

Contratti sotto soglia

Fabrizio Fracchia

 **uniss**
giurisprudenza
DEPARTMENTS OF JURISPRUDENCE

 **Coordinamento Nazionale**
Responsabili Amministrativi alle Università

ALGHERO
13/14 LUGLIO 2018
HOTEL CATALUNYA

MDLXII

Temi

- Pubblicità, trasparenza e accesso
 - Soccorso istruttorio
 - Requisiti
 - Esclusione
-
- Un dato di fondo (relazione AIR): un numero globale di affidamenti pari a poco più di 5 milioni all'anno”

Caratteri generali

- Rilievo nazionale
- Semplificazione vs concorrenza
- Il trend: nonostante gli appalti fossero sottosoglia, applicazione dei principi generali del Trattato (Commissione e giurisprudenza, anche per estendere giurisdizione giudice amm.)
- ANAC, linee guida n. 4 (del. n. 1097/2016) e smi
- Le soglie: art. 35 Codice (es. 5.225.000 lavori settori ordinari)

La disciplina del sottosoglia

- “vecchio” Codice
 - Art. 121: tendenza del legislatore a uniformare le regole tra il soprasoglia e il sottosoglia, salvo deroghe specifiche (es. obblighi di pubblicità e di comunicazione in ambito sovranazionale...)
 - sotto-insieme delle “acquisizioni in economia di beni, servizi e lavori” (mediante amministrazione diretta o cottimo fiduciario) con rinvio a regolamenti interni (art. 125)
- “nuovo” Codice
 - Art. 36: Contratti sotto soglia, soggetti solo ai principi del sopra-soglia (art. 30, comma 1) + principio di rotazione e tutela pmi.
- Obbligo di utilizzo di strumenti telematici sotto la vigenza di entrambi i Codici (art. 1.3 linee guida)

In sintesi

- Già in passato, procedure negoziate, riduzione termini e oneri (la tecnica: rinvio alla disciplina generale e una serie di deroghe sparse)
- Oggi un'unica norma: art. 36 Codice
 - Ma anche alcune regole specifiche disseminate nel codice (v. *infra*)
- Non si deroga, in linea di principio, alla regola sugli obblighi di qualificazione delle stazioni, sugli acquisti centralizzati e sul ricorso al mercato elettronico (facoltà ricorso mepa)

Segue

- Non obbligatoria indicazione terna subappalto: art. 105, comma 6
- Possibilità di esclusione automatica offerte anomale (art. 97, comma 8): v. Tar Sicilia, n. 608/2018 (01: l'amministrazione, anche se non usa di questo potere eccezionale, può però dubitare dell'anomalia di offerte)
- Scelta commissari al di fuori albo: art. 77, v. 3
- V. anche art. 177 per affidamenti dei concessionari (sopra 150.000: 20-40% alle controllate)

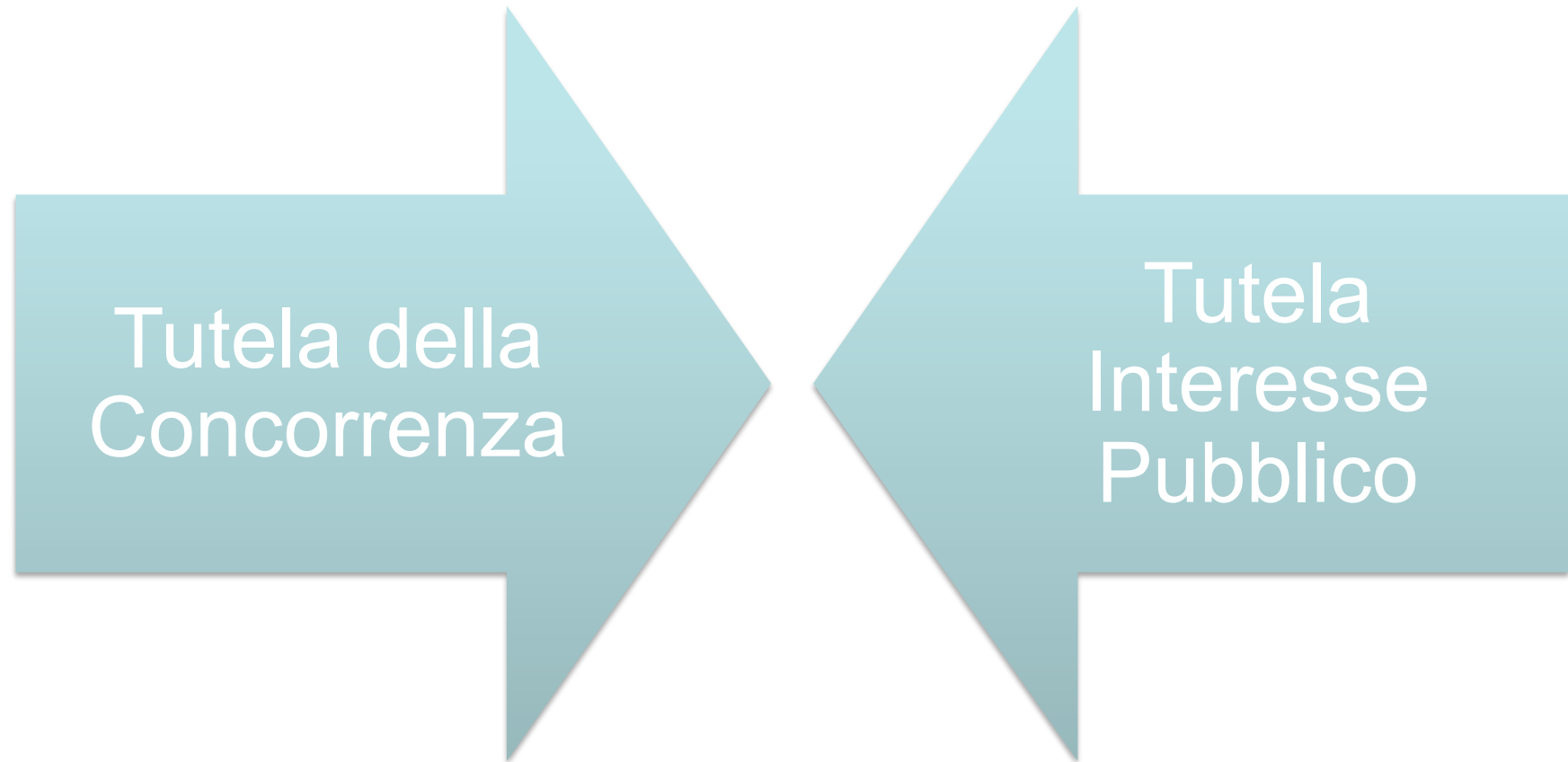
Una breve sintesi

- Evidenza pubblica
- Aggiudicazione
- Contratto
- Tutela
- Stand still: art. 32 cc. 9 e 11 d.lgs 50/2016
- Fase esecuzione: artt. 100 e ss. (risoluzione, recesso, collaudo ecc.)
- Una digressione: appalti e apertura al diritto ultrastatuale (la ritrazione del diritto interno): art. 1, c. 7 e art. 16 (v. anche comma 3)

Uno sguardo d'assieme; interesse europeo nei confronti del settore delle commesse pubbliche

- Quota significativa del mercato comunitario (16% PIL europeo)
- Tutela della concorrenza (pubblicità)

La conseguenza



Un nuovo interesse: il buon uso delle risorse pubbliche (spending review)

L'influenza del diritto europeo: alcuni esempi

- estensione del campo di applicazione oggettivo e soggettivo
- valorizzazione delle misure a favore della **pubblicità delle gare**
- prescrizioni volte ad **agevolare la partecipazione degli imprenditori** alle gare (es. avvalimento; **il soccorso?**)
- delimitazione del campo di applicazione di istituti che restringono la concorrenza (es. trattativa privata)
- standardizzazione delle procedure e introduzione di meccanismi di maggior flessibilità
- **equilibrio tra concorrenza ed esigenze sociali e ambientali**
- incentivi a favore della razionalizzazione degli acquisti tramite la previsione di centrali di committenza

Il tipo di condizionamento

- Attività (evidenza pubblica, relativa alla formazione della volontà dell' amministrazione)
- No organizzazione amministrativa
- Le ultime direttive si sporgono, ancorché soltanto parzialmente, sul piano dell' esecuzione. L' art. 26, direttiva 2004/18, ad es., dispone che “Le amministrazioni aggiudicatrici possono esigere **condizioni particolari** in merito all'esecuzione dell'appalto purché siano compatibili con il diritto comunitario e siano precisate nel bando di gara o nel capitolato d'onori. Le condizioni di esecuzione di un appalto possono basarsi in particolare su considerazioni sociali e ambientali”.
- Direttiva 66/2007: stand still; risarcimento

L'evoluzione della disciplina

Quale chiave di lettura?

- l'estensione del campo di applicazione oggettivo e soggettivo
- la valorizzazione delle misure a favore della pubblicità delle gare
- le prescrizioni volte ad agevolare la partecipazione degli imprenditori alle gare
- i margini di applicazione di istituti che oggettivamente restringono la concorrenza
- la standardizzazione delle procedure a fronte dell'introduzione di meccanismi di maggior flessibilità
- il punto di equilibrio tra concorrenza e esigenze sociali e ambientali
- gli incentivi a favore della razionalizzazione degli acquisti in forza della previsione di centrali di committenza
- il rapporto tra apertura di alcuni settori di mercato e applicazione delle regole generali sugli appalti
- l'ampliamento degli strumenti negoziali di cui dispone l'amministrazione

L'evoluzione della disciplina europea: sintesi

- Direttive di **prima** generazione (anni '70)
 - ambito di applicazione ristretto
- Direttive di **seconda** generazione (anni '90)
 - estensione dell'ambito di applicazione soggettivo (es. organismi di diritto pubblico)
 - ampliamento oneri di pubblicizzazione e di tipizzazione delle procedure
 - disciplina *ad hoc* dei settori c.d. esclusi
- Direttive di **terza** generazione (2004)
 - Direttiva 2004/18/CE: unificazione della disciplina sugli appalti di lavori, servizi e forniture nei settori ordinari
 - Direttiva 2004/17/CE: disciplina sugli appalti nei settori speciali ("ex esclusi")
- Direttiva **2007/66/CE**
 - tutela dell'effettività della tutela giurisdizionale (stand still, vizi di inefficacia del contratto; maggiori poteri al GA)

Per giungere alle Direttive del 2014

- **Direttiva 2014/24/UE sugli appalti pubblici**
(abroga la Direttiva 2004/18/CE)
- **Direttiva 2014/25/UE sulle procedure di appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti, dei servizi postali** (abroga la Direttiva 2004/17/CE)
- **Direttiva 2014/23/UE, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione**
- **Il nuovo codice: d.lgs 50/2016**

Corte cost. 401/2007

- La situazione pregressa
- La prospettiva comunitaria
- Il mutamento funzionale della disciplina sull'evidenza pubblica (punto 6.7)
- il diritto comunitario quale matrice essenziale della nuova caratteristica funzionale della disciplina sui contratti pubblici
 - Il tema della competenza legislativa

Corte cost. 401/2007

Ambito del codice non «può identificarsi in una materia a sé, ma rappresenta, appunto, un'attività che inerisce alle singole materie sulle quali essa si applica».

occorre registrare «il definitivo superamento della cosiddetta concezione contabilistica, che qualificava tale normativa interna come posta esclusivamente nell'interesse dell'amministrazione, anche ai fini della corretta formazione della sua volontà negoziale».

Corte cost. 401/2007

Alcune osservazioni:

- a) Nelle parole della Corte non c'è esclusivamente la concorrenza
- b) Nella disciplina vi sono anche altri interessi (es. ambiente)
- c) Negli interventi più recenti c'è la preoccupazione del buon uso delle risorse pubbliche

Estensione anche ai contratti sottosoglia

La concorrenza (rinvio)

- Rotazione appalti
- Struttura del bando e restrizione concorrenza (requisiti capacità; NB: art. 36, comma 6)
- Avvalimento (art. 89)
- Specifiche tecniche (art. 68, commi 6 e 8)
- Anche soccorso istruttorio: v. infra
- Il conflitto con la semplificazione (sotto soglia)
- Le piccole e medie imprese: art. 3.3. linee guida

Altri interessi

- La **trasparenza** in funzione di lotta alla corruzione e all'illegalità (l. 190/2012 e d.lgs. 33/2013)
- Ambiente: GPP
- Clausole sociali (es. art. 50 – ad alta intensità di manodopera- e art. 112; art. 3.1 linee guida)

In generale: le Direttive del 2014 e la “ricchezza” funzionale

- Il settore dei contratti pubblici si viene sempre più a configurare come fattore di traino per il **sostegno** di:
 - **politiche ambientali**
 - **politiche occupazionali**
 - **politiche di contrasto alla criminalità**
 - **strumento di “riorientamento” delle commesse pubbliche e dei consume verso obiettivi sociali comuni**
 - **L’esigenza di semplificazione (sottosoglia: può confliggere con concorrenza)**
 - **V. al riguardo art. 36, c. 1 (rinvio)**

Il d.lgs. 50/2016

Le linee guida: cenni

Soft law e regolazione (se copertura costituzionale o comunitaria)

Una nuova fonte? O una forma di regolazione?

Principio di legalità?

Alcune recepite con decreto ministeriale, altre assimilate a circolare caratteristiche (un modo per compensarne i limiti?)

Flessibilità e speditezza?

Partecipazione?

Pubblicità e giustiziabilità?

Un nuovo stile?

Le linee guida Anac

- attribuzione all'Anac di un potere di regolazione molto ampio nel settore dei contratti pubblici (Avcp solo potere di vigilanza) → sostituzione del dpr 207/2010 (abrogato) con le linee guida Anac
- Natura giuridica: atti formalmente amministrativi ma sostanzialmente normativi
 - Il problema della potestà normativa delle Authorities: deficit di legittimazione politica, principio di legalità e partecipazione
- Linee guida vincolanti e non vincolanti (+ quelle recepite in atti ministeriali)
- Linee guida tipiche (quelle che l'Anac deve obbligatoriamente adottare) e atipiche (quelle che l'Anac può adottare ai sensi dell'art. 213 per la promozione dell'efficienza e della qualità dell'attività delle stazioni appaltanti)

Alcuni esempi di linee guida tipiche

- l'affidamento dei contratti sotto soglia (art. 36, comma 7);
- il sistema di qualificazione, i casi e le modalità di avvalimento, i requisiti e le capacità che devono essere posseduti dal concorrente e la documentazione richiesta ai fini della dimostrazione del possesso dei requisiti (art. 83, comma 2);
- requisiti reputazionali e relativi criteri di valutazione ai fini del *rating* di impresa (art. 83, comma 10);
- modalità con cui l'amministrazione aggiudicatrice deve controllare l'attività dell'aggiudicatario (art. 181, comma 4);

Le linee guida Anac: vincolanti/non vincolanti

- fondamento della distinzione (CdS):
 - **vincolanti**: se integrano la disciplina lacunosa del Codice
 - **non vincolanti**: se adottate con funzione di riordino e coordinamento della materia ai sensi dell'art. 213, c. 2 del Codice
 - in comune: formulazione discorsiva (risulta difficile individuare il precetto)
- esempi:
 - non vincolanti (affidamenti sotto soglia)
 - vincolanti (composizione delle commissioni di aggiudicazione)
- inosservanza delle linee guida vincolanti → sanzione: illegittimità dell'atto

Le linee guida Anac non vincolanti

- natura giuridica
 - atti amministrativi generali (come le circolari) con cui si forniscono indirizzi e istruzioni operative → la loro violazione può essere considerata come elemento sintomatico del vizio di eccesso di potere
- se le stazioni appaltanti intendono **discostarsi** dalle linee guida non vincolanti devono adottare un atto che contenga una adeguata e puntuale motivazione che indichi le ragioni della diversa scelta amministrativa
 - **Es:** se la peculiarità della fattispecie concreta giustifica una deviazione dall'indirizzo fornito dall'ANAC, ovvero se la fattispecie concreta evidenzia eventuali illegittimità delle linee guida nella fase attuativa
- ciò implica il **controllo giurisdizionale** (e quindi l'applicazione della sanzione) se la scelta di discostarsi dalle linee guida è illegittima

Linee guida, regolazione e fonti

- Fonti secondarie? Non previste né vietate
- Il Consiglio di Stato ha ancorato la regolazione al carattere tecnico e settoriale dell'intervento (sez. VI, 2 n.2521/2012).
- poteri di regolazione molto ampi, che non concernono un mercato specifico o, comunque, preso in considerazione unicamente nella prospettiva di introdurre regole proconcorrenziali, né si ravvisa copertura costituzionale o europea o stringenti indicazioni poste dal codice volte a limitare il potere.

Applicazione dei principi generali

- Art. 36, comma 1 e linee guida
- V. ad es. Tar Calabria, n. 963/2017 (00: sproporzione dei requisiti)
 - Una digressione: il tema dell'immediata impugnazione degli atti di gara
 - Un cenno al ricorso incidentale

Il quadro complessivo delle semplificazioni (con soglie differenziate)

- Art. 4: sotto i 40.000 euro
 - Il tema della prova dei requisiti del soggetto scelto senza gara; NB: SOA 4.2.1; le altre fasce (4.2.2)
 - La stipula del contratto
- Art. 5: 40.000 – 150.000 per i lavori; 40.000 -sottosoglia per servizi e forniture
 - Indagine di mercato/elenchi e poi confronto (5.2.1)
 - Verifica dei requisiti: artt. 5.1.6 (sufficienza SOA), 5.1.7 e 5.2.8. linee guida; art. 36, c. 5 Codice
 - Fino a queste soglie: non si applica standstill: art. 32, c. 10, lett. B e art. 4.4.2
- Art. 6: lavori 150.000- 1.000.000: rinvio (anche per requisiti), motivazione e sì standstill (6.4)

contratti di valore superiore a 1.000.000

- Art. 36, c. 2, lett. d), codice: sopra 1.000.000 procedure ordinarie, ma semplificazione:
- Art. 36, comma 9 (dimezzare termini, semplificare oneri pubblicazione bandi)
- Minor prezzo: art. 95, comma 4, lettera a)
 - Con possibilità di esclusione automatica delle offerte anomale
 - Forniture e servizi, se sotto soglia: solo se elevata ripetitività – se sotto 40 000 sempre
- In sintesi: una semplificazione progressivamente ridotta man mano che ci si avvicina alla soglia

Più nel dettaglio

- No obbligo qualificazione delle Stazioni appaltanti per importi ridotti (art. 37, c. 1)
- Deroga stand still (lavori fino a 150.000 euro): art. 32, comma 10, lett. b (è semplificazione procedurale o attenuazione garanzie?)
 - Se superiore a 150 000: art. 6.4, linee guida (si applica stand still)
- 32, c. 14: (sotto 40.000 euro) stipula mediante corrispondenza

La trasparenza

Artt. 3.4, 5.1.4 (indagine di mercato), 5.3.3 (stipula contratto), 6.3 (in caso di procedura negoziata), Linee guida

La trasparenza e l'accesso

- Art. 53 e art. 3.2. lett. g linee guida
- Rinvio l. 241/1990
- + differimento (analitica disciplina)
- + esclusione (solo se dissenso fondato su ragioni di tutela del segreto tecnico o commerciale purché dichiarazione motivata da parte dell' offerente)
 - Deroga in caso di difesa (accesso difensivo)

Il grave problema del rito speciale e superspeciale

- Art. 120
- Il rito speciale: le oscillazioni giurisprudenziali (v., *ex multis*, Tar Lazio, n. 4407/2018: 02)
- È sufficiente la comunicazione dell'aggiudicazione o termine è legato all'accesso?

Linee guida n. 4

- Natura (v. parere CDS, n. 361/2018: non vincolanti - pag. 4)
- Campo applicazione: art. 1
- Art. 2: calcolo valore
- Art. 3: principi generali
- Artt. 4 e ss: vari scaglioni
- Art. 4 requisiti (e autodichiarazione)
 - Una digressione sull'interdittiva antimafia e sulla white list

Giurisprudenza

- TAR Sardegna 03
- Tar Veneto (04): requisiti e massimo ribasso

Il soccorso istruttorio

- La disciplina in generale
- Applicazione ai sottosoglia: Tar Campania, n. 5020/2017 (05)