

Dopo l'estate riparte il «cantiere» per completare la riforma

# Attuazione Codice, Dm in movimento

*Livelli di progettazione pronto per l'ok finale, sì delle Regioni al decreto programmazione*

DI GIUSEPPE LATOUR

**P**assi avanti sull'attuazione del Codice appalti. Si sbloccano due decreti Infrastrutture, quello sui livelli di progettazione (testo pronto all'ok del Consiglio Superiore, in vista il decreto Delrio) e quello sulla programmazione delle opere (via libera della Conferenza delle Regioni).

## LIVELLI DI PROGETTAZIONE

Il decreto ministeriale, che darà attuazione all'articolo 23 comma 3 del Codice appalti, dopo i rallentamenti registrati nei mesi scorsi sta vivendo finalmente un'accelerazione decisiva. Il testo, che tiene conto delle osservazioni del Consiglio di Stato e di quelle delle Regioni, è in procinto di passare il vaglio del Consiglio superiore dei lavori pubblici. A

quel punto, dopo il passaggio in Conferenza delle Regioni, la strada sarà spianata verso il via libera finale.

Il provvedimento - va ricordato - rappresenta una piccola rivoluzione nel sistema degli appalti italiani. Il testo infatti definirà un nuovo sistema articolato su tre livelli: progetto di fattibilità tecnica ed economica, progetto definitivo e progetto esecutivo. L'innovazione più grande è costituita dal primo livello: il progetto di fattibilità sarà più ricco del vecchio preliminare e conterrà una serie di indagini che venivano solo accennate in passato. Anticipando quello che, nel vecchio sistema, veniva fatto nel quadro del definitivo. Questa revisione del primo livello porta, a cascata, conseguenze sui livelli successivi che, scorrendo le pagine del decreto, escono alleggeriti in maniera consistente.

## PROGRAMMAZIONE OPERE

Priorità alle opere incompiute. E a tutte le attività di ripristino e messa in sicurezza. Con un periodo cuscinetto piuttosto lungo: le nuove regole entreranno a

regime per la programmazione 2019-2021. Sono solo alcune delle indicazioni di maggiore novità che arrivano dal decreto delle Infrastrutture, di concerto con il Mef, con le istruzioni per le amministrazioni alle prese con la definizione dei programmi di appalto. Il provvedimento, previsto dal nuovo codice dei contratti all'articolo 21, ieri ha superato un passaggio decisivo, ottenendo il via libera delle Regioni.

A questo punto il percorso è sostanzialmente completo prima della pubblicazione finale. Il testo, lungo undici articoli (di cui siamo in possesso ma non è ancora pubblicabile), delinea il nuovo modello di pianificazione degli enti, riportando anche due allegati che contengono gli schemi tipo per la predisposizione dei programmi, sia per i lavori che per i servizi e le forniture, pur con una scansione temporale diversa: triennale nel primo caso e biennale nel secondo. Si tratta di una novità del decreto n. 50 del 2016. ■

PER APPROFONDIMENTI SI VEDA EDILIZIA WEB

La giurisprudenza conferma l'articolo 36 del Codice e la sua ratio, ma Cantone vuole tenere conto delle difficoltà applicative

# Rotazione sottosoglia, i dubbi Anac

*Il rischio è tagliare fuori anche chi ha lavorato bene. Modifiche nel nuovo testo delle Linee guida*

DI ROBERTO MANGANI

**N**egli affidamenti dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria l'applicazione del principio di rotazione, sancito dall'articolo 36 del D.lgs. 50/2016, impone di non invitare alla relativa procedura negoziata l'affidatario uscente ovvero, in alternativa, di indicare con adeguato grado di analiticità le motivazioni in base alle quali si ritiene di procedere comunque all'invito.

Il principio è stato affermato con nettezza in una recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125 (si veda il testo su Edilizia web).

La recente giurisprudenza è d'altra parte costante, ma nella pratica la rigorosa applicazione del principio di rotazione può dar luogo ad alcuni inconvenienti operativi, tanto da indurre l'Anac a proporre una revisione delle indicazioni dalla stessa fornite con le Linee guida n. 4 del 26 ottobre 2016. Vediamo con ordine

## LA RATIO DELLA NORMA

La ratio delle norme del Codice (articolo 36 D.lgs. 50/2016) - spiega il Consiglio di Stato nella sentenza 4125/2017 - va individuata nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo all'affidatario uscente, anche al fine di impedire che lo stesso possa usufruire della posizione di vantaggio che, specie sotto il profilo dei dati informativi, gli deriva dall'aver eseguito il precedente contratto.

## LA GIURISPRUDENZA

La legittimità del principio di rotazione in sede di affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, affermata nella recente sentenza del Consiglio di Stato n. 4125 dello scorso 31 agosto, era già stata sancita in recenti pronunce del giudice amministrativo, anch'esse di recente emanazione. In particolare, è stato affermato che tale principio trova applicazione anche negli affidamenti operati tramite cottimo fiduciario. Infatti, nonostante gli stessi siano caratterizzati da un elevato grado di discrezionalità, quest'ultima trova comunque un limite nel rispetto del principio di rotazione, in considerazione del fatto che lo stesso è finalizzato ad evitare di accrescere un ingiusto privilegio a favore di posizioni consolidate (Cons. Stato, Sez. V, 21 giugno 2017, n. 3054).

## LE LINEE GUIDA ANAC

Le Linee guida Anac attualmente vigenti (n. 4 del 26 ottobre 2016), relative all'affidamento dei contratti di importo inferiore alla soglia comunitaria, si occupano del principio di rotazione sotto due profili.

Per gli **affidamenti diretti**, consentiti per i contratti di importo inferiore a 40.000 euro, il rispetto del principio di rotazione impone che l'affidamento a favore dell'operatore uscente debba avere carattere eccezionale, richiedendo un onere motivazionale stringente. Si deve cioè dimostrare l'effettiva mancanza di alternative ovvero sul grado di soddisfazione maturato in relazione al precedente rapporto contrattuale, tenuto comunque conto della competitività del prezzo offerto rispetto alla me-

dia dei prezzi del mercato di riferimento e della qualità della prestazione (punto 3.3.2).

Il secondo profilo riguarda gli inviti da diramare nell'ambito della **procedura negoziata** da svolgere per l'affidamento dei contratti di importo ricompreso **tra 40.000 euro e 150.000 euro per i lavori** ovvero le soglie comunitarie per le forniture e i servizi. L'invito all'affidatario uscente deve avere carattere eccezionale, dovendo eventualmente essere adeguatamente motivato in relazione al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (con particolare riferimento al rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento (punto 4.2.2).

Nel caso dell'affidamento diretto il principio di rotazione vuole precludere la conclusione del nuovo contratto a favore dell'affidatario uscente, avendo quindi una valenza particolarmente significativa. Tale valenza risulta invece attenuata nella seconda fattispecie, in cui l'applicazione del principio di rotazione vuole precludere - almeno in linea generale e salve motivate eccezioni - non l'affidamento del contratto ma l'invito dell'affidatario uscente alla procedura negoziata che comunque va effettuata. Cosicché si può ragionevolmente affermare che nella seconda ipotesi le ragioni a fondamento del principio di rotazione appaiono meno solide, posto che comunque una procedura competitiva viene effettuata e che nell'ambito di tale procedura l'affidatario uscente viene messo in competizione con gli altri operatori. Per cui in questa ipotesi il principio di rotazione sembra trovare la sua ragione sostanziale nell'annullare il vantaggio competitivo che l'affidatario uscente avrebbe in relazio-

ne al bagaglio informativo derivante dallo svolgimento del precedente contratto.

Si tratta di una motivazione che, sebbene sorretta da una sua validità, pone effettivamente alcuni profili di criticità sia in relazione alla posizione dell'ente appaltante, che comunque viene fortemente vincolato nella possibilità di invitare alla procedura competitiva un operatore che ha svolto efficacemente le sue prestazioni nel precedente rapporto contrattuale; sia in relazione alla posizione dell'affidatario uscente, la cui libertà di iniziativa economica viene significativamente limitata.

## LE RIFLESSIONI ANAC

Le criticità indicate sono state evidenziate anche dall'Anac, che ha recentemente proposto una revisione delle Linee guida sul sottosoglia, promuovendo una consultazione tra gli operatori. La considerazione di base operata dall'Anac è che escludere in termine generali (salvi casi eccezionali) la possibilità di invitare alla procedura negoziata l'affidatario uscente o anche di procedere a un affidamento diretto a suo favore potrebbe rivelarsi controproducente proprio per la stazione appaltante.

Quest'ultima, infatti, sarebbe privata della possibilità di continuare ad avvalersi di un operatore che ha svolto correttamente ed efficacemente le relative prestazioni, con una penalizzazione dei principi di efficacia e di buona amministrazione che devono guidare le scelte dei committenti pubblici.

Dal punto di vista degli operatori economici, invece, la rigorosa applicazione del principio di rotazione comporta da un lato il rischio che gli stessi, avendo consapevolezza di poter essere invitati una sola volta (almeno per un certo periodo di tempo), siano incentivati a presentare offerte anormalmente basse, pur di

cogliere l'unica opportunità che hanno in un dato arco temporale.

Vi sono poi altri due elementi oggettivi da considerare. In primo luogo, nel caso di un numero limitato di operatori presenti sul mercato, l'applicazione del principio di rotazione può rendere facilmente identificabili i nominativi dei soggetti che vengono di volta in volta invitati, con evidenti rischi di accordi collusivi.

Sotto altro profilo, occorre considerare che i contratti sottosoglia possono avere importi anche molto diversi tra loro, per cui può risultare eccessivamente penalizzante che un operatore invitato a una procedura per l'affidamento di un contratto di modico valore si veda preclusa la possibilità di successivi inviti per l'affidamento di contratti di importo ben più elevato.

## PROPOSTE DI MODIFICA

L'Anac propone due possibilità. La prima è quella di suddividere gli operatori economici da invitare alle gare per fasce di importo, cosicché il principio di rotazione opererebbe solo nell'ambito di una stessa fascia di importo. In sostanza, un operatore invitato a una procedura per l'affidamento di un contratto rientrante in una determinata fascia di importo si vedrebbe preclusa la possibilità di essere invitato alle successive procedure relative solo ai contratti rientranti nella medesima fascia.

La seconda proposta è quella di adottare il principio di rotazione secondo un "principio di casualità", cioè consentendo di invitare alla procedura un operatore già invitato in precedenza, magari con esclusione del solo affidatario uscente. Anche se questa soluzione, nei termini indicati, sembra rappresentare una sostanziale negazione del principio di rotazione. ■

© RIPRODUZIONE RISERVATA