

EDOARDO NICOLA FRAGALE

GLI AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA NEL NUOVO CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

SOMMARIO: 1. SULLE MODALITÀ SEMPLIFICATE DI AFFIDAMENTO: PRINCIPI GENERALI E AMBITO APPLICATIVO; 2. CONTRATTI SOTTO SOGLIA E POTESTÀ DI AUTO-ORGANIZZAZIONE DELLA P.A.; 3. UN QUADRO D'ASSIEME: AMBITO DI APPLICAZIONE, NATURA E SCELTA DELLE MODALITÀ SEMPLIFICATE; 4. LA ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI: REGOLE ED ECCEZIONI; 5. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI; 6. GLI AFFIDAMENTI DIRETTI SOTTO LA SOGLIA DEI CINQUE MILA EURO; 7. LE PROCEDURE NEGOZIATE; 8. NOMINA DELLA COMMISSIONE GIUDICATRICE, RUOLO E POSIZIONE DEL RUP; 9. REQUISITI D'ORDINE GENERALE E SPECIALE E IL LORO SUCCESSIVO CONTROLLO; 10. VERIFICA DI ANOMALIA DELL'OFFERTA; 11. TERMINE DI STIPULAZIONE DEL CONTRATTO ED ESECUZIONE ANTICIPATA; 12. OBBLIGHI DI TRASPARENZA E DIGITALIZZAZIONE; 13. GARANZIE; 14. SOSTENIBILITÀ SOCIALE E AMBIENTALE.

1. Sulle modalità semplificate di affidamento: principi generali e ambito applicativo

Come noto, le direttive unionali in materia di appalti esigono che gli Stati membri individuino regole e procedure assai rigorose, allo scopo di assicurare il rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, imparzialità, trasparenza e pubblicità. Non tutte le commesse presentano, tuttavia, una sicura rilevanza europea. Per discernere gli affidamenti rilevanti ai fini dell'applicazione delle procedure di affidamento ordinarie da quelli, invece, che non lo sono, gli ordinamenti, europeo e interno, ricorrono, in via principale, a un criterio di natura obiettivo, facente leva sul valore economico degli affidamenti.

Soglie di valore economico, costituenti presunzione di rilevanza europea dell'affidamento, sono fissate dall'art. 14 del nuovo Codice dei contratti pubblici, in relazione alle diverse tipologie di contrat-

to, distinguendo in conformità al diritto unionale¹, tra lavori/concessioni, per i quali la soglia è fissata nella misura di 5.538,00 euro, e beni/servizi, per i quali, invece, occorre ulteriormente tener conto della diversa natura della stazione appalante, distinguendo a seconda che la stessa sia centrale (Ministeri e Consip), per le quali la soglia degli appalti di beni e servizi è di 143.000 euro, o sub-centrale (amministrazioni diverse da quelle centrali), per le quali la soglia è, invece, di 221.000,00 euro.

Gli ordinamenti, europeo e interno, collegano, pertanto, al superamento di queste soglie l'insorgenza di una presunzione assoluta circa la rilevanza europea delle commesse, così da assoggettarle alle più rigorose procedure previste dalle direttive europee e dal Codice degli appalti².

Non vale, tuttavia, sempre il contrario, ben potendo un certo affidamento presentare molteplici profili di rilevanza per il diritto unionale, anche dove di importo inferiore alla soglia economica individuata dalla normativa³. Secondo la giurisprudenza europea, il fatto che le direttive europee non dettino alcuna disciplina particolare in ordine agli affidamenti di ridotto valore economico non significa che gli stessi siano irrilevanti ai fini del corretto funzionamento del mercato interno europeo, né che siffatte commesse siano, in linea di principio, sprovviste di appetibilità per imprese operanti nel territorio di altri Stati membri.

Questo spiega perché il legislatore del Codice, pur individuando una disciplina più semplificata, derogatoria rispetto alle modalità ordinarie di affidamento previste gli affidamenti sopra soglia, avverta, per un verso, la necessità di richiamare anche per i contratti

¹ Cfr. art. 4, direttiva 2014/24/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di appalto e art. 8 della direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione.

² Sul punto, anche G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", in: *Commentario alla normativa sui contratti pubblici*, a cura di A. Botto-S. Castrovinci Zenna, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 501-506.

³ G. IOANNIDES, *ibidem*.

sottosoglia⁴ i principi generali enunciati dal codice⁵, ivi compresi quelli di derivazione europea di parità di trattamento, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, tradotti nel linguaggio del codice nel c.d. super principio di accesso al mercato (artt. 2 e 48, co. 1)⁶; per altro verso, consideri non sufficiente per definire l'ambito

⁴ In ossequio alla giurisprudenza europea, la quale ritiene applicabili anche agli appalti sottosoglia i principi europei di trasparenza, non discriminazione, parità di trattamento (Corte di Giustizia UE, 7 dicembre 2000, in C-324/98, punto 60; ord., 3 dicembre 2001, in C-59/00, punto 19), su cui, di recente, anche M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", in: *Codice dei contratti pubblici commentato*, a cura di L.R. Perfetti, Milano, Wolter Kluwer 2023, pp. 288-337.

⁵ In merito ai quali si rinvia alla già copiosa letteratura, tra cui almeno G. NAPOLITANO, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: i principi generali*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 287-301; M. MACCHIA, "Il ruolo dei principi nel codice dei contratti pubblici", in: *Costruire e acquistare*, a cura di M. Macchia, Torino, Giappichelli, 2024, pp. 1-31; L.R. PERFETTI, *Sul nuovo Codice dei contratti pubblici. In principio*, in: "Urb. e app.", n. 1, 2023, pp. 5-13; M. PROTTO, *Il nuovo codice dei contratti pubblici*, in: "Giur. it.", 2023, pp. 1949-1950; ivi R. CARANTA, *I principi del nuovo codice dei contratti pubblici*, ivi, pp. 1950-1960; M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi del nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 1, 2024, pp. 96-106; V. CERULLI IRELLI, *Il principio della conservazione dell'equilibrio contrattuale negli appalti pubblici*, in: "Contratto e impresa", n. 3, 2024, pp. 586-611; S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 5, 2024, pp. 669-680; E. CARLONI, *Verso il paradigma fiduciario? Il principio della fiducia nel nuovo codice dei contratti pubblici e le sue implicazioni*, in: "Dir. pubbl.", n. 1, 2024, pp. 131-162; E. GUARNIERI, *Il principio di risultato nei contratti pubblici: alcune possibili applicazioni, tra continuità e innovazioni*, in: "Dir. amm.", n. 4, 2023, pp. 829-862; AA.VV., *Studi sui principi del Codice dei contratti pubblici*, Napoli, ES, 2023; M.R. SPASIANO, *Principi e discrezionalità nel nuovo codice dei contratti pubblici primi tentativi di parametrizzazione del sindacato*, in: "Federalismi", n. 24, 2023, pp. 222-239.

⁶ Secondo l'art. 3 "Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti favoriscono, secondo le modalità indicate dal codice, l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità". Secondo il successivo art. 4, "Le disposizioni del codice si interpretano e si applicano in base ai principi di cui agli articoli 1, 2 e 3" riconosce che i principi europei si applicano". A sua volta, l'art. 48 co. 1, preve-

di applicazione di queste modalità semplificate il rinvio alle soglie di valore previste dal citato art. 14, ritenendo, invece, sempre necessaria la verifica di una seconda condizione, vale a dire l'assenza di un *interesse transfrontaliero certo* (art. 48 co. 2).

In sostanza, con riferimento all'ambito applicativo delle modalità di affidamento semplificate, il codice richiede una verifica in concreto circa il grado di appetibilità transfrontaliera della commessa. Solo dove all'esito di siffatta verifica dovesse emergere l'*assenza* di un interesse europeo certo, la stazione sarebbe legittimata a dare ingresso alle modalità di affidamento semplificate previste dall'art. 50. In caso contrario, l'amministrazione sarebbe chiamata ad applicare le più rigorose procedure di affidamento ordinarie⁷, assolvendo, tra l'altro, anche all'obbligo di pubblicazione degli avvisi e dei bandi di gara, nelle forme e modalità previste per gli affidamenti sopra soglia⁸; una soluzione, questa, non andata esente da critiche, stante il rigore con cui il Codice ha ritenuto di applicare il diritto dell'Unione⁹.

La verifica preliminare contemplata dall'art. 48 del nuovo Codice¹⁰ non costituisce, a dire il vero, una novità assoluta nella regolamenta-

de che “*L'affidamento e l'esecuzione dei contratti aventi per oggetto lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si svolgono nel rispetto dei principi di cui al Libro I, Parti I e II*”.

⁷ Come diffusamente si riconosce in dottrina, la scelta del Codice di riconnettere alla ricorrenza di un interesse transfrontaliero l'applicazione del regime più gravoso di affidamento appare discutibile, non essendo siffatta soluzione imposta, a rigore, dal diritto unionale, per tutti G. IOANNIDES, “*Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee*”, cit.; J. VAVALLI, “*I contratti sottosoglia*”, in: *Costruire e acquistare. Lezioni sul nuovo Codice dei contratti pubblici*, cit., pp. 163-190.

⁸ Così, tra l'altro, l'art. 5, delibera Anac n. 263/2023.

⁹ Diritto unionale che consentirebbe, per gli appalti attinti da un interesse transfrontaliero, anche soluzioni diverse, dalla gara europea, salva – beninteso, l'applicazione dei principi eurounitari di concorrenza, non discriminazione etc. Sul punto sembra esservi ampio consenso,

¹⁰ La disposizione è stata peraltro introdotta per superare i rilievi mossi dalla commissione europea nella lettera di messa in mora del 6 aprile 2022 che ha ritenuto la disciplina emergenziale, di contenuto assai simile a quella accolta nel Codice,

zione degli appalti: se è vero che il vecchio codice del 2016 nulla prevedeva attorno all'appetibilità transfrontaliera degli appalti, è anche vero il nodo trovava esplicita regolamentazione nelle Linee Guida ANAC n. 4, con le quali le stazioni appaltanti venivano espressamente sollecitate ad adottare, in presenza di un interesse transfrontaliero certo, procedure di aggiudicazione adeguate nonché forme di pubblicità atte a garantire l'apertura al mercato; tutto ciò in conformità ad una consolidata giurisprudenza europea.

Sebbene l'attuale regolamentazione assegni valore dirimente alla verifica sulla ricorrenza di un "interesse transfrontaliero certo", da ciò facendo dipendere ai sensi dell'art. 48, co. 2, l'applicazione di modalità semplificate di aggiudicazione previste dal successivo art. 50, il Codice nulla dice attorno al contenuto e al significato del criterio (l'interesse transfrontaliero certo) adoperato.

Mancando nel Codice, e nei suoi allegati, indicazioni più specifiche, non potrà che farsi riferimento alle indicazioni provenienti dalla copiosa giurisprudenza, europea e interna, cui la stazione appaltante dovrà necessariamente guardare allo scopo di trarre orientamenti operativi, circa il modo di intendere il carattere transfrontaliero dell'appalto sotto soglia.

La giurisprudenza ha, in effetti, nel tempo elaborato una serie di indici sintomatici dell'appetibilità transfrontaliera della commessa, assegnando rilievo preminente al parametro dell'"entità dell'importo dell'appalto"; un criterio, questo, da valutarsi non isolatamente, ma in combinazione con indici e criteri ulteriori, quali "il luogo di esecuzione dei lavori", "le caratteristiche tecniche dell'appalto e dei prodotti", l'"esistenza di denunce presentate

violativa dei principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove non obbligava la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo. Su questa vicenda, M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 288-337; R. RUSSO, "Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni", in: *Corso sui contratti pubblici riformati*, a cura di V. Fanti, Esi, Napoli, 2023, pp. 175-207; G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 501-506; J. VAVALLI, "I contratti sottosoglia", *cit.*

da operatori situati in Stati membri diversi da quello dell'amministrazione aggiudicatrice, purché reali e non fittizie"¹¹; la "circostanza che beni o servizi simili siano già resi alla data dell'affidamento a entità stabilite in altri Stati membri"¹².

Il criterio del valore dell'appalto appare, in conclusione, da solo insufficiente a determinare la presenza di un interesse transfrontaliero, dovendosi sempre aver riguardo a una valutazione complessiva *da compiersi caso per caso, allo scopo di apprezzare tutte le circostanze rilevanti, idonee a disvelare la presenza degli altri indici concorrenti sintomatici dell'appetibilità europea della commessa*. Ne consegue che la ricorrenza di un valore prossimo alla soglia di rilevanza europea o, di contro, di un valore assai lontano non potranno di per sé bastare, alternativamente, a radicare o a escludere l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo, potendo gli indici "concorrenti" e integrativi indurre la stazione appaltante a una diversa conclusione.

Questo non significa, tuttavia, che l'indice del valore dell'appalto sia marginale, al contrario: solo ponendo gli altri indici in relazione al parametro costituito dal valore dell'appalto sarà possibile, per la stazione appaltante, apprezzarne in concreto l'effettiva rilevanza, nell'ambito di quella valutazione complessiva richiesta dalla giurisprudenza europea e interna¹³.

¹¹ CGUE, 6 ottobre 2016, nella causa C318/15.

¹² CGUE, 19 aprile 2018, nella causa C65/17; per una ricognizione dei diversi indici anche M. MAGRINI, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 288-337; R. RUSSO, *Contratti d'appalto sotto soglia europea*, *cit.*, pp. 175-207; G. IOANNIDES, "Dei contratti di importo inferiore alle soglie europee", *cit.*, pp. 501-506.

¹³ Siffatta rilevanza potrà, per esempio, essere massima, in presenza di valori della commessa vicini alle soglie di rilevanza europea, tali da rendere certo l'interesse transfrontaliero, ove per esempio il luogo di esecuzione sia non molto lontano dal confine, ed essere, di contro, più attenuata, in presenza, invece, di micro-acquisti o di commesse di infimo valore, nei quali la presenza di ostacoli logistici, o di differente natura, potrebbero rendere la commessa stessa poco attraente agli occhi di una impresa operante in altro Stato membro, T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. II, 4 marzo 2024, n. 165; anche A. AVINO, *La disciplina dei contratti di im-*

2. Contratti sotto soglia e potestà di auto-organizzazione della p.a.

L'art. 50 del Codice degli appalti reca una disciplina assai analitica circa le modalità di affidamento degli appalti sottosoglia¹⁴. L'articolato normativo sembra nella sostanza riprendere il contenuto della regolamentazione emergenziale, introdotta dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020¹⁵, con la quale condivide la finalità di riduzione delle complessità, all'insegna della semplificazione e dell'accelerazione delle modalità di aggiudicazione¹⁶.

Nel passaggio dalla vecchia alla nuova regolamentazione sono, tuttavia, riemersi alcuni nodi problematici di fondo, già esibiti dal precedente quadro normativo, principalmente riferiti al grado di vincolatività delle modalità di affidamento indicate dall'art. 50.

Vigente la regolamentazione del 2020, considerazioni riferite alla *ratio* di semplificazione della normativa avevano indotto gli interpreti a interrogarsi in merito alla possibilità per le p.a. di ricorrere alle procedure ordinarie, in luogo di quelle semplificate. Il dubbio derivava da ciò, che una interpretazione intesa a riconoscere in capo alla stazione appaltante una sfera di relativa libertà circa la scelta delle modalità di affidamento avrebbe in certo qual modo tradito quell'i-

porto inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC, in: "Urb. e app.", n. 1, 2024, pp. 581.

¹⁴ In merito alla *ratio* della disciplina emergenziale ripresa dal codice, ANAC, funz. cons. n. 13/2024; TAR Lazio, Sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104; TAR Venezia, Sez. I, 21 luglio 2021 n. 960).

¹⁵ In ordine al carattere di continuità tra le previsioni emergenziali del 2020 e le previsioni racchiuse nel codice dei contratti pubblici, anche Relazione illustrativa al nuovo codice.

¹⁶ In aderenza, del resto, ai criteri direttivi contenuti nell'art. 1, lett. e) della legge delega 21 giugno 2022, n. 78, ove compare espressamente l'obiettivo della semplificazione della disciplina applicabile ai contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, nel rispetto dei principi di pubblicità, di trasparenza, di concorrenzialità, di rotazione, di non discriminazione, di proporzionalità, nonché di economicità, di efficacia e di imparzialità dei procedimenti; R. RUSSO, "Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni", *cit.*, pp. 175-207.

stanza di semplificazione/accelerazione appagata dalla regolazione emergenziale: da qui la preferibilità di una interpretazione diversa, intesa a ravvisare nella legislazione emergenziale l'esistenza di un vero e proprio dovere di ricorso alle procedure semplificate.

Muovendo da considerazioni di sistema, oltre che da una letterale interpretazione del quadro normativo dell'epoca, ANAC e giurisprudenza amministrativa erano, tuttavia, giunte a una diversa conclusione, ritenendo che le stazioni appaltanti conservassero la facoltà di ricorrere alle procedure aperte, ove richiesto dalla natura dell'affidamento o da altre esigenze di tipo obiettivo¹⁷.

Il dubbio circa il grado di libertà delle stazioni appaltanti nel ricorrere, in via alternativa, alle procedure ordinarie, anche in presenza di appalti sotto soglia privi di appetibilità transfrontaliera, si è nuovamente affacciato all'indomani del codice del 2023.

Secondo una prima interpretazione, nella sua formulazione letterale l'art. 50 sembrerebbe aver soppresso ogni residuo margine di discrezionalità dell'amministrazione nella scelta della modalità di affidamento. Convincerebbe di questo la circostanza che l'art. 50 rechi una esplicita autorizzazione a ricorrere alle procedure ordinarie per i *sol*i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie comunitarie (così art. 50, co.1, lett. d). Una autorizzazione di questo tipo difetterebbe, invece, con riferimento a tutte le altre ipotesi di affidamento sottosoglia previste dall'art. 50, co.1, ciò che sarebbe sintomatico della volontà del Codice di vietare il ricorso alle procedure ordinarie, nelle ipotesi diverse da quelle espressamente prese in considerazione¹⁸. Secondo questa prima lettura, la normativa del 2023 avrebbe, allora, edificato vincoli cogenti a carico dell'amministrazione, tanto da vietare l'aggravamento delle modalità di affidamento semplificate volute

¹⁷ TAR Sicilia, Palermo, Sez. III, 14 maggio 2021, n. 1536; TAR Campania, Sez. VII, 19 dicembre 2023, n. 7037.

¹⁸ TAR Campania, Sez. VII, 19 dicembre 2023, n. 7037; ANAC, funz. cons. n. 13/2024.

dalla legge¹⁹. Un divieto, questo, non solo espressamente previsto dall'art. 1, co. 2, della l. n. 241/1990 (cui rinvia l'art. 12, co. 1, lett. a) del codice), ma anche strettamente legato al più ampio *favor* mostrato dal nuovo Codice nei confronti del principio del risultato, e della massima tempestività nell'affidamento (oltreché nell'esecuzione) dell'appalto (art. 1).

Nella prassi applicativa è, tuttavia, gradualmente prevalsa una interpretazione assai diversa, condizionata proprio dal ruolo esercitato, anche in sede di interpretazione/attuazione delle previsioni del Codice, dai principi generali enunciati nella Parte I del Libro I del codice, a partire da quello del risultato solennemente riconosciuto dall'art. 1 del codice. Si è, infatti, osservato che il principio all'esame non si presenti dissociato, neppure all'interno del testo dell'art. 1, dal doveroso ossequio verso i principi di legalità, trasparenza e concorrenza²⁰. D'altra parte, il Codice sembrerebbe conferire identica rilevanza anche al principio dell'accesso al mercato (art. 3), formula sintetica in grado di abbracciare riassuntivamente i diversi principi europei di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità, trasparenza e proporzionalità. Insomma, anche "l'accesso al mercato", al pari del "risultato", costituirebbe principio generale, idoneo non solo a ispirare le scelte dell'amministrazione²¹, ma anche a improntare di sé l'interpretazione delle disposizioni del codice dei contratti pubblici (così l'art. 4).

Alla stregua di questo più ampio quadro dei principi operanti nel settore degli affidamenti pubblici, la normativa andrebbe pertanto

¹⁹ L. BERTONAZZI, *Introduzione alle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sottosoglia*, in: "Foro Amministrativo (II)", n. 3, 2024, pp. 483-509.

²⁰ In ordine al rapporto tra principio del risultato e legalità amministrativa, S. VACCARI, *Principio del risultato e legalità amministrativa*, cit., pp. 669-680; sul tema di recente, L. DE LUCIA, *L'amministrazione pubblica tra "illegalità utile" e "inefficienza utile"*, in: "Giustamm", n. 10, 2024.

²¹ Sul bilanciamento tra i differenti principi, come proiezione dell'ampliamento del margine di discrezionalità della stazione appaltante, M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, cit., pp. 96-106.

interpretata, nel senso che, in assenza di espliciti divieti e deroghe, le stazioni appaltanti conserverebbero intatta la facoltà di ricorrere alle procedure ordinarie, ove ciò fosse considerato opportuno in base alle caratteristiche dell'appalto o altre esigenze, da rappresentare di volta in volta a cura della stazione appaltante²². A favore di siffatta soluzione interpretativa militerebbe anche il principio di auto-organizzazione (art. 7 del codice), che sembrerebbe cospirare, come ben evidenziato dall'ANAC, verso il riconoscimento di un maggiore spazio di libertà dell'amministrazione, anche nella scelta delle modalità di affidamento degli appalti sottosoglia²³.

Insomma, il riconoscimento di un più ampio margine di libertà dell'amministrazione sarebbe coerente con l'impostazione per principi adottata dal nuovo Codice, cui naturalmente consegue un ampliamento e non una riduzione della discrezionalità amministrativa, anche in ordine alle scelte relative alle modalità di affidamento.

3. Un quadro d'insieme: ambito di applicazione, natura e scelta delle modalità semplificate

L'art. 50 del nuovo Codice individua due diverse modalità di aggiudicazione degli appalti sotto soglia, vale a dire l'affidamento diretto e la procedura negoziata senza bando. L'ambito applicativo di questi differenti moduli semplificati è definito dal Codice, tramite ricorso a soglie di valore dell'appalto, a loro volta differenziate, a seconda che l'affidamento concerna la fornitura di beni e servizi ovvero l'esecuzione di lavori.

Partendo dalla fornitura di beni e servizi, l'art. 50 prevede il ricorso: i) all'*affidamento diretto*, in riferimento alle forniture di importo inferiore ad euro 140.000 (art. 50, co. 1 lett. b); ii) alla *proce-*

²² Il dovere di motivazione, imposto ex lege dalla l. 241/1990, sarebbe tanto più importante nelle decisioni, come quella in esame, connotate da un significativo margine di discrezionalità.

²³ Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti n. 298 del 20 novembre 2023.

dura negoziata senza bando per quelle di importo pari o superiore ad euro 140.000, fino alla soglia di rilevanza europea di cui all'art. 14 (143.000 mila, per le stazioni centrali e 221.000, per le altre) (art. 50, co. 1, lett. e).

Con riferimento, invece, all'esecuzione dei lavori, il legislatore prevede il ricorso: i) all'*affidamento diretto*, per lavori di importo inferiore a 150.000 euro (art. 50, co. 1, lett. a); ii) alla *procedura negoziata senza bando*, previa consultazione di almeno *cinque* operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro (art. 50, co. 1, lett. c); iii) *procedura negoziata senza bando*, previa consultazione di almeno *dieci* operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e inferiore alla soglia europea (art. 50, co. 1, lett. d).

La natura delle due diverse modalità di aggiudicazione previste dall'esaminato articolato normativo appare molto diversa.

Quanto all'affidamento diretto, il Codice ne offre una puntuale definizione all'interno dell'Allegato I.1, art 3, lett. d), descrivendolo come "*affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50 comma 1 lett. a) e b) del codice e dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice*".

Di contro, le procedure negoziate – con tali intendendosi le procedure in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni del contratto (All. I, 1, art. 3, lett. h) -, sembrano rientrare, invece, nell'ampio *genus* delle procedure ad evidenza pubblica, vale a dire in quelle procedure connotate dalla presenza di una valutazione comparativa delle diverse offerte (All. I, 1, art. 3 lett. c)²⁴.

²⁴ Così, L. BERTONAZZI, *Introduzione alle modalità semplificate di aggiudicazione degli appalti sottosoglia*, cit., pp. 483-509.

Ne consegue che l'affidamento diretto non dà luogo, diversamente dalla procedura negoziata, a una "procedura di gara", non essendo previsto, diversamente dall'altra, un confronto competitivo tra più operatori economici.

Si è osservato nelle pagine precedenti che nelle linee guida/raccomandazioni volte a orientare le prassi operative, l'art. 50 è stato letto in guisa da non precludere alla stazione appaltante la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, in omaggio al principio di apertura al mercato. Anche nell'applicazione delle diverse modalità di affidamento previste dall'art. 50 è prevalsa, almeno nella prassi, l'idea che debba riconoscersi, in capo all'amministrazione precedente, un certo spazio di libertà nel decidere se ricorrere alla procedura negoziata in luogo dell'affidamento diretto, con l'unico limite derivante dal dovere di motivare adeguatamente la decisione²⁵. Anche in tal caso, sembra ragionevole affidare il bilanciamento tra opposti principi - quello di accesso al mercato, per un verso, e quelli relativi al risultato/massima celerità nell'affidamento e di non aggravamento -, alla singola amministrazione, la quale potrà, dunque, anche discostarsi dalla modalità di affidamento ritenuta in astratto congrua dal legislatore del Codice, offrendo adeguata motivazione della differente scelta compiuta.

È interessante notare come nell'art. 50, co. 1 si faccia salvezza delle previsioni relative alle contrali di committenza, racchiuse all'interno degli artt. 62 e 63. Leggendo unitariamente le diverse disposizioni, ci si avvede agevolmente che solo le amministrazioni qualificate possono ricorrere, con completezza di strumenti, alle diverse modalità di affidamento previste dall'art. 50. Quelle non qualificate possono, invece, provvedere direttamente e autonomamente, solo con riguardo "all'acquisizione di forniture e servizi di importo non superiore alle soglie previste per gli affidamenti diretti, e all'affidamento di lavori d'importo pari o inferiore a 500.000 euro"; per il resto potendo effettuare ordini "a valere su strumenti di acquisto messi a disposizione

²⁵ Parere MIT n. 2577 del 3 giugno 2024; anche ANAC, *Vademecum* cit., p. 3; A. AVINO, *La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee alla luce dei pareri del MIT e dei provvedimenti dell'ANAC*, cit., pp. 581-599.

dalle centrali di committenza qualificate e dai soggetti aggregatori” (art. 62, co. 1)²⁶.

4. *La rotazione degli affidamenti: regole ed eccezioni*

Ciò premesso attorno alla natura delle differenti modalità di affidamento degli appalti sottosoglia, v'è da aggiungere che nessuna delle due modalità sembra avvicinarsi completamente alle caratteristiche proprie del prototipo di gara europea, difettando non solo la pubblicità della procedura, stante l'assenza di un bando, ma anche il confronto competitivo, quanto meno nell'ambito dell'affidamento diretto.

Sembra, dunque, che le modalità semplificate non siano del tutto sintoniche coi principi di concorrenza, non discriminazione, trasparenza, pubblicità, benché il codice ne invochi apertamente e a più riprese l'applicazione.

Se si pone mente alla disciplina puntuale degli affidamenti sotto soglia sembra, in effetti, che per molti aspetti si realizzi un certo grado di compressione del c.d. principio di apertura al mercato, pure riconosciuto dagli artt. 3 e 48 co. 1. Una compressione giustificata dal *favor* mostrato dal Codice per il diverso principio del risultato (art. 1), e di non aggravamento (art. 12), reclamanti l'adozione di moduli d'azione improntati all'efficienza dell'azione amministrativa, nonché alla massima tempestività dell'affidamento e all'efficacia della spesa²⁷.

Si comprende a questo punto il disposto dell'art. 49 del Codice, a stregua del quale “*gli affidamenti di cui alla presente Parte avvengono nel rispetto del principio di rotazione*”, ciò comportando il divieto di affidamento o aggiudicazione “*di un appalto al contraente uscente nei*

²⁶ L. BIFFARO, “Procedure per l'affidamento”, in: *Commentario alla normativa sui contratti pubblici, cit.*, pp. 518-529.

²⁷ Sulla prevalenza del principio del risultato nella conformazione della disciplina delle modalità semplificate di affidamento sussiste ampio consenso, J. VAVALLI, *I contratti sottosoglia, cit.*, pp. 163-190; C. BARILLA, “I contratti di importo inferiore alle soglie europee”, in: *La nuova disciplina degli appalti pubblici*, a cura di F. Dall'Acqua, A. Meola, A.S. Purcaro, Pisa, Pacini, 2023, pp. 235-257.

casì in cui due consecutivi affidamenti abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi”.

Nella prospettiva assunta dal Codice, la *ratio* della rotazione sembra da ricollegare non solo, e forse neppure tanto, alla necessit  di evitare la formazione di rendite di posizione, che deriverebbero dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento²⁸; e neppure alla sola necessit , propria delle politiche anticorruzione, di prevenire e/o impedire il consolidamento di relazioni in grado di condizionare impropriamente le dinamiche di gestione delle risorse pubbliche, proprio l  questa dinamica non pu  essere guidata in modo asettico da strumenti pro-concorrenziali (id est: la gara pubblica)²⁹. La *ratio* pi  profonda sarebbe, invece, proprio da collegare alla necessit  di mitigare in qualche modo il sacrificio inferto al principio di apertura al mercato. Attraverso il principio in esame si consentirebbe, infatti, agli operatori economici, altrimenti ignorati, di conservare una *chance* di accesso al mercato delle commesse pubbliche³⁰. L’istituto

²⁸ In giurisprudenza, Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Cons. st., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854. In dottrina, J. VAVALLI, “I contratti sottosoglia”, *cit.*, pp. 163-190; in chiave critica, L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti negli appalti sotto soglia*, in: “Foro amm.”, n. 2, 2024, pp. 261-289; anche P. ADESSO-L. MICONI, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale   definitivamente preclusa*, in: “Urb e app.”, 2023, pp. 186-193.

²⁹ Ratio ravvisata, in modo condivisibile, da L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti negli appalti sotto soglia*, *cit.*, pp. 261-289; ivi anche per una critica all’orientamento giurisprudenziale che individua nella rotazione un dispositivo pro-concorrenziale, in quanto volto alla neutralizzazione del vantaggio competitivo legato allo svolgimento della precedente commessa; anche, A. AVINO, *La disciplina dei contratti di importo inferiore alle soglie europee*, *cit.*, pp. 581-599; G.F. MAIELLARO, *Principio di rotazione degli affidamenti*, in: “Commentario alla normativa sui contratti pubblici”, *cit.*, pp. 507-517.

¹n giurisprudenza, tra le molte, T.A.R., Venezia, sez. II, 20 marzo 2019, n. 344.

³⁰ In questi termini, condivisibilmente, T.A.R., Catanzaro, sez. I, 14 maggio 2018, n. 1007, ove si accenna alla necessit  di “ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo e di favorire la distribuzione temporale delle opportunit  di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei”; in dottrina, C. BARILLA, “I contratti di importo inferiore alle soglie europee”, *cit.*,

permetterebbe allora di assicurare un minimo di imparzialità, trasparenza e non discriminazione, seppure attraverso mezzi diversi dallo strumento della gara (europea).

Sin qui la *ratio* dell'istituto.

Quanto all'ambito applicativo della rotazione, lo stesso appare oramai espressamente, e anche molto opportunamente, circoscritto ai soli appalti sotto la soglia di rilevanza europea³¹. Questa prima limitazione per certi aspetti s'impone, posto che la regola della rotazione, mentre presenta attitudine a realizzare il principio di apertura al mercato delle commesse pubbliche, in contesti nei quali pubblicità e dinamiche competitive sono escluse o affievolite, appare, invece, idonea a compromettere quello stesso principio, in contesti nei quali le dinamiche concorrenziali sono già assicurate dall'adozione del modello di gara europea. In quest'ultimo caso, la rotazione potrebbe, infatti, spingere a tradire il principio dell'accesso al mercato, quante volte la rotazione dovesse comportare l'esclusione dell'offerta migliore, benché proveniente dal precedente affidatario³².

È da aggiungere che nel precedente quadro normativo vigeva una draconiana interpretazione della rotazione. La regola era, infatti, destinata a operare in danno non solo del contraente uscente, ma anche di tutti gli altri operatori invitati nelle precedenti procedure negoziate³³. L'art. 49, co.1, del nuovo Codice sembra, invece, collegare la

pp. 235-257; E. GIARDINA, *Gli affidamenti sotto soglia*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 345.

³¹ È da rammentare che il previgente codice contemplava la regola della rotazione sia nell'art. 36, sugli appalti sotto soglia, sia nell'art. 63, sulle procedure negoziate senza bando sopra soglia.

³² Rileva le disfunzioni della rotazione negli appalti sopra la soglia di rilevanza europea, L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti...*, *cit.*, pp. 261-279; sul tema anche M. MACCHIA, "Dalla programmazione alle procedure di acquisto", *in questo volume, cit.*, pp. 5-23.

³³ Secondo le Linee Guida n. 4 ANAC, la rotazione implicava "il divieto di invito a procedure dirette all'assegnazione di un appalto, nei confronti del contraente uscente e dell'operatore economico invitato e non affidatario nel precedente affidamento", punto 3.6.

rotazione al solo divieto di aggiudicazione o affidamento a favore del *contraente uscente*, nulla prevedendo in merito agli altri operatori invitati in precedenti procedure negoziate³⁴.

In ordine alla natura della rotazione, è stato sostenuto che la stessa si configuri quale vera e propria regola, anziché come mera norma di principio³⁵: all'interno dell'art. 49 del codice si ritroverebbe, infatti, una precisa definizione non solo dell'effetto giuridico prodotto (divieto a carico della stazione appaltante di procedere all'affidamento a vantaggio del medesimo operatore), ma anche della fattispecie, individuata dal legislatore nell'affidamento di commesse rientranti nello stesso settore merceologico. L'antecedente, il cui inveramento produce l'effetto giuridico, sembrerebbe, dunque, chiuso, come usualmente è per le regole, e non aperto, come, invece, nei principi³⁶.

La circostanza che il legislatore abbia configurato la rotazione a stregua di regola non esclude la presenza, nell'ambito dello stesso articolato normativo, di molteplici deroghe o eccezioni.

In primo luogo, la rotazione è destinata a non operare, tutte le volte che le diverse commesse abbiano carattere di non omogeneità, avuto riguardo all'identità del settore merceologico, della categoria di opere o del settore di servizi³⁷. È da rammentare che, secondo la giurisprudenza, l'identità di settore si avrebbe in caso di "(...)identi-

³⁴ Si vedano i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024 nonché il Vademecum informativo per gli affidamenti diretti adottato il 30 luglio 2024 della stessa ANAC; sul punto anche R. Russo, *Contratti d'appalto sotto soglia europea*, cit., p. 181; E. GIARDINO, *Gli affidamenti sotto soglia*, in: "Giorn. dir. amm.", n. 3, 2023, pp. 345-357.

³⁵ L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 261-279.

³⁶ G. PINO, *Principi e argomentazione giuridica*, in: "Ars Interpretandi. Annuario di ermeneutica giuridica", 2009, pp. 131-158, che ravvisa le caratteristiche dei principi nella genericità, vaghezza dell'antecedente, nella presenza di eccezioni implicite. Ma lo stesso autore rammenta che siffatte caratteristiche sono talvolta presenti anche nelle regole, sì che la distinzione tra principi e regole sembra essere più quantitativa che qualitativa.

³⁷ In riferimento al precedente quadro normativo, Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sul punto anche R. RUSSO, *Contratti d'appalto sotto soglia europea, istituti e clausole comuni*, cit., pp. 175-207.

tà (e continuità), nel corso del tempo, della prestazione principale o comunque - nel caso in cui non sia possibile individuare una chiara prevalenza delle diverse prestazioni dedotte in rapporto (tanto più se aventi contenuto tra loro non omogeneo) - che i successivi affidamenti abbiano comunque ad oggetto, in tutto o parte, queste ultime”³⁸.

Un’ulteriore e implicita deroga sarebbe legata alla facoltà, concessa alla stazione appaltante, di ripartire gli affidamenti in fasce in base al valore economico. Ove venisse adottato in simile modello, il divieto di affidamento troverebbe applicazione solo con riferimento a ciascuna fascia (art. 49, co. 3).

Ulteriori deroghe e/o adattamenti alla regola della rotazione sono poi contemplati nei commi 4, 5 e 6 del citato art. 49³⁹.

Il comma 4 prevede che, in casi motivati con riferimento alla struttura del mercato, alla effettiva assenza di alternative, nonché all’accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente possa essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto⁴⁰. Si tratta di una eccezione alla regola rotazione, già, peraltro, riconosciuta nella giurisprudenza pregressa⁴¹. È importate sottolineare che, secondo la lettura offerta da Anac e dalla relazione al Codice, i presupposti previsti dal comma 4 dovrebbero tutti *contemporaneamente* ricorrere, per legittimare la decisione della p.a. di escludere la rotazione; a questa stregua, i presupposti descritti dalla citata disposizione dovrebbero intendersi come concorrenti e non come alternativi⁴². Si tratta di una lettura, tuttavia, non univoca; una interpretazione più fedele alla lettera della disposizione spingerebbe a intendere i diversi presupposti previsti dall’art. 49, co. 4, come autonomamente suf-

³⁸ Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; sul punto J. VAVALLI, “I contratti sottosoglia”, *cit.*, pp. 163-190 e i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024.

³⁹ S. FATA, *Il regime giuridico dell’affidamento diretto di servizi e forniture ed il principio di rotazione*, in: “Urb. e App.”, n. 5, 2023, pp. 541-545.

⁴⁰ Cons. st., sez. III, 31 maggio 2024, n. 4875.

⁴¹ Cons. st., sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524.

⁴² In questi termini i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024, anche menzionando la relazione illustrativa al codice, e il successivo Vademecum del 30 luglio 2024.

ficienti a legittimare l'abbandono della regola della rotazione⁴³. Sul punto si rimane in attesa delle prime prese di posizioni della giurisprudenza. Con maggior grado di sicurezza è possibile, invece, affermare che gravi in capo all'amministrazione l'onere di motivare la propria scelta, esponendo le ragioni giustificative della deroga.

Il comma 5 prevede che, per i contratti affidati con procedure negoziate senza bando, le stazioni appaltanti non applicano il principio di rotazione quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare. Si ritiene che il grado di maggiore apertura della procedura renda in tal caso del tutto superflua la previsione di una regola di rotazione⁴⁴.

In ultimo, il comma 6 prevede la possibilità di derogare al principio della rotazione, per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro.

Anche in merito all'interpretazione della disposizione all'esame, sono nel tempo emerse diverse letture. Alcuni ritengono che, ai fini della disapplicazione della regola della rotazione, l'amministrazione debba semplicemente giustificare la propria scelta, dando atto della presenza di un micro-acquisto, inferiore rispetto alla soglia (di cinque mila euro) ritenuta rilevante dal legislatore⁴⁵. Secondo altri, invece, ciò non basterebbe, rendendosi sempre necessaria una vera e propria motivazione, che riporti, seppure sinteticamente, le ragioni obiettive idonee a giustificare una deroga, similmente a quanto richiesto dal precedente comma 4. Con riferimento al calcolo della soglia ritenuta rilevante dal codice ai fini della deroga, alcune delle previsioni delle

⁴³ L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 261-279, che riduce al numero di due i presupposti descritti dall'art. 49, co. 2: da un lato si porrebbe "l'assenza di alternative", cui andrebbe ricondotto il presupposto relativo alla "struttura di mercato"; dall'altra si avrebbe l'accurata esecuzione del precedente contratto.

⁴⁴ Così, condivisibilmente, anche G.F. MAIELLARO, *Principio di rotazione degli affidamenti*, cit., pp. 507-517.

⁴⁵ G.F. MAIELLARO, *ibidem*; L. BERTONAZZI, *La rotazione degli affidamenti*, pp. 261-279.

Linee Guida n. 4 manterrebbero inalterate la propria validità, anche al cospetto della nuova disciplina del 2023⁴⁶. Tanto avverrebbe, in particolar modo, per quanto riguarda il divieto di procedere ad “arbitrari frazionamenti delle commesse e delle fasce di importo” nonché per il divieto ulteriore di evitare “strumentali determinazioni del calcolo del valore stimato dell’appalto”.

5. *Gli affidamenti diretti*

È opportuno a questo punto scendere a esaminare un po’ più nel dettaglio le diverse modalità di aggiudicazione, partendo dall’affidamento diretto.

L’intera disciplina appare connotata da un alto grado di semplicità, concentrazione e speditezza. Basti pensare che un’unica determinazione, vale a dire quella a contrarre prevista dall’art. 17, co. 2, è chiamata a individuare non solo l’oggetto e l’importo dell’appalto, ma anche il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, oltre che i requisiti di carattere generale e quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale dell’affidatario. La stessa determina deve poi contenere anche la nomina del RUP, secondo quanto prevede l’art. 15, co. 3. Queste caratteristiche strutturali dell’affidamento diretto, intese a concentrare in un unico atto determina a contrarre, impegno di spesa e atto di affidamento, palesano con ancora più evidenza l’assenza di una vera e propria *procedura*, conseguenza questa dell’assenza di veri e propri meccanismi a carattere competitivo. Ed infatti, in merito al nodo centrale dell’individuazione del contraente, l’unica condizione posta in capo alla stazione appaltante dall’art. 50, co. 1, lett. a) e b) è che la scelta cada su “*soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all’esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante*”, senza che sia necessaria neppure “*la consultazione di più operatori economici*”.

⁴⁶ Come rammentato dall’ANAC nei suoi chiarimenti del 24 giugno 2024.

La circostanza che nell'affidamento diretto manchi un confronto concorrenziale tra più offerte non significa, tuttavia, che l'amministrazione possa/debba affidare il contratto, senza ricorrere a forme di procedimentalizzazione della scelta.

In realtà, appare condivisibile l'idea che la procedimentalizzazione dell'affidamento, tramite la consultazione di più operatori economici⁴⁷, costituisca soluzione, forse, da preferire, pur se non imposta dal Codice.

Convince di questo, in primo luogo, la necessità che la stazione appaltante proceda ad aggiudicare l'appalto, esternando "*le ragioni della scelta del contraente*" (art. 17, co. 2). Se è vero che l'onere motivazionale sembra limitato dall'art. 50 alla sola verifica circa la presenza di "*documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali*", è anche vero che l'amministrazione è pur sempre tenuta a procedere secondo principi di economicità. Da qui l'opportunità/necessità che la stazione appaltante e il RUP valutino sempre non solo la rispondenza di quanto offerto all'interesse pubblico⁴⁸, ma anche la congruità dell'offerta, attingendo a parametri inevitabilmente esterni, quali il riferimento ai listini di mercato, alle offerte precedenti per commesse identiche, all'analisi dei prezzi praticati ad altre amministrazioni o *al confronto tra più preventivi forniti da due o più operatori economici*; soluzione questa individuata quale *best practice* dall'ANAC, sotto il vigore del precedente codice⁴⁹. Senza questa necessaria attività conoscitiva, disimpegnabile anche attingendo al sistema di elenchi degli operatori economici, previsto dall'art. 50 e più nel dettaglio regolato dall'Allegato II.1⁵⁰, il RUP non sarebbe posto nelle condizioni di apprezzare, in concreto, la congruità dell'offerta,

⁴⁷ Secondo modalità già previste, sotto il vigore della precedente regolamentazione, dalle Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁴⁸ Come rammenta T.A.R. Lombardia, Milano, Sez. IV, 17 aprile 2023, n. 949, che rinvia, peraltro, alle Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁴⁹ Sempre Linee Guida ANAC n. 4, punto 4.3.1.

⁵⁰ Su cui, i chiarimenti ANAC del 24 giugno 2024.

ciò che potrebbe dar luogo a forme di responsabilità, quanto meno contabile, del funzionario⁵¹.

Il ricorso a forme di procedimentalizzazione dell'affidamento diretto sembra, altresì, suggerito dai principi europei di apertura al mercato, quante volte almeno permanga un dubbio circa la rilevanza, a una stregua europea, del contratto⁵².

In ogni caso, la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante acquisizione di una pluralità di preventivi, non vale a trasformare l'affidamento in una procedura di gara⁵³, né sembra fornire agli operatori non selezionati la legittimazione a contestare l'affidamento, disposto a favore di terzi⁵⁴.

Se forme di procedimentalizzazione sono, pertanto, opportune anche nell'affidamento diretto, appare evidente che l'unicità della determinazione a contrarre/atto di affidamento, voluta dal Codice (agli artt. 15, co. 3 e art. 17, co. 2), non sia a ben guardare capace di riflettere la reale struttura dell'affidamento diretto. Appare, infatti, condivisibile l'idea, espressa di recente dall'ANAC nel suo vademecum del 30 luglio 2024⁵⁵, che l'affidamento diretto consti di tre differenti fasi.

La prima, di natura preparatoria, è caratterizzata dalla nomina del RUP, chiamato a svolgere le attività preliminari, quali la verifica circa l'esistenza di una deroga all'obbligo di ricorso prioritario al MePA e ai sistemi telematici regionali. Si rammenta in proposito che l'art. 48, co 3, del codice ha riconosciuto la perdurante vigenza degli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle

⁵¹ Per una valutazione più ampia dei possibili risvolti penalistici, legati a una non corretta gestione dell'affidamento, v. P. ADESSO-L. MICONI, *Affidamenti diretti: la rilevanza penale è definitivamente preclusa, cit.*, pp. 175-193.

⁵² Si condivide l'idea di J. VAVALLI, "I contratti sottosoglia", *cit.*, pp. 163-190.

⁵³ Cons. st., Sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287.

⁵⁴ Cons. st., Sez. IV, 23 aprile 2021 n. 3287.

⁵⁵ ANAC, Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro, 30 luglio 2024.

disposizioni in materia di contenimento della spesa (art. 1, comma 450, L. n. 296/2006).

La fase successiva è quella di selezione informale, caratterizzata dalla richiesta di preventivi o dallo svolgimento di eventuali indagini di mercato.

La terza è quella dell'affidamento vero e proprio, di spettanza anche dello stesso RUP, ove munito dei relativi poteri in base alla qualifica posseduta (di norma dirigenziale) e all'ordinamento interno alla stazione appaltante (art. 7, co. 1, lett g), All.to I.2)⁵⁶. La procedura si completerebbe con pubblicazione di un avviso sui risultati delle procedure di affidamento, sul sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC, ai sensi dell'art. 58, co. 9.

6. Gli affidamenti diretti sotto la soglia dei cinque mila euro

Con riguardo agli acquisti di importo inferiore ai cinque mila euro, la normativa prevede non solo l'esenzione dal principio di rotazione (art. 49, co. 6), ma anche l'esenzione dall'obbligo di ricorso al MePA e ai sistemi telematici regionali (art. 1, comma 450, L. n. 296/2006).

Dovrebbero, invece, rimanere fermi anche per i micro-acquisti gli obblighi di pubblicazione e digitalizzazione previsti dall'art. 50⁵⁷.

⁵⁶ In ordine alle complesse problematiche inerenti ai rapporti tra RUP e dirigente responsabile dell'ufficio, M. BOLOGNESI, *Il responsabile unico del progetto nel Codice dei contratti pubblici n. 36/2023*, in: "Urb. e app.", n. 2, 2024, pp. 202-215.

⁵⁷ Che prescindono dalla natura sopra o sotto soglia dell'affidamento, come rammenta in questo volume, anche M. MACCHIA, "Dalla programmazione alle procedure di acquisto", in questo volume, pp. 5-23. È da rammentare che l'ANAC ha prorogato fino al 31 dicembre 2024 la possibilità di utilizzare l'interfaccia web messa a disposizione dalla Piattaforma PCP dell'Autorità per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 5.000 euro in caso di impossibilità o difficoltà di ricorso alle piattaforme di approvvigionamento digitale, al fine di consentire

7. *Le procedure negoziate*

Con riferimento alle procedure negoziate, le stesse si caratterizzano per la presenza di un confronto competitivo tra diversi operatori economici.

La presenza di una vera e propria gara è in grado di riflettersi anche sui profili strutturali di questa diversa modalità di affidamento, dando luogo alla presenza di una vera e propria procedura, scandita da momenti e fasi ben distinte.

Detta procedura prende avvio con la decisione a contrarre, volta a individuare gli elementi essenziali del contratto e i criteri di selezione degli operatori economici e delle offerte, e la contestuale nomina del RUP (art. 15, co. 1 e art. 17, co. 1).

Una indicazione un po' più analitica del contenuto dell'atto di avvio è individuato dall'art. 1, co. 2, dell'All.to II.1, il quale richiede che la decisione o determina a contrarre rechi anche l'indicazione dell'interesse pubblico che si intende soddisfare, le caratteristiche delle opere, dei beni o dei servizi oggetto dell'appalto, l'importo massimo stimato dell'affidamento e la relativa copertura contabile, la procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta, i criteri per l'individuazione degli operatori da invitare alla procedura negoziata a seguito dell'indagine di mercato o della consultazione degli elenchi, i criteri per la selezione degli operatori economici e delle offerte nonché le principali condizioni contrattuali.

A questa prima fase segue la consultazione degli operatori economici, "*individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici*" (art. 50, co. 1, lett. c), d) ed e), nel rispetto del criterio di rotazione degli affidamenti (art. 1, co. 1, All.to, II,1).

Indagini di mercato ed elenchi di operatori sono strumenti, tra loro alternativi, utili a individuare gli operatori economici da invitare alla procedura negoziata. La successiva selezione delle offerte avverrà,

l'assolvimento delle funzioni demandate, ivi compresi gli obblighi in materia di trasparenza (da ultimo, comunicato del Presidente del 28 giugno 2024).

invece, in base ai criteri, previamente individuati, dell'offerta economicamente più vantaggiosa (OEPV) o del prezzo più basso, salvo che si tratti di servizi, contratti o affidamenti individuati dall'art. 102, co. 2, per i quali s'impone, invece, l'impiego del criterio OEPV (art. 50, co. 4). L'art. 50 si limita a individuare direttamente alcuni principi o disposizioni generali in merito alla negoziazione, rinviando a un apposito allegato per la disciplina più analitica delle modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato (II.1, richiamato dall'art. 50, co. 2)⁵⁸. Per quanto dettagliata, la disciplina racchiusa nell'allegato lascia, comunque, margini per un'ulteriore "personalizzazione" a cura delle singole amministrazioni, le quali potranno così dotarsi di un proprio regolamento (art. 1, All.to II.1).

Partendo dalle *indagini di mercato*, le stesse hanno natura esplorativa, e non sono, pertanto, idonee a ingenerare nel destinatario alcun affidamento circa il successivo invito. Svolte secondo le modalità ritenute più convenienti dalla stazione appaltante, le indagini sono, altresì, differenziate per importo e complessità di affidamento, anche tramite la consultazione dei cataloghi elettronici del mercato elettronico propri o delle altre stazioni appaltanti, nonché di altri fornitori esistenti.

La stazione appaltante dovrà assicurare adeguate forme di pubblicità dell'attività di esplorazione del mercato, scegliendo gli strumenti più idonei in ragione della rilevanza del contratto per il settore merceologico di riferimento e della sua contendibilità. A tal fine, la stazione appaltante è chiamata a pubblicare un avviso sul proprio sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. L'avviso di avvio dell'indagine di mercato deve individuare, ai sensi dell'art. 2, All.to III.1, il valore dell'affidamento, gli elementi essenziali del contratto, i requisiti di idoneità professionale, i requisiti minimi di capacità economica e finanziaria e le capacità

⁵⁸ L'art. 50, co.3, precisa a sua volta che "*l'allegato II.1 è abrogato a decorrere dalla data di entrata in vigore di un corrispondente regolamento adottato ai sensi dell'articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988, n. 400, con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti, previo parere dell'ANAC, che lo sostituisce integralmente anche in qualità di allegato al codice*".

tecniche e professionali richieste ai fini della partecipazione, il numero minimo ed eventualmente massimo di operatori che saranno invitati alla procedura, i criteri di selezione degli operatori economici, le modalità per comunicare con la stazione appaltante.

Nel caso in cui sia previsto un numero massimo di operatori da invitare, l'avviso di avvio dell'indagine di mercato dovrà indicare anche i criteri utilizzati per la scelta degli operatori. Tali criteri dovranno essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi sono consentiti solo in casi eccezionali in cui il ricorso ai criteri di cui al terzo periodo è impossibile o comporta per la stazione appaltante oneri assolutamente incompatibili con il celere svolgimento della procedura; tali circostanze devono essere esplicitate nella determina a contrarre (o in atto equivalente) e nell'avviso di avvio dell'indagine di mercato. L'art. 2 dell'Allegato non fa altro che precisare *in parte qua* il divieto già enunciato direttamente dal codice, all'art. 50, co. 2.

Con riferimento, invece, agli *elenchi di operatori*, costituenti la seconda modalità di individuazione del contraente, gli stessi sono costituiti a seguito di avviso pubblico, pubblicato sul sito istituzionale della stazione appaltante e sulla Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC. L'avviso indica i requisiti di carattere generale che gli operatori economici devono possedere, la modalità di selezione degli operatori economici da invitare, le categorie e fasce di importo in cui l'amministrazione intende suddividere l'elenco e gli eventuali requisiti minimi richiesti per l'iscrizione, parametrati in ragione di ciascuna categoria o fascia di importo. L'operatore economico potrà richiedere l'iscrizione limitata a una o più fasce di importo, ovvero a singole categorie.

La regolamentazione della costituzione dell'elenco si ispira alla massima semplificazione. L'operatore è, infatti, abilitato ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva. L'allegato prevede un preciso termine (di regola, 30 gg) entro il quale la stazione appaltante è tenuta alla valutazione delle istanze, l'inosservanza del quale equivale ad accoglimento dell'istanza di iscrizione.

La stazione appaltante stabilisce, altresì, le modalità di revisione dell'elenco, con cadenza prefissata o al verificarsi di determinati eventi e, comunque, provvede alla cancellazione degli operatori che abbiano perduto i requisiti richiesti. Gli elenchi, non appena costituiti, sono pubblicati sul sito web della stazione appaltante.

Una volta costituito l'elenco si tratterà di individuare gli operatori da invitare alla procedura negoziata. Di questa fase si occupa l'art. 3, co. 3, là dove prevede che la scelta degli operatori da invitare debba essere effettuata secondo criteri oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento e con i principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza. Anche in tal caso, sono vietati il sorteggio o altri metodi di estrazione casuale dei nominativi, in coerenza col divieto posto in termini generali dall'art. 50, co. 2.

L'ultima fase è quella di aggiudicazione, adottata dallo stesso RUP, ove ne abbia competenza, o dal dirigente dell'ufficio, con pubblicazione sul sito istituzionale nonché sulla Banca dati nazionale dell'avviso sui risultati delle procedure di affidamento, con l'indicazione anche dei soggetti invitati (art. 50, comma 9).

8. Nomina della Commissione giudicatrice, ruolo e posizione del RUP

Sulla scorta del rinvio racchiuso nell'art. 48, co. 4), gli appalti sotto soglia soggiacciono anche alle altre disposizioni del Codice, ove non espressamente derogate.

Tra le altre disposizioni applicabili, campeggiano anche quelle relative alla nomina della Commissione giudicatrice, necessaria, tutte le volte che la stazione appaltante intenda affidare il contratto, adottando il criterio dell'offerta economicamente più vantaggioso (art. 93).

Con riferimento agli appalti sotto soglia, l'adozione di siffatto criterio sarà senz'altro possibile per le procedure negoziate senza bando, previste dall'art. 50, co. 1, lett. c), d), e), ma non per gli affidamenti diretti⁵⁹.

⁵⁹ Sulla possibilità di impiegare il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, in alternativa al criterio del prezzo più basso, nell'ambito delle pro-

La nomina avverrà, a cura della stazione appaltante, su richiesta dello stesso RUP, dopo la scadenza del termine della presentazione delle offerte (art. 6, co. 2, lett. h) All.to I.2, e art. 93, co. 1).

Rispetto alla disciplina sugli appalti sopra soglia, ove è previsto che il RUP sia un mero componente della commissione giudicatrice (art. 93, co. 3), la disciplina degli appalti sotto soglia prevede un rafforzamento della posizione del Responsabile, là dove è contemplata la possibilità che il RUP partecipi alla commissione giudicatrice “anche in qualità di presidente” (art. 51).

Proprio con riguardo alla posizione del RUP, il codice del 2023 è intervenuto contestualmente a eliminare alcune possibili antinomie tra la disciplina degli appalti e quella racchiusa nel Testo Unico degli Enti Locali, fonte anche in passato di diverse incertezze, in merito alle prerogative del RUP, sprovvisto di qualifica dirigenziale.

Il problema sorgeva da questo, che l’art. 107, comma 3, del decreto legislativo n. 267 del 2000, riservava ai soli dirigenti degli uffici l’attribuzione della presidenza delle commissioni di gara. L’art. 226, comma 5, del nuovo codice ha, perciò, disinnescato possibili dubbi interpretativi, aggiungendo al comma 3 dell’art. 107 del TUPI un ulteriore comma, a stregua del quale “la commissione giudicatrice, nel caso di aggiudicazione dei contratti di importo inferiore alle soglie europee con il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa, può essere presieduta dal responsabile unico del procedimento”.

cedure negoziate, cfr. art. 50, co. 4. Nel senso che non possa applicarsi il criterio dell’offerta economicamente più vantaggiosa agli affidamenti diretti puri, v. anche il parere MIT n. 2301 del 24 febbraio 2024, secondo cui l’art. 50, co. 4, d.lgs. 36/2023 “(...)limita l’utilizzo del criterio dell’OEPV alle sole procedure negoziate senza pubblicazione di bando”. Ma a ben vedere, l’inapplicabilità dell’OEPV agli affidamenti diretti deriva più radicalmente, e sul piano sistematico, proprio dall’assenza di un confronto competitivo, ove è richiesta una valutazione sintetica sulla congruità dell’offerta e l’idoneità dell’offerente”.

9. *Requisiti d'ordine generale e speciale e il loro successivo controllo ad opera del RUP*

Sempre sulla scorta del rinvio racchiuso nell'art. 48, co. 4, si applicheranno anche agli appalti sotto soglia le previsioni del codice riferite ai requisiti generali (artt. 95 ss.) e speciali (art. 100, idoneità professionale, capacità economica e finanziaria e capacità tecniche e professionali)⁶⁰. Le stazioni appaltanti saranno naturalmente chiamate a individuare requisiti (speciali) di partecipazione proporzionati e attinenti all'oggetto dell'appalto (art. 100, co. 2).

Stante l'assenza di un bando, i requisiti andranno formalizzati dalla stazione appaltante nell'avviso volto ad avviare l'indagine di mercato (art. 2, co. 3, All. II.1); ovvero nell'avviso di formazione dell'elenco di operatori (art. 3, co. 1, All. II.1); o, ancora, nella richiesta di preventivo, specie nel caso di affidamento diretto, ove il Codice prevede comunque un momento di formalizzazione nella delibera unica di cui all'art. 17, co. 2.

L'art. 52 prevede norme di semplificazione, riferite sia all'attestazione dei requisiti da parte degli operatori economici, sia al controllo successivo, a iniziativa della stazione appaltante.

Quanto al primo profilo, gli operatori economici sono abilitati ad attestare il possesso dei requisiti di partecipazione e di qualificazione richiesti, tramite dichiarazione sostitutiva di atto di notorietà (art. 52, co. 1). Questa misura di semplificazione è tuttavia praticabile solo dove la modalità di aggiudicazione sia quella dell'affidamento diretto e il contratto da affidare abbia un valore inferiore ai 40 mila euro. Una disposizione assai simile è prevista, peraltro, in relazione alla formazione degli elenchi di operatori economici, ove il singolo aspirante è

⁶⁰ L'art. 3, lett. d) dell'All. I.1 definisce l'«affidamento diretto» come affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente dalla stazione appaltante o dall'ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'articolo 50, comma 1 lettere a) e b), del codice dei requisiti generali o speciali previsti dal medesimo codice.

abilitato ad attestare il possesso dei requisiti mediante dichiarazione sostitutiva (art. 3, co. 2, All. II.1).

Quanto al secondo profilo, in deroga alle disposizioni del codice - le quali prevedono che l'organo competente disponga l'aggiudicazione "*solo dopo aver verificato il possesso dei requisiti in capo all'offerente*" (art. 18, co. 5) -, il citato art. 52, co. 2, abilita la stazione appaltante a verificare le dichiarazioni, anche previo sorteggio di un campione individuato con modalità predeterminate ogni anno. Nella sostanza, ferma restando la possibilità della stazione appaltante di verificare le dichiarazioni prima dell'aggiudicazione, questa ben potrà compiere le verifiche su un numero ristretto di aggiudicatari, con controllo, dunque, condotto a campione e a carattere successivo.

L'art. 52, co. 2, prende posizione anche in merito alle conseguenze della verifica con esito negativo, prevedendo che, ove in conseguenza della verifica, non sia confermato il possesso dei requisiti generali o speciali dichiarati, la stazione appaltante debba procedere alla risoluzione del contratto e all'escussione della eventuale garanzia definitiva.

La stazione appaltante è tenuta, altresì, a darne comunicazione all'ANAC e a procedere alla sospensione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure di affidamento indette dalla medesima stazione appaltante per un periodo da uno a dodici mesi decorrenti dall'adozione del provvedimento. Quest'ultima previsione sembra rammentare le disposizioni, racchiuse nell'art. 96, co. 15.

L'esclusione dell'operatore economico dalla partecipazione alle procedure indette dalla stazione appaltante per un determinato periodo costituisce una delle innovazioni del codice del 2023. Si tratterebbe, secondo l'ANAC, di una misura a carattere sanzionatorio di tipo interdittivo, aggiuntiva rispetto a quella irrogata, con autonomo procedimento dall'ANAC⁶¹. Il procedimento volto alla sua irrogazione dovrebbe, pertanto, rispettare i principi generali che regolano le sanzioni, vale a dire i principi di tassatività, irretroattività, proporzionalità e del contraddittorio.

⁶¹ Parere Anac n. 235 del 2024, Vademecum ANAC, cit., p. 5.

Sebbene non prevista da alcuna specifica norma, pare scontato che la stazione appaltante debba, altresì, procedere a inoltrare la segnalazione alla procura della Repubblica, nel caso di false dichiarazioni, idonee a integrare il delitto di cui all'art. 483 c.p.

10. *Verifica di anomalia dell'offerta*

La valutazione d'anomalia dell'offerta costituisce un sub-procedimento, regolato dall'art. 110 del codice, da azionare in presenza di un'offerta appaia anormalmente bassa, allo scopo di verificarne la congruità, serietà, sostenibilità e realizzabilità. Il sub-procedimento si svolge in contraddittorio con l'impresa interessata, che potrà, dunque, presentare le proprie giustificazioni. Il provvedimento di esclusione dovrà naturalmente essere adeguatamente motivato.

Anche per le verifiche di anomalia delle offerte, la disciplina degli appalti sotto soglia introduce meccanismi di forte semplificazione. Secondo l'art. 54, nel caso di aggiudicazione con il criterio del prezzo più basso di contratti di appalto di lavori o servizi di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea che non presentano un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti *“prevedono negli atti di gara l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque”*.

La semplificazione consentita dall'adozione di meccanismi automatici assume senso e ragione, in presenza di un numero cospicuo di offerte (pari o superiore a cinque) e in riferimento ai contratti più complessi (lavori e servizi), in relazione ai quali la verifica di anomalia può risultare più laboriosa: ecco spiegate, dunque, le limitazioni previste dall'art. 54 all'ambito di applicazione del meccanismo automatizzato di verifica di anomalia⁶².

Per gli affidamenti sotto soglia per i quali non siano operanti meccanismi automatici, troverà, invece, applicazione la disciplina ordinaria di cui all'art. 110. L'art. 54 esclude, invece, la possibilità di ri-

⁶² In questi termini, la Relazione illustrativa allegata al Codice degli appalti, p. 81.

correre a forme di esclusione automatica per gli affidamenti diretti di cui all'art. 50, co. 1, lett. a) e b). Per questi affidamenti non troverà applicazione neppure la verifica di anomalia, secondo l'art. 110 del codice, stante l'assenza di un confronto competitivo tra più offerte⁶³.

Affinché la stazione appaltante possa ricorrere, nei casi consentiti, al meccanismo di esclusione automatica, occorre che esso sia espressamente previsto negli atti di gara, con individuazione di uno dei tre metodi matematici indicati nell'allegato II.2 (art. 54, co. 2)⁶⁴.

Sarà in ogni caso consentito alle stazioni appaltanti di valutare la congruità di ogni altra offerta che, in base ad elementi specifici, appaia anormalmente bassa (art. 54, co. 1).

11. *Termine di stipulazione del contratto ed esecuzione anticipata*

In armonia con la *ratio* di semplificazione, il Codice prevede una regolamentazione speciale, derogatoria rispetto a quella ordinaria, anche in ordine ai termini di stipula del contratto.

Una prima deroga è prevista in merito all'esecuzione, contemplandosi la possibilità di una esecuzione *anticipata* del contratto, immediatamente dopo la verifica dei requisiti dell'aggiudicatario (art. 50, co. 6).

Un'altra deroga è contemplata in merito ai tempi di stipula del contratto. Secondo le disposizioni del Codice, la stazione appaltante non può procedere alla stipulazione del contratto: a) prima che siano decorsi trentacinque giorni dall'invio dell'ultima delle comunicazioni del provvedimento di aggiudicazione (*standstill period*, art. 18 co. 3); b) in caso di notifica di ricorso avverso l'aggiudicazione con contestuale domanda cautelare, fino alla pubblicazione del provvedimento cautelare di primo grado o del di-

⁶³ Su cui pareri MIT n. 2391 e n. 2311 del 26 febbraio 2024.

⁶⁴ La *ratio* di questa elaborata regolazione tecnica è legata all'opportunità di ridurre i rischi di manipolazione della soglia di anomalia, su cui ancora la Relazione illustrativa allegata al Codice degli appalti, p. 82.

spositivo o della sentenza di primo grado, in caso di decisione del merito all'udienza cautelare (art. 18, co. 4).

Entrambe le disposizioni sono, tuttavia, espressamente disapplicate per i contratti di importo inferiore alla soglia europea (cfr. artt. 18, co. 3, lett. d) e 55, co. 2), per i quali sussiste, invece, l'obbligo di procedere alla stipula entro il termine di trenta giorni dall'intervenuta aggiudicazione (così l'art. 55, co. 1).

12. *Obblighi di trasparenza e digitalizzazione*

L'art. 50 contempla ai commi 2, 8 e 9 un serie di obblighi di pubblicazione da assolvere tramite l'invio Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'ANAC e la pubblicazione sul sito istituzionale della stazione appaltante. In particolare, il codice assoggetta a questo obbligo una serie di atti; si tratta, più esattamente, i) dei bandi e degli avvisi di pre-informazione (da non confondere con); ii) dell'avviso sui risultati delle procedure di affidamento, recante l'indicazione anche dei soggetti consultati (comma 2) e, invitati, ove si tratti di procedure negoziate (comma 9). Le disposizioni all'esame vanno coordinate con le previsioni racchiuse nel d.lgs n. 33/2013.

Le diverse disposizioni relative alla pubblicità e alla trasparenza negli affidamenti sotto soglia esibiscono una *ratio* assai simile a quella già esaminata a proposito della rotazione: l'intento è quello di bilanciare, in una logica di anticorruzione, l'ampia discrezionalità di cui dispone l'amministrazione in sede di individuazione dell'affidatario.

Con riferimento alle previsioni sulla digitalizzazione, le stesse hanno acquistato efficacia a decorrere dal 1° gennaio 2024 (art. 225). Si rammenta in proposito che l'art. 25, co. 2, chiama le stazioni appaltanti a utilizzare le piattaforme di approvvigionamento digitale certificate, per svolgere le procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, secondo le regole tecniche di cui all'art. 26. La disposizione all'esame, in quanto non derogata, si applica non solo

agli appalti sotto soglia⁶⁵, ma anche ai micro-acquisti, di importo inferiore ai cinque mila euro⁶⁶.

13. *Garanzie*

Anche la disciplina delle garanzie segue, negli appalti sotto soglia, un regime specifico.

L'art. 53 prevede che, nelle procedure di affidamento di cui all'art. 50, la stazione appaltante non richieda le garanzie provvisorie di cui all'art. 106. Ove si tratti di procedure negoziate, la stazione appaltante può, invece, esigere le garanzie, tenuto conto della tipologia e specificità della singola procedura, quando ricorrano particolari esigenze, da indicare comunque nella decisione di contrarre oppure nell'avviso di indizione della procedura o in altro atto equivalente.

Dove la garanzia provvisoria sia richiesta, il suo ammontare non può, in ogni caso, superare l'uno per cento dell'importo previsto nell'avviso o nell'invito per il contratto oggetto di affidamento.

La garanzia provvisoria può essere costituita sotto forma di cauzione oppure di fideiussione con le modalità di cui all'articolo 106.

In casi debitamente motivati è facoltà della stazione appaltante non richiedere la garanzia definitiva per l'esecuzione dei contratti di cui alla Parte I del Libro II, oppure per i contratti di pari importo a valere su un accordo quadro. Quando richiesta, la garanzia definitiva è pari al cinque per cento dell'importo contrattuale.

⁶⁵ Secondo ANAC (delibera n. 582 del 13 dicembre 2023), "(...)per tutti gli affidamenti, sopra e sotto soglia, a partire dal primo gennaio 2024 dovranno essere utilizzate le piattaforme di approvvigionamento digitale che hanno compiuto il processo di certificazione delineato dalle Regole tecniche di AGID".

⁶⁶ Anac, *Vademecum*, cit., p. 6.

14. *Sostenibilità sociale e ambientale*

Anche in merito alle disposizioni sulla sostenibilità, sociale e ambientale, dei contratti pubblici, la stella polare per l'interprete non può che essere costituita dalle previsioni generali di cui ai commi 1 e 4 dell'art. 48, e dal rinvio, ivi contenuto, ai principi del Libro I, Parte I e II e, più in generale, alle disposizioni del Codice, ove non espressamente disapplicate.

Poiché sui temi della sostenibilità ambientale e sociale non si ritrova nella disciplina degli appalti sotto soglia alcuna disposizione derogatoria, troverà applicazione anche per gli appalti in esame in primo luogo il principio di applicazione dei contratti collettivi di settore previsto dall'art. 11. Rinviando ad altro contributo per l'approfondimento del tema⁶⁷, possiamo in questa sede limitarci a rammentare che il principio in parola viene riconosciuto dal Codice con talune mitigazioni, derivanti dal riconoscimento, a beneficio dell'operatore economico, della facoltà di indicare, nella propria offerta, un differente ccnl, in grado di assicurare l'equivalenza delle tutele ai lavoratori dipendenti (art. 11, co. 3). Conseguendo dall'applicazione di questi principi l'obbligo per la stazione appaltante di individuare il contratto collettivo applicabile negli "inviti", vale a dire, nell'atto di avvio dell'indagine di mercato ovvero nell'avviso finalizzato a costituire l'elenco dei fornitori o, ancora, nella richiesta di preventivo. Prima di procedere all'affidamento o all'aggiudicazione le stazioni appaltanti saranno, inoltre, chiamate ad acquisire la dichiarazione con la quale l'operatore economico individuato si impegna ad applicare il contratto collettivo indicato. In quest'ultimo caso, la dichiarazione sarà anche verificata con le modalità di cui all'articolo 110⁶⁸.

Del pari, saranno applicabili ai contratti sottosoglia anche le seguenti previsioni: l'art. 41, comma 12, relativo allo scorporo dall'im-

⁶⁷ In particolare, E. CARUSO, "Gli affidamenti pubblici come strumento di sostenibilità sociale: tutela dell'equo trattamento dei lavoratori e garanzia della stabilità occupazionale", in questo volume.

⁶⁸ Sul punto anche il parere MIT n. 2301/2024.

porto assoggettato a ribasso dei costi della manodopera, a loro volta determinati annualmente in apposite tabelle dal Ministero del lavoro, secondo il meccanismo del comma 13⁶⁹; l'art. 57, relativo al dovere di indicazione negli atti di gara o negli inviti relativi agli appalti di lavori e servizi (diversi da quelli aventi natura intellettuale) di specifiche clausole sociali, con le quali sono richieste, come requisiti necessari dell'offerta, misure orientate tra l'altro a garantire le pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate, la stabilità occupazionale del personale impiegato, nonché l'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore; l'art. 102, relativo alla richiesta rivolta dalla parte della stazione appaltante agli operatori economici di assumere gli impegni a carattere sociale (sulla stabilità occupazionale del personale impiegato; sull'applicazione dei contratti collettivi nazionali e territoriali di settore; sulla garanzia di pari opportunità generazionali, di genere e di inclusione lavorativa per le persone con disabilità o svantaggiate)⁷⁰; l'art. 108, co. 9, relativo all'obbligo per l'operatore economico di indicare nella propria offerta, sotto pena di esclusione, i costi della manodopera, fatta eccezione per le forniture senza posa in opera e i servizi intellettuali⁷¹.

Tra le disposizioni applicabili ai contratti sotto soglia si ritrovano anche quelle relative ai Criteri Ambientali Minimi (CAM), di cui all'art. 57, co. 2. È, pertanto, fatto obbligo alle stazioni appaltanti di individuare, eventualmente anche nelle richieste di preventivo, le specifiche tecniche nonché le clausole contrattuali contenute nei CAM, definiti con decreto del Ministero dell'ambiente.

⁶⁹ Parere Mit n. 2301.

⁷⁰ Parere Mit n. 2301.

⁷¹ Sul punto, il parere MIT 2398/2024; anche TAR Calabria – Catanzaro, sez. I, 17 giugno 2024, n. 958.