



Autorità Nazionale Anticorruzione

Linee Guida n. 4, di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50,
recanti “Procedure per l’affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di
rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori
economici”

Approvate dal Consiglio dell’Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016
Aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1
marzo 2018

Aggiornate con delibera del Consiglio n. del

Relazione Illustrativa

Sommario

Premessa.....	3
1. Opere di urbanizzazione a scomputo.....	4
Contributi pervenuti	4
Opzione scelta	5
2. Esclusione automatica delle offerte anomale ed interesse transfrontaliero certo.	5
Contributi pervenuti	6
Opzione scelta	6
3. Nuova procedura in deroga prevista dall' art. 1, comma 912, della legge n. 145/2018.	7
Contributi pervenuti	7
Opzione adottata	8
4. Requisiti aggiuntivi e valutazione della prossimità dell'impresa rispetto al luogo di esecuzione della prestazione	8
Contributi pervenuti	8
Opzione adottata	9
5. Principio di rotazione	9
Contributi pervenuti	9
Opzione scelta	10

Premessa

A seguito dell'adozione delle 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» approvate dal Consiglio dell'Autorità con delibera n. 1097 del 26 ottobre 2016 e aggiornate al Decreto Legislativo 19 aprile 2017, n. 56 con delibera del Consiglio n. 206 del 1 marzo 2018, si è reso necessario un ulteriore aggiornamento per diverse finalità. *In primis*, è emersa la necessità di superare le criticità che hanno condotto all'avvio, da parte della Commissione europea, della procedura di infrazione avente ad oggetto la possibilità dell'affidamento diretto delle opere a scomputo se singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria. A tal fine, l'Autorità ritiene di intervenire in modifica del punto 2.2 delle Linee guida in esame, adottando una formulazione per certi versi analoga a quella sottoposta al vaglio del Consiglio di Stato che si è espresso, sul punto, con parere n. 2942 del 24/12/2018. Inoltre, sempre con riferimento alle opere di urbanizzazione a scomputo, si ritiene opportuno chiarire l'applicazione dell'articolo 35, comma 11, del codice dei contratti pubblici.

Altra problematica emersa in sede applicativa riguarda il possibile contrasto dell'articolo 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici con i principi comunitari che vietano l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nei contratti sotto-soglia che abbiano carattere transfrontaliero certo. Sul punto, l'Autorità, ampliando quanto già indicato al paragrafo 1.5 del testo vigente, ha prospettato la possibilità di offrire un'interpretazione comunitariamente orientata della disposizione e di chiarire le modalità di individuazione dell'interesse transfrontaliero certo.

Ulteriori profili che richiedono l'aggiornamento delle Linee guida n. 4 sono quelli che attengono alle modifiche normative introdotte con la legge 30 dicembre 2018, n. 145, articolo 1, comma 912 riguardo alla possibilità, prevista per l'anno 2019, dell'affidamento diretto, previa consultazione di 3 operatori, per i lavori di importo compreso tra € 40.000 e € 150.000 e dell'affidamento con procedura negoziata previa consultazione di almeno 10 operatori economici per lavori di importo compreso tra € 150.000 e € 350.000.

Altra esigenza di modifica che deriva dalla novella introdotta con la richiamata legge di bilancio attiene alla soglia di rilevanza individuata per il ricorso alla rotazione, che potrebbe essere elevata in conseguenza dell'aumento della soglia minima per il ricorso al mercato elettronico della pubblica amministrazione, ad altri mercati elettronici istituiti ai sensi del medesimo articolo 328 o al sistema telematico messo a disposizione dalla centrale regionale di riferimento per lo svolgimento delle relative procedure.

Infine, all'esito dell'attività di vigilanza, sono emerse alcune criticità sorte dall'applicazione della disciplina sugli affidamenti sotto-soglia che potrebbero essere risolte ribadendo, nelle Linee guida in esame, l'orientamento già espresso dall'Autorità in materia. A tal fine, è stata prospettata la possibilità 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.

L'Autorità ha predisposto un documento di consultazione in cui sono state prospettate le modifiche suindicate. La consultazione si è svolta nel periodo 11-21 febbraio 2019, prevedendo un termine ridotto

per la trasmissione dei contributi attesa l'urgenza di risolvere le criticità che hanno condotto all'avvio della procedura di infrazione comunitaria. Alla consultazione hanno partecipato 18 Stakeholder, di cui 3 amministrazioni pubbliche, 5 associazioni di categoria, 4 dipendenti pubblici, 1 operatore economico, 1 libero professionista e 3 altri soggetti.

Atteso che le modifiche apportate alle Linee guida sono da ritenersi necessitate, che l'adozione delle opzioni preferite non richiede una sostanziale attività valutativa da parte dell'Autorità e considerata l'urgenza di intervenire, sono stati ritenuti i presupposti individuati dal Regolamento sull'attività di AIR e VIR dell'Autorità per prescindere dallo svolgimento dell'analisi di impatto della regolazione. Per tale motivo, è stata predisposta la presente Relazione Illustrativa in cui è riportata una sintesi dei contributi pervenuti, raggruppati per oggetto, con indicazione dell'opzione che è stata adottata dall'Autorità nello schema di documento finale. Come già preannunciato in sede di consultazione, sono stati presi in considerazione soltanto i contributi riferiti alle problematiche oggetto di intervento ed evidenziate nel documento di consultazione. Le osservazioni che riguardano aspetti non sottoposti ad aggiornamento, qualora ritenute comunque meritevoli di chiarimenti, potranno formare oggetto di apposite FAQ.

1. Opere di urbanizzazione a scomputo

Nel documento di consultazione è stata proposta l'introduzione della seguente previsione al fine di superare le criticità che hanno condotto all'avvio, da parte della Commissione europea, della procedura di infrazione avente ad oggetto la possibilità dell'affidamento diretto delle opere a scomputo se singolarmente di importo inferiore alla soglia comunitaria: «Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire. La previsione contenuta nell'articolo 16, comma 2 bis, Decreto del Presidente della Repubblica n. 380/2001 si applica unicamente quando il valore degli affidamenti, calcolato ai sensi dell'articolo 35, comma 9, del Codice dei contratti pubblici, non raggiunge le soglie di rilevanza comunitaria. Per l'effetto: se il valore complessivo delle opere di urbanizzazione a scomputo – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001, esclusivamente per le opere funzionali; al contrario, qualora il valore complessivo di tali opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali. Si applica l'articolo 35, comma 11, del codice dei contratti pubblici».

Contributi pervenuti

Alcuni Stakeholder ritengono opportuno che sia meglio specificato, al paragrafo 2.2, 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 decreto, 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. Inoltre, ritengono necessaria la precisazione 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. Ciò in quanto 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).

Altri operatori intervenuti alla consultazione hanno evidenziato la necessità di chiarire se la deroga prevista all'articolo 35, comma 11, del codice dei contratti pubblici valga anche per i SIA e se tale disposizione contrasti con la soglia di 40.000 euro oppure debba intendersi che per le opere di urbanizzazione a scomputo tale soglia viene superata.

Con riferimento all'articolo 35, comma 11, è stato rilevato 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) 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.

Opzione scelta

Sulla base delle osservazioni pervenute si ritiene di confermare l'integrazione apportata al punto 2.2 del documento di consultazione, specificando 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 decreto legislativo 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.

Con riferimento alla deroga di cui all'articolo 35, comma 11, si specifica che la stessa consente l'aggiudicazione per singoli lotti al ricorrere delle condizioni ivi previste e, pertanto, per tali casi, autorizza, di fatto, il superamento delle soglie di cui ai commi 1 e 2 del medesimo articolo.

Al fine di superare la contestazione correttamente sollevata dalla Commissione Europea con riferimento all'utilizzo del termine «contemporaneamente» di cui all'articolo 35, commi 9, lettera a) e 10, lettera a) del codice dei contratti pubblici, l'Autorità ha ritenuto di integrare la previsione del 2.2 rispetto al testo posto in consultazione specificando che le opere di urbanizzazione a scomputo da considerare per il calcolo della soglia sono tutte quelle riferite al medesimo intervento. Ciò al fine di evitare che l'affidamento non contestuale delle opere possa condurre a frazionamenti artificiosi.

2. Esclusione automatica delle offerte anomale ed interesse transfrontaliero certo.

Nel documento di consultazione l'Autorità ha rappresentato l'esigenza di addivenire ad una interpretazione comunitariamente orientata dell'articolo 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici secondo cui, per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Secondo l'orientamento della Corte di Giustizia europea, infatti, i principi comunitari vietano l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nei contratti sotto-soglia che abbiano carattere transfrontaliero certo (Cause C-318/15, C-147/06 e C-148/06). La Commissione Europea, sulla base di tali sentenze, ha contestato all'Italia la possibile violazione della normativa comunitaria, in quanto l'articolo 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici si applica indiscriminatamente a tutti gli affidamenti sotto-soglia, indipendentemente dall'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Inoltre, la Commissione ritiene insufficiente il limite di dieci offerte valide per poter giustificare il ricorso all'esclusione automatica.

Contributi pervenuti

Gli Stakeholder intervenuti ritengono che l'interesse transfrontaliero certo debba essere individuato a posteriori sulla base del numero di imprese estere partecipanti alla gara, ad esempio individuando la sussistenza del requisito in caso di partecipazione di imprese estere in misura superiore al 15% o al 10% del totale delle imprese partecipanti. Secondo altri, invece, sussiste interesse transfrontaliero nel momento in cui tra le offerte ammesse vi sia anche una sola impresa estera. Alcuni, in alternativa, prevedono 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 e all'oggetto.

Inoltre, alcuni Stakeholder ritengono che, in caso di assenza di interesse transfrontaliero, l'esclusione automatica possa trovare applicazione senza la necessità che vi sia un numero minimo di offerte ammesse o, al massimo, che tale numero coincida con quello minimo di 5, previsto per il calcolo della soglia di anomalia.

Opzione scelta

L'Autorità ritiene non percorribile l'individuazione a posteriori dell'interesse transfrontaliero certo, dal momento che detta individuazione è finalizzata a garantire adeguata pubblicità a livello europeo e quindi attiene ad azioni che devono essere intraprese in un momento antecedente rispetto alla presentazione delle offerte. Inoltre, si ritiene che l'individuazione ex post della sussistenza della condizione in esame potrebbe dar luogo a comportamenti opportunistici e che, comunque, sia maggiormente conforme ai principi generali che regolano l'evidenza pubblica l'individuazione di elementi oggettivi che possano rappresentare indici dell'interesse transfrontaliero. A tal fine, si ritiene di confermare l'indicazione già contenuta nelle linee guida, integrandola ulteriormente per soddisfare l'esigenza di superare le criticità contestate dalla Commissione europea, con la precisazione che detta condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione, quali l'importo di una certa consistenza dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri, ovvero di precedenti esperienze per affidamenti con oggetto analogo.

Si segnala, tuttavia, la possibilità che, a fronte della valutazione da parte della stazione appaltante dell'insussistenza di un interesse transfrontaliero certo, potrebbe verificarsi la presentazione di offerte da parte di un numero considerevole di operatori esteri. In questi casi, prima dell'apertura delle buste, la stazione appaltante dovrebbe dar conto del sopravvenuto accertamento dell'interesse transfrontaliero certo e dell'adozione delle conseguenti determinazioni. Si ritiene che tale condizione possa ritenersi configurata nel caso in cui le offerte presentate da imprese estere siano superiori al 10% delle offerte totali pervenute. Per imprese estere deve intendersi le imprese aventi sede legale in uno Stato membro diverso dall'Italia che siano prive di sedi operative sul territorio italiano.

Si evidenzia che è stata introdotta un'ulteriore modifica al punto 1.5 con riferimento al periodo che prevede che «Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di gara adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere». In particolare, è stato sostituito il termine «gara» con «aggiudicazione» al fine di conformarsi all'orientamento della Corte di Giustizia secondo cui «gli appalti sotto-soglia, nel caso in cui presentino nondimeno un interesse transfrontaliero

certo, sono assoggettati alle norme fondamentali e ai principi generali del Trattato FUE, e segnatamente ai principi di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità, nonché all'obbligo di trasparenza che ne deriva; senza necessariamente imporre di procedere ad una gara, detto obbligo di trasparenza implica l'esigenza di garantire un adeguato livello di pubblicità che consenta, da un lato, un'apertura alla concorrenza e, dall'altro, il controllo sull'imparzialità della procedura di aggiudicazione. Corte di giustizia UE, sez. IX, sentenza 19 aprile 2018, C-65/17, Oftalma Hospital s.r.l.».

3. Nuova procedura in deroga prevista dall' art. 1, comma 912, della legge n. 145/2018.

Contributi pervenuti

Alcuni Stakeholder concordano con l'Autorità nel qualificare la procedura derogatoria come affidamento diretto con richiesta di tre preventivi a soggetti iscritti in elenchi o individuati mediante indagini di mercato. In merito alla modalità di acquisizione dei preventivi invitano ad 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 e prevedendo il ricorso alle indagini di mercato soltanto laddove manchino gli elenchi oppure gli stessi siano popolati in numero insufficiente. È stato evidenziato che, trattandosi dell'affidamento 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).

Altri operatori ritengono, invece, che le esigenze di semplificazione e favore per le MPMI richiedano l'interpretazione della novella nel senso che la scelta degli operatori a cui richiedere il preventivo possa essere riservata alle stazioni appaltanti nell'esercizio del loro potere discrezionale. Tale ricostruzione è giustificata sostenendo 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. Pertanto, prevedere, o anche solo suggerire alle stazioni appaltanti la costituzione di elenchi di operatori economici da cui selezionare gli operatori a cui richiedere la presentazione del preventivo oppure il ricorso a indagini di mercato significherebbe 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.

Un'Associazione di categoria ha evidenziato 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. Ritiene quindi necessario chiarire 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.

Opzione scelta

L'Autorità ha ritenuto di confermare l'interpretazione prospettata nel documento di consultazione, ritenendo che la procedura derogatoria prevista per l'anno 2019 con riferimento all'affidamento di lavori di importo compreso tra 40.000 e 150.000 euro debba essere intesa come affidamento diretto con esame di tre preventivi. Si è ritenuto inoltre di suggerire, quale *best practice*, la selezione dei soggetti a cui chiedere la presentazione del preventivo attraverso l'utilizzo di elenchi, o in mancanza, il ricorso a indagini di mercato. Si ritiene, infatti, che i principi di trasparenza, parità di trattamento, non discriminazione, concorrenza impongano il superamento di criteri meramente discrezionali nell'individuazione dei soggetti da cui acquisire il preventivo.

Sono state accolte le altre osservazioni relative alla necessità di informare preventivamente il mercato in merito all'oggetto del contratto e di rendere disponibile la documentazione posta a base dell'intervento. Per quanto concerne la procedura di verifica dei requisiti, si evidenzia che il ricorso al sistema AVCPass non è in questo caso obbligatorio, ma la Stazione appaltante può decidere comunque di avvalersene al fine di agevolare la verifica dei requisiti.

4. Requisiti aggiuntivi e valutazione della prossimità dell'impresa rispetto al luogo di esecuzione della prestazione

Contributi pervenuti

Con riferimento alla possibilità di prevedere requisiti aggiuntivi di selezione e di valutare la prossimità dell'impresa rispetto al luogo di esecuzione della prestazione, sono pervenuti numerosi contributi che considerano il criterio della territorialità non meramente finalizzato a favorire le imprese del territorio ma piuttosto attinente alla capacità di azione della ditta nell'ambito di uno specifico contesto territoriale, rispondendo altresì ad esigenze di economicità e razionalizzazione delle spese. Dunque, secondo tale visione, il concetto di prossimità della sede legale associata al costo dell'organizzazione d'impresa sarebbe pienamente coerente con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Alcuni Stakeholder sostengono la possibilità di tenere in considerazione elementi legati alla territorialità 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). Secondo altri, il criterio di prossimità spaziale come elemento di valutazione dell'offerta se

motivato sulla base di conoscenza del territorio, delle normative regionali o altro analogo a motivare l'opportunità di prossimità.

Un operatore ha invitato a riconsiderare, con alcuni accorgimenti, il criterio cronologico per la selezione degli operatori da invitare, atteso che consente di semplificare la procedura e che detto criterio è utilizzato ad es. per l'accesso ai finanziamenti (cd. Bandi ad esaurimento).

Opzione scelta

L'Autorità, pur valutando la possibilità di condividere le osservazioni pervenute, ritiene che finché non sarà introdotta una modifica normativa in tal senso, non sia opportuno fornire indicazioni interpretative che porterebbero ad una limitazione dell'accesso al mercato, in violazione delle regole della concorrenza. Inoltre, si consideri che la legittimazione del criterio della territorialità presupporrebbe la corretta definizione dello stesso e la preventiva individuazione delle condizioni per la sua applicazione, pena l'elevato rischio di un'applicazione distorsiva dello stesso. Per tali motivi, si ritiene di confermare quanto già espresso nelle Linee guida in ordine al fatto che i criteri di selezione devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e stabiliti nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza.

5. Principio di rotazione

Contributi pervenuti

Gli Stakeholder intervenuti hanno rappresentato gli effetti distorsivi causati dall'applicazione del principio di rotazione e hanno ritenuto non 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. In particolare, ritengono che il principio sia di per sé lesivo dei principi di efficacia ed efficienza - perché disincentiverebbe l'affidatario ad eseguire bene il contratto - e del principio di concorrenza - perché si tradurrebbe in una barriera all'ingresso. Per tali motivi, ritengono che la stazione appaltante debba operare una valutazione del grado di soddisfazione maturato dal precedente affidamento (rispetto dei tempi, qualità dell'esecuzione dell'opera, rispetto di indici positivi di prestazione) e che la valutazione se invitare o meno il precedente affidatario debba essere rimessa alla valutazione discrezionale dell'amministrazione. Secondo tale ricostruzione, la previsione di una "...motivazione più stringente..." sarebbe necessaria solo in casi realmente "patologici", ovvero in caso in cui effettivamente il ri-affidamento al medesimo gestore risulti sintomatico di circostanze anomale che non consentono la effettiva dinamica competitiva. Negli altri casi, la creazione di rendite di posizione deve essere contrastata favorendo il confronto concorrenziale.

Tutti i soggetti intervenuti si sono dichiarati favorevoli all'innalzamento della soglia fissata per il ricorso al principio di rotazione, affermando che la previsione ha il pregio di eliminare la tendenza degli operatori a non partecipare agli affidamenti di importo inferiore per scongiurare la preclusione alla partecipazione agli affidamenti di importo più elevato.

Opzione scelta

Con riferimento al principio di rotazione, si evidenzia che lo stesso è previsto dal codice e, pertanto, non può essere superato da un atto interpretativo della norma. Inoltre, si rappresenta che l'articolo 36, comma 6-bis, del codice dei contratti pubblici demanda all'Autorità l'indicazione di specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti, con ciò confermando che il principio in questione opera in via generale e, pertanto, la sua applicazione non può essere rimessa ad una valutazione discrezionale della stazione appaltante per gli ovvi rischi che ne deriverebbero in termini di disparità di trattamento. Si consideri, peraltro, che nelle Linee guida sono state introdotte indicazioni operative volte a circoscrivere l'applicazione del principio di rotazione, proprio con l'intento di evitare una chiusura troppo forte del mercato. È previsto, infatti, che la rotazione si applichi con riferimento ad affidamenti che abbiano ad oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, ovvero nella stessa categoria di opere, ovvero ancora nello stesso settore di servizi e che le stazioni appaltanti, con appositi regolamenti, possano suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo in caso di affidamenti rientranti nella stessa fascia. Inoltre, è prevista la possibilità, sebbene eccezionale, di derogare all'applicazione del principio di rotazione motivando tale scelta in considerazione della particolare struttura del mercato e della riscontrata effettiva assenza di alternative, tenuto altresì conto del grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte e qualità della prestazione, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) e della competitività del prezzo offerto rispetto alla media dei prezzi praticati nel settore di mercato di riferimento.

In ogni caso, si è ritenuto opportuno innalzare a 5.000 euro la soglia al di sotto della quale la stazione appaltante può decidere di non applicare il principio di rotazione.