



.....OMISSIS.....

Oggetto

Procedura aperta per affidamento di un appalto di lavori di importo inferiore ad euro 1.000.000,00
- richiesta di parere.

FUNZ CONS 13/2024

In esito a quanto richiesto con nota pervenuta in data 5 febbraio 2024, acquisita al prot. Aut. n. 18046, ai sensi del Regolamento sulla funzione consultiva del 7 dicembre 2018, come modificato con delibera n. 654 del 22 settembre 2021, si comunica che il Consiglio dell'Autorità, nell'adunanza del 13 marzo 2024, ha approvato le seguenti considerazioni.

Preliminarmente si rappresenta che esula dalla sfera di competenza di questa Autorità il rilascio di pareri preventivi in ordine ad atti e provvedimenti delle stazioni appaltanti, nonché alla stipula di contratti d'appalto o di concessione, fatto salvo l'esercizio dell'attività di vigilanza collaborativa in materia di contratti pubblici ai sensi del Regolamento approvato con delibera n. 269 del 20 giugno 2023. Pertanto, il presente parere è volto a fornire un indirizzo generale sulla questione sollevata nell'istanza, esclusivamente sulla base degli elementi forniti nella stessa.

Con la nota sopra indicata l'Amministrazione istante chiede all'Autorità di esprimere avviso in ordine alla possibilità, alla luce delle disposizioni dettate dal d.lgs. n. 36/23, di ricorrere ad una procedura aperta per l'affidamento di un appalto di lavori di importo inferiore ad euro 1.000.000,00. Si sottolinea al riguardo che tale procedura di aggiudicazione, in considerazione della peculiarità dell'opera interessata dai lavori, appare maggiormente idonea a soddisfare l'esigenza della stazione appaltante di una più ampia concorrenza, secondo quanto opportunamente esplicitato nella motivazione del provvedimento di indizione della procedura stessa.

In caso di risposta affermativa al quesito posto, in ordine al processo di digitalizzazione e all'interoperabilità con ANAC in vigore dal 1° gennaio 2024, per la creazione della procedura di gara, l'Amministrazione chiede altresì quale, tra le schede del sistema "Orchestratore ANAC" di seguito indicate (salvo altre), dovrebbe selezionarsi: - P1_16 "appalti settori ordinari pari/sopra soglia"; - P2_16 "appalti settori ordinari sotto soglia (procedure ordinarie solo per: 1mln <=L< soglia)".

In relazione al quesito sollevato, si richiama preliminarmente l'art. 50 (Procedure per l'affidamento) del d.lgs. 36/2023 a tenore del quale «1. Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: *a*) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti 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; *b*) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche

senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti 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; c) 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 i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro; d) 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 fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro; e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14».

La disposizione sopra richiamata, disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, rinviando all'Allegato II.1 per l'individuazione delle modalità di gestione degli elenchi e delle indagini di mercato ivi previste e facendo espresso riferimento alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie di aggiudicazione contemplate nel Codice, esclusivamente alla lettera d), con riguardo ai lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14 del Codice.

Dal testo della norma non si evince, quindi, chiaramente se possa ritenersi consentito il ricorso alle procedure ordinarie di affidamento *in via generale* per tutti i contratti sotto soglia o se tale opzione debba ritenersi limitata al caso contemplato nel comma 1, lett. d) della stessa.

Al fine di dirimere tale dubbio interpretativo, sembra utile premettere che nella Relazione Illustrativa del Codice è stato evidenziato che «l'art. 50 disciplina le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea riprendendo nella sostanza, con alcune modifiche lessicali e alcune puntualizzazioni contenutistiche innovative, il testo dell'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020 (...)».

La norma in esame, quindi, si pone in continuità con le previsioni del d.l. 76/2020 (d.l. semplificazioni), con finalità di celerità e di semplificazione della selezione del contraente privato per gli acquisti sotto-soglia, riproponendo tuttavia – con riguardo al profilo applicativo in esame – le stesse difficoltà interpretative riscontrate con il decreto semplificazioni.

Si osserva infatti che già in relazione alle previsioni del d.l. 76/2020 sopra citate, questa Autorità aveva espresso avviso in ordine alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie anche per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie, affermando che «Resta aperta la questione relativa alla possibilità o meno delle stazioni appaltanti (dapprima espressamente riconosciuta dall'art. 36, comma 2, del Codice) di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, ivi compresa quella ristretta, anziché a quelle semplificate introdotte dal d.l. in commento, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto concorrenziale. Al riguardo, si osserva che, sebbene l'art. 2 del dl. non abbia fatto salva la richiamata facoltà, la perdurante applicabilità dei principi di cui al comma 1 dell'art. 30 induce a ritenere che il regime in deroga non abbia privato, pur nella situazione eccezionale creatasi a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale, le stazioni appaltanti della possibilità di ricorrere a soluzioni aperte alla più ampia concorrenza qualora appaiano le più idonee a soddisfare il proprio fabbisogno».

Sulla base di tali premesse l’Autorità aveva suggerito «di inserire un riferimento espresso alla possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie, previa adeguata motivazione» (in tal senso, documento del 4.08.2020 recante “Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 «Misure urgenti per la semplificazione e l’innovazione digitale» in tema di contratti pubblici, trasparenza e anticorruzione”).

Analogo avviso è stato espresso dall’Autorità in relazione allo schema del nuovo Codice dei contratti pubblici, affermando per i predetti contratti sotto-soglia che «in applicazione del principio di auto-organizzazione amministrativa (esplicitato dall’articolo 7 dello schema di codice), alla stazione appaltante, nell’esercizio della sua discrezionalità, debba essere sempre consentito di ricorrere alle procedure ordinarie anche sotto soglia, qualora le caratteristiche del mercato di riferimento inducano a ritenere preferibile un ampio confronto concorrenziale e che sia, pertanto, opportuno prevedere la possibilità generalizzata di indire una procedura ordinaria (es. aperta) in luogo della procedura negoziata, qualora tale soluzione appaia la più idonea a soddisfare le esigenze dell’amministrazione» («Osservazioni di ANAC in relazione all’ Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19: “Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici” (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78)», documento del 2.2.2023).

Il testo dell’art. 50 del d.lgs. 36/2023 non contiene, tuttavia, il chiarimento invocato dall’Autorità nei termini sopra indicati, ma – come sopra evidenziato - contempla in via espressa il possibile ricorso alle procedure ordinarie solo con riguardo ai lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all’articolo 14 (art. 50, comma 1, lett. d), con ciò ingenerando i dubbi interpretativi sollevati anche con l’odierna richiesta di parere.

Sull’argomento, tuttavia, è intervenuta la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti n. 298 del 20 novembre 2023, in tema di “*Procedure per l’affidamento ex art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 - Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*”, al fine di dirimere i predetti dubbi interpretativi.

Con tale documento, infatti, è stato osservato che le previsioni dell’art. 50 del Codice sono dettate per «soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell’operatore economico, fermi restando i principi fondamentali del Codice».

Tali disposizioni «costituiscono applicazione del principio del risultato di cui all’art. 1 del Codice che impone, tra l’altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell’affidamento del contratto con la massima tempestività. Tale principio costituisce peraltro attuazione nel settore dei contratti pubblici del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell’interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell’Unione europea. *Al contempo, viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie.* Pertanto, va ribadito che l’art. 48, comma 1, del Codice, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama accanto al principio del risultato tutti i principi contenuti nel titolo I della Parte I del Primo Libro del Codice, tra cui rilevano, in particolare, il principio di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l’iniziativa e l’autonomia decisionale dei funzionari pubblici. Tale richiamo conferma che le procedure del sotto-soglia saranno interpretate ed applicate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell’ordinamento attraverso le prassi delle Amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza. In considerazione di quanto esposto, si ribadisce che le disposizioni contenute nell’art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole

della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla direttiva 2014/24/UE» (Circolare cit.).

Sulla base dei chiarimenti offerti con la Circolare sopra indicata, pertanto, in risposta al quesito sottoposto all'attenzione dell'Autorità, deve ritenersi consentito, in via generale, per gli affidamenti di valore inferiore alle soglie comunitarie di cui all'art. 50 del d.lgs. 36/2023 (anche) il ricorso alle procedure ordinarie previste nel Codice, secondo le opportune valutazioni della stazione appaltante in relazione alle caratteristiche del mercato di riferimento, alle peculiarità dell'affidamento e agli interessi pubblici ad esso sottesi.

Infine, in ordine al quesito relativo al processo di digitalizzazione della procedura di gara, nei termini indicati nell'istanza, si comunica la possibilità di procedere mediante scheda P2_16.

Sulla base delle considerazioni che precedono, si rimette a codesta stazione appaltante ogni valutazione in ordine agli atti ed ai provvedimenti da adottare nella fattispecie oggetto della richiesta di parere, sulla base dell'indirizzo generale sopra illustrato.

Avv. Giuseppe Busia

Firmato digitalmente