



Autorità Nazionale Anticorruzione
Ufficio Regolazione Contratti Pubblici

Gli affidamenti sotto soglia



Cagliari, 28 maggio 2018

Alberto Cucchiarelli

La normativa



L'art. 36, comma 1 del Codice dispone che «L'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono nel rispetto dei principi di cui agli articoli 30, comma 1, 34 (criteri di sostenibilità energetica e ambientale) e 42 (conflitto di interessi), nonché del 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. Le stazioni appaltanti possono, altresì, applicare le disposizioni di cui all'articolo 50 (clausole sociali)».

Tuttavia, diverse disposizioni del Codice si riferiscono esplicitamente al sotto soglia, mentre per altre è dubbia l'applicabilità al sotto soglia.

La normativa



L'art. 36, comma 2 del Codice dispone che l'affidamento e l'esecuzione di contratti sotto soglia avviene:

- a) < 40.000 euro, mediante affidamento diretto anche senza previa consultazione di due o più operatori economici o per i lavori in amministrazione diretta;
- b) ≥ 40.000 e < 150.000 euro per i lavori, o alle soglie per le forniture e i servizi, mediante procedura negoziata previa consultazione, ove esistenti, di almeno 10 O.E. per i lavori, o 5 per i servizi e le forniture individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;

La normativa



L'art. 36, comma 2 del Codice dispone che l'affidamento e l'esecuzione di contratti sotto soglia avviene:

- c) per i lavori di importo ≥ 150.000 e $< 1.000.000$ di euro, mediante procedura negoziata con consultazione di almeno 15 operatori O.E., ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici. L'avviso sui risultati della procedura di affidamento, contiene l'indicazione anche dei soggetti invitati;
- d) per i lavori di importo $\geq 1.000.000$ di euro mediante ricorso alle procedure ordinarie.

La normativa



L'art. 95, comma 4 del Codice dispone che è **possibile** ricorrere al criterio del minor prezzo:

- a) per i lavori di importo $\leq 2.000.000$ di euro, quando l'affidamento dei lavori avviene con procedure ordinarie, sulla base del progetto esecutivo;
- b) per i servizi e le forniture con caratteristiche standardizzate o le cui condizioni sono definite dal mercato;
- c) per i servizi e le forniture di importo < 40.000 euro, nonché per i servizi e le forniture di importo ≥ 40.000 euro e sino alla soglia solo se caratterizzati da elevata ripetitività, fatta eccezione per quelli di notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo.

La normativa



Il rinvio reciproco contenuto negli art. 95, co. 4, e 36, co. 2, ha fatto sorgere dubbi circa la possibilità di applicare le procedure derogatorie per il sotto soglia, nel caso di ricorso al criterio del minor prezzo.

La questione è stata risolta da un parere reso da ANAC il 23.06.2017 ad una specifica richiesta del MIT del 13.06.2017.

Nel parere si è evidenziato che la stessa disciplina introdotta dal correttivo che demanda ad ANAC la disciplina della «effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale», che indica come il minor prezzo si applichi inequivocabilmente anche alle procedure negoziate previste per il sotto soglia.

La normativa (casi specifici)



Deroga allo stand still (art. 32, co. 10, lett. b)): non si applica il termine dilatorio per i lavori di importo < 150.000€ o per le forniture e i servizi sotto soglia;

Qualificazione delle stazioni appaltanti (art. 37 e 38): non è necessaria la qualificazione per forniture e servizi di importo < 40.000 € o per lavori di importo < 150.000€, oltre agli acquisti su strumenti di acquisto delle centrali di committenza o dei soggetti aggregatori;

Commissioni giudicatrici (art. 77): possibilità di nomina di commissari interni, escluso il Presidente.

La normativa (casi specifici)



Subappalto (art. 105, co. 6): «È obbligatoria l'indicazione della terna di subappaltatori in sede di offerta, qualora gli appalti di lavori, servizi e forniture siano di importo pari o superiore alle soglie di cui all'articolo 35 o, indipendentemente dall'importo a base di gara, riguardino le attività maggiormente esposte a rischio di infiltrazione mafiosa, come individuate al comma 53 dell'articolo 1 della legge 6 novembre 2012, n. 190. Nel caso di appalti aventi ad oggetto più tipologie di prestazioni, la terna di subappaltatori va indicata con riferimento a ciascuna tipologia di prestazione omogenea prevista nel bando di gara. Nel bando o nell'avviso di gara la stazione appaltante prevede, per gli appalti sotto le soglie di cui all'articolo 35: le modalità e le tempistiche per la verifica delle condizioni di esclusione di cui all'articolo 80 prima della stipula del contratto stesso, per l'appaltatore e i subappaltatori; l'indicazione dei mezzi di prova richiesti, per la dimostrazione delle circostanze di esclusione per gravi illeciti professionali come previsti dal comma 13 dell'articolo 80».

Le Linee guida ANAC n. 6 si applicano anche per il sotto soglia.

La normativa (casi specifici)



Subappalto (art. 105, co. 6): Si ricorda che l'art. 80, co. 1 e co. 5, prevede l'esclusione del concorrente anche per l'assenza dei requisiti morali di uno dei subappaltatori di cui alla terna. L'art. 105, co. 12, prevede invece la sostituzione del subappaltatore. Secondo il CdS. «Sembrerebbe peraltro possibile darne una interpretazione comunitariamente orientata, ritenendo quanto meno che, quando è fornita una terna di possibili subappaltatori, è sufficiente ad evitare l'esclusione del concorrente che almeno uno dei subappaltatori abbia i requisiti e sia qualificato per eseguire la prestazione da subappaltare, ovvero che il concorrente dichiari di rinunciare al subappalto, avendo in proprio i requisiti per eseguire le prestazioni» (parere 3.11.2016 n. 2286 alle linee guida sui gravi illeciti professionali).

La normativa



L'art. 36 del Codice dispone che l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea avvengono nel rispetto dei principi di cui all'articolo 30, comma 1, nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese.

Le Linee guida ANAC n. 4



L'art. 36, comma 7, del Codice affida all'ANAC la definizione delle modalità di dettaglio per supportare le stazioni appaltanti nelle attività relative ai contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea e migliorare la qualità delle procedure, delle indagini di mercato nonché la formazione e gestione degli elenchi degli operatori economici.

Le Linee guida ANAC n. 4



Con il correttivo è stata aggiunta questa precisazione: «Nelle predette linee guida sono anche indicate specifiche modalità di rotazione degli inviti e degli affidamenti e di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata, nonché di effettuazione degli inviti quando la stazione appaltante intenda avvalersi della facoltà di esclusione delle offerte anomale».

L'ambito di applicazione



Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi per gli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, rientranti nell'ambito definito dagli articoli da 115 a 121, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale, comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato UE.

Restano fermi gli obblighi di utilizzo di strumenti di acquisto e di negoziazione, anche telematici, previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento della spesa nonché la normativa sulla qualificazione delle stazioni appaltanti e sulla centralizzazione e aggregazione della committenza.

L'ambito di applicazione



Le stazioni appaltanti possono discrezionalmente ricorrere alle procedure ordinarie anziché a quelle dell'articolo 36 Decreto Legislativo 50/2016.

Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le S.A. 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.

Principi comuni



- ❖ **Economicità** ⇒ uso ottimale delle risorse nello svolgimento della selezione e nell'esecuzione del contratto
- ❖ **Efficacia** ⇒ congruità degli atti rispetto al conseguimento dello scopo e dell'interesse pubblico cui sono preordinati
- ❖ **Tempestività** ⇒ non dilatare la durata del procedimento di selezione del contraente in assenza di obiettive ragioni
- ❖ **Correttezza** ⇒ condotta leale ed improntata a buona fede
- ❖ **Libera concorrenza** ⇒ effettiva contendibilità degli affidamenti da parte dei soggetti potenzialmente interessati
- ❖ **Non discriminazione e Parità di trattamento** ⇒ valutazione equa e imparziale dei concorrenti ed eliminazione di ostacoli o restrizioni nella predisposizione delle offerte e nella loro valutazione

Principi comuni



- ❖ **Trasparenza e Pubblicità** ⇒ conoscibilità delle procedure di gara e uso di strumenti per un accesso rapido e agevole alle informazioni sulle procedure
- ❖ **Proporzionalità** ⇒ adeguatezza e idoneità dell'azione rispetto alle finalità e all'importo dell'affidamento
- ❖ **Sostenibilità energetica** ⇒ rispetto almeno dei CAM
- ❖ **Prevenzione e risoluzione dei conflitti di interesse** ⇒ richiamo ai PNA e ai piani triennali della prevenzione della corruzione e della trasparenza
- ❖ **Rotazione** ⇒ non consolidarsi di rapporti con determinate imprese e distribuzione dell'opportunità di essere affidatari di un contratto pubblico

Principi comuni



- ❖ Requisiti di partecipazione e criteri di valutazione che consentano la partecipazione delle PMI
- ❖ Tutti gli atti della procedura sono soggetti agli obblighi di trasparenza previsti dall'art. 29 del Codice
- ❖ L'avviso sui risultati della procedura di affidamento contiene l'indicazione dei soggetti che hanno effettivamente proposto offerte e di quelli invitati
- ❖ Criterio del minor prezzo, purché ricorrano le condizioni previste dall'art. 95, comma 4, del Codice

Principi comuni



A seguito del correttivo il principio di rotazione è stato profondamente rivisto. Nel documento di consultazione sono stati evidenziati i seguenti vincoli:

- a) non invitare il precedente affidatario potrebbe creare danni per la S.A. che si vede privare dell'offerta di un O.E. capace e altera gli incentivi per l'attuale affidatario;
- b) non invitare un precedente concorrente altera gli incentivi in gara per l'O.E. che sa di giocarsi l'unica chance;
- c) il riconoscimento di pari opportunità, sotteso al principio di rotazione, dovrebbe presupporre parità di valore della chance concessa.

La rotazione



Nel documento di consultazione sono state, pertanto, proposte diverse soluzioni alternative:

- a) suddividere l'elenco degli operatori economici per fasce di importo - la rotazione riguarda le singole fasce;
- b) applicare il principio di rotazione secondo un criterio di casualità (per superare il rischio di *moral hazard*);
- c) definire quando un O.E. torna ad essere estraibile.

La rotazione



Nelle Linee-guida si è indicato che:

- a) il principio di rotazione riguarda affidamenti consecutivi con lo stesso oggetto;
- b) implica il divieto di reinvio del precedente affidatario e dell'O.E. invitato alla precedente procedura selettiva;
- c) non si applica se il nuovo affidamento avviene con procedure ordinarie o comunque aperte a tutti gli O.E.;
- d) la S.A., in apposito regolamento, può suddividere gli affidamenti in fasce di valore economico, in modo da applicare la rotazione solo per fasce;

La rotazione



Nelle Linee-guida si è indicato che:

- e) la scelta delle fasce deve essere adeguatamente motivata (ad es. soglie SOA per i lavori);
- f) il principio di rotazione non può essere aggirato con il ricorso a: arbitrari frazionamenti delle commesse; modalità di calcolo del valore stimato dell'appalto; alternanza sequenziale di affidamenti diretti o di inviti agli stessi O.E.; affidamenti o inviti disposti, senza adeguata giustificazione, ad operatori economici collegati.

La rotazione



Nelle Linee-guida si è indicato che:

- g) il reinvito al precedente affidatario ha carattere eccezionale e deve essere motivato: struttura del mercato e assenza di alternative reali; grado di soddisfazione maturato e competitività del prezzo;
- h) la motivazione per il reinvito dell'O.E. non affidatario deve tener conto dell'aspettativa circa l'affidabilità dell'O.E. e l'idoneità a fornire prestazioni coerenti con il livello economico e qualitativo atteso;
- i) possibilità di deroga per affidamenti di importo inferiore a 1.000 €, con sintetica motivazione.

Indagini di mercato e elenco fornitori



Le S.A. possono dotarsi, nel rispetto del proprio ordinamento, di un regolamento in cui vengono disciplinate:

- a) le modalità di conduzione delle indagini di mercato, eventualmente distinte per fasce di importo;
- b) le modalità di costituzione dell'elenco dei fornitori, per categoria e fascia di importo;
- c) i criteri di scelta dei soggetti da invitare a presentare offerta.

Indagini di mercato



La partecipazione alle indagini di mercato non ingenera negli O.E. alcun affidamento sul successivo invito alla procedura.

Le indagini di mercato sono svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, differenziate per importo e complessità di affidamento, secondo i principi di adeguatezza e proporzionalità, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti.

Elenco fornitori



La stazione appaltante può individuare gli operatori economici da invitare, selezionandoli anche da elenchi appositamente costituiti, a seguito di avviso pubblico. Nell'avviso sono indicati i requisiti che gli O.E. devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'O.E. può richiedere l'iscrizione limitata ad una o più fasce di importo ovvero a singole categorie.

La selezione dei soggetti da invitare



Nelle Linee-guida aggiornate al correttivo si sono volute chiarire le modalità di selezione degli O.E. da invitare, al di là del principio di rotazione.

Si è chiarito che la S.A. qualora non voglia invitare tutti gli O.E. che rispondono all'indagine o sono iscritti negli elenchi deve indicare nell'avviso o nel regolamento dell'elenco, il numero massimo di soggetti da invitare e i relativi criteri di selezione (nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza).

A tal fine, la S.A. tiene conto del valore economico dell'affidamento nonché della volontà di avvalersi della facoltà prevista dall'articolo 97, comma 8, del Codice.

La selezione dei soggetti da invitare



Solo nel caso in cui risulti idoneo a partecipare alla procedura negoziata un numero di O.E. superiore a quello indicato dalla S.A. e non si abbiano criteri ulteriori di selezione, la S.A. procede al sorteggio, a condizione che ciò sia stato debitamente pubblicizzato nell'avviso di indagine di mercato o nell'avviso di costituzione dell'elenco.

La S.A. adotta opportuni accorgimenti affinché i nominativi degli operatori economici selezionati tramite sorteggio non vengano resi noti prima della scadenza del termine di presentazione delle offerte.

La verifica dei requisiti



Il correttivo dispone che nelle Linee guida di ANAC: «sono anche indicate specifiche modalità ... di attuazione delle verifiche sull'affidatario scelto senza svolgimento di procedura negoziata».

Il fatto che il legislatore abbia rimesso ad ANAC la disciplina delle verifiche da condurre sull'aggiudicatario in caso di affidamento diretto lascia intendere che si ritiene opportuna una regolamentazione difforme rispetto a quella, già semplificata, prevista per le procedure negoziate.

La verifica dei requisiti



Per ottemperare a tale disposizione nel documento di consultazione si era posto il quesito di come bilanciare l'esigenza di semplificazione con il principio di legalità.

Le risposte pervenute dagli stakeholder hanno oscillato dalla massima apertura al rigoroso rispetto del principio di legalità.

ANAC censisce circa 5 milioni di affidamenti di importo inferiore a 40.000 € all'anno (circa 48% servizi, 42% forniture, 10% lavori nel 2016), di cui l'80% di importo inferiore a 5.000 €, un ulteriore 15% compreso tra 5.000 € e 20.000 €

La verifica dei requisiti



È sembrato naturale partire da questi numeri per cercare di introdurre elementi di semplificazione nei controlli.

Fino a 5.000 €: autodichiarazione su requisiti generali e speciali (se richiesti). Prima della stipula del contratto controllo del casellario ANAC e del DURC e delle condizioni soggettive che la legge stabilisce per l'esercizio di particolari professioni o dell'idoneità a contrarre con la P.A. in relazione a specifiche attività (ad es. «white list»). Nel contratto clausola espressa che prevede, in caso di accertamenti successivi negativi, la risoluzione del contratto, l'incameramento della cauzione definitiva o una penale in misura non inferiore al 10% del valore del contratto; pagamento del corrispettivo pattuito solo con riferimento alle prestazioni già eseguite e nei limiti dell'utilità ricevuta. Regolamento o atto equivalente per definire i controlli, a campione, sulle autodichiarazioni.

La verifica dei requisiti



Fino a 20.000 €: Semplificazione intermedia. Autocertificazione. Prima della stipula del contratto, che contiene la clausola espressa di risoluzione, la S.A. verifica i requisiti considerati obbligatori dall'art. 57 della Direttiva 2014/24/UE (penale, fiscale, contributivo), il casellario ANAC e l'assenza di procedure concorsuali, di cui all'art. 80, comma 5, lett. b) del Codice.

Oltre 20.000 €: controlli completi.

La verifica dei requisiti (white list)



Ai sensi dell'art. 52, della l. 190/2012 le S.A. devono verificare l'iscrizione dell'affidatario nella white list, anche per il sotto soglia, per le seguenti attività:

- a) trasporto di materiali a discarica per conto di terzi;
- b) trasporto, anche transfrontaliero, e smaltimento di rifiuti per conto di terzi;
- c) estrazione, fornitura e trasporto di terra e materiali inerti;
- d) confezionamento, fornitura e trasporto di calcestruzzo e di bitume;
- e) noli a freddo di macchinari;
- f) fornitura di ferro lavorato;
- g) noli a caldo;
- h) autotrasporti per conto di terzi;
- i) guardiania dei cantieri.

La verifica dei requisiti (white list)



Ai sensi dell'art. 3-bis, co. 1, del dPCM 18.04.2013 (aggiornato al dPCM 24.11.2016): «La consultazione dell'elenco, secondo le modalità stabilite dall'art. 7, è la modalità obbligatoria attraverso la quale i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, del Codice antimafia acquisiscono la comunicazione e l'informazione antimafia ai fini della stipula, dell'approvazione o dell'autorizzazione di contratti e subcontratti relativi a lavori, servizi e forniture pubblici aventi ad oggetto le attività di cui all'art. 2, comma 1, indipendentemente dal loro valore. Per i soggetti non censiti nella Banca dati nazionale unica e che abbiano presentato domanda di iscrizione nell'elenco, si osservano le disposizioni di cui all'art. 92, commi 2 e 3, del Codice antimafia e a tal fine i soggetti di cui all'art. 83, commi 1 e 2, del Codice antimafia consultano la Banca dati nazionale unica».

La verifica dei requisiti (white list)



Decorsi trenta giorni dalla consultazione, la S.A. è legittimata a procedere alla conclusione del contratto.

La stazione appaltante che ha aggiudicato il contratto o autorizzato il subappalto esclusivamente sulla base della domanda di iscrizione deve informare la Prefettura competente di essere in attesa del provvedimento definitivo di iscrizione. Se successivamente alla stipula del contratto sono accertati tentativi di infiltrazione mafiosa il contratto viene revocato.

Le S.A., mediante la consultazione della white list, acquisiscono la documentazione antimafia anche per attività diverse da quelle per le quali è stata disposta.

Esclusione automatica offerte anomale



Nel documento di consultazione si è evidenziato che la questione non pone problemi di scelta tra opzioni alternative, in quanto la materia è già disciplinata dal Codice; tuttavia, considerata l'esistenza di interpretazioni giurisprudenziali non univoche, ad esempio, sulle modalità di individuazione delle ali da tagliare, si è indicata l'opportunità che la stazione appaltante comunichi nella lettera di invito se l'accantonamento delle ali è limitato all'operazione di calcolo della media dei ribassi indicati nelle offerte ammesse oppure è estesa anche al calcolo dello scarto medio aritmetico e le modalità con cui individuare e trattare eventuali offerte identiche per la determinazione delle ali.

Esclusione automatica offerte anomale



L'indicazione fornita è stata quella di disciplinare nell'invito le questioni più controverse, così come individuate dalla giurisprudenza.

I maggiori elementi di problematicità riguardano le lettere a), b) ed e) dell'art. 97, comma 2 del Codice, ovvero del cosiddetto taglio delle ali.

In ogni caso occorre specificare il numero di decimali da considerare nella valutazione delle offerte.

Esclusione automatica offerte anomale



Si è indicato che:

- a) l'accantonamento delle ali vale sia per il calcolo della media che per quello dello scarto medio aritmetico;
- b) (in ossequio alle indicazioni fornite dal Consiglio di Stato, seppure la norma non lo preveda) che le offerte con identico ribasso sono considerate come un'offerta unica;
- c) per la lettera b), dopo il taglio delle ali si calcola la media aritmetica e si applica l'eventuale decurtazione stabilita dalla norma tenendo conto della prima cifra decimale del numero che esprime la sommatoria dei ribassi.