stessa e l'efficienza ed efficacia dello stesso svolgimento dei compiti demandati all'ANAC.
In relazione al comportamento da osservare da parte delle stazioni appaltanti, il Consiglio ha rilevato che, se esse intendono discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa.
Tutto ciò premesso, non possono essere pretermesse, però, le peculiarità del caso di specie, poiché in materia vige uno specifico e dettagliato parametro di grado legislativo, contenuto nell'art. 36 del Codice.
Così, non può omettersi di segnalare la previsione di un'apposita disciplina transitoria (art. 216, comma 9), espressamente richiamata dal menzionato art. 36 e

la cui applicazione è destinata a cessare con l'adozione delle linee guida ("*Fino all'adozione delle linee guida previste dall'articolo 36, comma 7, l'individuazione degli operatori economici avviene tramite indagini di mercato effettuate dalla stazione appaltante mediante avviso pubblicato sul proprio profilo del committente per un periodo non inferiore a quindici giorni, specificando i requisiti minimi richiesti ai soggetti che si intendono invitare a presentare offerta, ovvero mediante selezione dai vigenti elenchi di operatori economici utilizzati dalle stazioni appaltanti, se compatibili con il presente codice*").

Ma questi indubbi connotati peculiari non sembrano poter snaturare un modello che resta finalisticamente improntato all'individuazione ed all'implementazione di buone prassi e quindi a migliorare la qualità delle procedure, in linea dunque con il modello generale di linee guida non vincolanti di cui al citato art. 213.

E, in tal senso, la previsione dell'art. 216, comma 9, non sembra porsi in contraddizione, trattandosi, evidentemente, di una buona prassi resa per legge vincolante nelle more dell'adozione delle buone prassi da parte dell'ANAC.

Quest'ultima disciplina transitoria è nuova e autonoma. Non sono fatte salve transitoriamente, infatti, le previsioni del regolamento 207/2010 sugli affidamenti in economia, che sono abrogate dunque con effetto immediato, di certo non dalla data di operatività delle linee guida in argomento.

La disciplina dell'art. 36 sui contratti sotto-soglia è, del resto, sufficientemente dettagliata e non necessita, pertanto, di linee di indirizzo di carattere "integrativo", che appesantirebbero inutilmente il quadro regolatorio. E la previsione transitoria autonoma, appena menzionata, introdotta dal Codice all'art. 216 non fa che confermare la natura non integrativa, e quindi "non vincolante", delle linee in discussione.

Alla luce di tale disciplina specifica, devono essere vagliate le linee guida in argomento, che sono state poste in consultazione pubblica (con svariati contributi

pervenuti) fino al 16 maggio 2016, per essere poi definitivamente adottate, alla luce anche delle osservazioni fornite, il 28 giugno 2016.

Riferisce l'Autorità che, nell'operare le scelte di fondo, e – come ribadito nella relazione AIR (incentrata, del resto, quasi esclusivamente nel dare conto degli esiti della consultazione) – nel valutare i contributi ricevuti alla luce del diritto vivente, essa è stata guidata dalla necessità di realizzare un bilanciamento tra l'esigenza di semplificazione e razionalizzazione della disciplina e la necessità di osservare i principi generalissimi che regolano l'affidamento e l'esecuzione degli appalti e delle concessioni (art. 30, comma 1, del Codice), nonché l'azione amministrativa (legge n. 241 del 1990). Conseguentemente, rammenta sempre l'Autorità, le indicazioni di carattere procedurale attinenti all'obbligo di motivazione, alla predisposizione della determina a contrarre, alla stipulazione del contratto, sono state differenziate in ragione dell'oggetto e del valore dell'affidamento.

Orbene, la Sezione deve premettere che (anche) in questo caso l'ANAC si è adoperata in una meritevole e non facile opera di bilanciamento tra esigenze di semplificazione di una procedura che tradizionalmente si è configurata come "alleggerita" e doveroso rispetto, in ogni caso, dei principi generalissimi di concorrenza, trasparenza, non discriminazione, pubblicità e proporzionalità.

Non mancano, tuttavia, alcuni profili di criticità nel raggiungimento dell'intento di introdurre ulteriori elementi di semplificazione per le procedure sotto-soglia, che garantiscano nondimeno adeguati livelli di pubblicità e trasparenza, ma senza inutili oneri aggiuntivi per gli operatori economici, finalità specifica che doveva costituire la stella polare di tutto il lavoro.

Ragionando ancora in termini generali, in un mercato sempre più rilevante in termini percentuali come quello del "sotto-soglia", l'introduzione di vincoli di motivazione aggiuntivi rispetto a quanto previsto dalla legge può apparire, infatti, in contraddizione con l'intento di semplificazione, pur rispondendo alla logica, che in

effetti traspare da più parti del testo, volta a privilegiare anche in questo caso, se possibile, le procedure ordinarie, che maggiori garanzie danno, evidentemente, sotto i profili della correttezza dei comportamenti e dell'anticorruzione.

Se la legge, dunque, fa "*salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*" (art. 36, comma 2, alinea, del Codice), l'ANAC sottintende a tutto il lavoro, e non lo cela al riguardo, un principio comune di cautela nell'adozione delle procedure semplificate, imponendo pregnanti obblighi motivazionali per chi, pur nell'ambito del sotto-soglia, intenda optare per sistemi di affidamento non ordinario, dunque non aperti sulla base di criteri di concorrenza, trasparenza e pubblicità, alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate.

Ma, oltre al problema della conciliabilità col principio di semplificazione, imporre uno stringente onere motivazionale finanche "*in merito alla scelta della procedura seguita*", come nel caso degli affidamenti al di sotto di 40.000 € (par. 3.3.1), potrebbe apparire non in linea con lo spirito della legge, oltre che, probabilmente, con i limiti imposti all'attività d'indirizzo esplicabile nel caso che ci occupa.

Il Consiglio di Stato, d'altro canto, ben comprende che l'onere di motivare persino le ragioni della scelta della procedura, ed anche per importi minimi, non è tanto gravoso per la stazione appaltante se si considera che proprio in tali procedure, frequentissime invero e "*uti singulae*" poco rilevanti, si annida largamente il fenomeno sistemico della corruzione.

Appare, in definitiva, in ogni caso maggiormente equilibrato e congruo rispetto all'impianto della legge, scindendo i due momenti, riservare alle stazioni appaltanti nel momento preventivo della determina a contrarre, e quindi della scelta della procedura, un onere motivazionale sintetico, mentre trova giustamente spazio nella fase della scelta dell'aggiudicatario l'onere di dare dettagliata contezza del possesso da parte dell'operatore selezionato dei requisiti richiesti nella stessa determina a

contrarre e della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante è chiamata soddisfare.

Tutto questo senza dimenticare che l'ANAC ha preferito, anche in questo caso, un'impostazione "minimale", astenendosi dall'indirizzare alle stazioni appaltanti raccomandazioni operative sovrabbondanti e troppo puntuali, che sarebbero state irrispettose della sfera di discrezionalità in capo alle medesime, e limitandosi a chiarire alcuni aspetti applicativi, a volte anche in senso integrativo, dell'art. 36 del Codice, come declinazione operativa delle specifiche procedure del sotto-soglia.

Tutto ciò premesso, può procedersi a una sintetica disamina dell'atto, come organizzato ed articolato, muovendo dal dettato della legge sui singoli aspetti.

1.Oggetto ed ambito di applicazione

Il Codice (art. 36, commi 1 e 2, alinea) prevede che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35 debba avvenire nel rispetto dei principi (generalissimi) di cui all'art. 30, comma 1, nonché, aggiunge, nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Fermo restando quanto previsto dagli artt. 37 e 38 (relativi, rispettivamente, alle aggregazioni e centrali di committenza, ed alla qualificazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza, che, come annuncia l'ANAC stessa, saranno oggetto di apposito atto dell'Autorità), e salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 35, secondo le modalità che vengono declinate per le singole soglie specifiche.

Orbene, le linee guida in argomento premesse le opportune indicazioni circa la sfera oggettiva generale e soggettiva di applicazione (nel rispetto dell'art. 36, comma 8, in base al quale "*le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti*

di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal trattato UE a tutela della concorrenza"), specificano che le stazioni appaltanti possono ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, e non dunque a quelle semplificate, tipiche per i casi in argomento, "*qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale*".

L'indicazione va ad integrare il dettato della legge, che si limita a fare genericamente salva la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, e può ritenersi utile, dando spazio ai soggetti che comunque intendono avvalersi delle procedure ordinarie di poterlo fare abbastanza liberamente (i casi in cui il mercato non suggerisca il massimo confronto concorrenziale devono ritenersi oggettivamente residuali), ma, nell'ottica di quanto sopra osservato, preferibilmente non dovrebbe tradursi, invertendo gli effetti, nell'obbligo per le stazioni appaltanti, in sede di determina a contrarre, di motivare con estremo dettaglio, in tutti i casi di appalto sotto-soglia, in ordine alle ragioni che le hanno indotte ad optare per un sistema di affidamento aperto alla partecipazione di tutte le imprese potenzialmente interessate.

La motivazione è al contrario opportuna, fermo restando che direttamente la legge consente l'opzione, quando si opta per la procedura semplificata, poiché in tal modo la stazione appaltante rende espliciti e verificabili (anche dal giudice) percorsi decisionali che, data la frequenza del sistema di offerte sotto soglia, resterebbero altrimenti opachi e talora influenzabili di fenomeni corruttivi.

2. Principi comuni

Vengono opportunamente richiamati e declinati, pur senza aggiungere nulla rispetto a quanto già previsto dalla legge (art. 36, comma 1), i principi generalissimi che devono governare l'affidamento e l'esecuzione anche degli appalti sotto-soglia,

ovvero economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità (tutti venienti dall'art. 30, comma 1), a cui deve aggiungersi il principio di rotazione e la doverosa predisposizione di misure e accorgimenti che consentano l'effettiva possibilità di partecipazione delle realtà imprenditoriali di minori dimensioni.

Opportuno anche, a scanso di ogni dubbio, il richiamo dei generalissimi obblighi di trasparenza degli atti sanciti dall'art. 29 del Codice (par. 2.4).

3. Affidamento ed esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore a 40.000,00 euro

In base all'art. 36, comma 2, lett. a), del Codice, le stazioni appaltanti provvedono, "*per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta*".

La richiamata fonte primaria, non corretta sul punto dall'avviso di rettifica, di cui al Comunicato del 15 luglio 2016, pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale in pari data, n. 164, pone una evidente questione esegetica, in merito alla quale le linee guida in oggetto potrebbero dare indicazioni.

Andrebbe chiarito, in particolare, al par. 3.1, mediante - ad esempio - l'introduzione della congiunzione "*anche*", che per i lavori inferiori a 40.000 euro l'amministrazione diretta debba ritenersi una modalità aggiuntiva, applicabile esclusivamente ai lavori, rispetto all'affidamento diretto (ovviamente fatta sempre salva la possibilità di utilizzo delle procedure ordinarie), risolvendo dunque i problemi interpretativi a cui può dare origine il tenore letterale della disposizione di legge.

Giova, al riguardo, ricordare che, secondo la previgente disciplina, le procedure in economia potevano assumere la forma dell'affidamento diretto e dell'amministrazione diretta, e che per i lavori di importo inferiore a 40.000 euro, oltre all'amministrazione diretta, era consentito anche l'affidamento diretto.

Sembrerebbe interpretazione preferibile quella che amplia le possibilità di affidamento per importi modesti, considerato, altresì, che non necessariamente tutte le stazioni appaltanti sono in grado di procedere in amministrazione diretta.

Quanto alla nozione di quest'ultima, può essere utile chiarire che si fa rinvio all'istituto declinato, in sede di definizioni, all'art. 3, comma 1, lett. gggg) del Codice, riprendendo la nozione che trovava esplicazione nel precedente quadro regolatorio all'art. 125, comma 3, d.lgs. n. 163/2006.

Quanto all'avvio della procedura (3.1), che prende le mosse, correttamente, con "*la determina a contrarre, ovvero con atto a essa equivalente secondo l'ordinamento della singola stazione appaltante*", sarebbe preferibile indicare, in maniera chiara e comprensibile per gli operatori (fatto salvo quanto già indicato in sede di relazione AIR), come la "*preliminare indagine, semplicemente esplorativa del mercato*", cui si fa menzione al par. 3.1.1, si vada a caratterizzare rispetto all' "*indagine di mercato*" descritta nel par. 4.1., e prevista dalla legge per gli affidamenti superiori a 40.000 euro ed inferiori a 150.000 euro, tenendo anche conto delle *"consultazioni preliminari di mercato*" previste dall'art. 66 del Codice.

Per gli acquisti e gli affidamenti di modico valore effettivo (ad esempio al di sotto di 1000 euro) valuti l'ANAC se è sufficiente introdurre una semplice attenuazione dell'obbligo di motivazione (v. 3.3.4), in ogni caso opportuna, ovvero inserire al par. 3.1.3, per siffatta tipologia, una clausola di esclusione di particolari adempimenti, salvo beninteso il rispetto dei generalissimi principi vigenti per acquisti ed affidamenti pubblici.

Per ciò che concerne i criteri di selezione (3.2), valuti, altresì, l'Autorità se, al fine di non duplicare i sistemi di qualificazione, non sia il caso di specificare che le imprese attestate SOA dimostrano il possesso dei requisiti speciali richiesti attraverso la stessa attestazione SOA.

Venendo ora al rilevante aspetto della scelta del contraente e dell'obbligo di motivazione (3.3), si ribadisce quanto già accennato in sede di premesse generali, in ordine alla motivazione, non tanto circa la scelta dell'aggiudicatario (la legge è chiara nel prescrivere che l'affidamento diretto debba essere "*adeguatamente motivato*"), con tutto ciò che correttamente ne consegue (come indicato nelle linee guida), bensì, più a monte, in ordine alla "*scelta della procedura seguita*" (par. 3.3.1).

Trattasi, infatti, di un onere motivazionale non previsto dalla legge e che, ove sia configurato come troppo dettagliato, può apparire in contrasto con i valori della semplificazione e della non imposizione di oneri aggiuntivi non utili a carico delle stazioni appaltanti e degli operatori economici, con possibili ricadute pregiudizievoli che si possono avere dal punto di vista dell'aumento del contenzioso.

Sarà utile dunque, lo si ribadisce, che l'obiettivo essenziale di prevenzione della corruzione – sotteso alla previsione extralegale della motivazione – sia ben bilanciato con la necessità di non ostacolare il rapido svolgimento di appalti di modesto valore. Trasparenza, sintetica indicazione dei motivi e rapidità della procedura non sono, ad avviso del Consiglio di Stato, in contraddizione.

In definitiva, si suggerisce di sostituire, al secondo rigo, l'avverbio "*adeguatamente*" con l'avverbio "*sinteticamente"*, mentre appare più che opportuno che la stazione appaltante in sede di scelta dell'aggiudicatario e non della procedura, come da prescrizione dei righi successivi, dia conto "*dettagliatamente*" del possesso, da parte dell'operatore economico selezionato, dei requisiti fissati nella determina a contrarre, così come della rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico che la stazione appaltante deve soddisfare.

Ben diverso è il caso dell'affidamento all'operatore economico uscente (par. 3.3.2), dove, ad avviso del Collegio, appare non sufficiente imporre un "*onere motivazionale più stringente*", quando, invece, dovrebbe darsi conto del carattere del tutto eccezionale sia la reiterazione dell'invito alla procedura sia il riaffido dell'appalto allo

stesso operatore economico, ad esempio a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge (art. 36, comma 1). Assai spesso, del resto, è proprio negli affidamenti all'operatore uscente che il fenomeno corruttivo si annida nella sua dimensione meno facilmente accertabile.

In relazione alle indicazioni generali relative alla scelta del contraente, andrebbe fornita, in tema di criteri di aggiudicazione, una specifica indicazione sull'ambito di applicazione del criterio del prezzo più basso e del criterio dell'OEPV, coordinando l'esegesi dell'art. 36 con quella dell'art. 95 ed esplicitando, dunque, gli spazi per il criterio del prezzo più basso lasciati dall'art. 95 per gli affidamenti sotto soglia, e comunque coordinando le dette indicazioni con le linee guida adottate dall'ANAC sull'OEPV (esigenze sussistenti, invero, anche per gli affidamenti di grado superiore di cui ai successivi paragrafi).

In ordine, infine, alla stipula del contratto (3.4), oltre a non applicarsi come è noto il termine dilatorio di *stand still*, in virtù dell'art. 32, comma 10, lett. b), del Codice, vengono correttamente richiamate le procedure semplificate di cui all'art. 32, comma 14.

4. La procedura negoziata per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro e per l'affidamento di servizi e forniture di importo superiore a 40.000 euro e inferiore alle soglie di rilevanza di cui all'art. 35 del Codice

Vengono fornite ulteriori indicazioni di dettaglio, in un quadro comunque rispettoso di quanto già previsto dalla legge, che consente di utilizzare la procedura negoziata, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenco di operatori, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono, sempre per legge, essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi.

Va, fin da subito, rimarcato che la legge (sempre l'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice), analogamente agli affidamenti di lavori da 150.000 euro fino a quelli al di sotto di 1.000.000 euro, prevede che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento debba contenere, in ogni caso, anche l'indicazione dei soggetti invitati.
Trattasi di importante prescrizione di pubblicità e trasparenza, che andrebbe meglio evidenziata ed enfatizzata anche nelle linee guida, rispondendo essa alle esigenze ed ai principi generali della così detta "amministrazione trasparente", in linea con un sistema di misure che attraverso strumenti informativi e di pubblicità consentono di meglio motivare in ordine alla scelta di perseguire in ogni caso una via semplificata, e non ordinaria, ai fini dell'affidamento, a fronte delle esigenze di mercato.
In tale ottica generale di privilegio della trasparenza, della pubblicità e dei relativi strumenti informativi, preventivi ma soprattutto successivi alle procedure, viene da chiedersi, e sembra opportuno che costituisca oggetto di specifica valutazione da parte dell'ANAC, se anche per gli affidamenti di cui al presente paragrafo non debba essere introdotto un principio generale di motivazione, come criterio di orientamento rispondente ai canoni generali esistenti a livello di sistema dei pubblici affidamenti, anche in questo caso preferibilmente con riguardo alla fase dell'affidamento e quindi dell'individuazione dell'aggiudicatario e non tanto, dunque, rispetto alla fase a monte della scelta della procedura (semplificata od ordinaria).
Il Consiglio di Stato, nondimeno, prende atto che il problema potrebbe considerarsi efficacemente affrontato dalla previsione (par. 4.1.4) di una opportuna pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, considerata la rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e la sua contendibilità, da valutare sulla base di parametri non solo economici. A tal fine la stazione appaltante è chiamata a pubblicare un avviso sul profilo di committente, nella sezione "amministrazione trasparente" sotto la sezione "bandi e contratti".

Premesso il rinvio a quanto sopra osservato in ordine alle indagini di mercato (in sede di relazione AIR, l'ANAC ha consigliato alle stazioni appaltanti di dotarsi, preventivamente, di apposito regolamento che ne disciplini le modalità di conduzione) e di qualificazione delle imprese ed attestazione dei requisiti speciali mediante SOA, deve osservarsi che nel caso del confronto competitivo (par. 4.2.2), trattandosi di una procedura comunque assimilabile alla gara, occorre un'adeguata motivazione in relazione all'invito rivolto anche all'aggiudicatario uscente a partecipare alla procedura selettiva, proprio perché la regola è quella della rotazione degli inviti, a cui invece si derogherebbe.

Al punto 4.2.4, si prevede che la stazione appaltante possa invitare un numero di operatori maggiore al minimo di legge (cinque) anche al fine di potersi avvalere dell'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale, di cui all'art. 97, comma 8, del Codice. Ma, con precipuo riguardo agli affidamenti di cui al presente paragrafo, questo implica, e forse questo andrebbe chiarito nelle linee guida *in parte qua*, alla stregua della disposizione del Codice appena richiamata, invitare ad offrire almeno dieci soggetti anziché almeno cinque (come è invece la regola per gli affidamenti di lavori di importo superiore di cui al successivo paragrafo) ed esplicitare la facoltà di esclusione automatica nell'invito (in assenza, nel caso che ci occupa, di un bando).

Al punto 4.3.1. si segnala, quanto alla forma di stipulazione del contratto, che, trattandosi di una procedura negoziata, ai sensi dell'art. 32, comma 14 del codice, è consentita pure la stipulazione in forma semplificata. In tal senso va integrato il punto 4.3.1.

Da ultimo, in ordine alla possibilità, contestata da alcuni *stakeholders*, di procedere al sorteggio per selezionare gli operatori economici da invitare alla procedura, si è dato adeguatamente conto nella relazione AIR, che sul punto appare condivisibile.

5. La procedura negoziata per l'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 150.000,00 euro e inferiore a 1.000.000,00 di euro

Nel fare rinvio a quanto esposto nei precedenti paragrafi in ordine agli oneri motivazionali, e non tralasciando che nella fattispecie le linee guida ribadiscono che le stazioni appaltanti possono optare per il ricorso a procedure ordinarie che prevedono un maggior grado di trasparenza negli affidamenti e, soprattutto, prevedono che per gli affidamenti di importo elevato, superiori a 500.000 euro, la scelta di una procedura negoziata deve essere adeguatamente motivata in relazioni alle ragioni di convenienza (punto 5.4), in ordine all'affidamento di lavori di importo da 150.000 a 999.999,9 euro, andrebbe comunque affrontato un problema esegetico posto dalla norma primaria contenuta nell'art. 36, comma 2, lett. c), del Codice.

Infatti si richiama, per l'affidamento di tali lavori, la procedura negoziata di cui all'art. 63 (procedura negoziata senza bando in casi tassativi). Ma non è chiara la portata di tale richiamo, e, in particolare, se sia da intendere come rinvio alle sole regole procedurali, come sembrerebbe forse opportuno, o anche come rinvio ai presupposti sostanziali.

Nella previgente disciplina recata dall'art. 122, comma 7, del d.lgs. n. 163/2006, per gli affidamenti di lavori di importo inferiore a un milione di euro era chiaro il richiamo alle sole regole procedurali della procedura negoziata senza bando, richiamandosi "la procedura di cui all'articolo 57, comma 6" e non l'intero art. 57, corrispondente all'attuale art. 63.

Se il richiamo venisse inteso come riferimento ai presupposti sostanziali, la previsione sarebbe inutile: non avrebbe peraltro senso aggravare, a parità di presupposti sostanziali, la procedura negoziata per gli appalti inferiori a 1 milione di euro, prevedendo la consultazione di "*almeno dieci operatori",* come prescrive l'art. 36, comma 2, lett. c), laddove l'art. 63, per gli appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria, prevede la consultazione di "*almeno cinque operatori*".

Sembra dunque chiaro che la procedura negoziata di cui all'art. 36, comma 2, lett. c), prescinda dai presupposti sostanziali di cui all'art. 63.

Ma anche inteso come richiamo alle regole procedurali, il rinvio può a ben vedere rivelarsi inutile, atteso che le regole procedurali già dettate in modo esaustivo nell'art. 36 rendono superfluo l'utilizzo di quelle, più scarne, contenute nell'art. 63.

Apparentemente, un significato utile del richiamo all'art. 63 potrebbe desumersi dalla circostanza che nel comma 6 dell'art. 63 si stabilisce che gli operatori invitati alla procedura negoziata senza bando devono essere in possesso dei requisiti di partecipazione richiesti per procedure ordinarie di pari importo. Ma, anche in tal caso, tale regola, sicuramente applicabile alla procedura di cui all'art. 36, comma 2, lett. c), si desume già dall'art. 36, comma 5.

Andrebbero, perciò, forniti con le linee guida chiarimenti esegetici, nelle more di un auspicabile decreto correttivo del codice, che sopprima, ove non emergano diverse ragioni ostative, il richiamo all'art. 63 nell'art. 36, comma 2, lett. c).

In ogni caso, è bene chiarire nelle linee guida quali siano i requisiti generali e di qualificazione richiesti nella procedura dell'art. 36, comma 2, lett. c).

P.Q.M.

Nelle esposte considerazioni è il parere della Commissione speciale.

Manda alla segreteria di trasmettere il presente parere anche al Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi della Presidenza del Consiglio dei Ministri, in relazione anche a quanto indicato al par. 5.

GLI ESTENSORI

Mario Luigi Torsello, Gerardo Mastrandrea, Gabriele Carlotti, Claudio Contessa

IL PRESIDENTE

Franco Frattini

IL SEGRETARIO

Maria Luisa Salvini