

LA PROPOSTA DI ANAC PER RIDURRE GLI AFFIDAMENTI SENZA GARA: SOGLIA DA ABBASSARE

di **Giorgio Manca**

Il ampio ricorso alle procedure senza gara per l'affidamento dei contratti sotto soglia ha indotto l'Anac a proporre alcune modifiche alla disciplina del codice dei contratti pubblici del 2023, presentate (insieme ad altre proposte) nel corso della consultazione pubblica aperta presso il ministero delle Infrastrutture in vista della predisposizione dello schema di decreto correttivo al Codice. Le proposte riguardano due profili: allargare il campo di applicazione del principio di rotazione degli affidamenti dei contratti sotto soglia (articolo 49 del Codice 2023), impedendo la partecipazione alla procedura (e quindi l'aggiudicazione) anche a tutti gli operatori economici invitati alla procedura per l'affidamento del precedente appalto, pur non essendo risultati affidatari; ridurre le soglie indicate nell'articolo 50 del Codice per gli affidamenti diretti.

Anche se non risulta una specifica proposta di modifica delle soglie di importo per l'impiego delle procedure negoziate senza previa pubblicazione del bando (previste anch'esse nell'articolo 50 del Codice), con questo intervento l'Anac riapre il dibattito sulla scelta di estendere i casi in cui le stazioni appaltanti possono procedere ad affidamenti senza un confronto concorrenziale tra gli operatori economici (si veda, sul punto, l'intervento di Hadrian Simonetti su «Il Sole 24 Ore» del 7 febbraio 2023). Lasciando in disparte la proposta sull'ambito di applicazione del principio di rotazione (che sembra mostrare più problemi che soluzioni, per il possibile contrasto sia con il principio costituzionale della libera iniziativa economica privata, sia, soprattutto, con il principio di ragionevolezza, dal momento che non è chiaro per quale motivo - un motivo che dovrebbe, nelle intenzioni dei proponenti, garantire una maggiore apertura alla concorrenza - l'operatore economico non affidatario in una precedente procedura debba essere escluso, o meglio: non invitato, da quelle successive che hanno per oggetto il medesimo appalto), nella proposta dell'Anac è centrale la riduzione dell'area degli affidamenti diretti. Va sottolineato che, subito dopo l'entrata in vigore del nuovo Codice dei contratti pubblici, il ministero delle Infrastrutture (con la circolare del 20 novembre 2023, n. 298) ha ritenuto che, in via interpretativa, l'articolo 50 si possa integrare con qualcosa che ricorda la vecchia formula contenuta nell'articolo 36 del Codice del 2016, ossia con la possibilità per la stazione appaltante di ricorrere sempre alle procedure ordinarie. Ovviamente, non si tratta qui di stabilire se procedure aperte o altra procedura ordinaria siano preferibili sotto i profili della concorrenza (accesso al mercato), della trasparenza, pubblicità e degli altri principi giustamente richiamati nella circolare ministeriale; e nemmeno se le procedure ordinarie siano preferibili agli affidamenti diretti o alle procedure negoziate senza bando sul piano della buona amministrazione, dell'efficienza o dell'efficacia (anche se bisognerebbe tenere

presente quanto da tempo osservato in dottrina, ossia che le procedure a evidenza pubblica, per la loro articolazione e complessità anche formale, «comportano costi diretti in termini di risorse finanziarie e professionali da impiegare e indiretti in termini di tempi spesso molto lunghi per il loro esperimento, tenuto anche conto delle frequenti contestazioni in sede giudiziaria. Tali costi non sono sempre compensati da guadagni di efficienza sotto il profilo dell'acquisizione da parte delle stazioni appaltanti di informazioni utili per selezionare l'offerta migliore» (Marcello Clarich, 2016); per cui non sempre l'acquisizione della migliore offerta sul mercato è in grado di compensare, sotto il profilo strettamente economico, i maggiori costi per lo svolgimento della procedura ordinaria). Occorre osservare, piuttosto, che la legge non autorizza la conclusione secondo cui, anche in presenza di tutti i presupposti per procedere con affidamento diretto o procedura negoziata

Più controversa l'applicazione del principio di rotazione che presenta profili di incostituzionalità

Sui limiti di importo il legislatore nazionale ha ampi margini di discrezionalità rispetto alla Ue

senza bando (nei casi di cui alle lettere a, b e c dell'articolo 50), la stazione appaltante possa comunque optare per una delle procedure ordinarie; e il primo indizio in tal senso emerge proprio dal chiaro tenore letterale dell'articolo 50, il quale non riproduce la formula che faceva «salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie» e, per altro verso, consente alla stazione appaltante di optare per la procedura ordinaria solo per l'affidamento dei lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di rilevanza europea (implicitamente escludendola nelle altre ipotesi). Appare apprezzabile, pertanto, la decisione dell'Anac di seguire la via della richiesta di modifica della norma codicistica, affidandosi alle scelte di discrezionalità politica del legislatore. Scelte che nel caso in questione non appaiono imposte né dal diritto europeo né, per quanto ci sembra, dalla Costituzione.

L'unico limite posto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Ue è costituito dalla rilevanza transfrontaliera dell'appalto, come confermato dalla comunicazione della Commissione del 6 aprile 2022 che, con riferimento agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate senza bando di cui ai decreti legge 76/2020 e n. 77/2021 (sostanzialmente recepiti nell'articolo 50), si limita a contestare l'assenza, nel testo legislativo, del riferimento all'interesse transfrontaliero certo.

A tale adempimento ha provveduto l'articolo 48, comma 2, del codice del 2023.

a cura di **Mariana Giordano** e **Gustavo Visentini**