

Appalti pubblici: le linee guida per le procedure “sotto-soglia”

23 Marzo 2018

A seguito della modifica introdotta con il decreto legislativo 19 aprile 2017, n. 56 (cd. decreto correttivo), l'ANAC ha modificato le Linee Guida n. 4/2016, di attuazione del Decreto Legislativo 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”*.

La bozza delle nuove linee guida n. 4/2018 è stata sottoposta a parere del Consiglio di Stato che aveva espresso alcune osservazioni, soprattutto di carattere formale, accolte nel testo definitivo (Cons. St., comm. spec., 12 febbraio 2018, n. 361).

Nel parere è evidenziato, tra l'altro, che tali linee guida rappresentano un atto amministrativo generale di indirizzo non vincolante, che dà alle stazioni appaltanti modo di discostarsi da quanto disposto dall'Autorità, laddove sia adottato un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione.

1. Ambito di applicazione

Le linee guida sugli affidamenti sotto-soglia si applicano ad appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea, nei quali sono compresi i servizi di architettura e ingegneria.

L'obiettivo del testo è stabilire dei paletti per garantire una diffusa qualità delle procedure, delle indagini di mercato, e della formazione e gestione degli elenchi dei fornitori.

E, più in particolare, la relazione AIR che accompagna il nuovo testo spiega che, in seguito al Correttivo e in base a quanto richiesto dal legislatore, con l'aggiornamento ha voluto *«semplificare le procedure nel sotto-soglia, garantendo al contempo il rispetto dei principi di legalità a tutela del mercato e della concorrenza»*.

2. Il valore stimato dell'appalto

Nelle nuove linee guida viene precisato che al fine di evitare il frazionamento artificioso degli appalti si applicano anche per gli appalti sottosoglia comunitaria le disposizioni di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici.

Ciò vale anche per le opere a scomputo di cui all'articolo 36, comma 3 e 4 del Codice dei contratti pubblici, indipendentemente se si tratta di lavori di urbanizzazione primaria o secondaria, fatto salvo quanto previsto dal decreto del Presidente della Repubblica 380/2001.

3. Principi comuni

Il Consiglio di Stato ha chiarito che, in un mercato sempre più rilevante in termini percentuali come quello del “sotto-soglia”, la volontà di semplificazione sottesa alle linee guida non può in ogni caso mettere a rischio la qualità delle prestazioni e il rispetto dei principi generali di pubblicità, trasparenza, libera concorrenza, non discriminazione, proporzionalità.

Sotto tale aspetto con le linee guida n. 4/2018, l'ANAC introduce **alcune novità**.

In particolare, viene chiarito che le stazioni appaltanti:

- possono applicare le disposizioni sulle clausole sociali, tenendo conto anche delle indicazioni, che saranno fornite dall'ANAC in uno specifico atto regolatorio,
- garantiscono, in aderenza ai criteri di sostenibilità energetica e ambientale, la previsione nella documentazione progettuale e di gara dei criteri ambientali minimi adottati con decreto del Ministro dell'ambiente;
- applicano il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, posto al fine di evitare il consolidarsi di rapporti solo con alcune imprese, favorendo la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico.

4. *La disciplina della rotazione*

Il principio di rotazione, su cui si era concentrata l'attenzione del Consiglio di Stato, riguarda gli affidamenti diretti (fino alla soglia dei 40mila euro per lavori, servizi e forniture), e le procedure negoziate fino alla soglia comunitaria per servizi e forniture e fino ad 1 milione di euro per i lavori.

Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti si applica alle procedure rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quelle precedenti, nelle quali la stazione appaltante opera limitazioni al numero di operatori economici selezionati.

A tale scopo, i regolamenti interni delle stazioni appaltanti possono prevedere fasce, suddivise per valore, sulle quali applicare la rotazione degli operatori economici.

Il principio di rotazione comporta, di norma, il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento.

La rotazione non si applica laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure ordinarie o comunque aperte al mercato, nelle quali la stazione appaltante non operi alcuna limitazione in ordine al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione.

Ne consegue che il rispetto del principio di rotazione espressamente fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazionale più stringente.

L'affidamento diretto o il reinvito all'operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere motivato.

5. *Affidamento ed esecuzione di importi inferiori a 40 mila euro*

Sono previste procedure ulteriormente semplificate riguardanti gli affidamenti sotto soglia di importo inferiore, che prendono avvio con la determina a contrarre o con atto ad essa equivalente e si concludono con la verifica dei requisiti degli affidatari di lavori d'importo inferiore a 20.000 euro.

In particolare, nella nuova formulazione delle linee guida n. 4:

- per gli affidamenti fino a 5mila euro, la stazione appaltante può procedere alla stipula del contratto sulla base di un'apposita autodichiarazione resa dall'operatore economico dalla quale risulti il possesso dei requisiti di carattere generale (art. 80 del Codice). La stazione appaltante consulta, inoltre, il casellario Anac, acquisisce il Durc (Documento unico di regolarità contributiva) e, eventualmente, verifica i requisiti stabiliti da leggi speciali per determinate attività da espletarsi nei confronti della pubblica amministrazione. La stazione appaltante, inoltre, può comunque effettuare tutte le verifiche ritenute opportune, oltre ai necessari controlli a campione sulle autocertificazioni acquisite;

- Rispetto alla fascia che la precede, quella compresa tra i 5mila e 20mila euro, prevede l'obbligo per le stazioni appaltanti di effettuare le verifiche relative ai requisiti considerati obbligatori dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo).

Nella fascia tra 20 mila e 40 mila, per la stazione appaltante è obbligatoria la verifica di tutti i requisiti generali.

In ogni caso, alla luce del principio di concorrenza, viene sottolineato che anche in questa fascia di importo rappresenta una *best practice* il confronto dei preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.

6. Selezione degli operatori da invitare

Nel nuovo testo, viene 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 di selezione.

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 di selezione.

Rispetto alla prima versione delle linee guida, **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.**

Al riguardo nella relazione AIR, l'ANAC ritiene in parte di condividere la 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.

Tuttavia, 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»*.

7. *Minor prezzo ed esclusione automatica delle offerte*

Nel rispetto di quanto disposto dall'articolo 95 del Codice, la stazione appaltante motiva l'applicazione del criterio del minor prezzo di cui al predetto articolo 95, comma 4.

Tenuto conto dell'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali non univoche sulla modalità di individuazione delle ali da tagliare (art. 97, lett. a, b ed e), viene imposto alla stazione appaltante di indicare nella lettera di invito le modalità di calcolo dell'accantonamento delle ali e le modalità con cui individuare e trattare eventuali offerte identiche per la determinazione delle ali.

Su quest'ultimo punto, finalmente l'ANAC si conforma all'orientamento della giurisprudenza di merito.