

La disciplina dei contratti sotto soglia e la sorte delle acquisizioni in economia nel nuovo Codice

di Lorena Tosi¹

SOMMARIO 1. *Le acquisizioni in economia nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina.* 2. *La previsione contenuta nel nuovo Codice degli appalti, in particolare gli articoli 36 e 63 del D. Lgs. n. 50/2016 e l'avvio della fase di consultazione da parte dell'ANAC.* 2.1 *Le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare.* 2.2 *I principi di trasparenza, rotazione e parità di trattamento.* 2.3 *Come procedere per affidamenti di importo inferiore a 40.000,00 euro*

§§§

1. Le acquisizioni in economia nel passaggio dalla vecchia alla nuova disciplina

Il 19 aprile scorso è entrato in vigore il d.lgs n. 50 del 18 aprile 2016 (Nuovo Codice degli appalti) e gli operatori sono stati costretti, da subito, a risolvere diversi problemi anche a causa della non sempre chiara formulazione dei 220 articoli del nuovo testo.

Una delle prime cose che sicuramente gli operatori del settore sono andati a cercare all'interno del nuovo testo legislativo è la parte dedicata agli acquisti in economia che, in vigenza del precedente Codice, era disciplinata dall'articolo 125.

Con l'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti le acquisizioni in economia formalmente sono scomparse dalla scena. Non esiste più, infatti, una disposizione quale quella dell'articolo 125 del D. Lgs. n. 163/2006 (rubricato "*Lavori, servizi e forniture in economia*"). Dal 19 aprile scorso, resta solo l'istituto dell'amministrazione diretta, come definita all'art. 3, lett. gggg) e poi richiamata all'art. 36, c. 2, lett. a), ed ora possibile fino a 40.000 euro, mentre scompaiono il sistema in economia e il cottimo fiduciario, ossia la procedura negoziata tipica di questo sistema.

Ne consegue che le "vecchie acquisizioni in economia" sembrerebbero doversi ricondurre alla disciplina prevista dal nuovo Codice per i contratti sotto soglia.

¹ Funzionario di ente locale

Ai contratti sotto soglia, per i quali la legge delega raccomandava una specifica disciplina unitamente agli appalti con il sistema dell'economia (art. 1, c. 1, lett. g) L. n. 11/2016²), il nuovo codice dedica particolarmente il solo art. 36 e gli articoli espressamente richiamati (non sempre a proposito) nella stessa disposizione, oltre ovviamente alle disposizioni che disciplinano ruolo, funzioni e compiti del RUP.

2. La previsione contenuta nel nuovo Codice degli appalti, in particolare gli articoli 36 e 63 del D. Lgs. n. 50/2016

L'articolo 36 *Contratti sotto soglia* stabilisce, nei nove commi di cui è composto, che:

1. L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

2. Fermo restando quanto previsto dagli articoli 37 e 38 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'articolo 35, secondo le seguenti modalità:

a) per affidamenti di importo inferiore ad € 40.000,00, mediante affidamento diretto, adeguatamente motivato o per i lavori in amministrazione diretta;

b) per affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000,00 e inferiore ad € 150.000,00 per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. I lavori possono essere eseguiti anche in amministrazione diretta, fatto salvo l'acquisto e il noleggio di mezzi, per i quali si applica comunque la procedura negoziata previa consultazione di cui al periodo precedente. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

c) per i lavori di importo pari o superiore ad € 150.000,00 e inferiore ad € 1.000.000,00, mediante procedura negoziata di cui all'articolo 63 con consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

² Lett. g) art. 1, c. 1, L.11/2016 “previsione di una disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i principi di trasparenza e imparzialità della gara”.

d) per i lavori di importo pari o superiore ad € 1.000.000,00 di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

3. [...]

4. [...]

5. [...]

6. [...]

7. 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.

8. [...]

9. [...]

Ad una prima lettura delle disposizioni sopra riportate, e, in particolare, di quanto disposto al comma 1, lettere b) e c) del comma 2, parrebbe che:

- per gli affidamenti di importo compreso fra € 40.000,00 ed € 150.000,00 sia consentito ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara alle seguenti condizioni:
 - a) previa consultazione di almeno cinque operatori individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici;
 - b) nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti.
- Mentre, per gli affidamenti di importo compreso fra € 150.000,00 ed € 1.000.000,00 sia consentito ricorrere alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara **di cui all'articolo 63** del Codice, ovvero, come si vedrà tra breve, quella particolare modalità di scelta del contraente che si svolge "su invito" ma esclusivamente in presenza di una o più circostanze ivi indicate.

La diversa formulazione delle lettere b) e c) dell'art. 36 non pare casuale. Consentirebbe infatti, se l'interpretazione non è errata, di utilizzare, senza doversi attenere alle circostanze indicate specificamente dall'articolo 63, la procedura c.d. su invito per gli affidamenti di importo compreso fra € 40.000,00 ed € 150.000,00 (lett. a) e di doversi invece attenere alle circostanze indicate dall'articolo 63 per gli affidamento di importo superiore ad € 150.000,00 ed inferiori ad € 1.000.000,00 (lett. b).

Sembrirebbe pertanto che la lettera b) dell'articolo 36 fosse una procedura negoziata a "casistica libera", mentre la lettera c) sembrerebbe vincolata alle ipotesi indicate dall'articolo 63. Questa norma, che disciplina appunto l'uso della procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, stabilisce infatti che:

1. [...]

2. *Nel caso di appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, la procedura negoziata senza previa pubblicazione può essere utilizzata:*

a) qualora non sia stata presentata alcuna offerta o alcuna offerta appropriata, né alcuna domanda di partecipazione o alcuna domanda di partecipazione appropriata, in esito all'esperimento di una procedura aperta o ristretta, purché le condizioni iniziali dell'appalto non siano sostanzialmente modificate e purché sia trasmessa una relazione alla Commissione europea, su sua richiesta. [...]

b) quando i lavori, le forniture o i servizi possono essere forniti unicamente da un determinato operatore economico per una delle seguenti ragioni:

1) lo scopo dell'appalto consiste nella creazione o nell'acquisizione di un'opera d'arte o rappresentazione artistica unica;

2) la concorrenza è assente per motivi tecnici;

3) la tutela di diritti esclusivi, inclusi i diritti di proprietà intellettuale.

[...]

c) nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possono essere rispettati.

[...]

5. *La presente procedura può essere utilizzata per nuovi lavori o servizi consistenti nella ripetizione di lavori o servizi analoghi, già affidati all'operatore economico aggiudicatario dell'appalto iniziale dalle medesime amministrazioni aggiudicatrici, a condizione che tali lavori o servizi siano conformi al progetto a base di gara e che tale progetto sia stato oggetto di un primo appalto aggiudicato secondo una procedura di cui all'articolo 59, comma 1. [...]*

6. [...]

Secondo questa interpretazione letterale sembrerebbe potersi, quindi, dire che fino alla soglia di € 150.000,00 per i lavori e fino alle soglie comunitarie per servizi e forniture, è consentito ricorrere alla procedura negoziata previa semplice consultazione di almeno cinque operatori economici e nel

rispetto di un principio di rotazione degli inviti e degli altri previsti dall'art. 30, comma 1. E' stata proprio questa l'intenzione del legislatore? Ce lo dirà forse l'Autorità Nazionale Anticorruzione quando formalizzerà le linee guida sullo specifico tema.

Allo stesso modo, potrebbe sostenersi che il mancato specifico riferimento all'articolo 63 da parte dell'articolo 36, comma 2, lettera b) del nuovo Codice, lascerebbe pensare alla possibilità di procedere alla consultazione di cinque operatori a prescindere dalla sussistenza o meno delle circostanze stringenti indicate dal medesimo articolo 63. D'altro lato, sembrerebbe invece che il rispetto delle circostanze indicate dall'articolo 63 del nuovo Codice fosse in qualche modo imposto con riferimento agli affidamenti di importo superiore ad € 150.000,00 e fino ad € 1.000.000,00 ove il legislatore ha espressamente richiamato l'articolo 63.

Questa tesi, però, non convince. La norma va letta nel senso in cui può avere un significato razionale e, soprattutto, coerente alla sottrazione alla disciplina del Codice dei contratti sotto soglia (art. 35). In particolare, sembra più corretto sostenere, con una lettura che privilegi un'interpretazione logico – sistematica rispetto ad una letterale, che il richiamo all'art. 63 (come quello all'art. 57 nell'art. 112 del vecchio codice) debba essere inteso come limitato al solo comma 6, secondo cui *“Le amministrazioni aggiudicatrici individuano gli operatori economici da consultare sulla base di informazioni riguardanti le caratteristiche di qualificazione economica e finanziaria e tecniche e professionali desunte dal mercato, nel rispetto dei principi di trasparenza, concorrenza, rotazione, e selezionano almeno cinque operatori economici, se sussistono in tale numero soggetti idonei. L'amministrazione aggiudicatrice sceglie l'operatore economico che ha offerto le condizioni piu' vantaggiose, ai sensi dell'articolo 95, previa verifica del possesso dei requisiti di partecipazione previsti per l'affidamento di contratti di uguale importo mediante procedura aperta, ristretta o mediante procedura competitiva con negoziazione”*.

In conclusione, l'acquisizione dei lavori da 150.000 euro fino a a 999.999 euro può essere effettuata con la procedura e nel rispetto delle regole di cui all'art. 36, comma 2, lett.b, (procedura negoziata con 10 operatori, se esistenti, individuati sulla base di indagini di mercato o elenchi secondo criteri di rotazione). In più rispetto alla lettera b), come si deduce dall'aggiunta del richiamato all'art. 63, la SA deve scegliere solo operatori qualificati e selezionare le offerte con i criteri previsti all'art. 95.

2.1 Le modalità di individuazione degli operatori economici da invitare

Il legislatore suggerisce alcune modalità per la selezione degli operatori economici (cinque o dieci a seconda della soglia di importo) da invitare alla procedura negoziata. Selezione che non potrà avvenire, come spesso in passato, mediante una individuazione totalmente discrezionale da parte della stazione appaltante la quale invece con il nuovo Codice avrà a sua disposizione sostanzialmente due modalità. Potrà in primo luogo effettuare un'indagine al fine di verificare la possibile risposta del mercato ad una richiesta di fornitura o di esecuzione di un servizio o di un lavoro. Il metodo più semplice, trasparente e sicuro sotto il profilo del rispetto del principio della parità di trattamento, è la pubblicazione di un avviso pubblico in seguito alla quale i soggetti interessati ed in possesso dei requisiti indicati nell'avviso stesso, potranno chiedere di essere invitati alla formulazione di un'offerta. Una volta pervenute le richieste di invito e contraddistinta ciascuna di esse da un numero progressivo in modo da mantenere la segretezza sui nominativi degli aspiranti offerenti, la stazione appaltante procederà in seduta pubblica al sorteggio degli operatori economici da invitare, sorteggio che ovviamente dovrà essere assolutamente casuale e in grado anche di soddisfare l'ulteriore presupposto richiesto dalla norma ovvero che l'individuazione degli operatori avvenga nel rispetto *di un criterio di rotazione degli inviti*. La pubblicazione di un avviso e il successivo sorteggio pubblico soddisfano sicuramente il presupposto indicato.

In alternativa, la stazione appaltante potrà predisporre un elenco di operatori economici qualificati, da tenere aggiornato nel corso del tempo, dal quale all'occorrenza estrarre i nominativi degli operatori economici da invitare alla procedura negoziata. Con questa modalità di selezione, la stazione appaltante sarà però tenuta ad indicare il criterio utilizzato, metodo che potrà essere il sorteggio casuale, lo scorrimento automatico o altro specifico criterio individuato preventivamente dalla stazione appaltante, purché rispettoso della parità di trattamento fra gli operatori e del principio della rotazione degli inviti.

2.2 I principi di trasparenza, parità di trattamento e il criterio di rotazione

L'articolo 36 del nuovo Codice fa ripetutamente riferimento al rispetto dei principi di trasparenza, e parità di trattamento e al criterio di rotazione. Si tratta di principi già noti di cui è però opportuno analizzare brevemente i contenuti.

La trasparenza costituisce la sintesi, o meglio, la declinazione dei principi di imparzialità e buon andamento cristallizzati nell'articolo 97 della Costituzione. Rendere pubblici e quindi trasparenti, i pubblici appalti è un'esigenza manifestata già da tempo dal legislatore comunitario e anche dal legislatore nazionale, anche allo scopo di arginare il dilagante fenomeno della corruzione.

Le stazioni appaltanti, quindi, nella fase di scelta del contraente sono tenute a rendere note tutte le notizie ad essa connesse, dalla decisione di avviare una procedura di appalto (la determinazione a contrattare), ai criteri di selezione, ai metodi di aggiudicazione dell'appalto, all'esito della procedura.

La parità di trattamento vuole invece che gli operatori economici partecipanti ad una procedura di appalto siano posti sullo stesso piano e trattati in modo paritario, senza discriminazioni di sorta sia con riferimento ai requisiti di accesso alla procedura (si pensi ad esempio alla previsione di un bando di gara per l'affidamento del servizio di ristorazione scolastica che prevede che il concorrente sia in possesso già in fase di partecipazione alla gara di un centro di cottura posto in un breve raggio di distanza dal territorio comunale), sia con riferimento alle informazioni e/o ai chiarimenti che la stazione appaltante fornisce durante la pubblicazione della gara.

Il criterio (non è un vero e proprio principio) della rotazione è forse quello che richiede una maggiore riflessione. L'obiettivo del legislatore, nazionale e comunitario, è aprire gli appalti pubblici alla concorrenza e al mercato consentendo a tutti gli operatori economici interessati, in possesso dei requisiti richiesti, di contrattare con la Pubblica Amministrazione. Il principio di rotazione, pertanto, consente a tutti, "a turno", di poter lavorare con la Pubblica Amministrazione.

Di recente il *T.A.R. Lazio* ha ricordato che *la giurisprudenza ha precisato che il principio di rotazione, essendo funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie, non ha una valenza precettiva assoluta per le stazioni appaltanti, di guisa che:*

- a) *la sua episodica mancata applicazione non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni o già affidatario del servizio;*
- b) *in difetto di situazioni particolari, riscontrabili ad esempio in ipotesi di precedenti inadempimenti contrattuali, non può essere invocato sic et simpliciter per escludere un concorrente che chieda di essere invitato a partecipare ad una procedura negoziata. In definitiva posto che l'articolo 57, comma 6 del codice degli appalti (si fa riferimento ancora alla vecchia disciplina essendo la sentenza di poco anteriore all'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti) pone sullo stesso piano i principi di concorrenza e di rotazione, la prevalente giurisprudenza si è ripetutamente espressa nel senso di privilegiare i valori della concorrenzialità e della massima partecipazione, per cui in linea di massima non sussistono*

ostacoli ad invitare (anche) il gestore uscente del servizio a prendere parte al nuovo confronto concorrenziale. Ciò posto il Collegio ritiene che nel caso in esame il principio di rotazione non possa essere utilmente invocato per giustificare il mancato invito della ricorrente [...] il cui invito alla procedura, lungi dal pregiudicare l'applicazione del principio di rotazione, avrebbe semmai favorito la concorrenza (TAR Lazio, sezione II, sentenza n. 3319 del 11 marzo 2016).

Il legislatore richiede oggi, a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Codice degli appalti, in occasione dell'utilizzo della procedura negoziata il rispetto *di un criterio di rotazione degli inviti*, intendendo con tale locuzione la necessità che la stazione appaltante adotti ed espliciti lo specifico criterio che intende utilizzare per garantire il rispetto del principio di rotazione fra gli operatori economici.

2.3 Come procedere per gli affidamenti di importo inferiore a € 40.000,00

Con l'articolo 36 del nuovo Codice, il legislatore consente espressamente, per importi inferiori ad € 40.000,00, l'affidamento diretto purché adeguatamente motivato.

E' proprio intorno al presupposto della motivazione che si gioca la legittimità o meno dell'affidamento diretto. Una motivazione scarsa o addirittura assente o, peggio ancora, basata su formule di stile, rischia di rendere l'affidamento oggetto di censure.

Si consideri infatti che il tetto di € 40.000,00 non è eccessivamente alto ma non è nemmeno così trascurabile. Pertanto un affidamento di questo importo potrebbe essere appetibile per molti, soprattutto in un periodo di crisi economica dove gli operatori del mercato stentano ad ottenere commesse. Se ne può trarre quindi la riflessione che il legislatore, con la previsione dell'articolo 36, comma 2, lettera a), abbia voluto semplificare gli affidamenti per importi inferiori ad € 40.000,00, in ossequio al principio di economicità, senza però sacrificare gli altri principi, anche di provenienza comunitaria, della parità di trattamento, della trasparenza e della rotazione.

Soltanto dopo aver svolto una seria indagine di mercato, la stazione appaltante potrà affidare (direttamente) il lavoro, il servizio o la fornitura.

E' bene ricordare che una previsione analoga era contenuta nel vecchio codice all'articolo 125, comma 11, che però limitava l'affidamento diretto, adeguatamente motivato, alle acquisizioni in economia.

Ora invece, l'affidamento diretto, motivato, fino alla soglia di € 40.000,00 è consentito indistintamente per tutte le tipologie di lavori, servizi e forniture.

Ma in concreto come si dovrà procedere?

Potrebbe essere opportuno, per ogni Amministrazione, disciplinare con un atto regolamentare le modalità operative per gli affidamenti c.d. diretti.

In ogni caso, un'ipotesi operativa potrebbe essere la seguente:

- 1) adozione di determinazione a contrarre che manifesti l'intenzione di procedere all'acquisizione dello specifico bene, servizio o lavoro, attesti l'esistenza di idonea copertura finanziaria ed evidenzi, ai sensi dell'articolo 192 del Testo Unico in materia di Enti Locali, il fine che con il contratto si intende perseguire, la forma che lo stesso assumerà e le clausole ritenute essenziali;
- 2) trasmissione di una richiesta di offerta a 2/3 operatori economici (tenendo ben presente la necessità che vi sia nel tempo un minimo di rotazione fra gli operatori di volta in volta contattati) specificando la necessità che gli stessi dichiarino, nell'offerta trasmessa, di essere in possesso dei requisiti generali per contrattare con la Pubblica Amministrazione e degli eventuali requisiti speciali richiesti dalla stazione appaltante;
- 3) determinazione di affidamento (diretto) a quello fra gli operatori contattati che ha presentato l'offerta più vantaggiosa, ponendo particolare attenzione alla parte relativa alla motivazione che dovrà dare conto delle valutazioni fatte dalla stazione appaltante che hanno portato a preferire un operatore rispetto ad un altro.

Per importi più elevati, ma sempre inferiori ad € 40.000,00 potrebbe essere opportuno osservare un po' più di formalismo e pubblicare all'Albo dell'Ente uno specifico avviso per l'acquisizione di manifestazioni di interesse ad essere invitati a formulare un'offerta. L'avviso dovrebbe contenere i termini precisi della fornitura, del servizio o del lavoro da eseguire e l'indicazione dei requisiti di ordine tecnico-organizzativo e/o economico finanziario (oltre a quelli di ordine generale) che gli aspiranti concorrenti dovranno possedere per poter essere invitati alla procedura.

Si può quindi concludere che, salvo circostanze molto particolari ove effettivamente esista un solo soggetto in grado di eseguire un lavoro o effettuare un servizio o una fornitura, la motivazione dell'affidamento diretto dovrà essere supportata dall'esito di una seppur breve ed informale ricerca di mercato che consenta di dimostrare che il contraente individuato è quello effettivamente più conveniente per l'Ente.