



UNIVERSITÀ DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

**Appalti sotto soglia: negoziazioni regolate e
regolazione del mercato**

Candidato:
Nicola Costa

Relatore:
Chiar.ma Prof.ssa Michela Passalacqua

Anno Accademico 2014/2015

APPALTI SOTTO SOGLIA: NEGOZIAZIONI REGOLATE E REGOLAZIONE DEL MERCATO

<i>Introduzione</i>	III
---------------------	-----

CAPITOLO I

Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

1. Le direttive europee del 2004 e la regolazione del mercato degli appalti pubblici	1
2. Il recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE	8
3. La struttura del Codice	15
4. Le soglie come criterio di ripartizione	19

CAPITOLO II

Appalti sotto-soglia nei settori ordinari

1. La disciplina comune degli appalti sotto-soglia	24
2. Le acquisizioni in economia	30
2.1. Amministrazione diretta	40
2.2. Cottimo fiduciario	43
3. I lavori	52
4. Gli appalti di servizi e forniture	70

CAPITOLO III

Appalti sotto-soglia nei settori speciali

1. Disciplina generale	79
2. Ambito soggettivo	83
2.1. I contratti sotto soglia delle amministrazioni aggiudicatrici	89
2.2. I contratti sotto soglia degli altri enti aggiudicatori	96
3. I contratti che riguardano più settori e il criterio di prevalenza	101

CAPITOLO IV

Le nuove direttive europee 2014/24/UE e 2014/25/UE e gli appalti sotto-soglia

1. Le nuove direttive europee	108
2. L'attuazione nell'ordinamento nazionale	117
3. Incidenza della l. 190/2012	120
4. Il d.lgs. 33/2013	127
<i>Conclusioni</i>	136
<i>Bibliografia</i>	141

Introduzione

La previsione di specifiche procedure di evidenza pubblica a garanzia delle massime libertà di accesso al mercato dei lavori, servizi e forniture pubblici all'interno dell'Unione ha costituito uno dei principali obiettivi della Comunità europea.

La stessa, ancor prima di porre l'accento sull'esigenza di garantire alle imprese la possibilità di sfruttare appieno la potenzialità del mercato interno alla Comunità grazie, all'apertura degli appalti pubblici nazionali, si era già preoccupata di dettare apposite disposizioni per la tutela di una effettiva concorrenza nell'affidamento degli appalti.

L'interesse comunitario per i contratti pubblici è facilmente ricollegabile alle dimensioni e alla rilevanza che questi assumono in campo economico.

Le prime direttive in materia si basavano su principi fondamentali quali, il divieto di discriminazione in base alla nazionalità, il divieto delle restrizioni alle importazioni, la libera prestazione di servizi e il divieto di misure restrittive della

concorrenza all'interno della comunità, per poi evolversi, dopo un lungo percorso normativo, in progetti come quelli contenuti nelle direttive europee 2004/17/CE e 2004/18/CE.

L'obiettivo primario delle suddette è la semplificazione e la riduzione delle procedure, a vantaggio di una maggiore competitività ed efficacia del sistema economico europeo rispetto agli altri grandi modelli economici mondiali.

Il presente lavoro pone l'attenzione su una parte delle previsioni normative che il nostro ordinamento ha adottato in materia di appalti, dopo aver recepito le disposizioni europee ed i principi che queste portano con se.

Si passerà preliminarmente ad esaminare le novità e le finalità delle direttive europee del 2004, la situazione del diritto nazionale alla vigilia del loro recepimento che appare frammentario e incompleto, e l'influenza che queste hanno portato nella codificazione legislativa; successivamente verrà analizzata la disciplina delle soglie, individuate dal legislatore europeo nelle due direttive, che rappresentano un primo criterio di importante divisione per le procedure di appalto.

Da qui il vero e proprio tema centrale dell'elaborato, ossia come il Codice adottato dall'ordinamento nazionale con il D.lgs. 163/2006,

conosciuto anche come “Codice de Lise” dal nome del Presidente della Commissione tecnica che ne ha curato la redazione, disciplini la materia degli appalti sotto soglia comunitaria, distinguendoli in settori ordinari e settori speciali.

È un’analisi che affronta tutte le tipologie di appalti che riguardano entrambi i settori e di conseguenza i lavori, i servizi e le forniture, incentrando l’attenzione sulla disciplina comune e specifica prevista per tali appalti, sulle caratteristiche che evidenziano le differenze con la normativa dettata per quelli sopra la soglia comunitaria ed i soggetti che possono farvi ricorso.

In merito agli appalti sotto soglia comunitaria parte del lavoro è focalizzato sulle c.d. acquisizioni in economia, realtà fondamentali, a cui si ricorre nella maggior parte delle situazioni, trattando specificatamente amministrazione diretta e cottimo fiduciario, mettendole a confronto ed evidenziando come la semplificazione procedurale di tali strumenti, porti ad una maggior appetibilità da parte dei soggetti che intendano intraprendere tali tipologie di acquisizioni.

Pur esistendo due discipline distinte ed autonome, una per i settori ordinari ed una per i settori speciali, non mancano situazioni in

cui alcuni appalti, si trovino a sottostare in parte alle norme dei settori ordinari ed in parte alla disciplina dei settori speciali; la soluzione prevista dal legislatore, si basa sull'adozione del criterio di prevalenza che, stabilisce come la disciplina da applicare sia quella relativa al settore cui è riconducibile l'attività principale fra quelle da affidare.

In conclusione l'attenzione verrà posta su come il legislatore nazionale intenda procedere per il recepimento delle due nuove direttive europee 2014/24/UE e 2014/25/UE, incentrate sul riordino della disciplina degli appalti e sulle novità da queste introdotte.

Punti cardini dell'intera disciplina degli appalti pubblici, sono i principi di trasparenza e pubblicità, che rappresentano due elementi per la prevenzione ed il controllo di comportamenti illeciti ed elusivi nel settore degli appalti, nonché il più alto momento di informazione sull'utilizzo delle risorse pubbliche.

L'analisi viene dapprima posta con riferimento alla legge 190/2012 c.d. legge anticorruzione e successivamente al d.lgs. 33/2013 che riordina la disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni.

Capitolo I

Il Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture

1. Le direttive europee del 2004 e la regolazione del mercato degli appalti pubblici

Nel maggio del 2000 la Commissione europea propose l'adozione di due nuove direttive, in risposta alla reazione degli ambienti imprenditoriali, che richiedevano una maggiore flessibilità della disciplina, una maggiore semplificazione e una modernizzazione del quadro normativo.

Le proposte di riforma, dopo aver ottenuto i pareri del Comitato delle regioni e del Comitato economico e sociale¹, sono sfociate nel dicembre del 2003 in due nuove direttive del Parlamento e del Consiglio, la 2004/17/CE, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e la 2004/18/CE, che coordina le procedure

¹ Il Comitato delle regioni ha reso il proprio parere su entrambe le proposte il 13 dicembre 2000 (in GUCE, 16 maggio 2001, n. C 144/23); il Comitato economico sociale si è pronunciato in data 26 aprile 2001 (in GUCE, 10 luglio 2001, n. C 193/1). Una prima lettura nel Parlamento europeo si è avuta il 17 gennaio 2002.

di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi².

La direttiva 2004/18/CE nasce dall'esigenza di raccogliere all'interno di un unico testo il contenuto delle direttive 92/50/CEE del 18 giugno 1992, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, la 93/36/CEE del 14 novembre 1993, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture (entrambe modificate dalla direttiva 97/52/CE), e la 93/37/CEE del 14 giugno 1993, che coordinava le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori.

Lo scopo perseguito dalla direttiva in questione, è quello di ottenere che l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che si faccia riferimento a Stato, enti pubblici territoriali o altri organismi di diritto pubblico, all'interno degli ordinamenti nazionali dei Paesi membri, diventasse più omogenea, andando a rispettare i principi del Trattato della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, della libertà di trattamento, di non

² R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 157.

discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza³.

Così facendo, si va verso l'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza, garantendo procedure di gara concorrenziali a livello della Unione Europea.

La volontà perseguita è volta ad escludere, sia il rischio che gli offerenti nazionali siano preferiti nell'attribuzione di appalti, sia la possibilità che un'amministrazione aggiudicatrice si lasci guidare da considerazioni non economiche⁴.

Anche la direttiva 2004/17/CE, relativa all'aggiudicazione degli appalti degli enti erogatori di acqua e di energia, nonché degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, ha finalità analoghe alla precedente.

Successivamente alle modifiche della direttiva 93/38/CEE del Consiglio europeo, il legislatore comunitario per una maggior chiarezza, ha proceduto alla raccolta delle disposizioni di tale direttiva in un unico testo.

Il filo conduttore può essere considerato anche in tal caso l'apertura dei mercati in questione alla concorrenza, che fino ad ora

³ Considerando n.2, direttiva 2004/18/CE.

⁴ M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 10.

avevano carattere chiuso, in quanto gli Stati membri concedevano diritti speciali o esclusivi, per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti che forniscono il servizio nei settori richiamati.

Oltre a questo, bisogna richiamare anche la tutela della concorrenza, applicando misure di liberalizzazione di tali settori, per una graduale e completa apertura dei mercati alla libera concorrenza⁵.

Dunque, la finalità delle due direttive che sono alla base del Codice dei contratti pubblici, è quella dell'apertura dei relativi mercati alla concorrenza, garantita da un lato, dai principi del Trattato, dall'altro, dall'esistenza di un quadro normativo di riferimento uniforme, affinché nei singoli Stati membri siano adottate procedure di affidamento omogenee.

Questa effettiva concorrenza dovrebbe garantire una maggiore offerta, anche da parte di imprese di differenti nazionalità, migliorando così la qualità delle offerte e l'abbattimento dei costi per le amministrazioni aggiudicatrice.

Analizzando le due direttive dal punto di vista delle novità contenutistiche, queste contemplanu nuovi strumenti contrattuali e

⁵ In questo senso, Corte cost. n. 414/2007.

mezzi di modernizzazione, in particolare: nuovi meccanismi di affidamento dei contratti, quali l'accordo quadro, il sistema dinamico di acquisizione, il dialogo competitivo, la contrattazione tramite centrali di committenza; la previsione che l'appalto di lavori possa avere ad oggetto sia la sola esecuzione, che l'esecuzione e progettazione, che la realizzazione con qualsiasi mezzo; l'utilizzo di strumenti informatici, sia per le pubblicazioni e comunicazioni (vedi la pubblicazione di avvisi e capitolati sul c.d. profilo di committente, che è il sito informatico della stazione appaltante, la trasmissione di bandi e avvisi alla Comunità europea per via elettronica), sia per l'attività di contrattazione (vedi le aste elettroniche).

Si assiste anche ad un potenziamento degli strumenti per garantire una concorrenza effettiva tramite: un maggior rigore nella predeterminazione dei criteri di valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; un più articolato contraddittorio nella fase di verifica delle offerte anomale ed infine attraverso il principio di equivalenza delle specifiche tecniche inerenti alle prestazioni contrattuali.

Le direttive valorizzano inoltre le esigenze sociali e ambientali, sia nell'affidamento che nell'esecuzione degli appalti pubblici, con:

l'utilizzabilità di criteri ambientali nella valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa; la possibilità di esigere condizioni ambientali e sociali per l'esecuzione del contratto; la possibilità di riservare l'affidamento degli appalti a laboratori che impiegano mano d'opera disabile; la possibilità di prevedere speciali procedure per la realizzazione di programmi di edilizia residenziale pubblica.

In relazione ai settori speciali (*ex esclusi*), si può constatare l'uscita da tale ambito, del settore delle telecomunicazioni, ritenuto ormai aperto alla concorrenza degli Stati membri, e l'ingresso del settore postale⁶.

Facendo riferimento al diritto nazionale sugli appalti pubblici, alla vigilia del recepimento delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, il quadro normativo si basava su tre distinti decreti legislativi, che avevano recepito le precedenti direttive comunitarie, disciplinanti gli appalti di valore pari o superiore alla "soglia" comunitaria di forniture⁷, servizi⁸, nonché lavori, servizi e forniture nei settori speciali⁹.

⁶ R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, EPC, 2012, p. 106.

⁷ D.lgs. n. 358 del 1992.

⁸ D.lgs. n. 157 del 1995.

⁹ D.lgs. n. 158 del 1995.

Gli appalti di lavori sia sopra che sotto la soglia comunitaria erano disciplinati invece dalla l. n. 190/1994 (c.d. legge quadro sui lavori pubblici o legge Merloni) e successive modificazioni, e relative normative secondarie di attuazione ed esecuzione¹⁰, che stabiliva limiti particolarmente rigidi all'autonomia delle stazioni appaltanti e distingueva soltanto sotto alcuni profili le regole da applicare ai contratti inferiori o superiori alla soglia.

La legge Merloni come precedentemente detto, nel corso del tempo aveva subito modificazioni radicali attraverso il d.l. n. 101/1995 convertita in l. n. 216/1995 (l. Merloni *bis*), l. n. 415/1998 (l. Merloni *ter*), l. n. 166/2002 (l. Merloni *quater*).

Gli appalti di forniture sotto soglia, erano disciplinati con un regolamento (d.P.R. n. 573/1994).

Mancava invece una normativa organica di riferimento per gli appalti di servizi sotto soglia, ai quali, veniva quindi applicata la disciplina sulla legislazione di contabilità di Stato del 1923-1924.

I servizi e le forniture in economia delle diverse amministrazioni trovano una disciplina generale nel d.P.R. n. 384/2001, mentre i lavori in economia erano disciplinati dal d.P.R. n. 554/1999.

¹⁰ D.P.R. n. 554 del 1999 e d.P.R. n. 32 del 2000.

Secondo la giurisprudenza nazionale e secondo gli organi comunitari, anche i contratti sotto soglia comunitaria devono rispettare i principi del Trattato a tutela della concorrenza e i principi di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento¹¹.

2. Il recepimento delle direttive comunitarie 2004/17/CE e 2004/18/CE

Il Codice dei contratti pubblici trova il suo presupposto nell'art. 25, legge n. 62/2005, legge comunitaria 2004.

Tale norma, delegava il Governo ad adottare uno o più decreti legislativi, volti a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento della direttiva 2004/17/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, e della direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, relativa al coordinamento delle procedure di

¹¹ C. giust. CE, 3 dicembre 2001, C-59/00, ord., in *Foro it.*, 2002, IV, 67; comunicazione della Commissione CE, 2006/C 179/02, commentata da M. LOCATI, *Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive*, in *Urb. e app.*, 2007, p. 533-535.

aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi¹².

Si tratta di una delega di rango legislativo, che si esercita con uno o più decreti legislativi, che mirano a creare un “unico testo normativo” dell’intera disciplina degli appalti pubblici, tanto nei settori ordinari, che speciali ed indipendentemente dalle circostanze che il loro valore raggiungesse o meno la rispettiva soglia di rilevanza comunitaria, coordinando le norme di attuazione con le altre disposizioni in vigore, rispettando il Trattato istitutivo dell’Unione europea.

Così facendo non si incaricava il Governo solo a recepire le direttive, ma anche a definire un quadro normativo finalizzato al recepimento delle direttive.

Dall’analisi dei contenuti della legge delega, posso essere ricavati cinque criteri direttivi.

Il primo prevede la compilazione di un unico testo normativo, che abbia le disposizioni legislative in materia di procedure di appalto disciplinate dalle due direttive (art. 25, c.1, lett. a).

¹² M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 9.

Queste al loro interno contengono, sia istituti a recepimento obbligatorio, sia istituti a recepimento facoltativo, che per certi aspetti differiscono dal diritto italiano, e poiché la legge delega, oltre ad incaricare il Governo al semplice recepimento non specifica altro, la scelta se introdurre o meno gli istituti facoltativi, distaccandosi quindi in uno o più punti dalle direttive, è stata effettuata dal legislatore delegante prevedendo una totale adesione alle direttive.

Tale scelta può essere giustificata anche in virtù del fatto che, le direttive sono molto dettagliate e puntuali, e proprio per non venir meno al criterio di riprodurle fedelmente nel nostro ordinamento, il Governo le ha recepite accuratamente.

Come già introdotto nel paragrafo precedente con riferimento alle novità introdotte dalle direttive comunitarie, il puntuale recepimento di queste, non comporta radicali cambiamenti e innovazioni per i servizi e le forniture, nonché per i settori speciali, per le quali erano già state recepite le precedenti direttive, mentre comporta significative innovazioni per i lavori, poiché il legislatore nazionale in tale materia si era discostato maggiormente dal diritto comunitario.

Il secondo criterio direttivo ricavabile, è quello del coordinamento nell'unico testo normativo, oltre che alle procedure di appalto comunitarie, anche alle “altre disposizioni in vigore nel rispetto dei principi del Trattato istitutivo dell'Unione europea”.

Tenendo conto di tale previsione, sono state inserite nel codice anche le altre disposizioni vigenti in materia di procedure di affidamento e le altre disposizioni vigenti in materia di progettazione dei lavori ed esecuzione del contratto di appalto, arrivando così attraverso il rispetto del criterio direttivo di un mero coordinamento, a unificare tutta la disciplina di rango primario degli appalti (procedure di affidamento, progettazione ed esecuzione) in un unico corpo normativo.

Il terzo criterio direttivo è ripreso dall'art. 25, 1 c., lett. b “semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie, finalizzate a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici”, che il codice ha interpretato come riferimento ai contratti sotto soglia.

La disciplina del sotto soglia è stata inserita in un unico testo normativo con il sopra soglia, per ragioni di coordinamento, perché la

giurisprudenza comunitaria, ritiene estendibile agli appalti sotto soglia i principi del Trattato e perché la legislazione italiana dei lavori assimila sostanzialmente le due discipline salvo alcune differenze.

Attualmente la disciplina delle forniture sotto soglia è affidata a un regolamento e i servizi sotto soglia sono privi di una disciplina specifica, quindi averli inseriti nel codice ha comportato un recupero di trasparenza, giustificando ulteriormente l'unione delle due discipline in un unico testo.

Il suddetto articolo, in coerenza con la più generale tendenza dell'ordinamento¹³, richiama l'esigenza di semplificazione delle procedure di affidamento, che non costituiscano diretta applicazione di specifiche norme comunitarie, favorendo così il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici.

Il Consiglio di Stato ha letto questa disposizione in senso estensivo, riconoscendovi una volontà più generale, di liberare le stazioni appaltanti da inutili "lacci" non fondati su obblighi comunitari, attraverso uno snellimento della procedura (oneri pubblicitari, tempistica, tipologia di procedura) e una flessibilità

¹³ Ribadita anche dalle ll. nn. 15 e 80 del 2005.

estendendo ai contratti sotto soglia istituiti propri di quelli sopra soglia.

Il quarto criterio riguarda l'attribuzione alla preesistente Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici, dei compiti di vigilanza nei settori di servizi, forniture e lavori, in attuazione della normativa comunitaria.

All'Autorità si riconosce autonomia organizzativa e competenza per adottare atti generali, di programmazione o pianificazione, il tutto senza comportare ulteriori oneri per il bilancio dello Stato.

Con il codice, tale Autorità, si trasforma in Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

Per concludere, il quinto criterio è dato dall'adeguamento della normativa, ai principi affermati dalla sentenza della Corte di giustizia 7 ottobre 2004, in causa Sintesi S.p.A.¹⁴, che si ispirano ad un modello di amministrazione, che scelga il metodo di gara in base alle caratteristiche delle diverse situazioni e sia munita delle competenze tecniche necessarie per attuare una propria "politica" degli appalti, favorendo una più ampia discrezionalità delle stazioni appaltanti,

¹⁴ C. giust. CE, in C-247/02, in *Riv. giur. edil.*, 2005, p. 673.

migliore garanzia per una concorrenza effettiva basata sulla qualità delle offerte.

Conclusa l'analisi dei contenuti della legge delega merita una riflessione l'iter procedimentale del codice: dopo la pubblicazione della legge delega, venne istituita una commissione di studio presso la Presidenza del Consiglio dei Ministri, per l'analisi delle problematiche del recepimento delle direttive comunitarie e l'attuazione della legge delega.

Su quanto detto dalla commissione di studio, sono state acquisite le osservazioni delle associazioni delle categorie imprenditoriali e professionali, nonché delle amministrazioni pubbliche interessate.

Approvato in via preliminare dal Consiglio dei Ministri il 13 gennaio 2006, il testo è stato trasmesso agli organi competenti per i pareri obbligatori previsti dalla legge delega, come quelli della Conferenza unificata e delle Commissioni parlamentari di Camera e Senato e anche per pareri non formalmente previsti, come quello del Consiglio di Stato.

Una volta adeguato ai pareri, il testo è stato approvato definitivamente dal Governo il 23 marzo 2006 e dopo la firma del Presidente della Repubblica avvenuta il 12 aprile 2006, è stato

pubblicato nella G.U. del 2 maggio 2006 (d.lgs. 12 aprile 2006 n. 163) ed è entrato in vigore il 1° luglio 2006.

3. *La struttura del Codice*

Il Codice disciplina congiuntamente i contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture ma, al suo interno contiene discipline differenti, in relazione ai diversi settori a cui facciamo riferimento, all'oggetto del contratto, alla dimensione di questo e alla sua rilevanza, nonché all'importo.

Gli articoli del Codice sono suddivisi in cinque parti.

La prima parte è intitolata “*principi e disposizioni comuni e contratti esclusi in tutto o in parte dall’ambito di applicazione del codice*”, contiene al suo interno le norme in tema di oggetto, fonti della disciplina, principi, definizioni, riparto fra Stato e Regioni, Autorità di vigilanza e Osservatorio, responsabili del procedimento, nonché una elencazione dei contratti esclusi dall’ambito di applicazione del Codice¹⁵.

¹⁵ Per esempio sono esclusi dalla disciplina del codice, gli appalti segretiati o stipulati sulla base di accordi internazionali.

La seconda parte è intitolata “*contratti pubblici relativi a lavori, servizi, forniture nei settori ordinari*”, che come si evince dal titolo, affronta la tematica dei contratti che hanno come oggetto lavori, servizi e forniture nei settori ordinari, riferendosi sia a quelli che sono sopra la soglia comunitaria, sia a quelli che sono sotto la soglia comunitaria.

Questa parte del Codice è una delle parti centrali e più importanti, poiché è proprio qui che si recepisce una delle due direttive comunitarie da cui prende vita il Codice, ovvero la direttiva 2004/18.

Per poter affrontare la tematica in questione nel miglior modo possibile, a sua volta questa parte viene suddivisa in quattro titoli.

Il primo titolo contiene al suo interno il cuore vero e proprio della disciplina delle procedure di affidamento e i principi di esecuzione del contratto, affrontando il tema dei contratti di rilevanza comunitaria.

La disciplina in questione è la regolamentazione base dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, infatti per tutte le altre discipline di specifiche figure contrattuali o specifici settori, si fa

riferimento a questa e si enunciano poi le specifiche norme derogatorie.

Il secondo titolo affronta il tema che sarà trattato in maniera approfondita nel capitolo successivo, ovvero i contratti sotto soglia comunitaria, i quali presentano specifiche regole derogatorie alla disciplina base di rinvio, dettata per i contratti sopra soglia.

Il terzo titolo della seconda parte del Codice, detta disposizioni specifiche in relazione ai contratti di lavori pubblici, in particolare per le concessione di opere pubbliche, il promotore finanziario, la concessione di infrastrutture strategiche, il *project financing*, il *leasing* finanziario e come nella parte precedente anche per tali tematiche l'archetipo, è la disciplina generale dei contratti sopra soglia correlata delle opportune deroghe.

Infine il quarto titolo affronta il tema di quei contratti di lavori, servizi e forniture in settori specifici come quello della difesa e nel settore dei beni culturali.

Tornando alla suddivisione in parti del Codice, l'altro fulcro della materia viene a trovarsi proprio all'interno della terza parte intitolato "*contratti pubblici di lavori, servizi, forniture nei settori*

speciali”, dove si va a recepire l’altra direttiva ispiratrice del Codice, la direttiva comunitaria 2004/17.

All’interno del testo, viene prima di tutto dettato un articolo di ricognizione delle norme proprie dei settori ordinari, che vengono applicate anche per i settori speciali.

Proprio come già detto in precedenza, anche in tal caso il legislatore adotta come disciplina cardine da seguire quella dettata per i contratti di lavori, servizi e forniture sopra soglia comunitaria, andando poi a enunciare le norme specifiche da adottare in tali settori speciali.

Infine viene enunciato il regime dei contratti nei settori speciali, sotto la soglia comunitaria, assoggettati a una serie di semplificazioni e deroghe alla disciplina generale, che sarà trattato in maniera accurata all’interno del capitolo tre.

La parte quattro del Codice è intitolata al “*contenzioso*” e disciplina quelli che sono gli strumenti di composizione delle liti in materia di contratti pubblici, sia in via stragiudiziale che giudiziale e, in particolare, la transazione, l’accordo bonario, l’arbitrato, nonché le norme in tema di giurisdizione e riti speciali, e la tutela cautelare *ante causam*.

Tutte le controversie, comprese quelle risarcitorie relative a procedure di affidamento di contratti pubblici, sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo¹⁶.

In ultimo, la parte quinta del Codice è dedicata alle disposizioni di coordinamento, finali e transitorie e alle abrogazioni di norme previgenti.

Seguono poi gli *allegati*, come nelle direttive che si recepiscono.

4. *Le soglie come criterio di ripartizione*

Una distinzione essenziale per le procedure di affidamento dei contratti pubblici, è quella fra affidamenti sopra soglia comunitaria e affidamenti sotto soglia comunitaria, dove per soglia, si intende il valore (stabilito dal diritto europeo) del contratto da assegnare, superato il quale scatta per l'ente aggiudicatore il dovere di conformarsi a procedure concorsuali più rigorose, fissate dallo stesso

¹⁶ Art. 244, d.lgs. n. 163/2006. Sono, altresì, devolute alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo le controversie relative ai provvedimenti sanzionatori emessi dall'Autorità, nonché quelle relative al divieto di rinnovo tacito dei contratti, quelle relative alla clausola di revisione del prezzo e al relativo provvedimento applicativo nei contratti ad esecuzione continuata o periodica, di cui all'art. 115 dello stesso d.lgs. n. 163/2006, nonché quelle relative ai provvedimenti applicativi dell'adeguamento dei prezzi (art. 133, commi 3 e 4, d.lgs. n.163/2006).

diritto europeo, che rientrano nelle disposizioni del Codice di chiara matrice comunitaria.

Tali soglie sono diverse sia che si parli di lavori, servizi o forniture sia che il contratto faccia riferimento al settore ordinario o al settore speciale e inoltre possono mutare nel tempo, per effetto di provvedimenti da parte della Commissione Europea.

Per stabilire se la soglia sia stata superata oppure no, bisogna far riferimento al valore stimato del contratto da aggiudicare, che verrà calcolato tenendo conto delle caratteristiche elencate dall'art. 29 del Codice: in generale, si guarda all'importo massimo pagabile al netto di IVA, stabilito al momento dell'invio del bando per la pubblicazione, mentre nel caso in cui la pubblicazione non sia necessaria, al momento dell'avvio del procedimento di evidenza pubblica.

Nel caso si faccia riferimento ad affidamento di lavori devono risultare anche il valore dei servizi e delle forniture necessari per l'esecuzione degli stessi.

Quando la prestazione può essere suddivisa in diversi lotti da assegnare nello stesso momento, per l'individuazione dell'importo è necessario sommare il valore di ciascun lotto e se la somma è

superiore alla soglia stabilita, l'aggiudicazione di ciascun lotto deve essere effettuata sulla base delle disposizioni per i contratti di rilevanza comunitaria.

Oltre a tali previsioni, è presente e molto importante il divieto di adottare criteri di calcolo che artificialmente sottraggano un affidamento dall'ambito applicativo delle norme di rilevanza comunitaria¹⁷.

La disciplina comunitaria fin dagli anni settanta ha costantemente ricercato e fissato soglie di valore per l'applicazione della disciplina comunitaria, infatti per gli appalti di lavori si prevedeva che al disotto della soglia di cinque milioni di ECU potevano non essere sottoposti alla concorrenza.

Analoghi limiti di applicazione della disciplina comunitaria erano dettati anche per gli appalti di pubblici forniture e pubblici servizi.

Tutte queste precedenti direttive contenevano al loro interno una o più previsioni, che oltre a indicare delle "soglie" di valore al di sotto del quale non si applicava la disciplina comunitaria, indicavano anche i criteri per computare il valore, le regole per evitare elusioni e le procedure per l'aggiornamento nel tempo del valore.

¹⁷ R. VILLATA, *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2014, p. 219.

Riassumendo, prima dell'entrata in vigore della direttiva unificata, per i lavori pubblici la norma di riferimento era l'art. 6 della direttiva 93/37/CEE; per le forniture l'art. 5 della direttiva 93/36/CEE per i servizi pubblici infine l'art. 7 della direttiva 92/50/CEE.

Ponendo l'attenzione sulla distinzione fra i contratti di valore sopra soglia e quelli di valore sotto soglia, questa sembrerebbe corrispondere a una ripartizione fra potestà normativa comunitaria e potestà nazionale, dove i contratti di importo superiore sono disciplinati dal legislatore europeo e quelli inferiori sono rimessi in massima parte alle scelte degli ordinamenti nazionali, quindi sarebbe un criterio di ripartizione basato sul valore del quantitativo del contratto.

Questa ricostruzione a prima vista conferma come le soglie costituiscano un limite fra competenze, ma approfondendo il tema questa definizione non appare poi così assoluta, perché le numerose soglie previste dalle direttive che poi sono state codificate, sono state autoimposte proprio dallo stesso legislatore comunitario.

Quindi così come il legislatore le ha introdotte senza alcuna difficoltà, non troverebbe alcun ostacolo insormontabile nel modificarle a seconda dei casi e delle valutazioni di opportunità, che

mirano all'adeguatezza e alla proporzionalità di un mezzo (come le procedure di evidenza pubblica di matrice comunitaria) ad un fine (la tutela della concorrenza nel mercato degli appalti pubblici).

Altro punto da evidenziare è, come per i contratti sotto soglia l'applicabilità della normativa comunitaria non sia esclusa, anzi sostanzialmente la loro disciplina appare omogenea a quella comunitaria applicabile per i contratti sopra soglia, tranne deroghe su specifici profili.

Affermando ciò, si evidenzia come in presenza di contratti con importi sempre più elevati, l'interesse dell'ordinamento comunitario assume maggior prevalenza rispetto a quello nazionale, rendendo la disciplina fissata dal diritto europeo molto dettagliata, viceversa quando l'importo del contratto è più contenuto, l'interesse comunitario si attenua ampliando l'intervento della normativa nazionale.

Capitolo II

Appalti sotto-soglia nei settori ordinari

1. La disciplina comune degli appalti sotto-soglia

L'analisi del capitolo precedente evidenzia come sia proprio quella dei contratti sotto-soglia, la materia all'interno della quale si può ben capire e vedere il carattere innovativo del Codice, dal momento che questo ha introdotto una disciplina unitaria in un settore che per molto tempo ne era stato privo, facendo così un collegamento con la disciplina già prevista per i settori affini.

Mantenendo sempre presente la precisazione che la soglia comunitaria, è il valore monetario minimo del contratto al di sopra del quale bisogna applicare la normativa delle direttive comunitarie appalti, nei casi di contratti di modesto valore, applicare un intervento di coordinamento a livello comunitario, andrebbe a contrastare con il principio di sussidiarietà, poiché in queste situazioni manca un

mercato sovranazionale¹, risultando così l'intervento del legislatore nazionale quello da preferire e più efficace.

I primi articoli da evidenziare per la trattazione del tema in esame sono l'art. 3, comma 17, del Codice che definisce i contratti sottosoglia come quei "contratti pubblici il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto (i.v.a.) è inferiore alla soglia di cui agli articoli 28, 32, comma 1, lettera e), 91, 99, 196, 215, 235, e che non rientrano nel novero dei contratti esclusi" e l'articolo 28, che per il settore ordinario ad esclusione degli appalti di forniture del Ministero della difesa (art.196), fissa delle classi di soglie sulla base del tipo di approvvigionamento, in continuità con le scelte del legislatore comunitario.

Dal 1 gennaio 2014 sono in vigore le nuove soglie comunitarie per gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, stabilite con il Regolamento UE n. 1336/2013 della Commissione del 13 dicembre, che ha modificato le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio².

¹ F. VENTURA, *Commento agli artt. 121-125*, in A. CARULLO, G. IUDICA, *Commentario*, Padova, Cedam, 2009, p. 796-812.

² Fonte: Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti.

Sulla base di tale precisazioni le soglie indicate nell'articolo attualmente in vigore, si differenziano a seconda che si considerino: i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture aggiudicati dalle autorità governative centrali (Presidenza del Consiglio, Ministeri, Consip), la cui soglia di è di 134.000 euro, e contratti affidati da stazioni appaltanti diverse dalle amministrazioni centrali oppure riguardanti specifici servizi, quali ad esempio i servizi di ricerca e sviluppo o telecomunicazioni per i quali la soglia è fissata in 207.000 euro; infine per gli appalti di lavori pubblici, invece la soglia è di 5.186.000 euro.

Continuando l'analisi degli articoli da prendere in considerazione sul tema in esame, per la determinazione del valore invece, bisogna guardare all'articolo 29 il quale afferma che, il valore deve essere stimato dalle stazioni appaltanti in base all'importo totale massimo pagabile al netto dell'i.v.a.

La disciplina comune degli appalti sotto-soglia, trova la sua disciplina specifica all'interno del Codice nella Parte II, Titolo II che tratta gli articoli dal 121 al 125.

L'articolo 121 con cui si apre il Titolo II ben rappresenta quello che il legislatore ha previsto per tale materia, infatti questo articolo al comma 1, attua un rinvio in blocco alle disposizioni delle Parti I, IV, V

rispetto alle quali non sono previste deroghe e un rinvio anche alla Parte II con specifiche deroghe precisate agli articoli dal 122 al 125.

Con tale previsione si percepisce quindi che i contratti aventi un valore presunto inferiore alla soglia comunitaria, sottostanno alla disciplina della Parte II prevista per i contratti sopra-soglia, in quanto non derogate dalle norme contenute negli articoli precedentemente citati.

Ne deriva perciò, una unificazione fra contratti sopra e sotto soglia che supera così la frammentarietà del precedente impianto normativo.

Attraverso queste previsioni si assiste a una normativa, in cui i contratti sopra-soglia svolgono una funzione di modello nei confronti di quelli sotto-soglia per quanto attiene ai principi e alle norme fondamentali, senza però scordarsi delle già citate deroghe che, hanno come obiettivo quello di semplificare e rendere più flessibile le procedure di aggiudicazione dei contratti di modesta entità³.

Di importante interesse fra le numerose disposizioni a cui rinvia l'articolo 121, è da sottolineare l'articolo 2 che al comma 1⁴,

³ G. PELLEGRINO, *Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria*, in F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013, p.7.

⁴ Al secondo periodo.

“l’affidamento deve altresì rispettare i principi di libera concorrenza, parità di trattamento, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente Codice”, recepisce fondamentali principi generali di derivazione comunitaria, la cui applicazione anche nei confronti degli appalti sotto-soglia sta a dimostrare come il Codice abbia acquisito gli orientamenti della giurisprudenza comunitaria, la quale puntava a estenderli a tutta l’attività contrattuale della pubblica amministrazione, indipendentemente dal valore economico degli appalti.

Attraverso questo richiamo appare evidente quindi come anche gli affidamenti degli appalti sotto-soglia, per i quali non vi è previsto il rispetto delle specifiche procedure ad evidenza pubblica, debbano sottostare a tali principi.

Il rinvio dell’articolo 121 alla Parte I e II del Codice, fa in modo di chiarire e superare problemi sulla legittimità o meno degli affidamenti diretti di appalti sotto-soglia da parte di organismi di diritto pubblico, che attraverso il rimando agli articoli 3, comma 25 e 32, devono applicare le regole sull’evidenza pubblica anche per gli affidamenti di lavori, servizi e forniture sotto-soglia, poiché in merito

ai soggetti tenuti ad applicare tali prescrizioni, non sono previste deroghe.

Merita attenzione, fra le norme della Parte II cui l'articolo 121 rinvia, la disposizione che si trova all'articolo 68 poiché al suo interno viene prescritto il divieto di introdurre nelle clausole contrattuali specifiche tecniche elusive della concorrenza, così facendo, il rinvio rende possibile anche agli appalti sotto la soglia comunitaria di porre fine alla prassi anticoncorrenziale e a tutte quelle pratiche elusive, esistenti prima del Codice.

Un esempio concreto di prassi anticoncorrenziale applicata agli appalti sotto-soglia comunitaria, era quella di redigere il bando di gara indicando specifiche tecniche o caratteristiche che si riferiscano a una fabbricazione o a una provenienza determinata, che andavano a favorire una scelta piuttosto che un'altra.

Infine, per quanto riguarda il rinvio sempre alla Parte II, questo consente ai contratti sotto-soglia comunitaria di beneficiare di tutta quella serie di strumenti flessibili per semplificare le procedure.

Concludendo l'analisi dei rinvii attuati dall'articolo 121, per ultimo si fa riferimento alla Parte IV e V del Codice, che determina anche per gli appalti sotto-soglia, l'applicabilità delle disposizioni in

tema di transazione, accordo bonario, arbitrato, giurisdizione e riti speciali, prevedendo la giurisdizione del giudice amministrativo con riferimento alla Parte IV e da un lato abrogano la disciplina previgente sulla contrattualistica, e dall'altro, dettano norme transitorie preordinate alla riviviscenza di quelle abrogate, con riferimento alla Parte V.

2. Le acquisizioni in economia

Prima di affrontare il tema della disciplina specifica prevista per gli appalti di lavori, servizi e fornitore, sotto-soglia richiamata agli articoli 122, 123 e 124, si vuole porre l'attenzione su un aspetto fondamentale della disciplina che stiamo analizzando, ovvero le acquisizioni in economia.

Infatti per eseguire lavori, servizi e forniture che presentano un importo al di sotto della soglia comunitaria, le amministrazioni aggiudicatrici possono decidere di utilizzare due tipi di procedure: quella ordinaria prevista dagli articoli precedentemente citati, oppure in presenza di specifici presupposti e limiti di importo massimo,

stabiliti dall'articolo 125 del Codice, ricorrere alle acquisizioni in economia.

La disciplina di quest'ultimo articolo si caratterizza per aver attenuato l'elemento dell'evidenza pubblica, facendo così risultare la procedura molto più flessibile e semplice rispetto a quella ordinaria, comportando di conseguenza importanti vantaggi a favore delle amministrazioni aggiudicatrici, come quelli della riduzione sensibile dei tempi e dei costi per la realizzazione delle opere e la provvista di beni e servizi, assicurando di conseguenza una maggior funzionalità delle amministrazioni, attraverso uno strumento ancor più soddisfacente rispetto a quelle procedure ordinarie previste per il sotto-soglia, che di per loro erano in parte già semplificate⁵.

Occorre puntualizzare, che tale tipologia di acquisizioni in economia incide molto sulla contrattualistica pubblica a tal punto che, per le amministrazioni di piccole dimensioni rappresentano l'attività contrattuale principale e proprio da questo fatto nasce l'esigenza del legislatore, di formulare quella che è una disciplina quadro attraverso l'articolo 125, tenendo conto però, che la disciplina di dettaglio è

⁵ M. LOCATI, *I contratti sotto soglia*, in *Urb. e app.*, 2006, p. 883 ss.; P. DEL VECCHIO, *Contratti sotto soglia Comunitaria*, in M. SANINO, *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture, D.lg. 12 aprile 2006, n. 163*, Torino, Utet, 2006, p. 559; M. SANINO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici, Volume III*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 2442.

demandata al Regolamento, che ha dedicato gli articoli 173 e seguenti alle acquisizioni in economia di lavori e gli articoli 329 e seguenti a quelle di servizi e forniture.

Il contenuto dell'articolo 125 si focalizza principalmente sui modi delle acquisizioni in economia, sui limiti massimi di spesa e i presupposti per la loro attuazione, sulla procedura degli affidamenti, ed infine, sui requisiti necessari che gli affidatari devono possedere, ma allo stesso tempo, tale articolo non riguarda né le acquisizioni in economia del Ministero della difesa per gli appalti del ministero stesso, che sono disciplinate all'articolo 196 del Codice, né quelle per il SISMI e SISDE per i quali si rinvia all'articolo 17⁶.

I primi quattro commi e gli ultimi tre dell'articolo in esame danno regole comuni ai lavori, servizi e forniture, dal quinto all'ottavo comma si focalizza l'attenzione su norme specifiche per le acquisizioni dei lavori in economia, mentre dal nono comma all'undicesimo ci si occupa delle acquisizioni di servizi e forniture.

A tutela della concorrenza e al fine di evitare possibili abusi di tale disciplina, specialmente in riferimento all'affidamento diretto per i servizi e le forniture, il comma 13 stabilisce che “nessuna

⁶ R. DE NICTOLIS, *Le novità per gli appalti sotto soglia*, in *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, Epc, 2007, p. 250.

prestazione di beni, servizi, lavori, ivi comprese le prestazioni di manutenzione, periodica o non periodica, che non ricade nell'ambito di applicazione del presente articolo, può essere artificiosamente frazionata allo scopo di sottoporla alla disciplina delle acquisizioni in economia”.

Le acquisizioni in economia, sono ammissibili nel nostro ordinamento soltanto se vengono rispettati i limiti di spesa e i presupposti che sottostanno alla normativa prevista dall'articolo 125, tenendo ben presente che il valore della soglia per tali acquisizioni è diverso a seconda che si tratti di lavori oppure di servizi e forniture.

Per i lavori il limite massimo di spesa è individuato in € 200.000 se si ricorre al c.d. cottimo fiduciario, mentre nel caso di acquisizioni in amministrazione diretta il limite massimo è abbassato a € 50.000. Originariamente nella bozza del Codice, la soglia massima prevista per le acquisizioni di lavori in economia era pari ad € 500.000, con un incremento pari al 150% rispetto a quella prevista dalla previgente disciplina di cui alla l. 109/1994. Tale soglia è stata censurata dal Consiglio di Stato⁷ e conseguentemente ridotta alla attuale soglia di €

⁷ Parere del Consiglio di Stato n° 355/2006

200.000, in quanto avrebbe costituito una modifica particolarmente importante e innovativa.

Per quanto riguarda invece i servizi e le forniture il limite massimo di spesa per le acquisizioni in economia coincide con la soglia di rilevanza comunitaria. L'articolo 125, al comma 9, stabilisce infatti che le forniture e i servizi in economia sono ammessi per valori inferiori ad € 134.000, per le amministrazioni aggiudicatrici centrali di cui all'articolo 28, comma 1 lettera a) e per importi inferiori ad € 207.000 per le altre stazioni appaltanti di cui all'articolo 28, comma 1 lettera b).

Va segnalato che, mentre il tetto di € 200.000 relativo ai lavori è un limite fisso, in quanto molto inferiore alla soglia comunitaria che attualmente è di € 5.186.000, le soglie relative a spese in economia di servizi e forniture, devono essere invece adeguate in relazione alle modifiche delle soglie a rilevanza comunitaria ai sensi dell'articolo 248, poiché si ha una coincidenza tra il limite di valore delle spese in economia e quello delle soglie comunitarie.

Pertanto, in riferimento ai servizi e le forniture sotto-soglia comunitaria le amministrazioni aggiudicatrici possono ricorrere, in alternativa, alle procedure ordinarie oppure sulla base dei necessari

presupposti, alle procedure di acquisizione in economia, caratterizzate dalla semplificazione dell'evidenza pubblica.

Continuando l'analisi dell'articolo 125, bisogna dire che ai sensi del comma 6 le tipologie dei lavori eseguibili in economia, devono essere individuati da ciascuna stazione appaltante con riguardo alle specifiche esigenze ed esclusivamente nell'ambito delle seguenti categorie individuate dalla norma : a) manutenzione o riparazione di opere od impianti, quando l'esigenza è rappresentata da eventi imprevedibili e non sia possibile realizzarle con le forme e le procedure previste per gli articoli 55, 121,122. Presupposti di operatività di tale norma, sono individuati sulla premessa che la manutenzione o la riparazione riguardi opere o impianti già esistenti e non realizzazioni *ex novo*, che derivi da eventi imprevedibili e che non sia possibile utilizzare i criteri ordinari di scelta del contraente per eseguire i lavori; b) manutenzione di opere o di impianti. In tal caso si può trattare sia di manutenzione ordinaria che straordinaria, e si differenzia dalla precedente lettera a) perché in tal caso non si necessita del presupposto dell'urgenza e dell'imprevedibilità; c) interventi non programmabili in materia di sicurezza. Con l'espressione sicurezza, senza accompagnarla con alcun aggettivo, si

fa riferimento ad ogni ipotesi dove bisogna garantire la sicurezza della collettività, per qualsiasi opera (strade, argini, porti, etc); d) lavori che non possono essere differiti, dopo l'infruttuoso esperimento delle procedure di gara. Duplice presupposto per tale previsione quindi, è l'espletamento di una precedente procedura di gara con esito infruttuoso e che i lavori siano indifferibili. Anche in tal caso non è necessaria l'imprevedibilità degli eventi ne una situazione di emergenza; e) lavori necessari per la compilazione di progetti. Si fa riferimento a lavori come gli studi, i rilevamenti e gli esperimenti occorrenti; f) completamento di opere o impianti a seguito della risoluzione del contratto o in danno dell'appaltatore inadempiente quando vi è necessità e urgenza di completare i lavori. In entrambi i casi citati nella norma, occorre che sia presente la necessità e l'urgenza di completare i lavori. In caso di risoluzione dell'appalto i lavori in economia sono possibili solo se sono un completamento di lavori già avviati e rispettando il limite del valore di € 200.000.

Per quanto riguarda la programmazione e il finanziamento dei lavori in economia, interviene il comma 7 dell'articolo 125 del Codice, il quale nella prima parte dispone che i fondi necessari per la realizzazione dei lavori in economia possono essere anticipati dalla

stazione appaltante con mandati intestati al responsabile del procedimento, con l'obbligo di rendiconto finale.

La seconda parte del comma, invece, prevede che il programma annuale dei lavori debba essere corredato dall'elenco dei lavori da eseguire quando sia possibile effettuare una previsione. Con la programmazione annuale dei lavori e di conseguenza con la predeterminazione dei lavori eseguibili in economia, si mira al rispetto dei principi di trasparenza ed economicità, tenendo conto che i lavori imprevedibili, quali sono la maggior parte, non potranno essere inseriti in un documento programmatico come il programma annuale, a differenza di quelli prevedibili come quelli di manutenzione alla lettera b) del comma 6 del medesimo articolo e quelli necessari alla compilazione di progetti della lettera e).

Il Codice all'articolo 125, più precisamente al comma 10, va ad individuare come già fatto per il lavori, anche quelle che sono le tipologie di servizi e forniture in economia ammesse, sottolineando subito una differenza con i lavori in quanto per questi ultimi, le stazioni appaltanti possono individuare i casi di utilizzo solo all'interno delle categorie generali stabilite dal Codice, mentre per i servizi e le forniture, le stazioni appaltanti possono individuare

categorie ulteriori, rispetto a quelle previste⁸. Attraverso il Codice si consente quindi per tale categoria, un ampio margine di acquisizioni in economia, perché in aggiunta ai casi previsti dalla legge, le amministrazioni possono fissarne molti altri attraverso un proprio provvedimento, tenendo sempre presente tre limiti fondamentali come il limite dell'importo legale, che la fissazione avvenga con provvedimento generale e non caso per caso, e che si tenga conto delle specifiche esigenze delle singole amministrazioni.

Tornando alle ipotesi generali previste dal Codice per i servizi e le forniture in economia ne sono state individuate quattro: la prima riguarda la risoluzione di un precedente rapporto contrattuale, o in danno del contraente inadempiente, quando ciò sia ritenuto necessario o conveniente per conseguire la prestazione nel termine previsto dal contratto; la seconda ipotesi verte sulla necessità di completare le prestazioni di un contratto in corso, dove non previste, se non sia possibile imporne l'esecuzione nell'ambito del contratto medesimo; la terza ipotesi si interessa delle prestazioni periodiche di servizi, forniture, a seguito della scadenza dei relativi contratti, nelle more dello svolgimento delle ordinarie procedure di scelta del contraente,

⁸ Tale differenza deriva dalle norme anteriori al Codice, per i servizi e le forniture si fa riferimento al d.P.R. n. 384/2001, più precisamente agli articoli 2 e 7.

nella misura strettamente necessaria; infine la quarta ipotesi riguarda l'urgenza, determinata da eventi oggettivamente imprevedibili, al fine di scongiurare situazioni di pericolo per persone, animali o cose, ovvero per l'igiene e salute pubblica, o il patrimonio storico, artistico, culturale.

Emerge quindi , come la stazione appaltante possa avversi in tale situazione di un duplice strumento, ricorrendo alle procedure in economia nei casi tassativamente indicati dall'articolo 125 attraverso un provvedimento, oppure negli altri casi specificatamente indicati da ciascuna stazione appaltante, attraverso un regolamento o atto amministrativo generale di attuazione.

A chiusura del seguente paragrafo è necessario richiamare, con l'intento di introdurre i due sottoparagrafi successivi, il comma 1 dell'articolo 125 il quale recita “*Le acquisizioni in economia di beni, servizi, lavori, possono essere effettuate: a) mediante amministrazione diretta; b) mediante procedura di cottimo fiduciario*”.

2.1 Amministrazione diretta

Una delle alternative previste alla procedura dell'evidenza pubblica per le acquisizioni in economia, è raffigurata dalla possibilità di procedere attraverso l'amministrazione diretta.

Come già accennato nel paragrafo precedente, laddove si utilizzi questa particolare procedura, il limite di importo previsto per l'esecuzione di tali lavori in economia viene abbassato alla soglia di 50.000 euro⁹.

Il soggetto preposto all'amministrazione diretta, è il responsabile del procedimento il quale assume un ruolo fondamentale¹⁰, andando a ricoprire nella procedura un ruolo imprenditoriale che fa ricadere su di lui i rischi derivanti dall'esecuzione, proprio per la mancanza di un soggetto esterno alla P.A., che si assuma in virtù di un obbligo contrattuale, il rischio.

Proprio per questo il responsabile nel corso dello svolgimento delle sue funzioni, dovrà avvalersi di un personale esperto e di validi collaboratori, anche perché, ulteriormente su di lui ricadono anche

⁹ d.P.R. n. 554/999 all'articolo 143 comma 3.

¹⁰ Così F. CARINGELLA, M. PROTTO, *Codice dei contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2012, p. 904.

tutte le conseguenze di carattere penale di un'errata esecuzione dei lavori o svolgimento dei servizi.

Oltre tutto al comma 7 dell'articolo 125 è stabilito che i fondi necessari per la realizzazione di lavori in economia possono essere anticipati dalla stazione appaltante con mandamenti intestati al responsabile del procedimento, con l'obbligo di rendiconto finale.

L'essenza dell'amministrazione diretta è raffigurata dal fatto che la stazione appaltante e di conseguenza quindi il responsabile del procedimento, non ricorrono ad un imprenditore esterno il quale organizzerebbe i lavori con mezzi propri e propri rischi, ma gestisce lui direttamente i lavori, procurandosi i materiali, i mezzi d'opera, e assumendo il personale necessario o utilizzando personale proprio.

Per la realizzazione dei lavori quindi, il responsabile del procedimento dovrà svolgere quelle funzioni appena citate, mediante contratti privatistici di compravendita, di fornitura, locazione, lavoro subordinato, opera professionale.

Il personale che occorre all'esecuzione, potrà consistere non soltanto in lavoratori subordinati (operai) che eseguano materialmente l'opera, ma anche in professionisti per l'eventuale necessaria progettazione e direzione dei lavori.

Per quando riguarda il rapporto con il personale bisogna precisare che in caso di assunzione *ad hoc*, i rapporti che vengono a crearsi fra questi soggetti e l'amministrazione, non dovrebbero trasformarsi in rapporti a tempo indeterminato¹¹, in quanto al comma 5 stabilisce che *"nell'amministrazione diretta le acquisizioni sono effettuate ... con personale proprio delle stazioni appaltanti, o eventualmente assunto per l'occasione"*, di conseguenza esaurita l'acquisizione, dovrebbe venir meno anche il rapporto di lavoro costituitosi *ad hoc*.

Oltre all'assunzione di personale, l'amministrazione potrà utilizzare anche lavoratori che sono già alle proprie dipendenze, dove ve ne siano le competenze e qualifiche che il caso richiede.

Per l'affidamento in economia di servizi e forniture attraverso la procedura di amministrazione diretta, il regolamento dispone che devono essere osservate le disposizioni dell'articolo 125 comma 3 del Codice, dettato per l'amministrazione diretta inerente ai lavori, che dispone *"le acquisizioni con materiali e mezzi propri o appositamente acquistati o noleggiati e con personale proprio della stazione"*

¹¹ M. LOCATI, *I contratti sotto soglia*, in *Urb. e App.*, 2006, p. 888-890; T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 13 settembre 1993, n. 698, in *Giur. amm. sic.*, 1993, p. 859.

appaltante o se del caso assunto per l'occasione, sotto la direzione del responsabile del procedimento”.

2.2 Cottimo fiduciario

La restante alternativa alla procedura di evidenza pubblica per le acquisizioni in economia è rappresentata dall'istituto del cottimo fiduciario, dove a differenza dell'amministrazione diretta l'acquisizione di lavori servizi e forniture avviene attraverso il responsabile del procedimento che affida a terzi il lavoro, servizio o fornitura.

In passato la dottrina ha dibattuto sulla natura contrattuale o non contrattuale della procedura di cottimo fiduciario; da una parte la dottrina aveva sostenuto che il cottimo avesse natura non contrattuale, sulla base del rapporto giuridico tra il funzionario e il terzo, con interruzione del rapporto organico con l'amministrazione. L'altra parte della dottrina invece era a favore della natura contrattuale in quanto il contratto di cottimo, può considerarsi una particolare tipologia di trattativa privata e a sostenere tale tesi è intervenuta anche

la giurisprudenza¹² considerando la diretta responsabilità della stazione appaltante, che oltre ad essere committente è anche parte del rapporto contrattuale¹³; il responsabile del procedimento infatti agisce quale organo dell'amministrazione e stipula per suo conto l'accordo con l'impresa di fiducia che assume su di sé il rischio dell'esecuzione dei lavori o di quanto necessario per l'acquisizione di beni o servizi.

Per la giurisprudenza inoltre, il cottimo fiduciario non può essere ricondotto a una semplice attività negoziale di diritto privato senza rilevanza pubblicistica.

Le regole procedurali del cottimo fiduciario implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, buona fede, logicità, coerenza della motivazione ecc.¹⁴.

Se per l'amministrazione diretta non è previsto un procedimento, poiché vi è un'esecuzione *in house* dei lavori e dunque non c'è alcun

¹² Ad esempio T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 luglio 2004, n. 544.

¹³ T. PAPARO, *I contratti sotto soglia*, in M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 951.

¹⁴ Consiglio di Stato, Sez. VI, 6 luglio 2006 n. 4295; anche il T.A.R. Lazio, Sez. II, 11 aprile 2011, n. 3169, ha richiamato tale pronuncia sostenendo che "il cottimo fiduciario non può essere ricondotto ad una semplice attività negoziale priva di rilevanza pubblicistica, giacché le regole procedurali anche minime, che ai sensi dell'art. 125 l'amministrazione deve applicare per concludere validamente il relativo contratto, implicano il rispetto dei principi generali di imparzialità, correttezza, logicità, coerenza della motivazione; il cottimo fiduciario, ai sensi del comma 4 dell'art. 125, ha, pertanto, natura di procedura negoziata ai sensi dell'art. 57 del medesimo d. lgs. Tale procedura è derogatoria rispetto a quella ordinaria e, in mancanza di un esplicito richiamo da parte di atti regolamentari interni non sono, quindi, applicabili le disposizioni di dettaglio stabilite per le procedure ordinarie. In sostanza il cottimo fiduciario è una procedura negoziata la quale, ancorché procedimentalizzata, non esige l'osservanza di tutte le regole tipiche dell'evidenza pubblica comunitaria; tuttavia, pur trattandosi di una procedura in economia, la gara deve, comunque, osservare, tra gli altri, i principi di trasparenza e parità di trattamento.

affidamento, per il cottimo fiduciario il codice distingue tra lavori fino a € 40.000 e lavori da € 40.000 a € 200.000.

L'articolo 125 comma 8, tratta nella prima parte di lavori di importo pari superiore a € 40.000 e fino a € 200.000, disponendo che l'affidamento mediante cottimo fiduciario avviene rispettando i principi di trasparenza, rotazione, parità di trattamento, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici predisposti dalla stazione appaltante.

Con riferimento all'affidatario di lavori in economia, interviene il comma 12 del suddetto articolo, stabilendo che tale soggetto deve essere in possesso dei requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria prescritta per prestazioni di pari importo, affidate con le procedure ordinarie di scelta del contraente.

Il comma prosegue chiarendo la facoltà per le amministrazioni di istituire albi di fiducia, con iscrizione aperta ai soggetti in possesso dei requisiti di qualificazione e sottoposti ad aggiornamento almeno annuale.

Il comma 8 nel secondo periodo, dispone che il responsabile del procedimento potrà procedere, senza svolgere la procedura sopra descritta, all'affidamento diretto quando i lavori hanno un importo inferiore a € 40.000; la soglia è stata elevata rispetto al passato che all'articolo 144, comma 2, d.P.R. n. 554 del 1999 era fissata in € 20.000.

Il ricorso all'affidamento diretto è una mera facoltà per l'amministrazione, la quale potrebbe pur sempre, autolimitandosi, optare per la procedura di gara informale anche nei confronti dei cottimi di minore importo¹⁵.

In definitiva può dirsi che con il codice vengono alla luce due figure di cottimo: una è il cottimo fiduciario (tramite affidamento diretto) per lavori fino a € 40.000 dove il responsabile affida il procedimento a imprese di sua fiducia; l'altra per i cottimi di maggiore importo che esula dall'espressione letterale "cottimo fiduciario", poiché l'amministrazione non è più pienamente libera di rivolgersi a imprese di sua fiducia, ma deve effettuare un'indagine di

¹⁵ R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, EPC, 2012, p. 1180.

mercato rispettando i suddetti principi, previa consultazione di almeno cinque imprese.

La disciplina più specifica dell'affidamento mediante cottimo fiduciario, è delineata dal regolamento agli articoli 173 e seguenti, dove viene definito "atto di cottimo" il contratto stipulato tra amministrazione e imprenditore privato.

Il suddetto contratto deve riportare alcuni fondamentali requisiti, quali: l'elenco dei lavori delle somministrazioni, i prezzi unitari per i lavori e per le somministrazioni a misura e l'importo di quelle a corpo, le condizioni di esecuzione, il termine di ultimazione dei lavori, le modalità di pagamento, le penalità in caso di ritardo e il diritto della stazione appaltante di risolvere in danno il contratto, mediante semplice denuncia per l'inadempimento del cottimista.

L'affidamento mediante cottimo fiduciario oltre che per la disciplina dei lavori è previsto anche per i servizi e le forniture in economia attraverso due figure: una è l'affidamento diretto, ammissibile per servizi e forniture di importo inferiore a € 40.000; l'altra è il cottimo fiduciario per importi pari o superiori da € 40.000 fino alla soglia comunitaria che prevede una procedura negoziata previa gara, nel rispetto dei principi di trasparenza, rotazione e parità

di trattamento con la consultazione di almeno cinque operatori economici, individuati sulla base di indagini di mercato o attraverso gli elenchi predisposti dalla stazione appaltante, cui possono iscriversi tutti i soggetti in possesso dei requisiti, che ne facciano richiesta.

Il regolamento stabilisce la disciplina normativa sia quanto alle indagini di mercato, sia con riferimento agli elenchi aperti; per le prime, si precisa che sono effettuate dalla stazione appaltante, e possono avvenire anche con la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico, di cui all' articolo 328 del regolamento, oppure delle amministrazioni aggiudicatrici, articolo 332 (regolamento); quanto invece alla formazione degli elenchi aperti è stabilito che sulla base degli avvisi pubblicati sul profilo del committente, ogni stazione appaltante, può predisporre elenchi di operatori economici dotati di determinati requisiti, individuando poi al suo interno quelli che parteciperanno alle procedure di acquisto in economia; gli elenchi sono sempre aperti all'iscrizione degli operatori economici dotati dei requisiti richiesti dalla stazione appaltante e sono periodicamente aggiornati (annualmente).

Comunque la stazione appaltante può procedere in ogni momento, alla verifica di quelli che sono i requisiti dichiarati dall'operatore economico affidatario.

Come già accennato precedentemente il Codice consente l'affidamento diretto da parte del responsabile del procedimento ai sensi dell'articolo 125 al comma 11, per i servizi e forniture inferiori a 40.000 euro, il regolamento dispone ulteriormente che le stazioni appaltanti assicurano che le procedure in economia avvengano nel rispetto del principio della massima trasparenza, richiamando anche l'efficienza dell'amministrazione attraverso la parità di trattamento, non discriminazione e concorrenza fra gli operatori economici.

Prima di concludere il paragrafo occorre puntualizzare su due aspetti importanti per la disciplina prevista per il cottimo fiduciario, il primo riguarda la previsione inerente alla pubblicità successiva del cottimo, in quanto il regolamento prevede che gli affidamenti effettuati con tale disciplina, sono soggetti a post-informazione sulla base della norma dell'articolo 122 comma 3 del Codice, vale a dire con pubblicità sul profilo del committente. Tale ambito però rimane circoscritto soltanto ai cottimi di importo pari o superiore a 40.000 euro.

Non viene però stabilito alcun termine per l'adempimento pubblicitario e di conseguenza si può ritenere che la pubblicità vada effettuata dopo l'avvenuto affidamento, entro un termine ragionevole, anche per garantire all'amministrazione la conoscibilità dell'affidamento per far decorrere il termine per eventuali ricorsi.

Il secondo aspetto riguarda il principio di rotazione, volto ad impedire affidamenti "replicativi" e quindi il consolidarsi di rapporti anticoncorrenziali fra stazione appaltante e impresa privilegiata.

Su tale questione si è pronunciato il T.A.R. Lombardia, Brescia, secondo cui *"nell'attuale ordinamento non può essere riconosciuta, in capo al precedente gestore, alcuna pretesa qualificata ad essere ulteriormente invitato alla successiva procedura negoziata ovvero a conoscere le ragioni dell'omesso invito, ma vige il principio opposto, per cui l'amministrazione è tenuta a fornire una congrua motivazione nel caso in cui ritenga di estendere il nuovo invito anche al precedente gestore"*¹⁶.

¹⁶ T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 15 aprile 2008, n. 372; su tale argomento si è pronunciato anche il T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 28 giugno 2012, n. 3089 che ha ritenuto violato il principi di rotazione "nel caso in cui la stazione appaltante abbia formato un apposito elenco per la individuazione di potenziali affidatari di appalti sotto-soglia, fra cui effettuare gli affidamenti senza gara" sulla motivazione che "è illegittimo l'affidamento diretto di un appalto di servizi, nell'arco di più annualità, alla medesima ditta, ove il tipo di servizio richiesto, sia così ampiamente fungibile da poter essere svolto da qualsiasi altra ditta esistente sul mercato, con le medesime caratteristiche tecniche ed estetiche di quello effettuato in precedenza".

Sul tema, è intervenuto pure il Consiglio di Stato che ha così concluso *“quello della rotazione dei soggetti da invitare nelle procedure negoziate è indubbiamente un principio funzionale ad assicurare un certo avvicendamento delle imprese affidatarie dei servizi con il sistema selettivo del cottimo fiduciario, ma in quanto tale lo stesso non ha, per le stazioni appaltanti, una valenza precettiva assoluta, di guisa che la sua episodica mancata applicazione non vale ex se ad inficiare gli esiti di una gara già espletata, una volta che questa si sia conclusa con l'aggiudicazione in favore di un soggetto già in precedenza invitato a simili selezioni (ovvero già affidatario del servizio). Tanto più quando sia rimasto comprovato, come nel caso che ci occupa, che la gara si sia svolta nel rispetto del principio di trasparenza e di parità di trattamento e si sia conclusa con l'individuazione dell'offerta più vantaggiosa per la stazione appaltante, senza che nel giudizio comparativo tra le offerte abbia inciso la pregressa esperienza specifica maturata dalla impresa aggiudicataria nella veste di partner contrattuale della amministrazione aggiudicatrice”*¹⁷.

¹⁷ Cons. Stato, sez.VI, 28 dicembre 2011, n. 6906.

3. I lavori

L'articolo 122 del Codice detta quelle che sono le norme speciali per la disciplina degli appalti di lavori pubblici sotto-soglia comunitaria, derogando così alla disciplina precedentemente trattata della Parte II del Codice, dedicata ai contratti di rilevanza comunitaria.

Lo scopo della disciplina speciale, consiste nel semplificare le procedure, i tempi e le forme pubblicitarie per gli affidamenti che hanno ad oggetto contratti di modesta entità e garantire così ai procedimenti una maggiore flessibilità.

Il primo periodo del comma 1 dell'articolo 122, apre escludendo l'applicazione ai contratti sotto-soglia degli obblighi di pubblicità e comunicazione previsti in ambito sopranazionale, e tale disposizione deve essere letta assieme al comma 4 del medesimo articolo, dove coerentemente si stabilisce che i bandi e gli inviti pertinenti a contratti di rilievo interno non contengono le indicazioni relative agli obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sopranazionale.

Il comma 1 dell'articolo in considerazione è stato modificato dall'articolo 1 d.lgs. 31 luglio 2007, n. 113 che ha previsto, per gli approvvigionamenti sotto-soglia la possibilità di ricorrere ai contratti

di cui all'articolo 53, comma 2, lettera b) e c), aventi ad oggetto la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori, sulla base del progetto definitivo della stazione appaltante o la progettazione esecutiva e l'esecuzione di lavori sulla base del progetto preliminare della stazione appaltante, ove ricorrano alcune condizioni, come lavori di speciale complessità o in caso di progetti integrali demandati rispettivamente al regolamento all'interno dell'articolo 5, nonché nelle ipotesi di lavori di manutenzione, restauro e scavi archeologici.

Allo scopo di dare attuazione all'articolo 122 comma 1, il regolamento alla lettera l) e m) dell'articolo 3, reca, la definizione di “lavori di speciale complessità” e di “progetti integrali”, definendo quest'ultimi come un progetto elaborato in forma completa e dettagliata in tutte le sue parti, architettonica, strutturale e impiantistica, mentre i primi come le opere e gli impianti caratterizzati dalla presenza rilevante di almeno due elementi fra: uso di materiali e componenti innovativi; processi produttivi innovativi o di alta precisione per dimensione e qualità; esecuzione in luoghi con difficoltà logistiche o particolari problematiche geotecniche, idrauliche, geologiche, e ambientali; complessità di funzionamento d'uso o necessità di elevate prestazioni per la loro funzionalità;

esecuzione in ambienti aggressivi; necessità di prevedere dotazioni impiantistiche non usuali; complessità in relazione a particolari esigenze connesse a vincoli architettonici, storico-artistici o conservativi.

Il comma 2 dell'articolo 122, prevede la facoltà per le amministrazioni aggiudicatrici di pubblicare l'avviso di preinformazione riguardante le gare che intendano aggiudicare nei dodici mesi successivi, anche nel caso dei contratti sotto-soglia.

In tal proposito, il Consiglio di Stato¹⁸ ha sostenuto che detto avviso non avrebbe dovuto considerarsi facoltativo, dal momento che esso ha ad oggetto "l'importo complessivo stimato" di tutti i contratti che l'amministrazione aggiudicatrice ha deciso di porre in essere in quell'arco di tempo e di conseguenza, assume la veste di funzione di programmazione, controllando così conformità e congruenza delle decisioni che sono state realmente assunte.

Per quanto riguarda le forme di pubblicità, l'articolo 122, comma 5 apporta una novità rispetto alla normativa previgente (articolo 29, legge n. 109/1994 e articolo 80, d.P.R. n. 554/1999¹⁹),

¹⁸ Parere 6 febbraio 2006, n. 355.

¹⁹ La normativa previgente prevedeva infatti, tre regimi di pubblicità: sopra il milione di euro, tra i 500 mila ed il milione e sotto i 500 mila.

stabilendo due diversi regimi di pubblicità, tra contratti di importo pari o superiore a 500.000 euro e contratti di importo inferiore a 500.000 euro.

Per i primi, mantenendo sempre presente come soglia massima quella comunitaria, i bandi e gli avvisi sui risultati delle procedure di affidamento devono essere pubblicate in Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, entro il sesto giorno feriale successivo al ricevimento della documentazione da parte dell'Ufficio inserzioni dell'Istituto Poligrafico e Zecca dello Stato sulla base dell'articolo 66 comma 7 (a cui rinvia il comma 5 dell'articolo 122).

Oltre a questa la pubblicazione deve avvenire anche sul profilo del committente, quindi sul sito informatico dell'ente appaltante, sul sito informatico del Ministero delle infrastrutture, sul sito informatico dell'Osservatorio e su almeno uno dei quotidiani a diffusione nazionale e su uno dei quotidiani a maggior diffusione locale.

Per i secondi, ovvero gli appalti con importo inferiore a 500.000 euro è prevista una procedura più snella, poiché l'aggiudicazione del contratto ha un presumibile ed esclusivo interesse locale, infatti i bandi e gli avvisi di postinformazione sono pubblicati nell'albo pretorio del Comune ove si eseguono i lavori (ed unicamente ai fini

della decorrenza dei termini di impugnazione per i soggetti che non abbiano avuto diversamente effettiva conoscenza di bando o aggiudicazione) e nell'albo della stazione appaltante; gli effetti giuridici connessi alla pubblicazione iniziano a decorrere dalla pubblicazione nell'albo pretorio del Comune.

Per garantire una maggiore trasparenza nell'aggiudicazione dei contratti sotto-soglia, e assicurare in essi la massima concorrenza, viene ulteriormente prevista l'estensione a questi, del comma 15 dell'articolo 66 del Codice, il quale concede la facoltà all'Ente appaltante di usufruire di forme di pubblicità aggiuntive rispetto a quelle già stabilite dalla legge.

Sul tema della pubblicità è intervenuta pure la Commissione Europea, affermando che le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di scegliere il mezzo più adeguato a garantire l'obiettivo della pubblicità dei loro appalti, dovendo valutare l'importanza dell'appalto per il mercato interno tenuto conto del suo oggetto, dell'importo nonché delle pratiche abituali nel settore interessato²⁰.

²⁰ Comunicazione interpretativa della Commissione Europea 2007/C 179/02.

Uno degli aspetti che maggiormente differenzia gli appalti sotto soglia da quelli di rilievo comunitario consiste nella riduzione delle formalità di svolgimento della gara.

Infatti, all'articolo 122 comma 6, oltre alla disciplina generale dei termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, prevista dall'articolo 70, commi 1 e 10, e 71-72, vengono aggiunte le disposizioni che seguono: per le procedure aperte, il termine per la ricezione non può essere inferiore a 26 giorni (in luogo dei 52 previsti per gli appalti comunitari) decorrenti dalla data di pubblicazione del bando sulla G.U.R.I., qualora i contratti siano di importo pari o superiore a 500.000 euro e dalla pubblicazione del bando sull'albo pretorio del Comune in cui si eseguono i contratti, qualora l'importo sia inferiore a 500.000 euro; nelle procedure ristrette, in quelle negoziate previa pubblicazione di un bando di gara e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione non può essere inferiore a 15 giorni (decorrenti come nella previsione della procedura aperta), mentre il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 20 giorni decorrenti dalla data di invio dell'invito (passando quindi dagli almeno 77 giorni

complessivi, previsti per gli appalti sopra-soglia, ai 35); in caso di procedure negoziare con o senza bando e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle offerte viene stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma 1 dell'articolo 70 del Codice, e, dove non vi siano specifiche ragioni d'urgenza, non può essere inferiore a 10 giorni dalla data di invio dell'invito; i predetti termini per la presentazione delle offerte sono aumentati con riferimento a tutte le procedure, quando il contratto ha per oggetto anche la progettazione esecutiva o definitiva, nel primo caso il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 40 giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara o di invio dell'invito, mentre per la progettazione definitiva, il termine per la ricezione delle offerte non può essere inferiore a 60 giorni con le medesime decorrenze; nelle procedure aperte, in quelle negoziate previo bando e nel dialogo competitivo, quando viene pubblicato l'avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a 18 giorni (in luogo dei 36 previsti per le gare comunitarie) e comunque mai meno di 11 giorni decorrenti, nelle procedure aperte, dalla pubblicazione del bando e per le altre procedure, dalla spedizione della lettera d'invito; infine quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi

previsti dall'articolo 122, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni dell'urgenza, possono stabilire, per le procedure ristrette e per quelle negoziate con pubblicazione di un bando di gara, un termine per la ricezione delle domande di partecipazione non inferiore a 15 giorni dalla data di pubblicazione del bando.

Sulla base delle precedenti osservazioni, l'articolo 122, comma 6, da un lato riduce i detti termini rispetto a quelli previsti per i lavori sopra-soglia ma, dall'altro lato, sottopone i lavori sotto-soglia alle disposizioni relative ai contratti sopra-soglia di cui all'articolo 70, comma 1 e 10, sulla fissazione e prolungamento dei termini stessi, nonché agli articoli 71 e 72.

Il comma 7 dell'articolo 122, è il frutto plurimi interventi che hanno modificato il testo originario, infatti nella prima versione dell'articolo, si prevedeva una procedura negoziata per lavori di importo non superiore a 100.000 euro, poi il d.l. 23 ottobre 2008, n. 162 convertito con l. 22 dicembre 2008, n. 201, ha previsto all'articolo 1, comma 10-quinquies, l'inserimento del comma 7-bis all'articolo 122, che disponeva *“i lavori di importo complessivo pari o superiore a 100.000 euro e inferiore a 500.000 euro possono essere*

affidati dalle stazioni appaltanti, a cura del responsabile del procedimento, nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza, e secondo la procedura prevista dall'articolo 57, comma 6; l'invito è rivolto ad almeno 5 soggetti, se sussistono aspiranti idonei in tale numero”.

L'aver alzato la soglia della procedura negoziata senza bando, aveva lo scopo di incentivare lo stimolo a ricorrervi, in modo da poter fronteggiare la crisi nel settore delle opere pubbliche e al fine di semplificare le procedure di appalto per i lavori sotto soglia.

Tale procedimento, richiedeva un unico presupposto ovvero che il valore dell'appalto, fosse compreso fra i due estremi previsti dalla norma, senza alcun riferimento ai presupposti specifici dell'articolo 57.

Il sistema però risultava irrazionale, in quanto la procedura negoziata previa pubblicazione del bando di gara, che garantisce maggior partecipazione essendo assicurato il rispetto della pubblicità, aveva un ambito di applicazione minore (solo gli appalti fino a 100.000 euro) di quella senza previa pubblicazione del bando (solo per gli appalti di lavori fino a 500.000 euro).

Il comma 7-bis è stato poi abrogato dal d.l.13 maggio 2011, n.70, convertito in l. 12 luglio 2011, n.106, che ha ulteriormente previsto la modifica del comma 7 ammettendo la procedura negoziata senza bando, per tutti gli appalti di lavori fino ad 1.000.000 di euro, con invito rivolto ad almeno 10 operatori o 5 per i lavori inferiori a 500.000 euro, e comunque sempre nel rispetto dei principi di non discriminazione, parità di trattamento, proporzionalità e trasparenza.

L'A.V.C.P., ha precisato che il ricorso alla procedura negoziata deve essere sostenuto da una adeguata motivazione e tale previsione appare ragionevole se si pensa che si tratta di una procedura fortemente derogatoria ai principi cardine della disciplina degli appalti.

Quanto al procedimento, l'individuazione degli operatori economici, da consultare deve essere operata sulla base di una indagine di mercato, l'A.V.C.P. ne ha precisato la portata muovendo dai fondamentali principi comunitari a difesa della materia e in particolare del principio di trasparenza.

Tale indagine deve essere condotta sempre secondo l'A.V.C.P., impiegando i criteri meglio idonei ad assicurare l'apertura al mercato dell'aggiudicazione in base alle caratteristiche del contratto, e per

questo, l'amministrazione procedente potrebbe essere tenuta a pubblicare un avviso preventivo che indichi almeno una descrizione essenziale degli elementi dell'appalto, della procedura di aggiudicazione che si intende seguire, accompagnata poi da un invito a prendere contatto con la stazione appaltante, per gli interessati.

L'A.V.C.P. considera anche una seconda forma di indagine di mercato basata sulla predisposizione di elenchi aperti di operatori economici, la cui formazione deve essere pubblicizzata con modalità idonee, tutti gli operatori interessati in possesso dei requisiti richiesti, devono essere posti in condizione di iscriversi nell'elenco senza limitazioni temporali e che siano predisposti meccanismi volti ad assicurare l'aggiornamento periodico (almeno semestrale), degli elenchi.

Infine occorre puntualizzare che il comma 7 si riferisce ad un numero minimo di operatori e di conseguenza è previsto per la stazione appaltante di invitarne un numero superiore²¹.

Il d.lgs. n. 152/2008²², ha modificato la disciplina delle opere a scomputo dei contributi di urbanizzazione anche qualora siano

²¹ F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013, p. 22.

²² Terzo correttivo al Codice.

inferiori alla soglia comunitaria, infatti l'articolo 122, comma 8 prevede, che *“per l'affidamento dei lavori pubblici di cui all'articolo 32, comma 1, lettera g), (vale a dire i lavori pubblici da realizzarsi da parte dei soggetti privati, titolari di permesso di costruire, che assumono in via diretta l'esecuzione delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto per il rilascio del permesso) si applica la procedura prevista dell'articolo 57, comma 6, e l'invito è rivolto ad almeno 5 soggetti se sussistono, in tale numero, aspiranti idonei”*.

Tale articolo detta una disciplina unitaria rispetto a quella antecedente che invece operava un distinguo tra opere di urbanizzazione primaria, affidabili senza gara e quelle secondarie soggette, invece, alla disciplina relativa al sopra soglia.

La distinzione fra opere primarie e secondarie, è scolpita nell'articolo 4, della l. 29 settembre 1964, n. 847, per cui sono primarie le opere per la realizzazione di: strade residenziali, spazi di sosta o di parcheggio, fognature, rete idrica, rete di distribuzione dell'energia elettrica e del gas, pubblica illuminazione e spazi di verde attrezzato.

Quelle secondarie invece sono rappresentate da asili nido e scuole materne, scuole dell'obbligo nonché strutture e complessi per l'istruzione superiore all'obbligo, mercati di quartiere, delegazioni comunali, chiese ed altri edifici religiosi, impianti sportivi di quartiere, centri sociali e attrezzature culturali e sanitarie ed infine aree verdi di quartiere.

Per concludere l'analisi dell'articolo 122 qui in esame, non resta che osservare la disciplina dell'anomalia dell'offerta regolata al comma 9, all'interno del quale si consente alla stazione appaltante, quando l'importo dei lavori è inferiore o pari ad un milione di euro²³ e il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso, di prevedere nel bando l'esclusione automatica dalla gara delle offerte che presentano una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia individuata all'articolo 86, in tal caso non si applica l'articolo 87, comma 1, precludendo tuttavia tale facoltà di esclusione automatica qualora il numero delle offerte ammesse sia inferiore a 10, per le quali si applica l'articolo 86, comma 3.

I presupposti per poter procedere con l'esclusione automatica sono costituiti dalla scelta del criterio di aggiudicazione del prezzo più

²³ Limite inserito dal d.lgs. n. 152/2008.

basso, dalla necessità che la stazione appaltante abbia provveduto a specificare l'esclusione automatica nel bando e da un numero di offerte ammesse non inferiori a 10.

Le offerte ammesse sono quelle proposte economiche che, superata la fase della verifica formale sui requisiti, accedono alla fase della valutazione vera e propria.

Nello specifico della norma nel caso di offerte ammesse non inferiori a 10 si può procedere con l'esclusione automatica e non si applica l'articolo 87, comma 1, mentre nel caso di offerte ammesse inferiori a 10, la stazione appaltante non può esimersi dal verificare una eventuale sospetta e rilevata anomalia e quindi non può superare la fase del contraddittorio con l'offerente anomalo ma, deve procedere con le verifiche secondo quanto previsto dall'articolo 86, comma 3²⁴.

L'analisi della disciplina dei lavori sotto soglia, non può considerarsi conclusa senza analizzare la normativa prevista all'articolo 123 sulla "procedura ristretta semplificata".

Rappresenta un sistema di aggiudicazione più rapido e meno formale di quelli ordinari, a cui possono far ricorso tutte le stazioni appaltanti indicate nell'articolo 32.

²⁴ M. CLARICH, *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 959.

Non prevede bando, ma un avviso pubblicato entro il 30 novembre di ogni anno, nelle forme dell'avviso di preinformazione e gli operatori economici interessati possono rispondere con domanda di iscrizione negli elenchi appositi, tenuti dalla stazione appaltante, la quale al momento dell'atto dell'appalto, invita almeno 20 operatori, fra quelli iscritti a presentare l'offerta.

È un procedimento di evidenza pubblica più snello e veloce, la semplificazione consiste nell'esclusione dell'obbligo di pubblicazione del bando di gara (sostituito con un avviso annuale che indica i lavori per i quali si intende procedere con tale sistema), nella possibilità di limitare il numero di soggetti da invitare alla gara, che saranno individuati successivamente attraverso un criterio di rotazione da appositi elenchi²⁵.

Il legislatore voleva evitare gare affollate per appalti di valore non rilevante e limitati alla sola esecuzione dei lavori, garantendo comunque la concorrenza e la partecipazione con l'obbligo di invitare almeno 20 concorrenti iscritti nell'apposito elenco, attraverso l'automatismo nella scelta dei soggetti da invitare secondo l'ordine di iscrizione nell'elenco che viene stabilito con sorteggio.

²⁵ R. DE NICTOLIS, *Gli appalti sotto soglia*, in *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Milano, 2007, p. 863.

Il meccanismo che caratterizza questa procedura, consiste nel fatto che la prima fase di comunicazione anziché essere effettuata verso una sola gara e ad un singolo affidamento, ha come fine quello di formare un elenco da cui la stazione appaltante potrà attingere, volta per volta.

Al comma 2 dell'articolo 123, si indica il termine (30 novembre), entro cui le stazioni appaltanti devono rendere noti con un avviso, i lavori che intendono affidare con la procedura ristretta semplificata e le modalità di pubblicazione sono quelle stabilite per l'avviso di preinformazione nelle procedure sotto soglia, quindi sarà pubblicato sul profilo del committente e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7.

In dottrina si rileva che la pubblicità dell'avviso debba avvenire anche attraverso la pubblicazione su almeno uno dei principali quotidiani nazionali o, su almeno uno dei quotidiani a maggiore diffusione locale nel luogo dove si devono eseguire i lavori.

Sempre con finalità di semplificazione, in riguardo ai termini: si fa riferimento al comma 3 per la presentazione delle domande di iscrizione che devono avvenire il 15 dicembre di ogni anno e al comma 9 per il termine della formazione dell'elenco (previsto per il

30 dicembre), dove sono inseriti tutti i soggetti la cui domanda sia risultata regolare e corredata dell'autocertificazione di cui al comma 8.

Ai commi 4 e 5 il legislatore ha confermato il limite degli elenchi a cui gli operatori possono iscriversi, il quale varia a seconda che si tratti di operatore singolo o di consorzio e raggruppamento di imprese.

Ciò per evitare affidamenti in concomitanza alle medesime imprese.

La disposizione del comma 6, vieta la duplice iscrizione di un soggetto sia in forma individuale che quale componente di un raggruppamento o consorzio, o come componente di più di un raggruppamento temporaneo o più di un consorzio o ancora come componente sia di un raggruppamento che di un consorzio.

La ragione di ciò, come esposto nella deliberazione A.V.C.P. n. 18 del 24 gennaio del 2007, è quella di tutelare il mercato da eventuali forme di restrizione e di monopolio, evitando che soggetti che abbiano soliti interessi si iscrivano nello stesso elenco.

Infine i commi da 13 a 15 dell'articolo 123, disciplinano la verifica da parte dell'Osservatorio istituito presso l'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici, di eventuali eccessi di iscrizione.

Al comma 13 è prevista la trasmissione degli elenchi dell'Osservatorio che ne dà pubblicità sul sito informativo.

Al comma 14 l'Osservatorio viene investito del potere di controllo sul rispetto del limite fissato per l'iscrizione negli elenchi.

Questa appena detta è un'innovazione del Codice, rispetto alla disciplina della l. 109/94 che si limitava a richiedere una autocertificazione circa la mancata presentazione di domande oltre il limite.

Se l'Osservatorio durante i controlli, rileva il superamento del limite massimo di iscrizione, ne deve dare immediata comunicazione alle stazioni appaltanti che, entro 20 giorni dalla comunicazione e previo avviso agli iscritti che hanno superato il limite, sono tenute a cancellarli dagli elenchi a meno che questi entro 5 giorni dall'avviso non abbiano rinunciato ad una o più iscrizioni in modo da rientrare nel numero massimo previsto dalla norma.

Ogni stazione appaltante come previsto dall'ultimo comma dell'articolo 123, può chiedere sempre informazioni all'Osservatorio circa il numero massimo di iscrizioni.

4. *Gli appalti di servizi e forniture*

Il Codice dei contratti oltre ad aver apportato una serie di novità alla disciplina degli appalti di servizi e forniture sotto-soglia comunitaria, ha avuto il merito di dettare una disciplina chiara e unitaria.

Infatti come già riportato nell'analisi del primo capitolo, in precedenza gli appalti di servizi sotto-soglia non avevano una specifica disciplina, ma erano soggetti alle norme della legge di Contabilità di stato del 1923-1924, mentre gli appalti di fornitura sotto-soglia erano disciplinati dal d.P.R. 18 aprile 1994, n. 573 c.d. decreto Cassese, che in gran parte si confermava alle norme del d.lgs. 358/92 e a quelle della legge 241/90.

La dottrina individua fin dall'inizio quelle che sono le novità del Codice, le quali attengono principalmente alla pubblicità, ai termini, alla qualificazione e alle offerte anomale²⁶.

Per gli appalti di servizi e forniture sotto-soglia, è stata prevista una disciplina uniforme a quella individuata per i contratti-sopra

²⁶ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, II edizione, Roma, Epc, 2007, p. 313.

soglia, andando però a ricercare a differenza di questi ultimi, una semplificazione maggiore e una flessibilità degli strumenti giuridici, riducendo di conseguenza i tempi, il tutto rimanendo in linea con la legge delega.

La norma di riferimento per gli appalti di servizi e forniture sotto-soglia, è l'articolo 124 del Codice, il quale deve essere letto insieme al criterio generale individuato dall'articolo 121, comma 1, laddove non si faccia riferimento alle disposizioni derogatorie.

Con riferimento alla pubblicità e al criterio di semplificazione, i primi tre commi dell'articolo 124, stabiliscono che per gli appalti sotto-soglia non vengono applicate le norme del Codice che prevedono obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale e che è facoltativo l'avviso di preinformazione di cui all'articolo 63, in ogni caso da pubblicare solo sul profilo del committente e sul sito informatico dei contratti pubblici, con l'esclusione di forme cartacee di pubblicità²⁷.

Il Consiglio di Stato aveva criticato la previsione sulla facoltatività della preinformazione, poiché questa ha al suo interno l'importo complessivo stimato di tutti i contratti che

²⁷ Articolo 124, comma 2.

l'amministrazione intende porre in essere in un certo periodo, e perciò va ad assumere un ruolo fondamentale di programmazione, importante anche al fine di un controllo sulla conformità e congruenza delle decisioni che poi sono state effettivamente prese.

Al comma 3 dell'articolo 124, interviene sull'avviso dei risultati della procedura di affidamento che deve essere pubblicata sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7 e dunque come già detto si ha l'esclusione della pubblicità cartacea.

Un'ulteriore semplificazione è poi prevista per quanto riguarda la pubblicità dei bandi anche nei confronti della previgente disciplina, già richiamata in precedenza del d.P.R. 573/94, infatti è stabilita solo la pubblicazione sulla "serie speciale-contratti pubblici" della Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana, sui siti informatici di cui all'articolo 66 comma 7, e sull'albo della stazione appaltante, eliminando la previsione della pubblicità sulla stampa quotidiana.

Come già visto per i lavori, anche in tal caso le stazioni appaltanti hanno la possibilità di utilizzare forme aggiuntive di pubblicità sulla base del rinvio all'articolo 66 comma 15.

In virtù del primo d.lgs. correttivo²⁸, si applica l'articolo 66 comma 7, terzo periodo, il quale prevede anche per questi appalti, che la pubblicazione in Gazzetta Ufficiale deve avvenire entro il sesto giorno feriale successivo a quello del ricevimento della documentazione da parte dell'ufficio inserzioni dell'Istituto poligrafico e zecca dello Stato. Tale previsione mira principalmente ad evitare che tempi lunghi di pubblicazione dei bandi in Gazzetta Ufficiale possano andare ad incidere negativamente e vanificare l'esigenza di velocità delle stazioni appaltanti.

La pubblicità sui siti informatici delle stazioni appaltanti è prevista anche dall'articolo 13 comma 1, della l. n. 180/2011, sulla base della quale lo Stato, le regioni e gli enti locali attraverso i rispettivi siti istituzionali, rendono disponibili le informazioni sulle procedure di evidenza pubblica e sugli appalti pubblici di importo inferiore alle soglie stabilite dall'Unione europea.

Oltre all'istituto della pubblicità, altra semplificazione per gli appalti di servizi e forniture sotto-soglia, è quella relativa ai termini per le domande di partecipazione e per le offerte.

²⁸ D.lgs. n. 6/2007.

Il comma 6 dell'articolo 124 stabilisce, che ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e delle offerte, e di comunicazione dei capitolati e documenti complementari, si applicano l'articolo 70, comma 1 e 10, in tema di regole generali sulla fissazione dei termini e sul prolungamento dei termini, nonché gli articoli 71 e 72, ed ulteriori regole.

Tali ulteriori norme trovano la loro ragione di esistere perché il sistema è strutturato secondo lo schema delle gare comunitarie, ma sono fissati una serie di termini ridotti, che variano a seconda della tipologia di procedure²⁹.

Nelle procedure aperte, il termine per la ricezione delle offerte decorrente dalla pubblicazione del bando sulla G.U.R.I. non può essere inferiore a 15 giorni; nelle procedure ristrette, in quelle negoziate previa pubblicazione di un bando di gara, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle domande di partecipazione (avente la decorrenza del caso precedentemente citato), non può essere inferiore a 7 giorni; nelle procedure negoziate, con o senza bando, e nel dialogo competitivo, il termine per la ricezione delle offerte è stabilito dalle stazioni appaltanti nel rispetto del comma

²⁹ F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013, p. 38.

1 dell' articolo 70 e, dove non vi siano specifiche ragioni di urgenza, non può essere inferiore a 10 giorni dalla data di invio dell'invito; nelle procedure aperte, in quelle negoziate previo bando e nel dialogo competitivo, quando del contratto è stata data notizia con l'avviso di preinformazione, il termine di ricezione delle offerte può essere ridotto a 10 giorni e comunque mai a meno di 7 giorni, decorrenti, nelle procedure aperte, dalla data di pubblicazione del bando, e per le altre procedure, dalla spedizione della lettera di invito; infine nelle procedure ristrette e nelle procedure negoziate con pubblicazione di un bando di gara, quando l'urgenza rende impossibile rispettare i termini minimi previsti, le stazioni appaltanti, purché indichino nel bando di gara le ragioni di urgenza possono stabilire un termine per la ricezione delle domande di partecipazione, non inferiore a 10 giorni dalla data di pubblicazione del bando di gara e nelle procedure ristrette, un termine per la ricezione delle offerte non inferiore a 5 giorni³⁰.

Con riferimento alla qualificazione per i servizi e le forniture sotto-soglia la norma di riferimento è il comma 7 dell'articolo 124 del Codice, il quale stabilisce che spetta al regolamento il compito di

³⁰ Articolo 124 comma 6 ; R. DE NICTOLIS, *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, EPC, 2012, p. 1187.

individuare, secondo criteri di semplificazione rispetto alle norme ordinarie, i requisiti di idoneità morale, capacità tecnico-professionale ed economico-finanziaria che gli operatori devono possedere.

Tale decisione è stata criticata dal Consiglio di Stato in quanto per la portata dei requisiti sui rapporti con le pubbliche amministrazioni, sarebbe stato più opportuno che derivassero da una fonte primaria piuttosto che da un regolamento.

Il regolamento all'articolo 327, dispone che gli operatori economici devono possedere i requisiti generali stabiliti dall'articolo 38 (di fatto riportando le medesime disposizioni esistenti per gli appalti di importo maggiore), e quelli di idoneità professionale disciplinati all'articolo 39 del Codice.

Il secondo comma dell'articolo 327 del regolamento stabiliva ulteriormente che, era compito della stazione appaltante provvedere sulla base di ogni singolo contratto all'individuazione dei requisiti di capacità economica e finanziaria e di capacità tecnica e professionale, necessaria alla partecipazione alle procedure di acquisizione di servizi e forniture in ragione della natura e dell'importo del contratto.

Il comma però non è vigente, perché non è stato ammesso dalla Corte dei Conti, che ha rilevato “la non conformità a legge del

predetto comma, non essendo consentito alla disposizione di natura regolamentare intestare l'individuazione dei requisiti medesimi alla stazione appaltante, essendo tale individuazione affidata alla stessa fonte regolamentare”³¹.

Per concludere il presente paragrafo non resta che porre l'attenzione sul tema delle offerte anomale, disciplinate al comma 8 dell'articolo 124 del Codice, che ha esteso ai servizi e forniture sotto-soglia la disciplina dell'anomalia (che fino ad allora non era espressamente prevista e quindi facoltativa) così come previsto per i lavori sotto-soglia, prevedendo per alcune ipotesi la necessita di disporre l'esclusione automatica delle offerte con una percentuale di ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia.

In realtà la Commissione che aveva predisposto il testo del decreto delegato, aveva proposto di eliminare il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale per le gare sotto-soglia comunitaria, e di disciplinare tale anomalia come previsto per gli appalti comunitari, a causa delle numerose critiche di dottrina e giurisprudenza.

³¹ Con deliberazione SCCLEG/28/2010/PREV.

Il Consiglio dei Ministri approvò invece un testo che riconfermava il regime già in vigore, caratterizzato dall'esclusione automatica per le gare sotto-soglia comunitaria.

La disposizione dell'articolo 124 comma 8 è stata modificata con il d.lgs. 158/08 (c.d. terzo correttivo) con l'inserimento di un limite del valore dell'appalto (individuato nella cifra di 100.000 euro) e con l'aumento a 10 del numero delle offerte ammesse quale limite per l'operatività o meno dell'esclusione automatica (in precedenza il numero delle offerte era 5).

Per finire la legge di conversione del d.l. n. 70/2011 ha inoltre reintrodotta, in via transitoria, la possibilità di esclusione automatica per gli appalti sotto-soglia, senza limiti di importo.

Capitolo III

Appalti sotto-soglia nei settori speciali

1. Disciplina generale

L'analisi relativa alla disciplina degli appalti sotto-soglia, continua attraverso le previsioni normative che si riferiscono ai settori speciali.

In relazione a tali settori speciale, il Codice detta una disciplina generale per appalti di importo pari o superiore alla soglia comunitaria e una disciplina semplificata per i contratti di importo inferiore a quella soglia.

Con questa scissione, il legislatore italiano ha dimostrato una precisa presa di posizione, fatta presente nel nono considerando della direttiva n. 17/2004/CE, per garantire una effettiva concorrenza anche in questi settori: infatti, dopo aver riconosciuto la necessità di effettuare un coordinamento comunitario per gli appalti pubblici con valore superiore a una certa soglia, nel preambolo della direttiva si evidenzia anche la necessità per i contratti sotto-soglia, di osservare

l'orientamento della giurisprudenza della Corte di giustizia¹ secondo cui, questi contratti dovrebbero essere aggiudicati nel rispetto delle norme e dei principi dei tratti comunitari relativi alla disciplina della concorrenza.

La soluzione prevista per gli appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria all'articolo 238, è stata confermata dalla comunicazione della Commissione CE², la quale dopo aver ricordato che gli appalti sotto-soglia sono in molti casi aggiudicati a fornitori locali senza alcuna concorrenza, avendo osservato che tali contratti rappresentano una importante opportunità per le imprese del mercato interno e che metodi di aggiudicazione aperti e concorrenziali aiutano le amministrazioni pubbliche, sia ad attirare un numero sempre più ampio di potenziali offerenti, sia a beneficiare di offerte più vantaggiose, ha ribadito l'esigenza di come, anche per l'affidamento degli appalti sotto-soglia, sia necessario garantire la libera circolazione delle merci, il diritto di stabilimento, la libera prestazione di servizi, la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità ed il reciproco riconoscimento.

¹ C. giust. CE, sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98 (Teleaustria); sentenza 21 luglio 2005, in C-231/03, (Corame); sentenza 13 ottobre 2005, in C-458/03, (Parking Brixen).

² Comunicazione interpretativa della Commissione relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive "appalti pubblici". Pubblicata nella G.U.C.E. del 1 agosto 2006, n. C179.

Come già precedentemente detto, è l'articolo 238 del Codice che detta la disciplina da applicare agli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria nei settori speciali.

I settori ai quali fa riferimento tale norma sono i seguenti: gas, energia termica ed elettricità (articolo 208 Codice); acqua (articolo 209); servizi di trasporto (articolo 210); servizi postali (articolo 211); prospezione ed estrazione di petrolio, gas, carbone e altri combustibili solidi (articolo 212); porti e aeroporti (articolo 213).

La struttura normativa adottata dall'articolo 238 per i contratti sotto-soglia nei settori speciali, è analoga a quella prevista dal legislatore delegato, per i contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria nei settori ordinari, infatti si ha un rinvio alle norme generali che regolamentano il regime di tali contratti, con la previsione di alcune deroghe ispirate alla semplificazione, riduzione dei termini ed utilizzo di strumenti flessibili³.

Dal punto di vista oggettivo, la norma fondamentale che disciplina l'applicazione delle procedure di affidamento dei contratti nei settori speciali, è l'articolo 215 del Codice.

³ F. FERRARI, G. MORBIDELLI, *Commentario al codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013, p. 320; come evidenziato da F. MANGANARO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in F. SAITTA, *Commentario*, Padova, Cedam, 2008, p. 968.

Con questa disposizione il legislatore delegato ha differenziato le prescrizioni imposte agli enti aggiudicatori a seconda che siano, o meno, superate le soglie di valore predeterminate, rispettando quanto stabilito dall'articolo 16 della direttiva 2004/17/CE⁴.

La disciplina dettata per i settori speciali trova applicazione limitatamente agli appalti il cui valore stimato al netto dell'imposta sul valore aggiunto è superiore: per quelli di forniture e servizi a 414.000 euro, per quelli di lavori a 5.186.000 euro⁵. Per importi inferiori alle soglie appena enunciate si applica, la disciplina più elastica dell'articolo 238.

Confrontando le soglie operanti nei settori ordinari con quelle che devono essere applicate agli appalti nei settori esclusi, appare evidente che il legislatore delegato ha fissato per i contratti aventi ad oggetto servizi e forniture, limiti di valore più elevati di quelli predeterminati nei settori ordinari: infatti, se per quest'ultimi gli appalti di servizi e di forniture per aver rilevanza in sede comunitaria devono superare i 134.000 euro e 207.000 euro, nei settori speciali, le

⁴ A. POLICE, *Le soglie*, in R. DE NICTOLIS, R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI, *Trattato sui contratti pubblici, Volume I*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 169.

⁵ Dal 1 gennaio 2014 sono in vigore le nuove soglie comunitarie per gli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi stabilite con il Regolamento (UE) n. 1336/2013 della Commissione del 13 dicembre 2013 (pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea del 14 dicembre 2013 - L 335/17) che modifica le direttive 2004/17/CE, 2004/18/CE e 2009/81/CE del Parlamento europeo e del Consiglio riguardo alle soglie di applicazione in materia di procedure di aggiudicazione degli appalti.

disposizione di cui alla Parte III, trovano applicazione solo nel caso in cui tali contratti superino i 414.000 euro.

Sulla base di quanto disposto poi dall'articolo 206, per il calcolo del valore stimato degli appalti nei settori speciali, trovano applicazione i metodi stabiliti all'articolo 29 e al fine di evitare possibili elusioni della disciplina della parte III, bisogna ricordare che al comma 4 del medesimo articolo, anche con riferimento all'affidamento degli appalti nei settori speciali vige il divieto di frazionamento in quanto “ *nessun progetto d'opera ne alcun progetto di acquisto volto ad ottenere un certo quantitativo di forniture o di servizi può essere frazionato al fine di escluderlo dall'osservanza delle norme che troverebbero applicazione se il frazionamento non vi fosse stato*”.

2. Ambito soggettivo

Prima di analizzare distintamente e nel dettaglio i contratti sottosoglia delle amministrazioni aggiudicatrici e quelli degli altri aggiudicatori, è necessario ripercorrere la disciplina qui in esame prima dell'entrata in vigore del Codice.

Anteriormente a questo, mancava una disciplina di dettaglio degli appalti sotto-soglia nei settori speciali e quindi si riteneva che con riguardo alle amministrazioni aggiudicatrici per i lavori, si dovesse applicare la l. Merloni, che riguardava tutti gli appalti dei lavori indipendentemente dalle soglie (con esclusione dei lavori sopra-soglia nei settori speciali); per le forniture si guardava al d.P.R. del 1994; per i servizi alla legislazione di contabilità di Stato.

Con riferimento invece agli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni aggiudicatrici, si riteneva di dover applicare il diritto civile dei contratti.

Questa soluzione, per le amministrazioni aggiudicatrici sembrava essere poco razionale, perché in tal modo, la disciplina degli appalti nei settori speciali sotto-soglia era ben più severa della disciplina degli appalti nei settori speciali sopra-soglia, il che rappresentava un momento di irrigidimento dei settori speciali, dove invece servono procedure più snelle rispetto ai settori ordinari.

Inoltre gli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici dovevano comunque estendere anche agli appalti sotto-soglia l'obbligo del rispetto dei principi del Trattato.

Il Codice, alla luce di queste considerazioni estende al sotto-soglia per le amministrazioni aggiudicatrici, la disciplina dei settori speciali sopra-soglia, con semplificazioni quanto a pubblicità e termini, mentre impone al sotto-soglia degli enti aggiudicatori che non sono amministrazioni aggiudicatrici, il rispetto dei principi del Trattato.

Quanto all'ambito di applicazione soggettivo, l'articolo 238 fa una distinzione fra amministrazioni aggiudicatrici, tra le quali sono da menzionare anche gli organismi di diritto pubblico⁶, e gli altri enti aggiudicatori, ossia le imprese pubbliche e i soggetti diversi dalle amministrazioni pubbliche e dalle imprese pubbliche titolari di diritti speciali ed esclusivi⁷.

Soltanto per le amministrazioni aggiudicatrici, e non per gli altri soggetti aggiudicatori diversi dall'amministrazione pubblica, trovano

⁶ Alla stregua della definizione data dall'articolo 3, comma 25, del Codice dei contratti, le amministrazioni aggiudicatrici sono: le amministrazioni dello Stato; gli enti pubblici territoriali; gli altri enti pubblici non economici; gli organismi di diritto pubblico; le associazioni, unioni, consorzi, comunque denominati, costituiti da detti soggetti.

⁷ Ai sensi dell'articolo 3, comma 29, Codice dei contratti, gli enti aggiudicatori comprendono: le amministrazioni aggiudicatrici, le imprese pubbliche e i soggetti che, non essendo amministrazioni aggiudicatrici o imprese pubbliche, operano in virtù di diritti speciali esclusivi concessi loro dall'autorità competente secondo le norme vigenti. L'articolo 207, comma 2, Codice dei contratti chiarisce poi che "sono diritti speciali o esclusivi i diritti costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo avente l'effetto di riservare a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività di cui gli articoli da 208 a 213 e di incidere sostanzialmente sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività".

applicazione le disposizioni della Parte III Codice dei contratti, con la previsione di alcune deroghe.

In virtù del richiamo alla Parte III del Codice, agli appalti sotto soglia effettuati dalle amministrazioni pubbliche nei settori speciali, il legislatore delegato ha esteso (con alcune eccezioni) le regole e il regime di evidenza pubblica dei contratti sopra soglia, per l'esigenza propria del diritto comunitario di garantire una effettiva concorrenza anche per i contratti pubblici di importo inferiore alla soglia comunitaria⁸.

La concorrenza è ulteriormente assicurata e tutelata, pur se in modo più lieve, anche verso i contratti affidati dagli altri enti aggiudicatori, che non sono tenuti ad applicare la Parte III del Codice.

Infatti al comma 7 dell'articolo 238 è previsto, che gli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni pubbliche, ossia imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, possono affidare contratti pubblici sotto soglia nei settori speciali attenendosi a ciò che è stabilito nei rispettivi regolamenti. La norma aggiunge poi

⁸ Come evidenziato da F. MANGANARO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in F. SAITTA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2008, p. 943, l'impressione è che l'ordinamento comunitario tenda sempre di più a regolamentare gli appalti sotto soglia nello stesso modo di quelli sopra soglia, prevedendo soltanto delle semplificazioni per gli appalti al di sotto di un determinato importo.

che questi regolamenti devono comunque essere conformi ai principi stabiliti dal Trattato CE a tutela della concorrenza.

Questa differenziazione imposta dell'articolo 238 sembra offrire la soluzione al problema, che da tempo divide la giurisprudenza, ossia l'esistenza di un *discrimen* tra organismo di diritto pubblico ed impresa pubblica.

La scelta di sottoporre gli organismi di diritto pubblico e le imprese pubbliche a due discipline diverse sta ad indicare la volontà del legislatore delegato, di accogliere la posizione assunta da quelli che individuano l'elemento discriminatore nel differente *modus operandi* che le caratterizza⁹.

Le ragioni di differenziazione, con la scelta di imporre agli organismi di diritto pubblico una serie di obblighi più specifici di quelli previsti per le imprese pubbliche, può essere vista e trova giustificazione in 2 elementi: il primo verte sul fatto che gli organismi di diritto pubblico non agiscono come comuni operatori di mercato,

⁹ La posizione della giurisprudenza nazionale non è univoca su questo punto: da un lato, in alcune decisioni la distinzione tra impresa pubblica ed organismo di diritto pubblico è accolta correttamente (*ex multis*, cfr., Cons. St., sez. V, 23 agosto 2006 n. 4959; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 15 febbraio 2007 n. 266; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 1 febbraio 2007 n. 844; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 12 febbraio 2007 n. 400); dall'altro, si pongono le diverse pronunzie nelle quali è manifesta la confusione tra le due figure (ad esempio, cfr., T.A.R. Lazio, sez. III ter, 9 giugno 2004 n. 5640; Cons. St., sez. VI, 18 aprile 2005 n. 1770; T.A.R. Puglia, Lecce, sez. II, 23 settembre 2005 n. 4318; T.A.R. Sicilia, sez. III, 31 gennaio 2007 n. 256; Cons. St., sez. VI, 12 febbraio 2007 n. 550).

nel rispetto della logica della concorrenza; il secondo elemento invece, si basa sul pensiero del legislatore nazionale, che ha ritenuto sufficiente assoggettare le imprese pubbliche al più tenue dovere di conformare la propria attività ai principi dettati dai trattati comunitari, a tutela della concorrenza.

Qualora dovessero sorgere eventuali dubbi sull'applicabilità del comma 1 ed ultimo dell'articolo 238, questi potrebbero essere risolti sulla base di una valutazione sostanziale e verificando, di volta in volta, le modalità operative dell'attività dell'ente aggiudicatore.

Riassumendo quindi quanto detto, dovrebbe essere qualificato come impresa pubblica, e rispettare quanto previsto dal comma 7, l'ente aggiudicatore che, pur presentando un legame con i pubblici poteri, offre beni o servizi sul mercato perseguendo uno scopo di lucro, in concorrenza con le altre imprese, assumendosi i rischi dell'attività svolta; diversamente, rientrerebbe nella dizione di amministrazioni aggiudicatrici, applicando tutte le disposizioni della Parte III, quel soggetto che è dotato di personalità giuridica, che è sottoposto a dipendenza da altri enti aggiudicatori e poiché istituito per soddisfare bisogni di interesse generale senza carattere commerciale, non opera applicando metodi imprenditoriali.

Al comma sette dell'articolo 238, si ribadisce che, l'aggiudicatore dell'appalto non inquadrabile all'interno delle due predette categorie, ma che tuttavia è *“titolare di diritti speciali ed esclusivi costituiti per legge, regolamento o in virtù di una concessione o altro provvedimento amministrativo che riserva a uno o più soggetti l'esercizio di un'attività prevista dagli articoli 208-213 e incide sulla capacità di altri soggetti di esercitare tale attività”*, è tenuto, così come per l'impresa pubblica ad adottare le procedure previste nel proprio regolamento, le quali rispettino in principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza.

2.1 I contratti sotto soglia delle amministrazioni aggiudicatrici

L'articolo 238 distingue la disciplina da applicare agli enti aggiudicatori, per l'affidamento degli appalti sotto soglia nei settori speciali a seconda che si tratti da una parte, di amministrazioni aggiudicatrici, dall'altra di imprese pubbliche o di soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi.

In questa parte sarà analizzata la disciplina delle prime, e proprio con riferimento a queste, l'articolo in esame stabilisce che fatto salvo

quanto previsto dai commi da 2 a 6 del articolo 238, gli enti aggiudicatori che sono amministrazioni aggiudicatrici applicano le disposizioni della Parte III per l'affidamento di appalti di lavori, fornitura e servizi di importo inferiore alla soglia comunitaria, che rientrano nell'ambito di applicazione delle attività previste dagli articoli da 208 a 213.

Per questi enti si ha quindi, un equiparazione di disciplina con quella dell'affidamento dei contratti sopra soglia comunitaria.

Le uniche e tassative eccezioni previste, sono quelle dettate dall'articolo 238 attraverso alcune deroghe allo scopo, di realizzare, in conformità dei principi e criteri direttivi di cui all'articolo 25 comma 2 lettera b), della l. 18 aprile 2005, n. 62, una "semplificazione delle procedure di affidamento che non costituiscono diretta applicazione delle normative comunitarie finalizzate a favorire il contenimento dei tempi e la massima flessibilità degli strumenti giuridici".

Per l'attuazione di tale criterio il legislatore ha previsto una serie di disposizioni per la semplificazione delle procedure, che si concretizzano in minor oneri di pubblicità e in una riduzione dei termini.

Diversamente dalla previsione per l'aggiudicazione degli appalti sopra soglia, per i quali *ex* articolo 223 gli enti aggiudicatori, possibilmente entro il 31 dicembre di ogni anno, devono rivelare i dati dei contratti che intendono aggiudicare nell'anno successivo, attraverso un avviso periodico che è pubblicato dalla Commissione o dagli enti stessi nel profilo del committente (di istituzione obbligatoria) e sui siti informatici di cui all'articolo 66, comma 7, il secondo comma dell'articolo 238 rende facoltativo l'avviso di preinformazione previsto dall'articolo 223 del Codice.

L'amministrazione aggiudicatrice è libera di decidere perciò, se far ricorso o meno all'avviso dell'articolo 223 e qualora decida di farvi ricorso deve pubblicarlo sul profilo del committente, dove istituito, e sui siti informatici con le modalità dell'articolo 66 comma 7. Su tale comma in conclusione bisogna dire che mentre la pubblicazione sui siti informatici è obbligatoria, quella sul profilo del committente è dovuta solo se istituito, visto la facoltà di creazione.

Il successivo comma 3 dispone che l'avviso relativo agli appalti aggiudicati (di cui all'articolo 225 del Codice), va pubblicato sui profili del committente e sui siti informatici previsti dall'articolo 66, comma 7.

La previsione di tale norma se confrontata con quanto affermato dal comma precedente, potrebbe risultare contraddittoria, infatti mentre l'avviso relativo agli appalti da aggiudicare è facoltativo, quello sugli appalti aggiudicati sembra ipotizzare la necessità di istituire tale sito informatico¹⁰, ma osservando come la disciplina dettata dall'articolo 238 sia ispirata a una logica di semplificazione, non risulta difficile giustificare tale divergenza, classificandola come svista del legislatore al momento della redazione del testo di legge, in conformità anche dei già citati principi e criteri direttivi dell'articolo 25, comma 2 lettera b).

Pertanto, l'istituto del sito informatico con il profilo del committente è da considerare per gli appalti sotto soglia una mera facoltà, rimessa alla volontà dell'ente aggiudicatore.

Il comma 4 dell'articolo 238, per un'ulteriore semplificazione introduce, per i contratti sotto soglia nei settori speciali la previsione secondo cui gli inviti e gli avvisi attraverso i quali la gara viene indetta, non devono contenere le indicazioni che attengono ad obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale.

¹⁰ Il profilo di committente è definito infatti come "sito informatico di una stazione appaltante, su cui sono pubblicati gli atti e le informazioni previsti dal presente codice, nonché dall'allegato X, punto 2" (articolo 3, comma 35 Codice).

Con questa disposizione si uniforma la disciplina dei contratti sotto soglia nei settori speciali a quella dei contratti sotto soglia nei settori ordinari.

In tema di oneri pubblicitari che devono essere assolti, l'articolo 238 non contiene alcuna previsione simile a quella dell'articolo 122, comma 1, del Codice dove, per i contratti di lavori pubblici sotto soglia nei settori ordinari non si applicano gli obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale previsti.

L'omissione appena riferita, potrebbe essere interpretata, nel senso che il legislatore non ha ritenuto necessario fare tali richiami anche per i contratti sotto soglia nei settori speciali, perché a causa delle esigenze di semplificazione è scontato che non devono applicarsi tutti gli obblighi di pubblicità derivanti dall'ordinamento comunitario.

La dottrina tuttavia ritiene che l'esistenza delle altre espresse esclusioni in tema di pubblicità esposte dall'articolo 238, non rende percorribili tale interpretazione e induce l'interprete a ritenere invece, che il legislatore non abbia implicitamente negato per i contratti sotto soglia nei settori speciali i recepimenti delle regole europee, circa la pubblicità e la comunicazione in materia di appalti, ma abbia voluto limitare la semplificazione per gli obblighi di pubblicità e di

comunicazione a quelle espressamente contenute nell'articolo 238, valendo per il resto le prescrizioni sul tema disposte dall'articolo 223 e seguenti del Codice¹¹.

Un ulteriore elemento di semplificazione delle procedure è introdotto dal comma 5 dell'articolo 238, con riferimento ai termini di ricezione delle domande di partecipazione e quelli di ricezione delle offerte (di cui all'articolo 227 del Codice), che sono ridotti della metà.

Suddetta previsione deve essere letta assieme agli articoli 223, comma 5 e 238, comma 2, poiché, mentre la pubblicazione dell'avviso di preinformazione è obbligatoria soltanto quando gli enti aggiudicatori si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte ai sensi dell'articolo 227, comma 4¹², sebbene il comma 5 dell'articolo 238 preveda una riduzione dei termini *ex lege*, l'avviso di preinformazione per le procedure di aggiudicazione di appalti sotto soglia è sempre facoltativo.

Con riferimento ai profili di pubblicità degli avvisi, il comma 5 ha uniformato la disciplina dei settori speciali a quella relativa ai settori ordinari, effettuando un rinvio alle modalità previste agli

¹¹ F. MANGANARO, *I contatti sotto soglia comunitaria*, Padova, Cedam, 2008, p. 969.

¹² “La pubblicazione degli avvisi di cui al comma 1 è obbligatoria solo se gli enti aggiudicatori si avvalgono della facoltà di ridurre i termini di ricezione delle offerte ai sensi dell'articolo 227 comma 5” (articolo 223, comma 5).

articoli già precedentemente analizzati nel capitolo precedente, ossia l'articolo 122, comma 5 per i contratti di lavoro e l'articolo 124, comma 5 per i contratti di servizi e forniture.

La disciplina relativa alle procedure che le amministrazioni aggiudicatrici devono adottare per l'aggiudicazione degli appalti , si chiude con quanto previsto dal comma 6: *“i lavori, servizi e forniture in economia sono ammessi nei casi e fino agli importi previsti dall'articolo 125”*.

L'articolo a cui si rimanda per i lavori in economia, fa una distinzione fra soglie di valore dei lavori, da quelle relative alle forniture e servizi.

Per i lavori infatti tale disciplina è ammessa per importi non superiori a 200.000 euro, tranne per quelli assunti in amministrazione diretta che non possono avere una spesa complessiva superiore a 50.000¹³; per le forniture e i servizi invece, si effettua una distinzione tra amministrazioni aggiudicatrici che sono autorità governative centrali indicate nell'Allegato IV, le quali possono effettuare acquisizione di forniture e servizi in economia per importi inferiori a

¹³ Articolo 125, comma 5.

134.000 euro, e le altre amministrazioni aggiudicatrici, per le quali è individuato un tetto di 207.000 euro¹⁴.

2.2 I contratti sotto soglia degli altri enti aggiudicatori

Il Codice dei contratti come ho già detto in precedenza, prevede una disciplina differenziata per gli appalti sotto soglia nei settori speciali con riferimento ad amministrazioni pubbliche o ad altri enti aggiudicatori, diversi dalle amministrazioni pubbliche in senso formale, i quali non sono tenuti a rispettare le disposizioni della Parte III del Codice.

Infatti 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 208 a 213, applicano la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, la quale comunque, deve essere conforme ai principi dettati dal Trattato CE a tutela della concorrenza, ai sensi dell'articolo 238, comma 7.

¹⁴ Articolo 125, comma 9.

Invece di dettare una disciplina generale, per evitare di incidere con forti limiti sulle modalità operative di tali enti aggiudicatori, il Codice ha rimesso all'autonomia di questi, la disciplina di specifiche procedure per l'aggiudicazione degli appalti, individuando soltanto un unico limite.

Nella scelta delle regole per lo specifico modo di procedere, le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi devono osservare i principi dettati dal Trattato CE (oggi Trattato sul funzionamento UE) a tutela della concorrenza, ed anche quelli elaborati dalla giurisprudenza comunitaria¹⁵.

Pure il giudice amministrativo italiano ha chiarito che, i contratti nei settori speciali sono assoggettati ai principi del diritto comunitario¹⁶, compreso quello di pubblicità¹⁷.

Per garantire la tutela della concorrenza, i regolamenti devono individuare procedure concorsuali, non potendo ricorrere

¹⁵ Così, secondo un orientamento costante della Corte di giustizia (si veda, per tutte Corte di giustizia CE, 14 giugno 2007, causa C-6/05, in *Foro amm.* C.D.S.,2007), i principi generali del diritto comunitario, come il principio di parità di trattamento e l'obbligo di trasparenza che ne discende, sono applicabili a tutti gli appalti pubblici, anche se sotto soglia comunitaria.

¹⁶ Cons. Stato, ad. plen., 3 marzo 2008, n. 1, in *Foro it.*, 2008, III, c. 161.

¹⁷ Sul quale inizialmente, per il silenzio della legge, c'erano stati dei dubbi circa la sua applicabilità, oggi superati dalla giurisprudenza. Sulla necessità di applicare anche nei settori speciali questo principio si vedano indicativamente, Cons. Stato, sez. VI, 3 dicembre 2008, n. 5943, in *Giur. amm.*, 2008, I; Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2008, n. 1856, in *Giur. amm.* 2008, I.

generalizzando per esempio, allo strumento delle acquisizioni in economia.

I principi ai quali devono ispirarsi, sono quelli di parità di trattamento, di trasparenza, di proporzionalità e di non discriminazione¹⁸ e allora nello specifico: per il principio di parità di trattamento, devono stabilire procedure che assicurano la scelta dei candidati in base a criteri obiettivi e rispettando le regole e i requisiti inizialmente stabiliti¹⁹; per il principio di uguaglianza, che non vengano trattate in modo diverso situazioni analoghe²⁰; per il principio di proporzionalità, che i requisiti minimi per la partecipazione alla procedura siano proporzionali all'appalto, evitando il pericolo di una indebita restrizione della concorrenza²¹; per il principio di trasparenza, che sia garantito un adeguato livello di pubblicità, in modo da assicurare un controllo sull'imparzialità sulle procedure di aggiudicazione e un'apertura degli appalti alla concorrenza²²; che

¹⁸ S. S. SCOCA, *I principi dell'evidenza pubblica*, in *I contratti di appalto pubblico*, a cura di C. FRANCHINI, Torino, Utet, 2010, p. 289.

¹⁹ Corte di giustizia CE, 25 aprile 1996, causa C-87/94.

²⁰ Corte di giustizia CE, 8 ottobre 1980 causa C-810/79.

²¹ Corte di giustizia CE, 13 novembre 1990, n. 331/88.

²² Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2000, causa C-324/98; Corte di giustizia CE, 13 ottobre 2005, causa C-458/03.

venga rispettato il principio di non discriminazione, il quale implica la presenza di una procedura equa e imparziale²³.

Tutti questi principi, favoriscono che la scelta del contraente sia realizzata con trasparenza e obiettività, per assicurare così la concorrenza fra i soggetti interessati.

I regolamenti devono tener conto anche di ulteriori principi propri del nostro diritto nazionale, che in parte coincidono con quelli garantiti dal diritto comunitario, ricavabili sia dall'articolo 27, comma 1 del Codice in riferimento all'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del Codice che "avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità", sia dall'articolo 2 del Codice, il quale in via generale afferma che l'affidamento di appalti pubblici deve svolgersi nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza.

L'aver sottoposto le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali ed esclusivi, al più lieve dovere di osservare i principi previsti dal diritto comunitario a tutela della concorrenza, può trovare

²³ G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in M. P. CHITI, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Parte speciale, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2007, p. 423.

giustificazione nel fatto che tali enti diversi dalle amministrazioni pubbliche, dovrebbero già di per se operare rispettando le regole della concorrenza, dato che agiscono secondo modelli imprenditoriali.

I settori in cui operano tali enti, sono caratterizzati da una tendenziale chiusura del mercato, dovuta al fatto che a determinati soggetti, vengono dati in concessione, da parte degli Stati, diritti speciali o esclusivi per l'approvvigionamento, la messa a disposizione o la gestione di reti attraverso le quali si attua o gestisce il servizio.

In conclusione vorrei osservare che la predetta chiusura del mercato, non necessariamente giustifica la scelta di una minore regolamentazione, anzi potrebbe essere un motivo per introdurre norme che disciplinino le procedure di aggiudicazione di questo tipo di appalti.

Rimane ferma comunque la possibilità, per gli enti aggiudicatori diversi dalle amministrazioni pubbliche, di seguire volontariamente per l'aggiudicazione degli appalti nei settori speciali le disposizioni della Parte III del Codice, invece dei propri regolamenti.

3. I contratti che riguardano più settori e il criterio di prevalenza

Il Codice all'articolo 214, recepisce una delle novità introdotte dalla direttiva numero 2004/17/CE, riproducendo fedelmente l'articolo 9, che fornisce i criteri di individuazione della disciplina applicabile agli appalti relativi a una pluralità di attività riconducibili in parte, ai settori ordinari ed in parte ai settori speciali.

Tali novità di contenuto generale hanno avuto il merito di chiarire aspetti della materia che, nella normativa abrogata, rimanevano oscuri, perché seppur questa contenesse indicazioni sulla disciplina da osservare, riguardo a situazioni specifiche, risulta molto frammentari²⁴.

Una disposizione come quella dell'articolo 214, era sconosciuta alla previgente normativa, che sulla base del d.lgs. n. 158 del 1995, all'articolo 8 prevedeva invece una delimitazione "in negativo" dell'ambito di applicazione dello stesso decreto escludendone numerose tipologie di appalti di lavori, servizi e forniture.

Oltre tutto il legislatore italiano aveva aggiunto a questa una disposizione ulteriore per i soli appalti di lavori, in base alla quale,

²⁴ B. DELFINO, *Commento all'art. 214*, in G. FERRARI, R. GAROFOLI, *Codice degli appalti pubblici*, Roma, Nel diritto editore, 2009, p. 1661.

quelli non strettamente collegati agli scopi istituzionali dei soggetti aggiudicatori che operavano nei settori speciali o che, pur essendo funzionali a detti scopi, riguardassero opere il cui contenuto specialistico e tecnico non fosse direttamente condizionato dalle specificità tecniche proprie dei predetti settori, venivano applicate “le norme vigenti” della disciplina comunitaria introdotta dal solito decreto.

Per l’individuazione dei settori, si faceva quindi un rinvio all’apposito decreto del Presidente del Consiglio dei Ministri.

La dottrina, criticò fin da subito tale disposizione, vedendo in questa un tentativo del legislatore interno, di sottrazione di un ampia fetta di appalti di lavori alla normativa comunitaria, poiché esistevano discutibili criteri legati all’essere più o meno vicini, sia agli scopi istituzionali degli enti aggiudicatori, sia al contenuto specialistico e tecnico delle prestazioni da affidare.

Il problema ad oggi su tale materia è quello dell’individuazione della normativa da applicare, nei casi in cui la gara abbia ad oggetto una pluralità di attività che, sarebbero assoggettate a discipline diverse e per tanto viene fornito un criterio-guida, quello della “principalità”²⁵

²⁵ R. DE NICTOLIS, *Il nuovo codice degli appalti pubblici*, Roma, Epc, 2007, p. 227.

dell'attività per cui l'appalto è destinato, risultando così la disciplina da applicare quella relativa al settore cui è riconducibile l'attività principale fra quelle da affidare.

Infatti al comma 1 l'articolo 214, pone la regola generale per cui “ad un appalto destinato all'esercizio di più attività si applicano le norme relative all'attività principale cui è destinato”.

Il Consiglio di Stato, ha avuto modo di osservare²⁶ che la “norma disciplina l'ipotesi di appalti ad oggetto complesso, riguardante più settori, applicando, in analogia alla teoria civilistica dell'assorbimento, il principio della prevalenza della fonte normativa secondo il criterio dell'attività principale”.

Tale comma rappresenta quindi una previsione di carattere generale, che non specifica se la principalità debba essere basata su criteri quantitativi, qualitativi o semplicemente attinenti al valore, quindi è opportuno riferire che su tal proposito, un parametro di riferimento era stato offerto al legislatore dal preambolo della direttiva 2004/17/CE, precisamente al considerando 29, sulla base del quale “per determinare l'attività cui l'appalto è principalmente destinato, ci si può basare sull'analisi delle necessità cui l'appalto specifico deve

²⁶ Con parere del 6 febbraio 2006, n. 355.

rispondere, effettuata dall'ente aggiudicatore ai fini della valutazione dell'importo degli appalti e della fissazione del capitolato d'oneri".

Il legislatore del Codice non accogliendo questo indirizzo, ne specificando in altro modo il concetto di attività principale, lo ha relegato ad una dimensione di incertezza che può rendere difficile l'attività degli enti aggiudicatori per l'individuazione della normativa da applicare.

La disposizione introduce un criterio di "strumentalità", che individua la disciplina applicabile per l'affidamento che interessi più settori, sulla base della sussistenza di un legame funzionale fra prestazioni oggetto del contratto da affidare e attività svolta dai singoli enti aggiudicatori, mentre perdono così rilievo gli aspetti di natura tecnica propri dell'appalto considerato.

A conclusione di tale analisi risulterebbero così sottoposti alla disciplina sui settori speciali i contratti che, pur essendo un oggetto composito, appaio destinati allo svolgimento di una delle attività descritte dagli articoli dal 208 al 213.

Continuando l'analisi dell'articolo 214 al comma 2, si evince un limite alla discrezionalità dell'ente aggiudicatore nello stabilire l'oggetto di un appalto, con particolare riferimento alla sua estensione,

infatti è vietato al soggetto aggiudicatore di far dipendere “la scelta tra l’aggiudicazione di un unico appalto e l’aggiudicazione di più appalti distinti dal fine ultimo di escludere la relativa procedura dal campo di applicazione delle norme della Parte III o, dove applicabili, di quelle della Parte II” del Codice.

Il fondamento di questa previsione sta nella necessità di prevenire condotte elusive, o di impedire che gli appalti siano artificiosamente frazionati o accorpati, così da sottrarli alle norme dettate dal legislatore per quella specifica fattispecie²⁷.

Il frazionamento dell’appalto è vietato se ha l’intento di eludere l’applicazione della disciplina comunitaria, mentre deve escludersi, tale divieto in relazione a soluzioni frazionatorie, giustificate da ragioni tecniche ed organizzative, o nell’ipotesi in cui il valore di ciascun lotto frazionato, sia comunque superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

Non è prevista tuttavia, quale sia la sanzione da irrogare nell’ipotesi di violazione del divieto di frazionamento di un appalto

²⁷ L’esempio di analoga previsione normativa era rappresentato dall’articolo 6, par. 4, direttiva 93/37/CEE, il quale disponeva che nessuna opera e nessun appalto potesse subire parcellizzazioni “di comodo”, unicamente volte ad eludere l’applicazione della normativa comunitaria.

unitario, anche se alcuni hanno suggerito che possa essere ricondotta alla normativa che si sarebbe applicata nel caso di un unico appalto.

I due commi successivi dell'articolo 214 del Codice, affrontano il caso in cui siano contemplate delle ipotesi rispetto alle quali non è possibile ricorrere alla regola di riferimento dell'attività principale, sancita dal comma 1.

Il comma 3 considera il caso di un appalto cui vanno ricondotte due diverse attività, una disciplinata dalla Parte III (relativa ai settori speciali) e l'altra dalla Parte II (inerente ai settori ordinari), senza che sia oggettivamente possibile stabilire a quale delle due attività l'appalto sia principalmente destinato.

In tali condizioni l'appalto dovrà essere aggiudicato secondo le disposizioni della Parte II del Codice.

Le particolarità dell'attività della Parte III, tuttavia, non vengono trascurate, perché viene riconosciuta agli enti aggiudicatori la facoltà di chiedere, in aggiunta all'attestazione S.O.A., ulteriori specifici requisiti di qualificazione relativamente alle attività disciplinate dalla Parte III.

Proprio quest'ultima previsione, che non era contenuta nell'articolo 9 della direttiva, costituisce la più significativa differenza tra la disposizione comunitaria e quella nazionale.

L'ultimo comma, invece, esamina il caso in cui una delle attività cui è destinato l'appalto sia disciplinato dalla Parte III e un'altra, non rientri nell'ambito di applicazione né della Parte III né della Parte II, risultando così oggettivamente impossibile stabilire a quale attività l'appalto sia principalmente destinato: in questa ipotesi l'appalto è aggiudicato ai sensi della Parte III.

Capitolo IV

Le nuove direttive europee 2014/24/UE e 2014/25/UE e gli appalti sotto-soglia

1. Le nuove direttive europee

Le nuove Direttive vengono ad essere approvate all'interno di un contesto che mira al rilancio economico attraverso gli appalti pubblici, i quali rientravano fra gli obiettivi strategici del Consiglio straordinario di Lisbona del 2000 come strumento di innovazione per un'economia più competitiva.

Tale linea è stata perseguita anche negli anni successivi, tant'è vero che nel 2010, la Commissione Europea per far fronte al crescente divario economico che l'Unione Europea aveva nei confronti degli Stati Uniti e delle nuove economie emergenti, presentò una strategia decennale chiamata "Europa 2020", per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva¹.

La Commissione europea si pone non solo l'obiettivo di uscire dalla crisi ma anche di venirne fuori rafforzati attraverso uno sviluppo

¹ COM (2010) 2020 del 30 ottobre 2010.

economico più intelligente, grazie a maggiori investimenti nell'istruzione, nella ricerca e nell'innovazione; più sostenibile grazie alla promozione della competitività dell'industria, ad una economia verde e maggiormente efficiente nell'uso delle risorse ed infine più inclusivo cioè focalizzato sulla creazione di posti di lavoro e sulla riduzione della povertà. E proprio gli appalti pubblici sono individuati quali valido strumento per raggiungere detti obiettivi².

Il 28 marzo 2014 sono state pubblicate sulla Gazzetta Ufficiale dell'Unione Europea L. 94/65 le due direttive che riformano il settore degli appalti: la direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici nei settori ordinari e la direttiva 2014/25/UE sugli appalti nei settori speciali.

Entrambe sono entrate in vigore il 18 aprile 2014 e gli Stati membri dovranno recepirne le disposizioni nei rispettivi ordinamenti interni entro il 18 aprile 2016.

Entro tale termine si porterà così a compimento un articolato percorso di elaborazione di nuove norme in grado di innovare e sostituire le precedenti disposizioni comunitarie, in particolare le Direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE, abrogheranno rispettivamente le

² S. GALLO, *Le nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli editore, 2014, p. 22 ss.

Direttive 2004/18/CE e 2004/17/CE recepite in Italia nei Codice dei contratti pubblici.

L'Unione Europea, pur confermando la validità degli obiettivi fin qui perseguiti, intende raggiungere ulteriori scopi di semplificazione e chiarimento soprattutto per quanto riguarda l'applicazione, le procedure, il valore delle soglie, la selezione dei candidati, la produzione dei documenti per le gare di appalto, il contrasto alla corruzione ed ai conflitti di interesse. Tale approccio assume molta importanza con riferimento agli effetti che produrrà all'interno del nostro ordinamento, laddove l'attuale normativa sugli appalti, è caratterizzata da un elevato tasso di regolamentazione su ogni possibile aspetto procedurale (soffocando i margini di discrezionalità delle autorità appaltanti).

La ragione di questa iper-regolamentazione, è individuata nell'obiettivo di prevenire fenomeni di corruzione o di alterazione delle procedure, favorite da spazi di autonomia lasciati alle amministrazioni appaltanti. Al contrario, l'eccessivo formalismo delle procedure di aggiudicazione degli appalti nel Codice, ha incentivato sempre più, la crescita di contenziosi amministrativi.

Da qui, uno dei tratti distintivi delle nuove direttive appalti del 2014, è quello di riconoscere maggior discrezionalità alle amministrazioni appaltanti che, assumendosi responsabilità, cercheranno di raggiungere obiettivi di tutela del mercato, semplificazione amministrativa ed efficienza complessiva.

Per il legislatore italiano, sarà un'occasione per rimuovere i limiti esistenti, con una nuova normativa interna attuata da un recepimento "snello", senza quindi aggravare la disciplina con una regolamentazione ulteriormente complessa, che porterebbe più danni che vantaggi. Tale recepimento, deve essere controbilanciato però dal rafforzamento delle funzioni dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che a seguito del recepimento delle direttive va a sostituire l'AVCP³.

Tra le novità più rilevanti introdotte, è da sottolineare la semplificazione e la maggior flessibilità delle procedure d'appalto, attraverso il crescente ricorso all'autocertificazione ed una rivisitazione delle procedure.

Tali norme tendono anche ad agevolare e migliorare l'accesso al mercato da parte delle piccole e medio imprese, che rappresentano per

³ F. MARTINES, *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Riv. Federalismi.it*, n. 11, 2015, p. 3 ss.

l'Unione europea un enorme potenziale per la creazione di posti di lavoro, per la crescita e per l'innovazione mediante la riduzione degli oneri e la suddivisione degli appalti in lotti. Tale suddivisione può essere effettuata su base quantitativa (che permette di adeguare l'entità dell'appalto alle capacità delle piccole e medie imprese), oppure su base qualitativa, per conformare il contenuto dei singoli appalti alle loro competenze specializzate.

Si introducono, inoltre, norme dedicate ai conflitti di interesse ed ai comportamenti illeciti, tutto ciò per vigilare sulla correttezza delle procedure.

Di notevole importanza è l'inserimento di un regime speciale per i servizi sociali, le modifiche dell'appalto in corso di esecuzione⁴ e l'uso strategico degli appalti con maggiore attenzione ai vincoli sociali ed ambientali⁵, il calcolo del costo del ciclo di vita dei prodotti e servizi oggetto dell'appalto ai fini della sua aggiudicazione. In riferimento a questa ultima previsione, il legislatore comunitario ha rielaborato il significato di offerta economicamente più vantaggiosa individuandola sulla base del prezzo o del costo, seguendo un

⁴ Considerando 107 Direttiva 24/2014/UE.

⁵ La scelta di dare rilievo alle esigenze sociali, ambientali e di tutela del lavoro trova un primo ed essenziale fondamento normativo nell'articolo 3 del Trattato dell'Unione Europea e poi negli articoli 9 e 11 del Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea. CRISTIANA IEMULO, *Direttiva appalti 2014. Guida alle novità*, Cesda editore, 2014.

approccio costo-efficacia, in base al costo del ciclo di vita del prodotto, del servizio o del lavoro oggetto dell'appalto, che si risolve nel miglior rapporto qualità prezzo.

Infatti, al considerando 90 (Direttiva 24/2014/UE), il legislatore comunitario afferma che occorre “*stabilire esplicitamente che l’offerta economicamente più vantaggiosa dovrebbe essere valutata sulla base del miglior rapporto qualità prezzo*”⁶.

Il c.d. “costo del ciclo di vita” rappresenta un concetto nuovo, mai menzionato dal legislatore comunitario: esso comprende, infatti, i costi sostenuti dall’amministrazione aggiudicatrice o da altri utenti in relazione ad un determinato bene o servizio, che riguardano l’acquisizione, l’utilizzo, la manutenzione, la fase finale della vita del prodotto o del servizio.

Altre novità introdotte riguardano poi gli appalti elettronici, strumenti che hanno lo scopo di favorire e unire efficienza e risparmio di spesa.

Le due direttive contengono poi una “disciplina-fotocopia” volta a lasciar fuori dall’ambito di applicazione della normativa europea sull’evidenza pubblica, quei contratti conclusi esclusivamente tra due

⁶ Ricordando però al contempo che la valutazione potrebbe essere effettuata anche soltanto sulla base del prezzo o di un approccio costo-efficacia.

o più amministrazioni aggiudicatrici. Ciò si verifica se, il contratto realizza una cooperazione tra le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti per garantire che i servizi pubblici da svolgere perseguano obiettivi comuni, se la cooperazione sia rivolta all'interesse pubblico ed infine, quando le amministrazioni aggiudicatrici partecipanti svolgano sul mercato aperto meno del 20% delle attività interessate dalla cooperazione⁷.

Con riguardo agli appalti e contratti sotto la soglia comunitaria, attraverso le nuove direttive si esige la garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione una valutazione comparativa tra più offerte in numero almeno pari o uguali a cinque e una adeguata rotazione degli affidamenti. Tutto ciò mantenendo la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali, di cui alla direttiva 2014/25/UE, di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai principi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza come riportato dal secondo Considerando della direttiva sopra citata.

⁷ C. PIO SANTACROCE, *Osservazioni su "partenariato pubblico-pubblico", tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. giuridica di urbanistica*, II, 2014, p. 196.

Il rimarcare questi principi, è in linea con un costante indirizzo della giurisprudenza comunitaria che intende evidenziare come, anche gli appalti che sono esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie, in considerazione del loro rilievo economico, non sono per questo motivo sottratti dall'ambito di applicazione del diritto comunitario, in quanto è dovere delle amministrazioni aggiudicatrici rispettare comunque i principi fondamentali del Trattato.

Un'altra innovazione della direttiva 2014/24/UE, riguarda le modifiche al contratto (varianti in corso d'opera) sotto soglia comunitaria. Preme riflettere sulla espressione del comma 4 dell'articolo 72: in caso di varianti ripetute, il 10% (o 15%) è riferito al "valore netto cumulativo". Sembra pertinente osservare che le varianti sotto soglia, siano varianti privilegiate, laddove, le dette aliquote, si applicano all'importo ottenuto dalla somma del contratto e della variante (al netto del ribasso) via via effettuata, con un aggiornamento progressivo dell'importo netto. La norma è inoltre priva della condizione di "invarianza di spesa" che invece si trova nel comma 3, articolo 132, del codice, quindi per i contratti sotto soglia,

se la norma fosse così recepita, non vi sarebbe un limite al numero di varianti semplificate che si possono adottare⁸.

Per concludere, i fondamenti giuridici delle Direttive in esame risiedono in tre importanti norme del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE): l'articolo 53 par. 1 dispone che *“al fine di agevolare l'accesso alle attività autonome e l'esercizio di queste, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono direttive intese (...) al coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri relative all'accesso alle attività autonome e all'esercizio di queste”*; l'articolo 62 prevede che *“le disposizioni degli articoli da 51 a 54 inclusi sono applicabili alla materia regolata dal presente Capo (SERVIZI)”*⁹; infine l'articolo 114 par. 1 afferma che *“ il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle misure legislative, regolamentari ed*

⁸ L. MICONI, *Prime osservazioni sul progetto di nuova direttiva appalti*, in *GiustAmm.it*, I, pag. 11.

⁹ In altri termini, l'art. 53 TFUE si applica anche alla materia dei servizi.

amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno”.

2. L'attuazione nell'ordinamento nazionale

Per il recepimento delle direttive europee, la 2014/24/UE e la 2014/25/UE, rispettivamente sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, è stata prevista un'attuazione in due fasi: un primo decreto, che dovrà essere approvato entro il 18 aprile, abrogherà le parti del codice in contrasto, e una seconda delega con scadenza fissata al 31 luglio 2016, per l'approvazione di un decreto legislativo che riordini l'intera materia dei contratti pubblici. Questo decreto dovrà contenere al suo interno i principi di recepimento delle direttive già previsti nel precedente decreto, abrogando definitivamente codice e regolamento, con le opportune integrazioni e modifiche alla disciplina di recepimento già adottata¹⁰.

Il Senato, il 18 giugno 2015 ha approvato il disegno di legge n. 1678 composto di un solo articolo e recante delega al Governo per

¹⁰ M. SALERNO, *Riforma appalti, ok in commissione all'attuazione in due tempi: prima le direttive, poi il nuovo codice*, in *Edilizia e territorio*, 2015.

l'attuazione delle nuove direttive, che passa ora all'esame della Camera dei Deputati.

E' prevista la redazione di un nuovo codice degli appalti pubblici e delle concessioni con conseguente abrogazione delle attuali disposizioni, assieme ad altri criteri deleganti come: il divieto di introdurre, o di mantenere negli atti di recepimento, livelli di regolazione superiori a quelli minimi richiesti dalle direttive europee; la razionalizzazione del quadro normativo in materia di appalti pubblici e di concessioni, finalizzato a un maggior livello di certezza del diritto e di semplificazione dei procedimenti; la trasparenza e pubblicità delle procedure di gara; la riduzione degli oneri documentali a carico dei soggetti partecipanti e la semplificazione delle procedure di verifica da parte delle stazioni appaltanti; il contenimento dei tempi e la piena verificabilità dei flussi finanziari, anche attraverso adeguate forme di centralizzazione delle committenze e di riduzione del numero delle stazioni appaltanti; la razionalizzazione ed estensione delle forme di partenariato pubblico privato; la revisione del sistema vigente di qualificazione degli operatori economici, in base a criteri di omogeneità e trasparenza; la razionalizzazione dei metodi di risoluzione delle controversie

alternativi al rimedio giurisdizionale, anche in materia di esecuzione del contratto; il miglioramento delle condizioni di accesso, per le piccole e medie imprese e le imprese di nuova costituzione, al mercato degli appalti pubblici e delle concessioni; l'individuazione, per le procedure di affidamento, di modalità volte a garantire i livelli minimi di concorrenzialità, trasparenza e parità di trattamento ed infine la trasparenza, nella eventuale partecipazione dei portatori qualificati di interessi ai processi decisionali finalizzati alla programmazione e all'aggiudicazione di appalti pubblici e concessioni¹¹.

Sono stati confermati anche gli ulteriori criteri direttivi che erano stati introdotti dall'VIII Commissione, come, il divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure derogatorie, la sostituzione del criterio del massimo ribasso con il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa (anche nei servizi con molta manodopera), la valorizzazione di esigenze di sostenibilità ambientale e di clausole sociali, la previsione di forme di dibattito pubblico nei territori interessati da opere infrastrutturali che hanno impatto sull'ambiente, la valorizzazione della fase progettuale e il contenimento delle varianti in corso d'opera, il rafforzamento dei

¹¹ *Www.lavoripubblici.it/Codiceappaltiedirettiveeuropee.*

poteri di vigilanza e indirizzo dell'Autorità nazionale anticorruzione (ANAC), che elaborerà contratti-tipo e bandi-tipo ed istituirà un albo nazionale dei commissari di gara. Per concludere l'istituzione, presso il Ministero delle infrastrutture, di un albo nazionale per il ruolo di responsabile dei lavori.

3. *Incidenza della l. 190/2012*

Partendo da una considerazione in generale, è possibile notare come la pubblicità e la trasparenza dell'attività amministrativa siano due principi distinti, benché indissolubili legati tra loro anche negli appalti, infatti all'articolo 2, comma 1 del Codice è espressamente previsto che *“ l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture, ai sensi del presente codice, deve garantire la qualità delle prestazioni e svolgersi nel rispetto dei principi di (...) trasparenza (...) nonché quello di pubblicità con le modalità indicate nel presente codice”*.

La legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. legge anticorruzione) all'articolo 1 comma 15, assieme all'articolo 11 del d.lgs. 150/2009, hanno definito la trasparenza dell'attività amministrativa come livello

essenziale delle prestazioni concernenti i diritti sociali e civili ai sensi dell'articolo 117, comma 2, lettera m), della Costituzione, facendola così assurgere a vero e proprio valore di rango costituzionale.

È necessario in tale ambito, provvedere ad un esame delle previsioni in materia di trasparenza e di pubblicità col fine di distinguerle. Se la trasparenza, sulla base di quanto dettato dall'articolo 1 al comma 15 della legge 190/2012, deve essere assicurata mediante la pubblicazione di una serie di dati all'interno dei siti internet istituzionali delle pubbliche amministrazioni (in formato aperto e facilmente elaborabili da chiunque vi abbia interesse), gli adempimenti in materia di pubblicità nell'ambito delle procedure ad evidenza pubblica vanno assolti attraverso la pubblicazione dei documenti (redatti in formato chiuso), sul profilo del committente della stazione appaltante, ovvero secondo le specifiche modalità di volta in volta individuate dalle norme richiamate¹².

Proprio con riferimento alla trasparenza, la legge in esame al presente paragrafo, ossia la legge n. 190 del 2012 interviene al riguardo con l'articolo 1, comma 15 e seguenti, andando a rafforzare quanto già disposto dall'articolo 11 del d.lgs. 150/2009 dove la

¹² www.itaca.org/Trasparenzaepubblicita.

trasparenza è intesa come “*accessibilità totale, anche attraverso lo strumento della pubblicazione sui siti istituzionali delle amministrazioni pubbliche, delle informazioni concernenti ogni aspetto dell'organizzazione, degli indicatori relativi agli andamenti gestionali e all'utilizzo delle risorse per il perseguimento delle funzioni istituzionali, dei risultati dell'attività di misurazione e valutazione svolta dagli organi competenti, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo del rispetto dei principi di buon andamento e imparzialità*” ed ha introdotto ulteriori disposizioni che ampliano l’elenco delle informazioni e dei documenti da pubblicare in relazione ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

Non bisogna però dimenticare che, oltre alla pubblicazione, le articolazioni più rilevanti del principio di trasparenza sono soddisfatte dalla piena applicazione della legge sul procedimento amministrativo n. 241/1990 in tema di obbligatorietà della motivazione dei provvedimenti (articolo 3), di partecipazione attiva dei privati al procedimento e alla formazione delle volontà dell’amministrazione (articolo da 7 a 10bis), nonché di accesso ai documenti endoprocedimentali.

Questa legge denominata “Disposizioni per la prevenzione e la repressione della corruzione e dell’illegalità nella pubblica amministrazione”, si applica a tutte le Pubbliche amministrazioni centrali e periferiche, agli enti locali, nonché agli enti pubblici ed ai soggetti di diritto privato sottoposti al loro controllo.

Al fine di garantire il buon governo della cosa pubblica, la legge prevede, che ciascun Amministrazione pubblica, sia chiamata a redigere ogni anno, un piano triennale di prevenzione della corruzione¹³.

Per garantire invece maggiore trasparenza nell’azione amministrativa e nella spendita di denaro pubblico, la legge anticorruzione rafforza gli obblighi di pubblicità a carico delle pubbliche amministrazioni, come quelli di pubblicare nei propri siti *web*: le informazioni relative a tutti i procedimenti amministrativi, secondo criteri di facile accessibilità, completezza e semplicità di consultazione; i relativi bilanci e conti consuntivi; i costi unitari di realizzazione delle opere pubbliche e di produzione dei servizi erogati ai cittadini.

¹³ Tutti gli elementi contenuti all’interno del piano sono indicati nell’articolo 11 della legge 150/2009.

Il comma 16, dell'articolo 1 della legge in esame, sulla base di un consolidato orientamento della giurisprudenza amministrativa, precisa che le pubbliche amministrazioni assicurano i livelli essenziali delle prestazioni, secondo quanto previsto dal comma 15, con particolare riferimento ai procedimenti amministrativi di autorizzazione e concessione di scelta dei contraenti privati per l'affidamento di pubblici contratti di lavori, forniture e servizi (anche con riferimento alle modalità di selezione prescelte dalle stazioni appaltanti ai sensi del d.lgs. 12 aprile 2006, n.163); concessione ed erogazione di sovvenzioni, contributi, sussidi, ausili finanziari, attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere a persone ed enti pubblici privati; concorsi e prove selettive per l'assunzione del personale e le progressioni di carriera¹⁴.

Sulla concreta attuazione dei citati commi 15 e 16, la legge Anticorruzione affida a uno o più decreti del Ministero per la Pubblica Amministrazione e la Semplificazione¹⁵ (da adottare entro sei mesi

¹⁴ G. CASARTELLI, A. PAPI ROSSI, *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013.

¹⁵ Il comma 31 specifica che i decreti dovranno essere emanati di concerto con il Ministro delle Infrastrutture e dei Trasporti per le materie di competenza e sentita la Conferenza Unificata Stato-Città ed Autonomie locali.

dalla data di entrata in vigore della legge), l'individuazione delle "informazioni rilevanti" e le relative "modalità di pubblicazione"¹⁶.

Per quanto attiene invece alla pubblicità, il Codice dei contratti pubblici individua già una vasta serie di atti soggetti a specifici obblighi di pubblicità, come per esempio all'articolo 122 (disciplina specifica per i contratti di lavori pubblici sotto soglia), all'articolo 124 (appalti di servizi e forniture sotto soglia) oppure all'articolo 238 (appalti di importo inferiore alla soglia comunitaria), così come il regolamento di esecuzione ed attuazione del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, dove ci sono altre norme ulteriori in materia di pubblicità (ad esempio l'articolo 332 sugli affidamenti in economia).

A tali norme, così come per la trasparenza anche per la pubblicità è previsto l'intervento della legge 190/2012, più precisamente l'articolo 1, comma 32 stabilisce che *“Con riferimento ai procedimenti di cui al comma 16, lettera b)¹⁷, del presente articolo, le stazioni appaltanti sono in ogni caso tenute a pubblicare nei propri siti web istituzionali: la struttura proponente; l'oggetto del bando; l'elenco degli operatori invitati a presentare offerte; l'aggiudicatario;*

¹⁶ Articolo 1, comma 31 legge 190/2012.

¹⁷ Scelta del contraente per l'affidamento di lavori, forniture e servizi, anche con riferimento alla modalità di selezione prescelta ai sensi del codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture.

l'importo di aggiudicazione; i tempi di completamento dell'opera, servizio o fornitura; l'importo delle somme liquidate. Le stazioni appaltanti sono tenute altresì a trasmettere le predette informazioni ogni semestre alla commissione di cui al comma 2¹⁸. Entro il 31 gennaio di ogni anno, tali informazioni, relativamente all'anno precedente, sono pubblicate in tabelle riassuntive rese liberamente scaricabili in un formato digitale standard aperto che consenta di analizzare e rielaborare, anche a fini statistici, i dati informatici. Le amministrazioni trasmettono in formato digitale tali informazioni all'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che le pubblica nel proprio sito web in una sezione liberamente consultabile da tutti i cittadini, catalogate in base alla tipologia di stazione appaltante e per regione. L'Autorità individua con propria deliberazione le informazioni rilevanti e le relative modalità di trasmissione. Entro il 30 aprile di ciascun anno, l'Autorità per la vigilanza sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture trasmette alla Corte dei conti l'elenco delle amministrazioni che hanno omesso di trasmettere e pubblicare, in tutto o in parte, le

¹⁸ La Commissione per la valutazione, la trasparenza e l'integrità delle amministrazioni pubbliche che opera quale Autorità nazionale anticorruzione.

informazioni di cui al presente comma in formato digitale standard aperto”.

4. Il d.lgs. 33/2013

Una rivisitazione sul tema della trasparenza nella pubblica amministrazione, è stata affidata al d.lgs. 14 marzo 2013, n. 33, in vigore dal successivo 20 aprile, che, in attuazione della legge anticorruzione n. 190, reca, il “Riordino della disciplina riguardante gli obblighi di pubblicità, trasparenza e diffusione di informazioni da parte delle pubbliche amministrazioni”.

L’argomentazione della trasparenza all’interno di questo decreto legislativo parte dall’analisi dell’articolo 1, denominato “principio generale di trasparenza” dove al comma 1, ha disposto che la trasparenza deve essere intesa come *“accessibilità totale delle informazioni concernenti l’organizzazione e l’attività delle pubbliche amministrazioni, allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”*.

Al comma 2 del medesimo articolo si continua a dettare la disciplina della trasparenza affermando che questa concorre “*ad attuare il principio democratico e i principi costituzionali di eguaglianza, di imparzialità, buon andamento, responsabilità, efficacia ed efficienza nell'utilizzo di risorse pubbliche, integrità e lealtà nel servizio alla nazione. Essa è condizione di garanzia delle libertà individuali e collettive, nonché dei diritti civili, politici e sociali, integra il diritto ad una buona amministrazione e concorre alla realizzazione di una amministrazione aperta, al servizio del cittadino*”.

La trasparenza, pur funzionale all'integrità, al buon andamento e all'imparzialità dell'amministrazione e pur costituendo principio fondamentale ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lett. m) e r) della Costituzione, trattandosi di diritto civico fondamentale, deve garantirsi nel rispetto del limite esterno delle disposizioni a tutela del segreto di Stato e della privacy¹⁹.

Il rito della trasparenza così definito dall'articolo 1 del d.lgs. 33/2013, è attuato, ai sensi del successivo art. 2, attraverso la pubblicazione nei siti istituzionali delle pubbliche amministrazioni dei

¹⁹ P. COSMAI, “Trasparenza” e “Pubblicità” negli appalti secondo Itaca, in Riv.azienditalia,, III, 2014, p. 216.

documenti, delle informazioni e dei dati concernenti l'organizzazione e l'attività delle pubbliche amministrazioni, cui, corrisponde il diritto di chiunque di accedere ai siti direttamente e immediatamente, senza autenticazione e identificazione²⁰.

Gli atti sopra citati, sono pubblici e chiunque ha diritto di conoscerli, di usufruirne gratuitamente e di utilizzarli. Nel caso in cui ne sia stata omessa la loro pubblicazione²¹, è possibile chiedere gratuitamente l'adempimento al responsabile della trasparenza, che l'assicura nei successivi trenta giorni.

Fondamentale è la garanzia della qualità delle informazioni riportate nei siti istituzionali, che devono rispondere ad alcuni requisiti: integrità, costante aggiornamento, completezza tempestività, semplicità di consultazione, comprensibilità, omogeneità, facile accessibilità, conformità ai documenti originali in possesso dell'amministrazione, indicazione della loro provenienza e riutilizzabilità.

Per concludere questo primo quadro introduttivo del decreto legislativo, prima di passare alle specifiche disposizioni sugli appalti, occorre precisare che tale norma interviene ulteriormente attraverso

²⁰ Articolo 2, comma 2, d.lgs. n. 33/2013.

²¹ Tramite l'esercizio del cd. diritto civico di cui all'articolo 5.

modifiche della legislazione vigente, quali la sostituzione dell'articolo 54 del d.lgs. 82/2005 definendo il contenuto dei siti della pubblica amministrazione con un rinvio espresso all'articolo 52 del d.lgs. 33/2013 e con l'abrogazione espressa di ulteriori norme primarie precedentemente vigenti, tra le quali l'articolo 11 del d.lgs. 150/2009 nonché l'articolo 18 del d.l. 83/2012²².

In materia di pubblicità come già preannunciato, interviene per l'appunto anche il decreto legislativo in esame, con la previsione dell'articolo 37, rubricato "Obblighi di pubblicazione concernenti i contratti pubblici di lavori, servizi e forniture" che richiama e fa salvi gli obblighi di pubblicità previsti dal Codice dei contratti pubblici, infatti testualmente, dispone che *"fermi restando gli altri obblighi di pubblicità legale e, in particolare, quelli previsti dall'art. 1, comma 32, della legge 6 novembre 2012, n. 190, ciascuna amministrazione pubblica, secondo quanto previsto dal decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, e, in particolare, dagli artt. 63, 65, 66, 122, 124, 206 e 223, le informazioni relative alle procedure per l'affidamento e l'esecuzione di opere e lavori pubblici, servizi e forniture"*.

²² Abrogazioni previste all'articolo 53 del d.lgs. 33/2013.

Tale disposizione va a sommarsi e non a sostituirsi a quelle già vigenti nelle diverse fonti normative di settore.

Sul tema della pubblicità, occorre fare una precisazione anche per questo decreto legislativo in relazione alla pubblicazione sui quotidiani. Infatti con il richiamo effettuato dall'articolo 37, in decreto legislativo si inserisce nella problematica della pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara derivanti, già trattati dall'articolo 32 della l. 69/2009 (che era intervenuta per il superamento della pubblicità in forma cartacea)²³.

Questa previsione faceva venir meno gli obblighi di pubblicazione in forma cartacea a decorrere dal 1° gennaio 2011 per tutti gli atti amministrativi e dal 1° gennaio 2013 per gli atti delle procedure a evidenza pubblica (ovverosia per l'affidamento degli appalti pubblici) e per i bilanci, fatta salva comunque la pubblicità nella Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea, nella Gazzetta Ufficiale della Repubblica italiana e i relativi effetti giuridici, nonché nel sito informatico del Ministero delle infrastrutture e dei trasporti di cui al decreto del Ministro dei lavori pubblici 6 aprile 2001, e nel sito

²³ Specificatamente articolo 32 comma 1 della legge 69/2009: “gli obblighi di pubblicazione di atti e provvedimenti amministrativi aventi effetto di pubblicità legale si intendono assolti con la pubblicazione nei propri siti informatici da parte delle amministrazioni e degli enti obbligati”.

informatico presso l'Osservatorio dei contratti pubblici, prevista dal codice di cui al decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163.

Sulla base delle citate disposizioni, una parte della dottrina ha ritenuto ormai facoltativa la pubblicazione sui quotidiani, mentre un'altra parte rimane dell'opinione dell'obbligatorietà di tale pubblicazione. Con il d.lgs. 33/2013, è stata ribadita l'opinione di obbligatorietà, opzione che, peraltro, è stata rafforzata dall'art. 34, comma 35, del D.L. n. 179/2012 nel prevedere che a partire dai bandi e dagli avvisi pubblicati successivamente al 1° gennaio 2013, le spese per la pubblicazione di cui al secondo periodo del comma 7 dell'articolo 66 e al secondo periodo del comma 5 dell'articolo 122 del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, sono rimborsate alla stazione appaltante dall'aggiudicatario entro il termine di sessanta giorni dall'aggiudicazione.

Per concludere l'analisi sul d.lgs. 33/2013, occorre analizzare un ultimo punto, ossia quello che riguarda gli adempimenti in materia di "amministrazione trasparente", infatti per dare attuazione all'articolo 1 comma 35 della legge 190/2012, è stata riordinata e modificata la disciplina in materia di trasparenza ed è stato sostituito il concetto di

“amministrazione aperta”²⁴, con il nuovo concetto di amministrazione trasparente attraverso l’inserimento, obbligatorio, degli atti nella sezione “Amministrazione trasparente” collocata sull’*home page* del sito istituzionale di ciascun ente, con l’espresso divieto per questi di introdurre filtri o limiti alla fruizione dei dati. La pubblicazione deve essere immediata e durare per un periodo di 5 anni, decorrenti dal 1° gennaio dell’anno successivo a quello da cui decorre il relativo obbligo e comunque fino a che gli atti producono i loro effetti, (fatti salvi diversi termini previsti anche dalla normativa in materia di trattamento dei dati personali), con obbligo, al termine dei 5 anni, di trasferirli in un apposita sezione denominata “Archivio” realizzata nell’ambito di quella dell’ “Amministrazione trasparente”.

Il decreto ha introdotto una disciplina articolata degli obblighi di pubblicazione degli atti, distinguendo fra, atti di concessione di sovvenzioni (agli articoli 26 e 27) per i quali ancora oggi costituisce condizione legale di efficacia e contratti pubblici d’appalto (agli articoli 37 e 38).

In attuazione del presente decreto legislativo, le stazioni appaltanti sono tenute a pubblicare nella sezione “Amministrazione

²⁴ Introdotto dall’articolo 18 del d.l. 83/2012.

trasparente” dei propri siti istituzionali esclusivamente quanto disposto dall’articolo 1, comma 32, della legge 190/2012 ai fini degli adempimenti previsti per la trasparenza²⁵, e proprio attraverso questo richiamo, e facendo venir meno l’applicazione dell’articolo 18 del d.l. 83/2012 ai contratti pubblici d’appalto, si è risolta la problematica sugli adempimenti pubblicitari che aveva portato alla doppia applicazione delle due norme sopra citate che sembravano così sovrapporsi.

Ad assicurare la trasparenza estrema delle procedure, concorrono, inoltre altre disposizioni come: l’articolo 23 secondo cui, i provvedimenti finali dei procedimenti di scelta del contraente devono essere pubblicati e aggiornati ogni sei mesi nella sezione “Amministrazione trasparente”; l’articolo 37, comma 2, che introduce l’ulteriore obbligo di pubblicazione della delibera o della determina a contrarre, di cui si discute l’estensione anche agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate senza previo bando²⁶; l’articolo 33 che impone alle pubbliche amministrazioni l’obbligo di pubblicare, annualmente, un indicatore dei tempi medi di pagamento relativi agli acquisti di beni, servizi e forniture, denominato “indicatore di

²⁵ Articolo 37 d.lgs. 33/2013.

²⁶ Ipotesi richiamate all’articolo 57, comma 6, d.lgs. 163/2006.

tempestività”; ed infine l’articolo 38, che prescrive l’obbligo di pubblicare, sui siti istituzionali, i documenti di programmazione (anche pluriennale) delle opere pubbliche, le linee guida per la valutazione degli investimenti, le relazioni annuali e ogni altro documento di valutazione, nonché le informazioni relative ai costi unitari e agli indicatori di realizzazione delle opere pubbliche completate.

Conclusioni

L'impianto normativo che si presenta ad oggi in materia di appalti, vive una situazione di importante riordino della disciplina.

Con il recepimento delle nuove direttive 2014/24/UE e 2014/25/UE si è cercato di risolvere le numerose problematiche, sia normative che interpretative che hanno caratterizzato la materia a partire dall'emanazione del d.lgs. 163/2006, per l'attuazione del Codice, fino ad arrivare ad oggi.

A testimonianza di ciò, si richiamano le numerose modifiche che si sono succedute nel tempo e che hanno portato ad un numero sproporzionato di articoli, che aumentava ad ogni intervento.

I principi generali che ispirano tali direttive, mirano ad una maggiore qualità degli acquisti, e allo stesso tempo, ad un alleggerimento degli aspetti formali delle procedure, per favorire la crescita in tale settore, ad esempio, delle piccole e medie imprese, enorme potenziale per la creazione di posti di lavoro, per promuovere categorie di lavoratori svantaggiati, per la riduzione degli oneri, anche

allo scopo di sostenere l'economia e favorire l'introduzione di tecniche innovative per una miglior aggiudicazione.

La minore formalità procedurale potrebbe, se da un lato comportare i suddetti vantaggi, dall'altro, creare problemi soprattutto dal punto di vista della corruzione e delle possibili violazioni delle normative, anche a causa dell'ampia discrezionalità lasciata alle stazioni appaltanti.

Problematiche di questo tipo, sono già presenti tutt'oggi in materia di appalti, nonostante il Codice attuale abbia cercato di disciplinare ogni possibile situazione, definito a tal proposito da molti "iper-regolamentato".

Il proliferare di comportamenti corruttivi ed elusivi si evince soprattutto in materia di appalti sotto soglia e maggiormente nelle acquisizioni in economia a causa delle caratteristiche di questi istituti.

La mancanza di una programmazione relativa agli affidamenti sopra citati, dovuta anche alla particolarità delle procedure, che vedono attenuarsi l'elemento dell'evidenza pubblica allo scopo di raggiungere maggior semplicità e flessibilità rispetto alla disciplina ordinaria, rappresenta un elemento di forte preoccupazione da non sottovalutare.

Basta osservare la previsione che rende facoltativo l'avviso di preinformazione per gli appalti di lavori, servizi e forniture sotto soglia comunitaria, estesa anche alle procedure negoziate senza pubblicazione preliminare di un bando di gara, che deroga in maniera importante ai principi cardine degli appalti.

Sul tema è pure intervenuto il Consiglio di Stato, preoccupato per la previsione di aver reso facoltativo tale atto, dato che, questo dovrebbe assumere la veste di funzione di programmazione, controllando così la congruità e la conformità delle decisioni assunte.

A dimostrazione di quanto affermato intervengono a testimonianza i dati raccolti dall'ANAC, che ha compiuto un monitoraggio su alcune Amministrazioni locali, che lanciano un allarme per il reiterato abuso delle procedure negoziate e degli acquisti in economia.

Le perplessità sopra enunciate diventano concrete per l'appunto dopo aver riscontrato un uso sproporzionato di queste procedure, evidenziando come alla procedura negoziata, si ricorra anche per importi non ingenti, contrastando quindi con i caratteri di eccezionalità dell'istituto, e come gli affidamenti in economia siano troppo spesso utilizzati dalle Amministrazioni, poiché la loro

applicazione è rimessa dalla legge ad una scelta discrezionale delle tipologie di beni e servizi da acquisire.

Infine, un ulteriore aspetto negativo rilevato dalla stessa Autorità nazionale anti corruzione, riguarda il crescente impiego degli affidamenti in economia, in quanto queste procedure possono prestarsi meglio all'abuso da parte delle stazioni appaltanti, rappresentato dall'artificioso frazionamento delle commesse per eludere così i limiti di legge alle procedure in economia e agli affidamenti diretti.

Il Codice attualmente prevede già una formula di divieto per combattere il frazionamento allo scopo di sottostare alla disciplina delle acquisizioni in economia, quindi, dopo aver rilevato tale anomalia, l'ANAC si è limitata soltanto ad ammonire le stazioni appaltanti invitandole ad emanare regolamenti interni per prevenire questi fenomeni elusivi.

La sfida che aspetta il legislatore, per la redazione del nuovo Codice, alla luce di quanto analizzato non sarà compito facile, in quanto dovrà cercare di conciliare le nuove disposizioni delle direttive europee del 2014, con la semplificazione di parte della disciplina presente nella vecchia regolamentazione, riducendo le formalità e dando maggior discrezionalità alle amministrazioni, ma allo stesso

tempo contrastare fenomeni illeciti che potrebbero prender vita dalla stessa semplificazione.

Bibliografia:

CARANTA R., *I contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2012;

CARINGELLA F., PROTTO M., *Codice dei contratti pubblici*, Roma, Dike Giuridica, 2012;

CASARTELLI G., PAPI ROSSI A., *Le misure anticorruzione: legge 6 novembre 2012, n. 190*, Torino, Giappichelli, 2013;

CLARICH M., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010;

COSMAI P., “Trasparenza” e “Pubblicità” negli appalti secondo Itaca, in *Riv. azienditalia*, III, 2014, pag. 216;

DE NICTOLIS R., *Le novità per gli appalti sotto soglia*, in *Il nuovo Codice degli appalti pubblici*, Roma, Epc, 2007;

Id., *Manuale dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*, Roma, Epc, 2012;

DEL VECCHIO P., *Contratti sotto soglia comunitaria*, in SANINO M., *Commento al Codice dei contratti pubblici relativi a*

lavori, servizi e forniture, D.lg. 12 aprile 2006, n. 163, Torino, Utet, 2006;

DELFINO B., *Commento all'art. 214*, in FERRARI G., GAROFOLI R., *Codice degli appalti pubblici*, Roma, Nel diritto editore, 2009;

FERRARI F., MORBIDELLI G., *Commento al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013;

GALLO S., *Le nuove direttive in materia di appalti e concessioni*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2014;

IEMULO C., *Direttiva appalti 2014. Guida alle novità*, Cesda, 2014;

LOCATI M., *I contratti sotto soglia*, in *Urb. e App.*, 2006, pag. 883 e seg.;

Id., *Il diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinati dalle direttive*, in *Urb. e App.*, 2007, pagg. 533-535;

MANGANARO F., *I contratti sotto soglia comunitaria*, in SAITTA F., *Il nuovo Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2008;

MARTINES F., *Le direttive UE del 2014 in materia di contratti pubblici e l'articolato processo di integrazione europea nel diritto interno degli appalti*, in *Riv. Federalismi.it*, n. 11, 2015, pagg. 3 e seg.;

MICONI L., *Prime osservazioni sul progetto di nuova direttiva appalti*, in *GiustAmm.it*, I, 2014, pag. 11;

MORBIDELLI G., ZOPPOLATO M., *Appalti pubblici*, in CHITI M. P., GRECO G., *Trattato di diritto amministrativo europeo. Parte speciale*, Tomo I, Milano, Giuffrè, 2007;

PAPARO T., *I contratti sotto soglia*, in CLARICH M., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Torino, Giappichelli, 2010;

PELLEGRINO G., *Disciplina comune applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, di importo inferiore alla soglia comunitaria*, in FERRARI F., MORBIDELLI G., *Commentario al Codice dei contratti pubblici*, Milano, Egea, 2013;

PIO SANTACROCE C., *Osservazioni su "partenariato pubblico-pubblico" tra elaborazioni ed applicazioni giurisprudenziali del modello e nuove direttive europee in materia di appalti e concessioni*, in *Riv. giuridica di urbanistica*, II, 2014, pag. 196;

POLICE A., *Le soglie*, in DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., SANDULLI M. A., *Trattato sui contratti pubblici, Volume I*, Milano, Giuffrè, 2008;

SALERNO M., *Riforma appalti, ok in commissione all'attuazione in due tempi: prima le direttive, poi il nuovo codice*, in *Edilizia e territorio*, Il Sole 24 ore, 2015;

SANINO M., *I contratti sotto soglia comunitaria*, in DE NICTOLIS R., GAROFOLI R., SANDULLI M. A., *Trattato sui contratti pubblici, Volume III*, Milano, Giuffrè, 2008;

SCOCA S. S., *I principi dell'evidenza pubblica*, in FRANCHINI C., *I contratti di appalto pubblico*, Torino, Utet, 2010;

VENTURA F., *Commento agli art. 121-125*, in CARULLO A., IUDICA G., *Commentario*, Padova, Cedam, 2009;

VILLATA R., *I contratti pubblici di lavori, servizi e forniture*, Padova, Cedam, 2014;

Giurisprudenza:

Consiglio di Stato, Sezione consultiva per atti normativi, 6 febbraio 2006, n. 355;

Consiglio di Stato, Adunanza Plenaria, 3 marzo 2008, n. 1;

Consiglio di Stato, Sezione V, 23 agosto 2006, n. 4959;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 18 aprile 2005, n. 1770;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 6 luglio 2006, n. 4295;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 12 febbraio 2007, n. 550;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 22 aprile 2008, n. 1856;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 3 dicembre 2008, n. 5943;

Consiglio di Stato, Sezione VI, 28 dicembre 2011, n. 6906;

Corte Costituzionale, 22 novembre 2007, n. 414;

Corte di Giustizia CE, 8 ottobre 1980, C-810/79;

Corte di Giustizia CE, 13 novembre 1990, C-331/88;

Corte di Giustizia CE, 25 aprile 1996, C-89/94;

Corte di Giustizia CE, 7 dicembre 2000, C-324/98;

Corte di Giustizia CE, 3 dicembre 2001, C-59/00;

Corte di Giustizia CE, 7 ottobre 2004, C-247/02;

Corte di Giustizia CE, 21 luglio 2005, C-231/03;
Corte di Giustizia CE, 13 ottobre 2005, C-458/03;
Corte di Giustizia CE, 14 giugno 2007, C-6/05;
T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione II, 13 settembre 1993, n. 698;
T.A.R. Lazio, Sezione III ter, 9 giugno 2004, n. 5640;
T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 15 luglio 2004, n. 544;
T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione II, 23 settembre 2005, n. 4318;
T.A.R. Sicilia, Palermo, Sezione III, 31 gennaio 2007, n. 256;
T.A.R. Campania, Napoli, Sezione VIII, 1 febbraio 2007, n. 844;
T.A.R. Puglia, Lecce, Sezione II, 12 febbraio 2007, n. 400;
T.A.R. Lombardia, Milano, Sezione III, 15 febbraio 2007, n. 266;
T.A.R. Lombardia, Brescia, Sezione I, 15 aprile 2008, n. 372;
T.A.R. Lazio, Sezione II, 11 aprile 2011, n. 3169;
T.A.R. Campania, Napoli, Sezione I, 28 giugno 2012, n. 3089;