

# **Aggiornamento Linee Guida n. 4 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”**

Consultazione on line dell’11 febbraio 2019 – invio contributi entro il 21 febbraio 2019

Linee guida art. 36 del codice

## **Contributi pervenuti**

### **Sommario**

A. Amministrazioni pubbliche e società pubbliche.....	2
1. Comune di Rimini .....	2
2. Regione Friuli Venezia Giulia.....	3
3. Università di Pisa .....	5
B. Associazioni di categoria .....	6
4. ACCREDIA.....	6
5. ANIP.....	7
6. CNA.....	12
7. Confartigianato Imprese.....	13
8. Rete professioni tecniche Piemonte .....	16
C. Dipendenti pubblici.....	18
9. Fabrizio Brini.....	18
10. Carmine Cella.....	18
11. Andrea Di Filippo.....	18
12. Maria Teresa Massi.....	19
D. Operatori economici.....	19
13. Valerio Dimonte.....	19
E. Liberi professionisti .....	21
14. Vittorio Miniero .....	21
F. Altri.....	22
15. Daniele Lampugnani .....	22
16. Fondazione Montagna e Europa Arnaldo Colleselli – Belluno.....	29

## A. Amministrazioni pubbliche e società pubbliche

### 1. Comune di Rimini

Con riferimento all'applicabilità dell'esclusione automatica delle offerte anomale, si segnala che si è verificato un caso in cui, sorteggiando il metodo previsto all'art. 97, comma 2, lett. b) del Codice, la soglia di anomalia si colloca - per effetto del decremento previsto dalla norma - al di sopra delle offerte che fanno parte dell'ala inferiore e al di sotto del ribasso della prima offerta non facente parte dell'ala inferiore.

Occorre chiarire se in casi del genere:

- la gara non deve essere aggiudicata ad alcun operatore economico (ipotesi da rigettare in quanto anche a seguito di nuova gara potrebbe ripresentarsi all'infinito la stessa situazione)
- la gara deve essere aggiudicata all'offerta che si colloca sotto la soglia di anomalia, anche se appartenente all'ala inferiore, considerando le offerte meramente accantonate ai fini del calcolo e non da escludere automaticamente dalla procedura
- sia consentito estrarre un ulteriore metodo fra quelli previsti dall'art. 97, comma 2, del Codice, al fine di ottenere un risultato valido.

Per maggior chiarezza si riportano i ribassi:

27.624 ala superiore

27.320 ala superiore

25.999 ala superiore

24.434 anomala

24.377 anomala

23.570 anomala

22.207 anomala

22.175 anomala

21.131 ala inferiore

20.103 ala inferiore

18.880 ala inferiore

La soglia di anomalia è pari a 21.718.

Si è inoltre verificato che, sempre applicando il decremento percentuale previsto dall'art. 97, comma 2, lett. b) del Codice, è possibile che la soglia di anomalia sia di fatto inferiore a tutte le offerte in gara (sia fuori che dentro le ali).

Anche in casi del genere, occorre chiarire se:

- la gara non deve essere aggiudicata ad alcun operatore economico (ipotesi da rigettare in quanto anche a seguito di nuova gara potrebbe ripresentarsi all'infinito la stessa situazione)
- sia consentito estrarre un ulteriore metodo fra quelli previsti dall'art. 97, comma 2, del Codice, al fine di ottenere un risultato valido.

Per maggior chiarezza si riportano i ribassi:

21,099 ala superiore

21,100 ala superiore

21,131 ala superiore

22,175 anomala

22,320 anomala

23,590 anomala

23,190 anomala

23,680 anomala

25,999 ala inferiore

27,320 ala inferiore

27,624 ala inferiore

La soglia di anomalia è pari a 20.922.

## **2. Regione Friuli Venezia Giulia**

Punto 4: interpretazione modifiche normative introdotte dalla L. 145/2018 art. 1 comma 912. Modalità di acquisizione preventivi.

Al fine di non rendere aleatoria la scelta dell'operatore economico al quale affidare il contratto, tenuto conto del valore economico dell'affidamento, si ritiene indispensabile che la Stazione appaltante definisca ex ante gli elementi essenziali del contratto (oggetto, modalità e tempi di esecuzione della prestazione, sopralluogo) al fine di consentire all'operatore di formulare un'offerta consapevole. A tal fine, si ritiene che per "acquisizione preventivi" ci si debba riferire ad una procedura competitiva che seppur informale consenta una comparazione tra offerte che porterà ad individuare l'affidatario tecnicamente ed economicamente migliore per la Stazione appaltante.

Punto 6: suggerimenti al fine di evitare un'applicazione distorta della disciplina del sotto soglia.

Non si condividono le proposte espresse al punto 6 i cui presupposti, applicazione distorta della normativa, a parere dello scrivente, traggono origine da un errore di fondo: la sovrapposizione di fasi procedurali diverse quali sono l'indagine di mercato e la procedura di scelta del contraente. Preme rilevare che, l'indagine di mercato, prevista per le sole procedure semplificate di cui all'art. 36 del D.lgs. 50/2016, da effettuarsi con le modalità di cui alle Linee guida n. 4 di Anac, è preliminare all'avvio della procedura negoziata ed è preordinata all'individuazione di potenziali concorrenti attraverso

L'attribuzione di una "preferenza" che si traduce numericamente in un punteggio che non si identifica con la procedura di gara. La stessa pertanto, NON si riferisce ad una procedura di gara ma è finalizzato a sollecitare tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti minimi richiesti dall'avviso alla formulazione di eventuali manifestazioni d'interesse per essere invitati a future procedure negoziate di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) e c) del D. Lgs 50/2016 senza però che vi sia alcun vincolo per l'Amministrazione.

L'orientamento consolidato dell'Autorità in materia, a cui fa riferimento il documento di Consultazione si riferisce alle procedure d'appalto (l'indagine di mercato non è una procedura di gara) nelle quali la previsione di clausole legate ad esempio ad elementi di localizzazione territoriale con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte o la richiesta di requisiti ulteriori rispetto alla SOA determinano la violazione dei principi di uguaglianza, discriminazione, parità di trattamento e concorrenza.

Per quanto riguarda invece le manifestazioni d'interesse non vi è un orientamento consolidato ma pareri di precontenzioso anche confliggenti tra loro (deliberazione ANAC n. 841 del 03.08.2016 e n. 1148 del 12. 12. 2018), la determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 2 del 6 aprile 2011 che declina, a titolo esemplificativo, alcuni criteri di scelta ai fini della selezione degli operatori economici da invitare quali ad esempio "le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700), l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico" e la stessa linee guida n. 4 di attuazione del D.lgs 50/2016 e s.m.i. che lascia alla discrezionalità della S.A. la facoltà di definire i criteri di selezione nell'ambito dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza ( punto 5.2 delle linee guida 4 : "Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero non inferiore a quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici. Nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Se non ritiene di poter invitare tutti gli operatori economici risultanti dall'indagine di mercato o presenti nell'elenco, la stazione appaltante deve indicare, nell'avviso, il numero massimo di operatori che selezionerà ai fini del successivo invito, e i relativi criteri, nel rispetto dei principi di cui al precedente periodo. La stazione appaltante tiene comunque conto del valore economico dell'affidamento nonché della volontà di avvalersi della facoltà prevista dall'articolo 97, comma 8, del Codice dei contratti pubblici).

Fatta questa doverosa premessa si manifesta il proprio dissenso alla proposta di integrazione delle linee guida contenuta a pag. 6 delle premesse delle linee guida n. 4. che dispone il divieto di prevedere negli avvisi di manifestazione d'interesse la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA e l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

La richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto ad esempio all'attestazione Soa (sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica/ finanziaria e tecnico/ professionale nella procedura di gara ), da definirsi nel rispetto dei principi del codice sopra declinati, non è finalizzata ad escludere

dalla selezione taluni operatori economici ma a selezionare gli operatori economici ritenuti più idonei in relazione al valore economico dell'appalto. La facoltà di prevedere ulteriori criteri di scelta, consente alle Stazioni appaltanti di assumersi la responsabilità di una scelta consapevole e motivata escludendo il ricorso al sorteggio che, quale metodo aleatorio e casuale non valorizza la qualificazione e professionalità dell'operatore economico (si ricorda infatti che il sorteggio, richiamato a titolo esemplificativo nella versione delle linee guida antecedenti all'aggiornamento al D.lgs. 56/2017 è stato altresì espunto dal testo della versione attuale).

Pertanto, consentire di introdurre ulteriori requisiti rispetto al mero possesso della SOA quali ad esempio "aver svolto lavori analoghi" o "l'assenza di contenzioso..." da definirsi "ex ante" alla luce delle esemplificazioni indicate da codesta Autorità nella determinazione n. 2 / 2011, che si badi bene, pur consentendo l'attribuzione di punteggi diversi, non pregiudicano, la partecipazione all'avviso delle imprese che non possono vantare questi requisiti ulteriori, risponde alle indicazioni delle direttive comunitarie (strategia europea 2020 per una crescita intelligente, sostenibile ed inclusiva), ai principi dell'art. 30 e 36 comma 1 nonché ai principi richiamati al punto 5.1.2 delle linee Guida n. 4 .

In merito all'aspetto relativo alla prossimità della sede legale si rileva che lo stesso non si traduce, come parrebbe, in un criterio di natura territoriale ma si traduce in un criterio che attiene sulla capacità di azione della ditta ad operare nello specifico contesto territoriale.

Si deve sottolineare infatti che è inevitabile che l'organizzazione d'impresa a distanza di un appalto pubblico comporti dei costi che inevitabilmente gravano sull'appalto in misura direttamente proporzionale al valore dell'appalto stesso, di talché per appalti di valore modesto il costo del lavoro calcolato per l'esecuzione delle lavorazioni senza considerare ad esempio l'indennità di trasferta del singolo lavoratore può incidere direttamente sull'utile d'impresa e quindi sulla concreta sostenibilità economica, gravante soprattutto sulle medie e micro-imprese che vedono ridurre drasticamente le proprie capacità di sopravvivenza. Se si ritiene valido quanto disposto dall'art. 36 comma 1, primo capoverso, per cui, per gli affidamenti sotto soglia di cui all'art. 36 comma 2, la Stazione appaltante deve assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro-imprese, piccole e medie imprese, la stessa Stazione appaltante, non può considerare come doverosa la tutela dei livelli retributivi e del giusto guadagno che consentono alle stesse di sopravvivere e di innervare un tessuto economico e sociale che è e che non può essere altro che di livello locale.

Si ritiene pertanto che, il concetto di distanza associata al costo dell'organizzazione d'impresa costituisce elemento oggettivo rispettoso di tutti i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

### **3. Università di Pisa**

Con riferimento al documento di consultazione sulle nuove Linee Guida ANAC n. 4, si osserva, in merito alla nuova procedura per l'affidamento diretto dei lavori di cui all'art. 1, comma 912, della legge n. 145/2018, che la norma in questione non stabilisce, come fa invece l'art. 36, comma 2, lettere b) e c), per le procedure negoziate, che gli operatori economici invitati debbano essere individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

Poiché la procedura si applica in deroga a quanto previsto dall'art. 36, comma 2, ma continua a trovare applicazione l'art. 36, comma 1, il quale prevede che debba essere rispettato il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti, si ritiene che la scelta dei tre operatori economici possa avvenire anche senza la previa pubblicazione di avvisi per manifestazione di interesse o la predisposizione di elenchi di

operatori, ma possa avvenire in seguito ad una scelta discrezionale della stazione appaltante nel rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese (art. 36, comma 1, del Codice).

Prevedere, o anche solo suggerire alle stazioni appaltanti nelle Linee Guida ANAC di ricorrere alla costituzione di elenchi di operatori economici da cui selezionare gli operatori a cui richiedere la presentazione del preventivo oppure a indagini di mercato significa aggravare il procedimento con oneri per le Stazioni Appaltanti che il legislatore non ha voluto prevedere proprio al fine di velocizzare la procedura di scelta del contraente.

In ogni caso, in assenza di un'espressa previsione del legislatore in ordine alla preventiva pubblicazione di avvisi di indagini per manifestazioni di interesse o al ricorso ad elenchi aperti di operatori economici nella procedura in questione, si riterrebbe non sussistere alcun obbligo al riguardo a carico della Stazione Appaltante.

## **B. Associazioni di categoria**

### **4. ACCREDIA**

Riferimento paragrafi 4.2.1 e 5.1.6

Dopo le seguenti frasi, presenti al termine dei paragrafi 4.2.1 e 5.1.6:

“L'eventuale possesso dell'attestato di qualificazione SOA per la categoria dei lavori oggetto dell'affidamento è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità economico/finanziaria e tecnico/professionale richiesti.”

Chiediamo di inserire il seguente capoverso:

“L'eventuale possesso di una valutazione di conformità riferibile ai requisiti richiesti per la prestazione da svolgere rilasciata da soggetto accreditato ai sensi del Reg. (CE) n. 765/2008 per la specifica valutazione di conformità è sufficiente per la dimostrazione del possesso dei requisiti di capacità tecnico - professionale.”

Motivazione: la valutazione di conformità svolta da soggetto accreditato fornisce il massimo livello di garanzia della presenza dei requisiti richiesti, stante che, come recitano i considerando 8 e 9 del Reg. (CE) n. 765/2008:

“(8) L'accreditamento fa parte di un sistema globale, che comprende la valutazione della conformità e la vigilanza del mercato, concepito al fine di valutare e garantire conformità alle norme applicabili.

(9) Il valore particolare dell'accreditamento sta nel fatto che esso fornisce un'attestazione dotata di autorità della competenza tecnica degli organismi cui spetta assicurare conformità alle norme applicabili”

## 5. ANCE

Il testo proposto nel documento di consultazione è da valutarsi positivamente, essendo aderente all'articolo 35, comma 9 del D.lgs. 50/2016 e, conseguentemente, essendo idoneo a garantire una interpretazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001 conforme alla normativa comunitaria.

Al paragrafo 2.2, si ritiene opportuno specificare meglio che la deroga operata dall'articolo 36, comma 4 del D.lgs. 50/2016, rispetto al principio generale disposto dall'articolo 1, comma 2, lett. e) del medesimo D.lgs., fa riferimento alle opere di urbanizzazione primaria funzionali all'intervento relative al permesso di costruire (compreso il permesso di costruire convenzionato di cui all'art. 28 bis del Dpr 380/2001), così come a tutte quelle da realizzarsi nell'ambito degli strumenti urbanistici attuativi.

Per tale ultima fattispecie, occorre precisare che il calcolo della soglia dovrà essere effettuato sempre avendo riguardo alla convenzione che disciplina di volta in volta i rapporti tra soggetto privato e pubblica amministrazione.

Difatti, l'attuazione di un piano attuativo può essere unitaria ovvero articolata in una pluralità di proposte del tutto autonome tra loro ed attuate dai soggetti privati attraverso specifiche convenzioni (come nel caso dei programmi di recupero urbano di cui all'articolo 11 della legge 493/93).

Tale impostazione trova conferma nel disposto dell'articolo 1, comma 2, lett. e) del D.lgs. 50/2016 che assoggetta al rispetto del Codice dei Contratti le opere da realizzarsi da parte dei soggetti privati in conseguenza di un titolo abilitativo ovvero di una convenzione urbanistica, ad eccezione di quanto previsto dal richiamato articolo 36, comma 4.

È da valutarsi positivamente anche l'introduzione, del nuovo paragrafo 2.3, relativo all'applicazione dell'art. 35, comma 11 con specifico riferimento alla realizzazione delle opere di urbanizzazione a scomputo. Tale richiamo consente, infatti, a determinate condizioni, l'applicazione dell'art. 16, comma 2-bis del Dpr 380/2001, anche nel caso in cui il valore stimato del coacervo delle opere di urbanizzazione a scomputo superi la soglia comunitaria.

Resta ferma, comunque, l'opportunità di una modifica normativa volta ad inserire un richiamo espresso all'art. 35, comma 11 nell'ambito dell'art. 36, comma 4 del Codice appalti, in modo da evitare eventuali future incertezze normative o censure da parte della Commissione europea.

Come evidenziato nel documento di consultazione, la Commissione europea ha rilevato l'incompatibilità dell'articolo 97, comma 8, del Codice con le Direttive comunitarie, in quanto la norma nazionale consente di applicare, negli appalti sotto soglia comunitaria (per i lavori fino a 2 mln di euro), l'esclusione automatica delle offerte anomale – non prevista a livello UE - alla sola condizione che il numero delle offerte ammesse non sia inferiore a 10.

La Commissione ha evidenziato, infatti, la non conformità della norma rispetto a quanto sancito sul punto dalla Corte di Giustizia europea (sentenza del 15 maggio 2008), secondo la quale anche negli appalti inferiori alla soglia UE devono trovare applicazione i principi fondamentali del Trattato sulla libertà di stabilimento, libera prestazione di servizi e non discriminazione e, pertanto, la possibilità di aggiudicare l'appalto con un meccanismo matematico/automatico – senza preventivo contraddittorio con l'offerente - può trovare applicazione solo a condizione che:

- l'appalto non presenti un interesse transfrontaliero certo ovvero,

- laddove sussista un interesse transfrontaliero certo, vi sia un numero eccessivamente elevato di offerte con cui svolgere il contraddittorio, tale da eccedere la capacità amministrativa dell'amministrazione o da ritardare la realizzazione del progetto

Ciò premesso, nell'attesa che intervenga un'eventuale modifica normativa sul punto, Ance ritiene opportuno che nelle Linee Guida venga fornita un'interpretazione comunitariamente orientata della norma, individuando i possibili "indicatori" della presenza di un interesse transfrontaliero certo.

Tali chiarimenti, infatti, sono indispensabili per rendere possibile, sin d'ora, l'applicazione dell'esclusione automatica negli appalti sotto soglia, naturalmente nel rispetto delle indicazioni comunitarie.

Ance, infatti, sostiene da sempre il valore di tale meccanismo di gara che, garantendo un forte snellimento procedurale, consente di arrivare velocemente all'aggiudicazione dell'appalto e alla esecuzione dei lavori. Esso, quindi, può svolgere un fondamentale ruolo in chiave "anticrisi", favorendo la rapida trasformazione delle risorse stanziare in cantieri operativi.

Peraltro, il cd. "sistema antiturbativa", di cui all'art. 97, comma 2, consente, al contempo, alle amministrazioni di contenere il rischio di ribassi eccessivi e di accordi collusivi tra imprese.

Ciò premesso, quanto alla presenza dell'interesse transfrontaliero certo, Ance ritiene che debba essere individuato un parametro oggettivo, scevro, quindi, dal rischio di interpretazioni discrezionali, di per sé fonte di possibile contenzioso.

In questa ottica, si ritiene che l'indicatore più attendibile possa essere rappresentato dal numero di imprese straniere partecipanti alla procedura. Pertanto, laddove tale partecipazione sia significativa - intendendosi per tale, ad esempio, la presenza di una percentuale superiore al 10 per cento di imprese aventi sede in Nazioni dell'Unione Europea diverse dall'Italia - deve ritenersi presente un interesse transfrontaliero all'affidamento.

Infine, in coerenza con le indicazioni comunitarie, laddove sussista un interesse transfrontaliero certo, l'esclusione automatica può trovar applicazione a condizione che il numero offerte ammesse venga elevato rispetto a quello attualmente previsto - ritenuto troppo esiguo - portandolo, ad avviso dell'Ance, a 15.

Ne consegue, altresì, che l'esclusione automatica, in caso di assenza di interesse transfrontaliero, possa trovare applicazione senza la necessità che vi sia un numero minimo di offerte ammesse. Ciò premesso, si ritiene comunque ragionevole che tale numero dovrebbe coincidere con quello minimo di 5, previsto per il calcolo della soglia di anomalia.

L'innalzamento della soglia di importo massimo per gli affidamenti diretti, di cui all'art. 36, co 2, lett. a) del Codice, introdotto, in via transitoria fino al 31 dicembre 2019, dalla Legge di Bilancio, rappresenta una norma di grande impatto sul mercato degli appalti pubblici, considerato che la fascia di importo fino a 150 mila euro assorbe gran parte degli affidamenti effettuati dagli enti locali.

Non è un caso che il Legislatore del 2016 abbia reputato di individuare una soglia di importo molto più bassa (pari a 40 mila euro) per procedere ad affidamento diretto, prescindendo, cioè, da qualsiasi confronto tra diverse offerte, in deroga al principio di concorrenza.

Ciò posto, si ritiene condivisibile la soluzione interpretativa suggerita nel documento di consultazione, tesa a risolvere la contraddittorietà presente nell'espressione "affidamento diretto previa consultazione di tre operatori", nel senso che, per tali affidamenti, sia comunque necessario procedere all'acquisizione di tre preventivi.

In ordine, poi, alle modalità di acquisizione di tali preventivi, potrebbe anche essere considerata la possibilità che le richieste siano rivolte a soggetti, specificamente qualificati per il lavoro in questione,

iscritti negli elenchi degli operatori economici predisposti dalla stazione appaltante. Solo laddove questi elenchi non siano stati costituiti o quando all'interno di tali elenchi gli operatori qualificati siano in numero insufficiente, si potrebbe poi avviare l'indagine di mercato.

Tra l'altro, nelle Linee Guida andrebbe ulteriormente ricordato che i tre preventivi previsti dalla norma costituiscono un numero minimo al di sotto del quale non si può scendere e che, pertanto, nulla vieta alle amministrazioni di elevarlo ulteriormente. Ciò, peraltro, potrebbe essere utile al fine di non precludersi il possibile utilizzo dell'esclusione automatica delle offerte anomale (cfr. paragrafo precedente).

Resta ferma, naturalmente, l'osservanza del principio di rotazione, quale garanzia contro possibili distorsioni applicative che favoriscano il consolidamento di eventuali rendite di posizione, nonché dei principi di trasparenza e pubblicità.

Peraltro, considerato che la procedura per l'affidamento diretto - sia pure condizionata all'acquisizione di tre preventivi - è comunque di tipo semplificato, e come tale non è pienamente compatibile con l'impostazione del sistema AVCpass, sarebbe opportuno che si chiarisse come debba procedere l'amministrazione alla verifica dei requisiti negli affidamenti diretti tra 40 mila e 150 mila euro, ovvero se debba o meno richiedere il PASSoe.

Anzitutto, si vuole esprimere piena condivisione in merito alla volontà di ribadire il divieto di prevedere negli avvisi per acquisire le manifestazioni di interesse, criteri di selezione distorsivi della concorrenza - come individuati nel documento di consultazione - ed in particolare, il divieto di chiedere requisiti aggiuntivi rispetto alla Soa. Tra questi, andrebbe espressamente vietata la richiesta di elementi già verificati in sede di qualificazione, quali ad esempio l'intervenuta esecuzione, in certo arco temporale, di lavori "analoghi" o "similari" a quelli oggetto dell'affidamento, sia nei confronti della medesima stazione appaltante che di altre amministrazioni.

Per le medesime ragioni, tali requisiti non dovrebbero essere richiesti neanche in sede di offerta, ai fini dell'attribuzione di punteggio premiale, dal momento che ciò concreterebbe un mero aggiramento del divieto di richiedere requisiti aggiuntivi in fase di selezione, spostando il problema alla fase di aggiudicazione.

Le procedure negoziate, infatti, ancorché rappresentino forme di gara semplificate, devono essere svolte nel rispetto della normativa vigente sulla partecipazione alle gare e non dovrebbero svilire in alcun modo la qualificazione maturata dagli operatori economici.

Per tali ragioni, si vuole ribadire l'auspicio - già espresso in occasione delle precedenti consultazioni - che l'Anac orienti le amministrazioni nel senso di evitare il sistema del "sorteggio" che, oltre a vanificare la qualificazione delle imprese, produce effetti distorsivi del mercato.

Si pensi ai frequenti casi di gare deserte o scarsamente partecipate, in quanto l'impresa sorteggiata non è effettivamente interessata ai lavori.

Vanno, altresì, contrastati quei criteri che possano prestare il fianco a possibili effetti distorsivi sul piano della tutela della concorrenza e della parità di trattamento tra operatori economici.

Pertanto, va senz'altro contrastata la previsione:

- del criterio cronologico dell'ordine di arrivo delle richieste di partecipazione, che più di ogni altro si presta al rischio di strumentalizzazioni;
- del criterio della vicinanza della sede legale rispetto al luogo di esecuzione dei lavori (la cd. *ratione loci*).

Su quest'ultimo aspetto si ritiene, tuttavia, che la possibilità di tenere in considerazione elementi legati alla territorialità possa avere una sua ragionevolezza, ma solo al ricorrere di alcune condizioni, da esplicitare in una modifica normativa di sistema.

Tale modifica dovrebbe contemplare i seguenti aspetti:

- fino a 40.000 euro: favorire l'applicazione della disposizione sull'affidamento diretto;
- sopra i 40.000 euro e fino a 150.000 euro: consentire al RUP di scegliere liberamente gli invitati, anche attraverso criteri che favoriscono l'imprenditoria locale, sempre nel rispetto del principio di rotazione degli inviti;
- sopra i 150.000 euro e fino a 500.000 euro: consentire al RUP di utilizzare un meccanismo di "sorteggio pubblico qualificato", che preveda di riservare il 50% degli inviti alle imprese "locali" idoneamente qualificate e che hanno manifestato interesse, ed il restante 50% a tutte le altre imprese che hanno manifestato interesse, sempre idoneamente qualificate.
- sopra i 500.000 e fino ad 1 milione di euro: imporre la scelta tra procedura aperta o procedura negoziata con indagine di mercato e obbligare per la stazione appaltante ad invitare tutti i soggetti idoneamente qualificati che hanno manifestato interesse - in entrambi i casi - con semplificazioni procedurali (ovvia gara con metodo "antiturbativa" di cui all'art. 97 del Codice, opportunamente rivisto, solo con l'offerta, verifiche a "campione" in gara e verifica solo sull'aggiudicatario).

## 6. ANIP

### CONSULTAZIONE LINEE GUIDA N. 4 INDETTA L'11 FEBBRAIO 2019

Contributi sul principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti

1. Nell'ambito dei contributi richiesti codesta Spettabile Autorità Nazionale Anticorruzione agli stakeholder nel documento di consultazione, alcuni si riferiscono agli appalti pubblici di servizi, settore questo di interesse della scrivente Associazione, ANIP-Confindustria.

Tra tali temi vi è quello relativo all'innalzamento da Euro 1.000,00 ad Euro 5.000,00 della soglia stabilita nel paragrafo 3.7 delle Linee Guida n. 4, al di sotto della quale è possibile per i committenti pubblici derogare all'applicazione del principio di rotazione come disciplinato ai paragrafi 3.6 e 3.7 delle medesime Linee Guida n. 4.

La scrivente Associazione intende non solo esprimere il proprio parere ampiamente favorevole rispetto alla prospettata modifica delle Linee Guida n. 4, ma ritiene anche doveroso, oltre che opportuno, svolgere ulteriori considerazioni in ordine alla declinazione del principio di rotazione rinvenibile nelle dette Linee Guida; ciò, quantomeno per quanto attiene i servizi di pulizia, manutenzione e, più in generale, il settore del facility management (comparto di riferimento della scrivente associazione datoriale), anche se si ritiene che quanto di seguito esposto sia estensibile all'intero comparto dei servizi.

Per quanto superfluo, è comunque doveroso premettere preliminarmente che la finalità ispiratrice del principio di rotazione, quella di evitare l'instaurarsi di "rendite di posizione" in capo all'appaltatore uscente, è senz'altro meritevole di condivisione. Rimane, però, che le concrete dinamiche applicative del principio al settore di riferimento della scrivente (ma riteniamo non sono a quello), genera, per come si conta in appresso di descrivere, vere e proprie storture di sistema, pregiudizievoli per gli operatori economici, le Stazioni Appaltanti ed anche i livelli di resa dei servizi, con ogni nefasta conseguenza del caso anche in ordine alla razionalizzazione della spesa pubblica ed all'effettiva efficienza delle risorse economiche pubbliche impiegate.

Ma procediamo con ordine.

2. Al secondo alinea del paragrafo 3.6 si legge “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”. Ai due divieti in questione (divieto di affidamento al gestore uscente e divieto di invito agli operatori invitati nella precedente selezione) fanno da pendant le corrispondenti previsioni del successivo paragrafo 3.7 delle medesime Linee Guida n. 4 che, rispettivamente, dispongono che “...il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l’affidamento o il reinvio al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un’onere di motivazione più stringente” e che (in modo leggermente attenuato) “L’affidamento diretto o il reinvio all’operatore economico invitato in occasione del precedente affidamento, e non affidatario, deve essere motivato”.

Ora, la prima circostanza che si palesa con forza, e che forse si rileva con maggiore immediatezza, è il (preoccupante) disincentivo all’efficienza e alla ricerca di maggiore qualità dei servizi che il divieto di riaffidamento cristallizza per iscritto. Più esattamente: la matematica certezza, consegnata sin dal principio al gestore del servizio per cui, a prescindere da come saranno rese le prestazioni, lo stesso non potrà avere alcuna chance di riaffidamento, rischia, giocoforza, di produrre, un preoccupante appiattimento delle prestazioni, cancellando tout court ogni spinta tipicamente imprenditoriale alla ricerca di soluzioni di maggiore qualità ed efficienza a beneficio dei committenti e di tutti gli utenti delle strutture servite.

Volendo fare un parallelismo, ciò equivale ad anticipare ad inizio anno scolastico la bocciatura allo studente, chiedendogli di prestare il massimo impegno nello studio e nell’apprendimento sino a giugno! Sic!

Si intuisce dunque immediatamente come una tale declinazione del principio - in sé condivisibile - di rotazione contraddice, fino a negarli, altri due principi che devono ispirare l’affidamento e la gestione dei pubblici contratti di appalto (sotto e sopra soglia comunitaria) e che hanno pari dignità del primo: quello di efficacia (inteso come la congruità degli atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell’interesse pubblico cui sono preordinati) e quello di efficienza (non corrisponde, infatti, certo all’uso efficiente delle risorse economiche pubbliche disincentivare in fase di esecuzione dei contratti pubblici ogni spinta dell’appaltatore a ricercare soluzioni per il sempre migliore svolgimento delle prestazioni affidate).

3. Altra circostanza che viene in rilievo è quella che una tale declinazione del principio di rotazione rischia di contrastare, in modo del tutto paradossale, proprio con il principio di concorrenzialità. Non può infatti sfuggire come la previsione “...di norma...” di un divieto di invito alla procedura di riaffidamento che colpisce il gestore uscente e persino tutte le imprese invitate nella precedente tornata e risultate, loro malgrado, non aggiudicatarie, realizza una “interferenza” della Committenza pubblica nelle libere dinamiche concorrenziali del mercato, con la creazione di barriere artificiali alla competizione. Non si comprende infatti quale utilità concorrenziale vi sia nel negare la chance di partecipare ed aggiudicarsi le future procedure di affidamento del medesimo servizio (lavoro o fornitura) agli operatori economici che hanno già partecipato senza profitto alla precedente selezione. Del resto, scopo primario delle procedure ad evidenza pubblica è proprio quello di ottenere dal mercato il maggior numero di offerte (serie) possibile anche al fine di avere maggiori possibilità di scelta ed ottenimento di un’offerta di livello congruamente elevato; il tutto, a beneficio esclusivo dell’interesse pubblico sottostante. Orbene, tali obiettivi possono essere raggiunti solo se la domanda del servizio è rivolta al mercato di riferimento, senza condizionamenti di sorta, quali quelli derivanti dal divieto di

reinvito; questo, a maggior ragione se esteso anche ad operatori economici che non hanno beneficiato dell'esecuzione del precedente contratto, ma che al contrario hanno investito tempo e risorse per la partecipazione ad una procedura di gara che non è stata loro aggiudicata.

Potrebbe risultare maggiormente in linea con i principi posti dall'ordinamento in materia di procedure ad evidenza pubblica raccomandare che nei successivi confronti, anziché negare o limitare fortemente la partecipazione agli operatori economici che abbiano preso parte alla precedente procedura, venga ampliata, ove consentito dal mercato di riferimento, il numero dei concorrenti da invitare.

4. Meritevole di opportuni approfondimenti e riconsiderazione appare anche il disposto del paragrafo 3.7 laddove è previsto che "...il rispetto del principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti fa sì che l'affidamento o il reinvito al contraente uscente abbiano carattere eccezionale e richiedano un onere motivazione più stringente". Infatti, la previsione di motivazioni rafforzate degli atti della procedura, mal si concilia con le esigenze di speditezza e celerità che sono proprie della procedure negoziate sottosoglia e, soprattutto, rischia di far perseguire alle Stazioni appaltanti la "strada più semplice", ovvero quella dell'evitare l'aggravio motivazionale e le responsabilità che dallo stesso derivano; ciò, come sopra esposto, senza che da ciò derivi alcun effettivo beneficio al mercato di riferimento e, soprattutto, agli interessi pubblici sottesi alla procedura selettiva. Dunque, anche a tale riguardo, deve osservarsi che l'attuale modulazione del "principio di rotazione degli affidamenti e degli inviti", come delineato ai paragrafi 3.6 e 3.7 delle Linee Guida n. 4, non sembra appagare i desiderata legislativi, generando piuttosto un pericoloso cortocircuito dei principi che presidono agli affidamenti sottosoglia.

5. Probabilmente, un ripensamento in nuce del principio di rotazione e una riconsiderazione dei divieti di riaffidamento e reinvito, si impongono all'attenzione della Spettabile Autorità a beneficio, in primis, delle Stazioni appaltanti e, in secondo luogo, anche del mercato – nel caso di specie – dei servizi di pulizia e facility management in genere che, allo stato, "subisce" le conseguenze derivanti dall'applicazione di quanto disposto ai citati paragrafi 3.6 e 3.7 delle Linee Guida n. 4 da parte delle Stazioni appaltanti, che, come detto: 1) non risulta idoneo a stimolare la qualità dei servizi affidati; 2) genera una spirale mortificante della ricerca di soluzioni innovative e di efficienza; 3) contrasta con i principi di efficacia ed efficienza dell'azione amministrativa; 4) condiziona pesantemente gli andamenti concorrenziali del mercato; 5) non assicura il miglior risultato per il committente pubblico; 6) genera un appesantimento/aggravamento dell'iter dell'azione amministrativa.

Per tutto quanto sopra esposto, si rivolge, pertanto, l'invito a voler contenere gli attuali divieti categorici di riaffidamento e reinvito in senso conforme agli altri principi da sempre sottesi alla normativa vigente in materia di affidamenti di servizi per il "sotto soglia" e, in specie, solo per fare un esempio, la previsione di una "...motivazione più stringente..." solo in casi realmente "patologici", ovvero in caso in cui effettivamente il riaffidamento al medesimo gestore risultino essere sintomatici di circostanze anomale che non consentono la effettiva dinamica competitiva, lasciando che nella generalità dei casi sia proprio il confronto concorrenziale a contrastare, come esperienza insegna, la creazione di rendite di posizione.

## 7. CNA

Periodo transitorio per le soglie relative ai lavori - La necessità di adeguare le linee guida alle disposizioni introdotte con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, art. 1 comma 912, pare ovvia, così come il loro carattere transitorio, mantenendo coerenza con il dettato legislativo. Ne consegue, pertanto, che

gli affidamenti tra 40.000 e 150.000 euro, fino al 31 dicembre 2019, possano avvenire utilizzando le procedure dell'affidamento diretto, previa richiesta di tre preventivi. In merito all'opportunità di fornire indicazioni sulle modalità di acquisizione dei suddetti preventivi, si richiama la necessità di individuare soluzioni semplici ed immediatamente fruibili, quali la presenza di elenchi già disponibili, o la predisposizione di nuovi elenchi partendo dall'individuazione di operatori che hanno già avuto esperienze con la stazione appaltante con esito positivo.

Revisione della soglia di rilevanza per il criterio di rotazione - Si ritiene che la scelta effettuata dal legislatore con il comma 130 dell'art. 1 della legge 145/2018, innalzando a 5.000 euro la soglia prevista per il ricorso al mercato elettronico, non possa non tradursi in altre modifiche anche in altre disposizioni che, per analogia, avevano preso a riferimento quel valore economico, ciò vale, pertanto, anche in riferimento all'obbligo di rotazione.

Modalità di superamento delle criticità rilevate - In relazione alle integrazioni proposte, si condivide l'opportunità di ribadire il divieto di prevedere sia la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto alla SOA, sia l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande. Per quanto riguarda il criterio della prossimità, la sede legale di un operatore non è certo elemento qualificante, stante la possibilità che possa essere, e spesso lo è, molto lontano dalla effettiva sede operativa

## **8. Confartigianato Imprese**

La proposta sottoposta all'attenzione dell'ANAC è stata redatta allo scopo di facilitare le condizioni necessarie per favorire la partecipazione delle Micro e Piccole Imprese al mercato degli Appalti Pubblici, nel rispetto delle prescrizioni contenute nel D.Lgs. n. 50/2016 e ss.mm. ii..

Ricordiamo che le micro e piccole imprese rappresentano la quasi totalità degli operatori economici operanti nel territorio italiano e siamo pertanto convinti che l'adozione delle procedure che ci apprestiamo a proporre alla Vostra attenzione, consentirebbero la distribuzione di lavoro e ricchezza nel territorio e favorirebbero un percorso di crescente legalità e trasparenza, creando valore aggiunto per tutta la comunità.

Come è noto con la pubblicazione del nuovo Codice Appalti e il nuovo paradigma della soft law c'è oggi la possibilità per le Stazioni Appaltanti di applicare la norma fino in fondo e raccogliere la sfida lanciata dal Consiglio di Stato: "il buon esito di una riforma amministrativa è strettamente condizionato dalla relativa fase attuativa, che, nella specie, rappresenta un necessario elemento di completamento", ma a nostro avviso il pregiudizio nei confronti degli operatori economici ha prodotto una normativa poco chiara che aggrava il procedimento in contrasto con le esigenze sia degli operatori economici sia delle stazioni appaltanti e anziché avere procedure snelle e veloci si è generato un groviglio normativo che ha ingessato il sistema, complice anche la mancata conclusione del processo di riforma.

Si evidenzia che anche nella presente linea guida la procedura individuata dai punti 4.2.2 ai punti 4.2.4 individuando ulteriori sotto soglie nell'ambito dell'affidamento diretto sotto i 40.000, genera confusione e disorientamento anche alla luce della semplificazione che si è voluta ribadire con la Legge 145/2018.

Interpretazione e applicazione delle modifiche normative introdotte dalla L. 145/2018, art. 1 comma 912 - Modalità di acquisizione dei preventivi.

Proprio l'oggettivo blocco degli appalti, la necessità di semplificare le procedure ed accelerare gli investimenti, unito all'urgente necessità di messa in sicurezza del patrimonio infrastrutturale e

immobiliare inserita in un contesto di congiuntura economica stringente e protratta da lungo tempo ha indotto il Governo ad emanare la legge 30 dicembre 2018, n. 145 ed in particolare per quanto qui rivela l'articolo 1 comma 912.

Pur concordando sulla non perfetta formulazione della norma, ne apprezziamo la volontà di semplificare e promuovere una procedura maggiormente efficace per gli appalti di importi inferiori.

In quest'ottica, Confartigianato Imprese ritiene fondamentale promuovere ed incentivare l'uso di questo strumento proprio a favore delle micro e piccole imprese in un'ottica di semplificazione dove la necessità di trasparenza e regole certe non sono un aggravio ma un'opportunità, in linea con le indicazioni della Comunità Europea di massima inclusione delle stesse negli appalti pubblici.

A tal proposito si fa presente come la richiesta di riservare una quota di questo settore economico (appalti fino a 150.000 euro) alle micro imprese di prossimità sia stata formulata in più occasioni da Confartigianato Imprese: tale richiesta è necessaria per permettere alle micro imprese di competere "ad armi pari" tra loro. In questa ottica crediamo che la legge 145/2018 potrà diventare una utile occasione per tutto il sistema se tutti i soggetti interessati si approcceranno con buon senso e responsabilità nella declinazione delle regole per il conseguimento degli obiettivi di corretto ed efficace impiego del denaro pubblico.

In merito osserviamo come in alcuni territori la mancanza diffusa di "Elenchi di operatori economici" rischia di vanificare la portata dello strumento introdotto, soprattutto laddove la necessaria acquisizione di 3 preventivi viene interpretata da molte SA come una mini-negoziata, con conseguenti difficoltà nella selezione dei contraenti.

Appare pertanto necessario che:

- Sotto l'importo di 40.000 euro si applichi l'articolo 36, comma 2, lettera a) con affidamento diretto ad un singolo operatore economico. In proposito ci teniamo a ribadire la necessità di valutare le procedure nella loro fisiologia e non nella patologia dell'uso per il quale è necessario l'impegno delle Autorità Competenti deputate al controllo.
- Per gli importi tra i 40.000 e i 150.000 euro si ritiene che per "consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici" debba intendersi la semplice richiesta di preventivi a tre operatori scelti a discrezione della stazione appaltante eventualmente da appositi elenchi se sussistenti.
- La scelta degli operatori a cui richiedere il preventivo possa essere riservata alle stazioni appaltanti nell'esercizio del loro potere discrezionale
- L'applicazione dei principi di prossimità e territorialità sia elemento imprescindibile di selezione degli operatori economici (si veda quanto declinato nel prosieguo del documento).
- La richiesta di preventivi avvenga in modo informale, nel rispetto dell'art. 40 comma 2, che richiede l'utilizzo di mezzi di comunicazione elettronici, ad esempio via PEC ma senza firma digitale.

Valutare l'opportunità di introdurre la possibilità di derogare al principio di rotazione innalzando la soglia da 1000 a 5000 euro

In riferimento alla soglia di rilevanza individuata per l'applicazione del principio di rotazione, condividiamo senz'altro l'opportunità di innalzarne l'importo.

Ci preme peraltro evidenziare alcune perplessità presenti nell'esplicazione del principio di rotazione all'interno della linea guida e le limitazioni in esse presenti (rif. par. 3.6 e 3.7 delle Linee guida), poiché non appare condivisibile l'introduzione di un divieto preconstituito ed assoluto di invito ad una gara di appalto rivolto al contraente uscente e, a maggior ragione, all'operatore economico semplicemente invitato al precedente affidamento. (Ciò vale a maggior ragione nei casi in cui il criterio di aggiudicazione è quello del miglior prezzo individuato con il metodo "antiturbativa" che, come già abbiamo avuto modo di evidenziare, non premia le imprese che valutano concretamente le offerte, relegando l'aggiudicazione a metodi del tutto aleatori).

Si ritiene che nelle scelte di selezione degli operatori economici debbano essere tenuti in considerazione in primis il contesto economico in cui opera l'amministrazione, e segnatamente quante imprese operano in quel mercato, ma anche il valore economico dei singoli affidamenti, qualora gli stessi siano di valori sensibilmente diversi. È infatti impensabile che un operatore economico invitato ad una procedura di appalto senza poi risultare aggiudicatario della stessa, non possa poi essere messo nella condizione di partecipare ad un successivo affidamento magari di importo sensibilmente diverso.

Si evidenzia, infatti, che la prassi applicativa ha più volte dimostrato come operatori validi siano fortemente disincentivati a partecipare a procedure di modico importo, al fine di non vedersi preclusa l'opportunità di aggiudicarsi una procedura di valore maggiore a causa dell'applicazione del principio di rotazione.

Appare inoltre imprescindibile che la Stazione Appaltante operi anche una valutazione del grado di soddisfazione maturato dal precedente affidamento (rispetto dei tempi, qualità dell'esecuzione dell'opera, rispetto di indici positivi di prestazione, etc.).

Tali valutazioni ed il concentramento di specifici interessi devono essere rimessi alle scelte discrezionali da parte delle stazioni appaltanti. Pertanto si ritiene di non poter preconstituire ed imporre alcun divieto di invito né a precedenti affidatari, né tantomeno ai semplici invitati, mettendo sullo stesso piano chi si aggiudica l'appalto e chi semplicemente partecipa.

Il principio di rotazione non può avere una valenza precettiva assoluta, nel senso che la sua mancata applicazione non vale ad inficiare gli esiti di una gara di appalto, per la correttezza della quale appare determinante il rispetto del principio di trasparenza e parità di trattamento.

Inviare ulteriori suggerimenti utili al fine di evitare una applicazione distorta della disciplina del sotto soglia.

In particolare, si richiedono osservazioni in ordine all'opportunità di ribadire il divieto di prevedere negli avvisi di manifestazione di interesse:

1.1 la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;

1.2 l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;

1.3 l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

Con particolare riferimento alle ulteriori criticità operative emerse in fase applicativa e rilevate nella premessa di linee guida concordiamo totalmente sul divieto evidenziato al punto 1.1

Mentre sul punto 1.3. relativo al criterio di prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, riteniamo che sia invece un'ottima declinazione del principio contenuto nelle direttive comunitarie e nella legge delega n.11/2016 che introducono il cosiddetto "KM 0" purtroppo non recepito nel codice dei contratti pubblici.

In merito all'aspetto relativo alla prossimità della sede legale si rileva che lo stesso non si traduce, come parrebbe, solo in un criterio selettivo di natura territoriale ma si traduce in un criterio di buon senso, che genera vantaggio oltre che per le imprese anche per le stazioni appaltanti ed il contesto locale.

Appare evidente come l'organizzazione d'impresa di prossimità garantisca:

- Congruità dei costi della mano d'opera
- Tutela della salute e sicurezza dei lavoratori (riduzione degli infortuni in itinere),
- Tutela dell'ambiente in termini di minor inquinamento ed emissioni di CO2
- Contenimento dei consumi energetici e delle risorse ambientali
- Reputazione dell'impresa sul territorio rispetto alla comunità locale
- Tempestività della risposta da parte dell'operatore economico
- Disponibilità all'assistenza/manutenzione – mantenimento delle opere realizzate
- Positive ricadute socio economiche e occupazionali

Non si può peraltro sottovalutare che la vicinanza favorisce anche la redditività per l'operatore economico poiché sono abbattuti i costi di trasferta, a vantaggio dell'imprenditore stesso e delle condizioni di sicurezza dei lavoratori e di economicità (e senza pregiudizio sull'opera appaltata) della Stazione appaltante, sulla quale necessariamente tali costi ricadrebbero.

Si ritiene quindi che il concetto di prossimità, associata al costo dell'organizzazione d'impresa, costituisca elemento oggettivo rispettoso dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

## **9. Rete professioni tecniche Piemonte**

### **ONERI A SCOMPUTO, AFFIDAMENTO DI LAVORI E SERVIZI:**

Non è chiaro cosa si intenda per lotto di forniture e servizi di valore < 80.000 €. quando si dice: "11. In deroga a quanto previsto dai commi 9 e 10, le amministrazioni aggiudicatrici o gli enti aggiudicatari possono aggiudicare l'appalto per singoli lotti senza applicare le disposizioni del presente codice, quando il valore stimato al netto dell'IVA del lotto sia inferiore a euro 80.000 per le forniture o i servizi oppure a euro 1.000.000 per i lavori,"? Valgono anche i Servizi di Architettura ed Ingegneria? Tale disposizione entra in conflitto con la soglia dei 40.000 €. o nel caso delle opere a scomputo tale soglia viene superata?

Si concorda sulle modalità di definizione dell'importo sulla somma dei valori dei vari lotti di suddivisione degli oneri di urbanizzazione indipendentemente se primaria o secondaria, volta alla

determinazione e scelta della procedura , considerando però con attenzione che le stesse possono essere significativamente differenti fra loro (opere secondarie come un parco o una scuola da un opera primaria come un acquedotto o un cavalcavia o una fognatura) e pertanto oggetto di lotti autonomi da affidarsi necessariamente a soggetti differenti.

#### PERIODO TRANSITORIO LAVORI PUBBLICI:

Si concorda con l'integrazione proposta.

#### AFFIDAMENTO DIRETTO PREVIA CONSULTAZIONE DI TRE OPERATORI:

Si concorda con l'integrazione proposta.

#### ROTAZIONE DEGLI INVITI:

La soglia dei 1.000 euro è fuori contesto oramai ed anche l'innalzamento ai 5.000 non attiene a SAI in quanto praticamente nessuna prestazione professionale rientra in tale importo. L'obbligo di rotazione deve poter essere applicato solo ove non esistano vere e proprie economie operative nell'affidare l'incarico seguente al professionista che ha già svolto per la stessa amministrazione opere analoghe sullo stesso tema e/o edificio – area (prosecuzione di incarico).

Altrimenti si può arrivare all'eccesso che chi ha fatto una parte di progettazione (preliminare per richiesta finanziamenti) si veda escluso dalla gara per la progettazione successiva una volta ottenuto il finanziamento (3.6 ...divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente o, in campo urbanistico, ad esempio, il non poter procedere a fasi implementative, attuative o di specifica revisione per conto della PA, di atti urbanistici redatti per la PA stessa.

Continuano a manifestarsi perplessità in merito all'esclusione dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento. La partecipazione ad una gara prevede l'impossibilità di ripartecipare per la stessa amministrazione alle gare successive che abbiano ad oggetto lavori simili?

#### APPLICAZIONE DISTORTA DELLA NORMATIVA IN MATERIA DI AFFIDAMENTI SOTTOSOGLIA:

Si concorda con l'integrazione proposta. Tuttavia si suggerisce, nel caso 1.3, che la prossimità, lungi dall'escludere soggetti invitabili, possa costituire elemento valutabile (se motivato sulla base di conoscenza del territorio, delle normative regionali o altro analogo a motivare l'opportunità di prossimità).

#### ESCLUSIONE AUTOMATICA DELLE OFFERTE ANOMALE:

Si concorda con la necessità di fornire l'integrazione proposta volta a discriminare le procedure fra locali (sulle quali poter effettuare il taglio delle ali e l'esclusione automatica delle offerte anomale, essendo il fenomeno italiano fortemente falsato dalle stesse) e transfrontaliere (sulle quali non procedere) .

## C. Dipendenti pubblici

### 10. Fabrizio Brini

In merito all'innalzamento della soglia di rilevanza individuata per il ricorso alla rotazione sono sicuramente favorevole, poiché produrrebbe un significativo snellimento delle procedure con un effettivo risparmio in termini di tempo-lavoro. Inoltre, sempre riguardo alla rotazione, sarebbe opportuno definire suggerimenti sulla corretta applicazione, nell'alveo delle soglie per gli affidamenti diretti, poiché non è affatto chiaro, per quanto mi riguarda, quando quest'ultima è pienamente soddisfatta. (è sufficiente ad esempio alternare due operatori economici?)

Ringrazio l'Autorità per questa opportunità e porgo cordiali saluti

### 11. Carmine Cella

Con il principio di rotazione si intende impedire che la SA possa consolidare rapporti con un'unica impresa, anche se non mancano ipotesi cui è possibile derogarne l'applicazione.

È fuori dubbio che l'applicazione della rotazione presenta particolari problemi in relazione all'istituto dell'affido diretto, escluso quelli di "modico valore".

Il paradigma per il ricorso alla procedura di affido diretto, affinché sia legittimamente utilizzabile, non è tanto il valore del contratto che la SA intende appaltare quanto l'intera programmazione di quella determinata fattispecie merceologica. Ad esempio ove la SA abbia programmato l'acquisizione di beni di una determinata fattispecie merceologica (es.: carta) di importo superiore a € 40mila non potrà ricorrere all'istituto dell'affido diretto anche se fraziona la fornitura con più procedimenti/appalti di fornitura. Diversamente ove l'intera programmazione risulti inferiore – es.: 35mila, la SA essa potrà ben ricorrere anche all'istituto affido diretto in entrambi i casi ovvero anche frazionando la fornitura in più contratti, assecondando in tal modo proprie particolari esigenze, quali ad esempio la disponibilità di spazi, senza con questo aver operato alcun frazionamento artificioso.

Nell'ipotesi di ripetizione del procedimento di acquisizione di beni l'applicazione del principio di rotazione sterilizza le ragioni di convenienza (principio di economicità) adottate nei precedenti provvedimenti. Peraltro, sotto altro aspetto l'applicazione meccanica del principio di rotazione, senza il necessario bilanciamento tra tutti gli altri principi quali efficacia, efficienza, proporzionalità, ecc., potrebbe condurre a risultati paradossali tali da determinare l'esclusione degli operatori economici maggiormente competitivi ovvero dell'operatore economico indesiderato. Tutto quanto in coerenza con la disciplina prefigurata.

La rotazione oggi appare un principio prevalente rispetto ad altri e tale da sterilizzarne le finalità, per questo è auspicabile una disciplina che realizzi un effettivo bilanciamento con tutti gli altri principi che nel procedimento vengono in rilievo, senza dover sacrificarne nessuno.

### 12. Andrea Di Filippo

Soglia di rilevanza individuata per il ricorso alla rotazione.

Al punto 3.7 delle Linee guida n. 4 è stabilito che negli affidamenti di importo inferiore a 1.000 euro è consentito derogare all'applicazione del principio di rotazione. La soglia scelta per la deroga era stata individuata con riferimento alla soglia prevista dalla normativa vigente per il ricorso al mercato elettronico, ma il comma 130 dell'art. 1 della legge 145/2018 ha previsto un innalzamento di tale soglia a 5.000 euro.

Innalzare a 5.000 euro la soglia introdotta nelle Linee guida n. 4 con riferimento all'obbligo di rotazione comporta sicuramente una semplificazione nell'affidamento di procedure di minima entità e rispetta lo SPIRITO e la FINALITA' della Legge, che ha innalzato tale limite.

Questo consentirebbe alle Amministrazioni di comportarsi come "buon padre di famiglia": infatti per fare piccoli lavori o prestazioni ricorrenti non deve essere escluso di principio chi ha già lavorato a casa tua, perché sa come operarvi ed evita possibili danni, ma soprattutto permette a tutti e due i contraenti di ottenere un prezzo realmente concorrenziale e non falsato dal sistema anomalo delle offerte al ribasso (concorrenza del lavoro, non del mercato).

Sono sicuro che ciascuno di noi, se si trova a fare una piccola spesa corrente e dover cambiare una finestra, chiama il piccolo artigiano vicino, che ha già lavorato a casa; mentre, se vuol fare un investimento e cambiare tutte le finestre, visita più aziende, si fa fare più preventivi ed è portato a valutare poi non solo il prezzo, ma anche la qualità del prodotto offerto e l'affidabilità di chi si è trovato di fronte, con buona pace del piccolo artigiano, che magari nemmeno invita a produrre un preventivo.

La rotazione può essere un criterio di scelta del contraente, ma assunta come principio può falsare il risultato dell'appalto.

### **13. Maria Teresa Massi**

Si invita a riconsiderare la possibilità di utilizzare l'ordine cronologico come criterio oggettivo per la determinazione dell'elenco degli operatori economici da invitare ad una procedura negoziata, a patto che, chiaramente:

- l'avviso preveda che le candidature vengano accettate esclusivamente a mezzo PEC;
- le candidature possano essere presentate a partire da una data ed ora prestabilite e differite di almeno 5 (casi di urgenza) o 15 (termine ordinario) giorni rispetto alla data di pubblicazione dell'avviso stesso sul profilo di committente;
- che per l'ordine valga l'ora di accettazione della PEC da parte del sistema; nel caso di orari identici da parte dell'ultimo operatore da invitare, l'Amministrazione potrà scegliere, indicando anche tale opzione sull'avviso, se ampliare il numero degli invitati inserendo tutte le istanze pervenute allo stesso minuto secondo o riservarsi il sorteggio tra le medesime.

Tale modalità consente di accelerare la procedura, non dovendo verificare la correttezza di tutte le istanze presentate prima di disporre il sorteggio.

In fondo si tratta dello stesso criterio utilizzato per l'accesso a finanziamenti o altre misure di sostegno o incentivo pubblici (cosiddetti bandi a sportello o bandi ad esaurimento).

## **D. Operatori economici**

### **14. Valerio Dimonte**

- 1) Esclusione automatica.

Ritengo non corretto individuare l'interesse transfrontaliero certo sulla base di indicatori preventivi quali l'importo, le caratteristiche tecniche o la zona di esecuzione, perché il rischio è che ogni stazione appaltante possa interpretare a modo suo senza regole certe. Peraltro, l'indicatore dell'importo mi pare davvero assurdo, posto che trattasi di appalti sotto-soglia, quindi già da sé di importi non molto rilevanti.

Io proporrei l'individuazione dell'interesse transfrontaliero certo, non preventivamente ma ad offerte già presentate, come per esempio, fece a suo tempo la Regione Siciliana con la propria legge regionale, ossia che sussiste interesse transfrontaliero nel momento in cui tra le offerte ammesse vi è anche una sola impresa estera, e quindi, prevedere che in tal caso non si applica l'esclusione automatica.

Occorrerebbe anche una precisa definizione del concetto di "impresa estera".

Sulla base di quali parametri si definisce se una impresa è estera? Sulla base del fatto che ha la sede legale all'estero? Oppure occorre anche la sussistenza di ulteriori parametri oltre alla sede legale?

Chi conosce questo ambiente sa che esistono società che hanno la proprietà interamente italiana, gli amministratori tutti italiani, i dipendenti tutti italiani, le sedi operative e amministrative solo in Italia, ma purtroppo l'unica cosa che non hanno di italiano è la sede legale, che può essere, per fare un esempio, a Londra, oppure a Bucarest, oppure a Sofia.

Domanda: anche in tal caso l'impresa è una impresa estera?

Per quanto riguarda il limite delle dieci offerte valide, a me pare già troppo dieci e proporrei di ritornare a cinque.

2) Affidamento diretto.

Condivido l'interpretazione data da codesta Autorità in merito alla differenziazione tra "consultazione" intesa come richiesta di preventivi e "procedura negoziata".

E' innegabile che il Legislatore abbia usato nella norma di che trattasi inserita nella legge di Bilancio, il termine "consultazione" in sintonia con la lettera a) dell'art. 36, comma 2, del Codice. Infatti, nello stesso periodo di cui al comma 912, cita il comma 2, lettera b), che è quello della procedura negoziata, per un'altra categoria di importi. Se avesse voluto riferirsi per entrambe le categorie di importi, alla procedura negoziata, non avrebbe differenziato la terminologia usando, per una la parola "consultazione" e per l'altra "procedure di cui al comma 2, lettera b)".

Sul punto credo sia opportuno precisare cosa si intende esattamente per "richiesta di preventivi". Ho letto qualcosa in merito con riferimento a quanto pronunciato dalla Sesta Sezione della Cassazione Penale con la sentenza n. 52209/2018, per effetto della quale non può dirsi integrata una gara per il solo fatto che una stazione appaltante richieda più preventivi, quando poi ogni operatore presenti indipendentemente e autonomamente la sola offerta economica e l'amministrazione conservi piena libertà di scegliere il contraente secondo criteri di convenienza e opportunità propri della contrattazione privata. E' ovvio che poi il prescelto dovrà successivamente e prima della stipula del contratto, dimostrare tutti i requisiti di ordine generale e speciale che gli richiederà l'Amministrazione. Il discorso cambia completamente se si verte invece in ipotesi di procedure negoziate in base all' articolo 36, comma 2, lettere b) e c), del Codice, che al contrario contemplano una competizione, sia pure informale, da svolgersi secondo precisi criteri selettivi predeterminati, previa consultazione di un

numero minimo di operatori economici. In quel caso non si può più parlare di trattativa privata perché la consapevolezza, per l'offerente, di non essere il solo, innesca quella contesa che è il tratto distintivo della gara.

3) Divieti nei criteri di selezione.

Codesta Autorità propone di orientare l'azione delle stazioni appaltanti verso comportamenti rispettosi delle disposizioni vigenti e delle indicazioni interpretative fornite ribadendo il divieto di prevedere:

1.1 la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;

1.2 l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;

1.3 l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

Nel condividere pienamente tali divieti faccio anche osservare che, al contrario, spesso questi sono inseriti in diverse leggi regionali come pratiche da attuare. In tal caso alcune stazioni appaltanti non fanno altro che applicare la legge regionale o nel caso delle Province autonome la loro normativa.

Ora, o stabiliamo che le leggi regionali e provinciali, anche se di regioni o province autonome, non possono introdurre criteri di selezione o di aggiudicazione differenti da quanto previsto dall'ordinamento nazionale oppure non se ne esce. Del resto, questa tendenza a introdurre leggi regionali in materia di appalti pubblici, sta prendendo sempre più piede, basti pensare a come la politica stia premendo ad un maggiore incremento delle autonomie. E' il caso di dire che ancor prima di occuparci di garantire "l'interesse transfrontaliero certo" dovremmo occuparci almeno di garantire "l'interesse transregionale certo" che palesemente in molti casi viene tutt'altro che garantito.

A parte il fatto che di leggi regionali in materia di appalti pubblici non ne vedo la necessità se non quella di creare ulteriore confusione (già non ne veniamo a capo con un codice degli appalti, figuriamoci con venti codici).

## **E. Liberi professionisti**

### **15. Vittorio Miniero**

Prima Osservazione sull'affidamento diretto fino a 150 mila euro

1) La Linea guida parla di: "procedura negoziata per l'affidamento di contratti di lavori di importo pari o superiore a 40.000,00 euro e inferiore a 150.000,00 euro", mentre sarebbe bene specificasse che si tratta di affidamento diretto e non di procedura negoziata.

Il nuovo codice con le prescrizioni di cui all'articolo 36 rende l'affidamento diretto una procedura autonoma e differente rispetto alla negoziata (mentre con il precedente codice vi era un rapporto di species a genus).

2) La linea guida prevede:

“2 La procedura prende avvio con la determina a contrarre ovvero con atto a essa equivalente secondo l’ordinamento della singola stazione appaltante, e contiene informazioni analoghe a quelle di cui al paragrafo 4.1.2.”

Siccome si tratta di affidamento diretto l’amministrazione dovrebbe godere del beneficio di cui all’art.32 comma 2 del Codice in base al quale per gli affidamenti diretti non si approva una determina prima ed una aggiudicazione dopo, ma esclusivamente una “determina a contrarre semplificata” a conclusione della indagine di mercato già effettuata.

3) Nel disporre le regole procedurali per l’affidamento diretto fino a 150 mila euro la linea guida dispone alle amministrazioni di realizzare un “confronto competitivo tra gli operatori economici selezionati e invitati e scelta dell’affidatario;”.

In altre circostanze le parole “confronto competitivo” sono state interpretate dall’Autorità con una procedura di selezione per tramite della offerta economicamente più vantaggiosa (affidamento alle cooperative sociali di tipo B).

Sarebbe bene specificare che sussiste il diritto all’affidamento diretto a seguito della ricezione di tre preventivi e che magari si scriva che nella richiesta di offerta è bene individuare gli elementi di selezione da utilizzare per scegliere la migliore offerta.

Io suggerirei la seguente frase: “L’aggiudicazione avverrà con affidamento diretto, a seguito di negoziazione svolta sulla base dei seguenti elementi indicati in ordine decrescente di importanza:

xxx (ad esempio qualità dei materiali di costruzione)

-xxx (ad esempio tempo di realizzazione del cantiere)

economicità complessiva.

## **F. Altri**

### **16. ITACA**

Linee guida ANAC n. 4 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" – Osservazioni/proposte su documento di aggiornamento in consultazione-febbraio 2019

Premessa

Il presente documento, elaborato da ITACA nell’ambito del Gruppo di Lavoro Contratti Pubblici, contiene le osservazioni all’aggiornamento delle linee guida n. 4 anche nell’ottica di superare alcune delle criticità evidenziate con la lettera di messa in mora relativa alla procedura di infrazione avviata dalla Commissione europea, nonché alla luce della ratio semplificatoria sottesa dalla novella prevista all’art. 1 comma 912 della Legge di Bilancio 2019.

Le osservazioni vertono, esclusivamente, sulle specifiche richieste dell’Autorità evidenziate nella Premessa del documento posto in consultazione e sono state sintetizzate, per punti, nel seguente ordine:

1. Possibilità di ricorrere all'affidamento diretto delle opere a scomputo se singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria (punto 2.2. delle linee guida);
2. Applicazione dell'art. 35, comma 11 del Codice dei contratti pubblici (punto 2.3.);
3. Esclusione automatica delle offerte anomale;
4. Interpretazione e applicazione delle modifiche normative introdotte dalla L. 145/2018, art 1 comma 912, con particolare riferimento alle modalità di acquisizione dei preventivi.
5. Valutazione in merito all'opportunità di introdurre una deroga al principio di rotazione innalzando la soglia da 1000 a 5000 euro;
6. Ulteriori suggerimenti utili al fine di evitare una applicazione distorta della disciplina del sottosoglia. In particolare, sono state richieste osservazioni in ordine all'opportunità di ribadire il divieto di prevedere negli avvisi di manifestazione di interesse: a) la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA; b) l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare; c) l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

1. Possibilità di ricorrere all'affidamento diretto delle opere a scomputo se singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria (punto 2.2.delle linee guida)

In ordine alla nuova indicazione interpretativa proposta per allineare le Linee guida ANAC n. 4 al parere del Consiglio di Stato n. 2942/2018 e superare le criticità evidenziate nella lettera di messa in mora della Commissione europea, si rinvia agli indirizzi operativi formulati nel par. 2.1.3. del documento recante "STRUMENTI A SUPPORTO DELLE AMMINISTRAZIONI COMUNALI PER LA REALIZZAZIONE DELLE OPERE DI URBANIZZAZIONE A SCOMPUTO DEI RELATIVI ONERI", elaborato da ITACA e approvato dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome il 7 novembre 2013 in vigore del D.Lgs 163/2006 e applicabile anche all'attuale assetto normativo.

*(Come già osservato, secondo la Corte di Giustizia, se nel caso di specie si prevede la realizzazione a scomputo di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, l'importo di entrambe deve essere computato ai fini della verifica del superamento o meno della soglia. Ciò non esclude, ed anzi appare auspicabile, che nella convenzione si preveda la suddivisione, nel rispetto delle soglie di rilevanza comunitaria, delle opere primarie da quelle secondarie attraverso lotti funzionali, come previsto dal nuovo comma 1 bis dell'art. 2 del Codice.*

*L'affidamento può quindi avvenire anche separatamente per le opere di urbanizzazione primaria e secondaria e con appalti separati per lotti, a condizione che questa suddivisione non sottragga le opere dall'applicazione dei principi dell'evidenza pubblica.*

*Se la convenzione prevede la realizzazione di opere di urbanizzazione primaria e secondaria, di importo complessivamente inferiore alla soglia, si ritiene, per le ragioni sopra illustrate, che debba trovare applicazione l'art. 122 con l'esclusione della possibilità di scorporare quelle primarie al fine di assoggettarle al regime di cui all'art. 16, comma 2 bis, D.P.R. 380 del 2001. Ciò deriva dall'accoglimento, qui propugnato, di un'interpretazione comunitariamente orientata dell'art. 16, comma 2 bis e quindi, dalla sostanziale identità tra il regime della gara informale di cui all'art. 57 del Codice e i principi ricavabili dall'art. 27 del medesimo Codice con riferimento agli appalti esclusi, salva la realizzazione diretta delle opere da parte dell'operatore edilizio come precisato al successivo paragrafo 2.2.4.)*

## 2. Applicazione dell'art. 35, comma 11 del Codice dei contratti pubblici (punto 2.3.);

Si evidenzia che la modifica delle linee guida prevede solo la possibilità di applicare il comma 11 ai lavori a scomputo, tuttavia rimane in piedi il riferimento dell'art. 35, comma 9 lettera a) e comma 10 lettera a) riferito alla "contemporaneità" dell'affidamento dei lotti, elemento che viola la normativa europea così come rilevato dalla Commissione Europea nell'apertura della procedura di infrazione nei confronti dell'Italia .

## 3. Esclusione automatica delle offerte anomale

L'articolo 97, comma 8, del decreto legislativo 50/2016 consente l'esclusione delle offerte anormalmente basse al ricorrere di alcune condizioni cumulative.

La Corte di Giustizia UE nelle cause riunite C-147/06 e C-148/06 ha rilevato che, in caso di appalti con un valore inferiore alla soglia UE, le offerte anormalmente basse possono essere escluse automaticamente (ossia senza prima chiedere agli offerenti di fornire spiegazioni) purché l'amministrazione aggiudicatrice abbia verificato che l'appalto non ha un interesse transfrontaliero certo.

Posto che non risulta agevole stabilire quando un appalto ha interesse transfrontaliero certo, le linee guida potrebbero fornire un'interpretazione in ordine a tale nozione. A tal fine, si propone di inserire nelle linee guida un riferimento percentuale alle imprese straniere partecipanti all'appalto. A titolo esemplificativo si potrebbe inserire la seguente locuzione: "Hanno carattere transfrontaliero gli appalti alle cui procedure di gara siano state ammesse, in percentuale pari o superiore al 15 per cento, imprese aventi sede in nazioni dell'Unione europea diverse dall'Italia;".

In alternativa, nel ribadire che si tratta di un istituto facoltativo, si potrebbe specificare che le stazioni appaltanti prima di inserire l'esclusione automatica nei bandi debbano valutare che l'appalto in questione non rientri tra quelli di interesse transfrontaliero certo, motivando in base all'importo, alla vicinanza dei paesi esteri ma anche in base all'oggetto stesso.

## 4. Interpretazione e applicazione delle modifiche normative introdotte dalla L. 145/2018, art. 1 comma 912 con particolare riferimento alle modalità di acquisizione dei preventivi.

La formulazione della disposizione di deroga temporanea fino al 31 dicembre 2019 dei criteri di cui all'art 36 comma 2 lett. b del D.Lgs 50/16 può apparire contraddittoria laddove, da un lato, riconosce la facoltà di appaltare i lavori di importo inferiore a 150.000 mediante "affidamento diretto" e, dall'altro lato, richiede la "consultazione" di almeno tre operatori economici. Una contraddizione simile è rinvenibile anche nella disposizione di deroga di cui all'art. 9, comma 2, lett. e) del D.L. 133/2014 - c.d. "sblocca Italia"-, laddove consentiva l'affidamento diretto con invito ad almeno cinque operatori economici.

La disposizione della legge di bilancio 2019 fa riferimento alla "previa consultazione" di tre operatori economici e non all'"acquisizione di preventivi" quale fase preliminare attivabile tipicamente negli affidamenti diretti così come, invece, riportato da ANAC nel documento in consultazione .

La "consultazione" rappresenta, infatti, una fase della procedura negoziata intesa come procedura di gara informale, come si evince chiaramente dalla definizione riportata nella lett. uuu), dell'art. 1, comma 1, D.Lgs. 50/2016 e dalla disciplina relativa allo svolgimento della procedura negoziata nei contratti sotto soglia di cui all'art. 36, comma 2, lett. b) e c).

Per contro "la richiesta di preventivi" è considerata non necessaria negli affidamenti diretti ex art. 36, comma 2, lett. a) .

Nella fattispecie individuata dall'art.1 comma 912 della Legge finanziaria, trattandosi di lavori ricompresi nella fascia d'importo tra 40.000 e 150.000 Euro, risulta operativamente arduo distinguere tra "richiesta di preventivo" e "richiesta di offerta"(consultazione), poiché la formulazione di un preventivo attendibile non può prescindere quanto meno dall'esame di un progetto.

Ciò premesso, allo scopo di chiarire in cosa consiste l'attività di "consultazione di almeno tre operatori economici, ove esistenti" così da ricavarne un'indicazione precettiva, si ritiene opportuno fornire un'interpretazione sistematica e non letterale della norma, coerente con la ratio di semplificazione ad essa sottesa.

Trattandosi di affidamento diretto, si ritiene che la consultazione di almeno tre operatori economici debba tradursi, in una richiesta di offerta/preventivi a tre operatori scelti o da appositi elenchi (se sussistenti) ovvero discrezionalmente dalla stazione appaltante. Si rileva che, trattandosi di lavori, la presentazione dell'offerta non può prescindere dall'esame del progetto.

Inoltre, al fine di consentire all'operatore di formulare un'offerta consapevole, tenuto conto del valore economico dell'affidamento, si ritiene indispensabile che la Stazione appaltante definisca ex ante gli elementi essenziali del contratto (oggetto, modalità, tempi di esecuzione della prestazione, sopralluogo) e la documentazione a base dell'intervento (ad esempio: capitolato speciale, computo metrico, elaborati grafici, relazioni tecniche).

Alla luce dell'interpretazione di cui sopra, la semplificazione della norma di deroga si esplica:

- a) nella riduzione del numero dei soggetti cui richiedere l'offerta per la fascia di importo considerata;
- b) nella scelta degli operatori cui richiedere l'offerta che può avvenire discrezionalmente dalla Stazione Appaltante, valorizzando anche l'intuitu personae, dunque il carattere fiduciario;
- c) nella disapplicazione delle ulteriori regole previste dall'art. 36, comma 2, lett. b), del Codice dei contratti.

Preme specificare che le suddette semplificazioni devono essere bilanciate con la necessità di garantire che il prezzo di esecuzione dei lavori sia "competitivo e congruo"; la nuova norma derogatoria non deve tradursi in un modo per aggirare i principi degli affidamenti pubblici, sicché dovrebbe essere garantita anche l'applicazione del principio della rotazione.

5. Valutare l'opportunità di introdurre la possibilità di derogare al principio di rotazione innalzando la soglia da 1000 a 5000 euro;

Preliminarmente è opportuno precisare che l'innalzamento della soglia da 1000 euro a 5000 euro introdotto dalla Legge di Bilancio, si riferisce agli acquisti effettuati con mezzi telematici in attuazione di quanto previsto dall'art. 1, comma 450, della legge n. 296/2006.

Ciò posto, si concorda con la possibilità di introdurre una deroga al principio di rotazione per le procedure di valore inferiore a 5000 euro.

A supporto dell'utilità di tale intervento, si evidenzia che la prassi applicativa ha più volte dimostrato come operatori validi siano fortemente disincentivati a partecipare a procedure di modico importo; ciò accade al fine di non vedersi preclusa l'opportunità di aggiudicarsi una procedura di valore maggiore a causa dell'applicazione del principio di rotazione.

L'introduzione di una deroga al principio di rotazione per le procedure infra 5000 euro, in parte, ridurrebbe il verificarsi del suddetto effetto distorsivo.

6. Ulteriori suggerimenti utili al fine di evitare una applicazione distorta della disciplina del sotto soglia. In particolare, si richiedono osservazioni in ordine all'opportunità di ribadire il divieto di prevedere negli avvisi di manifestazione di interesse:

- a) la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;
- b) l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;
- c) l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

In merito al criterio della prossimità della sede legale occorre precisare che esso non assume di per sé una valenza negativa, atteso che il suo utilizzo nel rispetto del principio di proporzionalità appare giustificato se strumentale al soddisfacimento di interessi pubblici e al conseguimento di obiettivi considerati dalla legislazione europea e nazionale rilevanti ed equiparabili alla tutela della concorrenza come, ad esempio, quando si tratta di adottare misure per promuovere e rilanciare l'accesso delle PMI al mercato degli appalti pubblici.

A tal proposito, con riferimento ai contratti sotto soglia, si fa presente come la richiesta di riservare una quota percentuale di inviti nelle procedure negoziate alle imprese del territorio regionale, sia stata formulata in più occasioni dalla Conferenza delle Regioni e delle Province autonome (parere sul decreto correttivo al Codice dei contratti con valutazione positiva del MISE ), e audizione parlamentare del 13 febbraio 2019 su un documento di proposte normative di semplificazione del Codice dei contratti approvato il 18 ottobre 2018. Peraltro, il tema della filiera corta è esplicitamente legittimato nei CAM per l'edilizia e all'art. 95 del Codice dei contratti dove è indicato come un possibile elemento di valutazione dell'offerta qualitativa.

Ad ogni modo, preme evidenziare che il principio di prossimità della sede legale non è meramente finalizzato a favorire le imprese del territorio ma attiene piuttosto alla capacità di azione della ditta nell'ambito di uno specifico contesto territoriale, rispondendo altresì ad esigenze di economicità e razionalizzazione delle spese.

Infatti, è evidente che l'organizzazione d'impresa a distanza di un appalto pubblico comporta dei costi che inevitabilmente gravano sull'appalto in misura direttamente proporzionale al valore dello stesso, di talché per appalti di valore modesto il costo del lavoro calcolato per l'esecuzione delle lavorazioni (senza considerare ad esempio l'indennità di trasferta del singolo lavoratore) può incidere direttamente sull'utile d'impresa e quindi sulla concreta sostenibilità economica, gravante soprattutto sulle medie e micro-imprese che vedono ridurre drasticamente le proprie capacità di sopravvivenza. Pertanto, se si ritiene valido quanto disposto dall'art. 36 comma 1, primo capoverso, per cui, per gli affidamenti sotto soglia di cui all'art. 36 comma 2, la Stazione appaltante deve assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle micro-imprese, piccole e medie imprese, la stessa Stazione appaltante, non può considerare come doverosa la tutela dei livelli retributivi e del giusto guadagno che consentono alle stesse di sopravvivere e di innervare un tessuto economico e sociale che è e che non può essere altro che di livello locale.

Si ritiene, dunque, che il concetto di prossimità della sede legale associata al costo dell'organizzazione d'impresa sia pienamente coerente con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

Con riferimento agli altri punti posti in consultazione dall'Autorità, non si condividono le proposte di introdurre ulteriori divieti.

Si ritiene che l'applicazione distorta della normativa tragga origine da un errore di fondo: la sovrapposizione di fasi procedurali diverse quali sono l'indagine di mercato e l'avvio della procedura di manifestazioni di interesse.

L'indagine di mercato è attività preliminare della S.A., non si riferisce ad una procedura di gara ma è finalizzata a sollecitare tutti gli operatori economici in possesso dei requisiti minimi richiesti dall'avviso alla formulazione di eventuali manifestazioni d'interesse per essere invitati a future procedure negoziate di cui all'art. 36 comma 2 lett. b) e c) del D. Lgs 50/2016 senza però che vi sia alcun vincolo per l'Amministrazione. L'indagine di mercato quindi, non è una procedura di gara.

Per quanto riguarda, invece, le manifestazioni d'interesse non vi è un orientamento consolidato ma, al contrario, i pareri di precontenzioso sembrano anche confliggenti tra loro (deliberazione ANAC n. 841 del 03.08.2016 e n. 1148 del 12. 12. 2018). La determinazione dell'Autorità di vigilanza n. 2 del 6 aprile 2011 che declina, a titolo esemplificativo, alcuni criteri di scelta ai fini della selezione degli operatori economici da invitare quali ad esempio "le esperienze contrattuali registrate dalla stazione appaltante nei confronti dell'impresa richiedente l'invito o da invitare, purché venga rispettato il principio della rotazione (cfr. TAR Molise, Sez. I – sent. 6 novembre 2009, n. 700), l'idoneità operativa delle imprese rispetto al luogo di esecuzione dei lavori ed anche il sorteggio pubblico" e la stessa linee guida n. 4 di attuazione del D.lgs 50/2016 e s.m.i. che lascia alla discrezionalità della S.A. la facoltà di definire i criteri di selezione nell'ambito dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

L'orientamento consolidato dell'Autorità in materia, a cui fa riferimento il documento di Consultazione si riferisce alle procedure d'appalto (l'indagine di mercato non è una procedura di gara) nelle quali la previsione di clausole legate, ad esempio, ad elementi di localizzazione territoriale con effetti escludenti dalle gare pubbliche o con valore discriminante in sede di valutazione delle offerte o la richiesta di requisiti ulteriori rispetto alla SOA determinano la violazione dei principi di uguaglianza, discriminazione, parità di trattamento e concorrenza.

Fatta questa premessa non si conviene rispetto alla proposta di integrazione delle linee guida contenuta a pag. 6 delle premesse delle linee guida n. 4 che dispone il divieto di prevedere negli avvisi di manifestazione d'interesse la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA e l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

La richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto ad esempio all'attestazione Soa (sufficiente per la dimostrazione dei requisiti di capacità economica/ finanziaria e tecnico/ professionale nella procedura di gara), da definirsi nel rispetto dei principi del codice sopra declinati, non è finalizzata ad escludere dalla selezione taluni operatori economici ma a selezionare gli operatori economici ritenuti più idonei in relazione al valore economico dell'appalto. La facoltà di prevedere ulteriori criteri di scelta, consente alle stazioni appaltanti di assumersi la responsabilità di una scelta consapevole e motivata escludendo il

ricorso al sorteggio che, quale metodo aleatorio e casuale, non valorizza la qualificazione e professionalità dell'operatore economico (si ricorda infatti che il sorteggio, richiamato a titolo esemplificativo nella versione delle linee guida antecedenti all'aggiornamento al D.lgs. 56/2017 è stato altresì espunto dal testo della versione attuale).

Pertanto, si ritiene che, l'introduzione di ulteriori requisiti rispetto al mero possesso della SOA (ad esempio "aver svolto lavori analoghi" o "l'assenza di contenzioso") da definirsi "ex ante" alla luce delle esemplificazioni indicate da ANAC nella determinazione n. 2 /2011 - che si badi bene, pur consentendo l'attribuzione di punteggi diversi, non pregiudicano, la partecipazione all'avviso delle imprese che non possono vantare questi requisiti ulteriori - risponda alle indicazioni delle direttive comunitarie, ai principi dell'art. 30 e 36 comma 1, nonché ai principi richiamati al punto 5.1.2 delle linee Guida n. 4.

### **17. Daniele Lampugnani**

1- Per ciò che concerne la possibilità per le Amministrazioni di procedere all'affidamento di lavori di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro mediante affidamento diretto previa consultazione, ove esistenti, di tre operatori economici e mediante le procedure di cui al comma 2, lettera b), del medesimo articolo 36 per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro, si sottolinea come introdurre indicazioni stringenti in ordine alla modalità di acquisizione dei preventivi possa rivelarsi controproducente, aggravando un utile strumento cui le Amministrazioni ricorrono proprio in virtù della sua maggior flessibilità e dei costi minori rispetto alle altre procedure.

2- In relazione alla proposta di innalzare l'obbligo di ricorso al principio di rotazione a 5.000 Euro, si rileva come essa appaia quanto mai opportuna, per molteplici ragioni: in primo luogo perché, avendo il comma 130 dell'art. 1 L. 145/2018 innalzato l'ammontare economico della soglia di riferimento scelta in precedenza come discriminante per la sussistenza o meno dell'obbligo di rotazione, la modifica proposta appare coerente con il predetto cambiamento normativo; in secondo luogo perché tali affidamenti avvengono sovente per porre rimedio a situazioni di urgenza e pertanto una maggiore flessibilità garantirebbe una maggiore efficacia e velocità dell'azione amministrativa; in terzo luogo perché, considerata sia l'esiguità degli importi coinvolti sia l'eterogeneità delle Pubbliche Amministrazioni e la disomogeneità del tessuto economico - produttivo del Paese, l'obbligo in questione può provocare difficoltà nel procedere a tali affidamenti, con conseguenti disservizi per il personale delle Pubbliche Amministrazioni e per i cittadini. Dunque, pur considerando i possibili effetti distorsivi sul mercato, la modifica prospettata sarebbe quanto mai auspicabile poiché consentirebbe anche a quelle Pubbliche Amministrazione poco appetibili per gli attori economici in ragione dell'esiguità e sporadicità dei lavori così come a quelle impossibilitate alla rotazione di talune tipologie di fornitori stante la conformazione del tessuto produttivo nel quale hanno sede, di gestire situazioni che pare decisamente sproporzionato, anche in ragione della modestia degli importi coinvolti, assoggettare ad una disciplina maggiormente onerosa dal punto di vista degli obblighi gravanti sull'Amministrazione.

3- Per quanto riguarda la proposta di integrare le Linee guida n. 4 ribadendo il divieto di prevedere, nell'ambito di avvisi di manifestazione di interesse per l'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate:

1.1 la richiesta di requisiti aggiuntivi ulteriori rispetto all'attestazione SOA;

1.2 l'adozione del criterio cronologico basato sull'ordine di arrivo delle domande di partecipazione, per la selezione degli operatori da invitare;

1.3 l'adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare;

non vi sono ragioni per non ribadire tali divieti, dacché essi favoriscono la più ampia partecipazione degli operatori economici alle procedure amministrative.

#### **18. Fondazione Montagna e Europa Arnaldo Colleselli – Belluno**

Con riferimento alle pag. 5-6 del Documento si propone di STRALCIARE la seguente indicazione, in ragione anche della finalità a cui la nuova norma legislativa (sia pure temporaneamente) intende dare risposta:

- adozione del criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, per la selezione degli operatori da invitare.

A tale proposito si fa presente come sussumere il “criterio della prossimità della sede legale rispetto al luogo di esecuzione della commessa” tra le “prassi più distorte diffuse tra le stazioni appaltanti” sia quantomeno azzardato ed immotivato.

Nella realtà, specie in ambiti con peculiari condizioni “ambientali” quali sono le zone montane, non è infrequente imbattersi in appaltatori provenienti da centinaia di chilometri di distanza che di fatto poi abbandonano la commessa o assumono comunque una condotta tale da provocare una risoluzione in danno. Spesso emergono difficoltà logistiche (legate anche alla natura dei luoghi), poca conoscenza del contesto locale (ad es. per approvvigionamenti) e sottovalutazione di variabili locali (clima, temperature, percorribilità vie di comunicazione, ecc.).

Limitandosi alla fase genetica del rapporto (scelta del contraente) nel prospettare la restrizione di cui si propone lo STRALCIO, si corre il rischio di sottovalutare (o ignorare) le gravi criticità che spesso si evidenziano in fase esecutiva.

Non a caso regolamenti attuativi delle L.P. di Trento e Bolzano sotto questo aspetto rilevano invece l'importanza, nella procedura negoziata, di valorizzare anche il criterio, molto pertinente, dell'«operatività dell'impresa rispetto al luogo di esecuzione dei lavori».