Consiglio di Stato
Ufficio Studi, massimario e formazione

RASSEGNA MONOTEMATICA DI GIURISPRUDENZA
a cura di Claudio Contessa, aggiornata al 31 dicembre 2018

I PRINCÌPI GENERALI DEL D.LGS. N. 50 DEL 2016 E I PRINCÌPI DI CUI ALLE PARTI I E II CHE RISULTANO APPLICABILI: I) AI CONTRATTI PUBBLICI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DALL'AMBITO DI APPLICAZIONE DEL CODICE, II) AI CONTRATTI SOTTOSOGLIA COMUNITARIA E III) AI CONTRATTI NEI SETTORI SPECIALI.

SOMMARIO: Premessa metodologica - Parte I. Disposizioni della Parte I e della Parte II del codice dei contratti pubblici che risultano applicabili ai contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice. – §I.1. Osservazioni generali. – §1.2. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. n. 60/2016. –§ 1.3. Princìpi generali ex art. 4 del nuovo 'Codice' e contratti attivi della P.A. - §1.4. Princìpi generali e affidamento dei servizi legali. - §I.5. Contratti esclusi e disciplina dell'anomalia delle offerte, ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50 del 2016. - §I.6. Disciplina relativa alla predeterminazione dei criteri ai sensi dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016. - §I.7. Contratti esclusi e mancata indicazione degli oneri per la sicurezza. – §I.8. Contratti esclusi e avvalimento. - §I.9. Disciplina dell'art. 77, comma 7 del D.lgs. 50 del 2016 (già 84, comma 10, del D.lgs. n. 163 del 2006) sui tempi di nomina della commissione giudicatrice. - §I.10. Contratti esclusi e autovincolo da parte della stazione appaltante. - **Parte II. Disposizioni della Parte I e della Parte II del codice dei contratti pubblici che risultano applicabili anche agli affidamenti di importo inferiore alla soglia di rilevanza comunitaria (cc.dd. affidamenti sottosoglia). -** §II.1. Osservazioni generali. - §II.2. In particolare: affidamenti sottosoglia e principio di rotazione. - **Parte III. Disposizioni della Parte I e della**

Parte II del codice dei contratti pubblici che risultano applicabili anche agli affidamenti nei cc.dd. 'settori speciali'. - §III.1. Osservazioni generali - §III.2. Attenuazione degli ambiti differenziali fra i settori cc.dd. 'ordinari' e i settori cc.dd. 'speciali'. - §III.3. Settori speciali e principio di rotazione. -§ III.4. Settori speciali e disciplina della cauzione provvisoria ex art. 93 D.lgs. n. 50 del 2016. - §III.5. Disciplina dell'art. 88, comma 1 bis, del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: D.lgs. 50 del 2016, art. 97) sul procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta. **-** §III.6. Settori speciali e disciplina dell'art. 42 del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: art. 83 del D.lgs. 50 del 2016) sui requisiti speciali di partecipazione alle gare. – §III.7. Settori speciali e principio di pubblicità. - §III.8. Settori speciali e disciplina in tema di raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari.

Premessa metodologica.

Nell'aprile del 2014 l'Ufficio studi della Giustizia amministrativa pubblicò per la prima volta una rassegna monotematica di giurisprudenza sulla rilevanza delle disposizioni della parte II, titolo I del D.lgs. 163 del 2006 (ossia, della generale disciplina relativa ai contratti di rilevanza comunitaria) in relazione ad alcuni ambiti peculiari per i quali – al di là delle generali affermazioni di principio – più difficoltosa risultava l'applicabilità di tale generale disciplina.

La Rassegna in questione si soffermò su cinque ambiti tematici specifici (*i*) contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice; *ii*) concessioni di servizi; *iii*) contratti 'sottosoglia'; *iv*) affidamenti in economia *ex* art. 125; *v*) affidamenti nei settori speciali).

Con l'entrata in vigore del nuovo 'pacchetto' normativo UE del 2014 e, in seguito, del nuovo '*Codice dei contratti pubblici*' del 2016, alcune fra le esigenze sottese all'impostazione della Rassegna monotematica in parola risultano ormai superate.

Basti qui pensare:

- al fatto che il nuovo codice (coerentemente con l'evoluzione del diritto UE) ha superato la distinzione fra gli appalti di servizi cc.dd. 'prioritari' di cui al pregresso allegato IIA (per i quali trovavano integrale applicazione le previsioni dello stesso codice) e quelli cc.dd. 'non prioritari' di cui all'allegato IIB (per i quali trovavano applicazione le sole previsioni degli articoli 65, 68 e 225). L'evoluzione normativa in questione ha quindi comportato sotto tale aspetto il superamento di molte fra le esigenze sottese alla redazione della richiamata Rassegna;
- al fatto che, mentre in materia di concessioni, il 'Codice' del 2006 recava una disciplina (oltretutto molto sintetica) limitata al solo settore dei servizi (art. 30), al contrario il nuovo 'Codice' – recependo le previsioni della Dir. 2014/23/UE reca ora una disciplina di un certo livello di dettaglio per tutte le tipologie di concessioni (Parte III - artt. 164-178). La nuova disciplina individua inoltre – anche qui con un certo livello di dettaglio e sia pure con il limite della compatibilità – quali delle disposizioni di cui alle parti I e II del nuovo codice trovino applicazione anche per i contratti di concessione (in tal senso l'articolo 164, co. 2). Anche in questo caso sono quindi in larga parte venute meno le ragioni conoscitive e di sistema che avevano indotto alla redazione della Rassegna del 2014;
- al fatto che il nuovo codice non contempla una disciplina specifica degli affidamenti in economia (quale quella di cui all'art. 125 del D.lgs. 163 del 2006), anche in questo caso superando l'assetto di sistema che aveva ispirato la predisposizione della richiamata Rassegna.

Resta comunque, anche all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice, l'esigenza di stabilire quali delle disposizioni di cui alla Parte I ('*Ambito di applicazione, princìpi. disposizioni comuni ed esclusioni*') e di cui alla Parte II ('*Contratti di appalto per lavori, servizi e forniture*') siano applicabili in relazione a particolari ambiti disciplinari, per i quali ancora oggi non possono dirsi dissolti tutti i dubbi applicativi.

A seguito dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice', quindi, gli ambiti di indagine sono stati quindi ridotti a tre e vengono qui individuati: (*i*) nei contratti esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice; *ii*) nei contratti 'sottosoglia' e *iii*) negli affidamenti nei settori speciali).

Dal punto di vista operativo l'indagine viene resa più complessa dalle contingenze del momento storico in cui la presente Rassegna viene predisposta.

Ed infatti

- mentre la Rassegna del 2014 fu elaborata a circa otto anni dall'entrata in vigore del D.lgs. 163 del 2006 (ossia, in un momento in cui l'elaborazione giurisprudenziale risultava ormai piuttosto matura e incodeva su istituti ormai sostanzialmene consolidati)
- al contrario, la presente Rassegna viene predisposta a circa due anni e mezzo dall'entrata in vigore del D.lgs. 50 del 2016. Si tratta di un periodo troppo breve perché si possa disporre di una adeguata 'massa critica' di orientamenti giurisprudenziali.

Nella consapevolezza di tale difficoltà si è ritenuto di porvi (almeno parziale) rimedio richiamando comunque gli orientamenti giurisprudenziali formatisi nella vigenza del 'Codice' del 2006 e che mantengono ancora persistente attualità.

Si è inoltre ritenuto di non limitare l'analisi ai soli orientamenti resi dalla Giustizia amministrativa in sede contenziosa, ma di aggiungervi anche le preziose elaborazioni svolte dal Consiglio di Stato in sede consultiva (con particolare riguardo ai pareri resi a fronte degli atti di regolazione dell'Autorità di settore).

PARTE I. DISPOSIZIONI DELLA PARTE I E DELLA PARTE II DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI CHE RISULTANO APPLICABILI AI CONTRATTI ESCLUSI IN TUTTO O IN PARTE DAL CAMPO DI APPLICAZIONE DEL CODICE.

§*I.1. Osservazioni generali*

Qui di seguito si richiameranno alcuni fra i principali orientamenti formatisi nella giurisprudenza amministrativa (e nell'ambito dell'attività consultiva del Consiglio di Stato) circa le disposizioni e i princìpi della Parte I e della Parte II del Codice (rispettivamente relative ad '*Ambito di applicazione, princìpi, disposizioni comuni ed esclusioni*' e ai '*Contratti di appalto per lavori servizi e forniture*') che possono trovare applicazione anche nei confronti degli affidamenti nei settori cc.dd. 'esclusi' di cui alla Parte I – Titolo II del nuovo 'Codice'.

Dal punto di vista del diritto eurounitario a questione è stata affrontata dalla *Comunicazione interpretativa della commissione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici* (documento 2006/C 179/02).

Nell'occasione l'Esecutivo UE ha chiarito che, al momento dell'aggiudicazione di appalti pubblici che rientrano comunque nell'ambito di applicazione del trattato CE (indipendentemente dall'essere o meno incluse nell'ambito della disciplina delle direttive settoriali), le amministrazioni aggiudicatici degli Stati membri sono tenute a conformarsi alle disposizioni e ai principi di tale trattato, riguardanti in particolare la libera circolazione delle merci (articolo 28 del trattato CE), il diritto di stabilimento (articolo 43), la libera prestazione di servizi (articolo 49), la non discriminazione e l'uguaglianza di trattamento, la trasparenza, la proporzionalità e il riconoscimento reciproco.

Ha altresì ricordato che la CGUE ha definito un insieme di norme fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici, che derivano direttamente dalle disposizioni e dai principi del trattato CE.

Ai sensi di tale giurisprudenza (per come richiamata dall'Esecutivo UE) "*i principi di uguaglianza di trattamento e di non discriminazione sulla base della nazionalità comportano un obbligo di trasparenza che, conformemente alla giurisprudenza della CGCE, «consiste nel garantire, in favore di ogni potenziale offerente, un adeguato livello di pubblicità che consenta l'apertura degli appalti dei servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull'imparzialità delle procedure di aggiudicazione». Tali norme si applicano all'aggiudicazione di concessioni di servizi, agli appalti inferiori alle soglie e agli appalti di servizi di cui all'allegato II B della direttiva 2004/18/CE e all'allegato XVII B della direttiva 2004/17/CE quando si tratta di aspetti non disciplinati dalle predette direttive. La Corte ha esplicitamente dichiarato che «sebbene taluni contratti siano esclusi dalla sfera di applicazione delle direttive comunitarie nel settore degli appalti pubblici, le amministrazioni aggiudicatrici che li stipulano sono ciò nondimeno tenute a rispettare i principi fondamentali del trattato» (…)*".

Dal punto di vista del diritto interno, invece, la norma di base da cui prendere le mosse per ricostruire il pertinente quadro normativo è rappresentata dall'articolo 4 del nuovo 'Codice' (rubricato '*Principi relativi all'affidamento di contratti pubblici esclusi*'), secondo cui «*l'affidamento dei contratti pubblici aventi ad oggetto lavori, servizi e forniture, dei contratti attivi, esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del presente codice, avviene nel rispetto dei principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica*».

Una disposizione per molti versi analoga era già contenuta nell'articolo 27 del D.lgs. 163 del 2006 la quale, allo stesso modo, indicava i princìpi relativi ai contratti esclusi.

Questa è la ragione per cui (pur nell'oggettiva differenza fra la disciplina in tema di contratti esclusi recata dal 'Codice de Lise' e la nuova disciplina codicistica) molti degli orientamenti giurisprudenziali formatisi nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 presentano ancora oggi persistente attualità.

§I.2. Disciplina dei requisiti di carattere generale ai sensi dell'art. 80 del D.lgs. n. 60/2016.

La regola secondo la quale tutti coloro che prendono parte all'esecuzione di pubblici appalti devono essere in possesso dei necessari requisiti morali può essere considerata un principio di tutela della *par condicio*, dell'imparzialità ed efficacia dell'azione amministrativa, per cui deve trovare applicazione anche nei contratti esclusi in tutto o in parte dal campo di applicazione del codice. Un filone giurisprudenziale formatosi nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 (ma i cui esiti mantengono permanente validità) ha chiarito che nei contratti c.d. esclusi può non esigersi il medesimo rigore formale di cui all'art. 80 del D.lgs. n 163/2016 (in precedenza: art. 38 del D.lgs. 163 del 2006) e gli stessi vincoli procedurali, ma resta inderogabile la sostanza, ossia il principio che i soggetti devono avere i requisiti morali e che il possesso di tali requisiti vada in concreto verificato (in tal senso: Consiglio di Stato, V, 17 maggio 2012, n. 2825, cfr. altresì Consiglio di Stato, VI, 15 giugno 2010, n. 3759; Cons. Stato, VI, 21 maggio 2013, n. 2725 e Parere AVCP sulla normativa del 3 luglio 2013 AG 8/13 in materia di divieto di partecipazione mediante società fiduciaria *ex* art. 38, comma 1, lett. d), del previgente Codice, nonché il Parere sulla Normativa dell'11 luglio 2012 - rif. AG 10/12 D.lgs 163 del 2006 Articoli 20, 38). L'inapplicabilità del richiamato rigore formale, di regola richiesto nel rendere le dichiarazioni prescritte dall'art. 80 (e in precedenza dall'art. 38), è stato ribadito da Cons. Stato, III, 14 dicembre 2012, n. 64443; peraltro è stato affermato che se il bando di gara richiama espressamente il disposto dell'art. 38 ed i connessi obblighi dichiarativi - che, pertanto, ai fini della disciplina di gara rilevano in via diretta e non per il tramite mediato dell'art. 27 - sussiste l'obbligo di rispettarne non solo il contenuto precettivo di ordine sostanziale ma anche i connessi obblighi formali (così T.A.R. Molise, 11 aprile 2014, n. 242).

§*I.3. Princìpi generali ex art. 4 del nuovo 'Codice' e contratti attivi della P.A.*

All'indomani del 'Decreto correttivo' n. 56/2017 (il quale ha modificato l'art. 4 del 'Codice' e ha esteso anche ai *contratti attivi* dell'amministrazione l'applicabilità dei princìpi generali che la medesima

disposizione già riservava ai contratti esclusi) ci si era domandati se tale innovazione, invece di ampliare l'ambito dell'applicabilità di tali princìpi, avesse paradossalmente finito per restringerla.
In particolare l'ANAC aveva chiesto al Consiglio di Stato di chiarire se fosse corretta l'interpretazione secondo cui, all'indomani del Decreto correttivo, occorrerebbe distinguere fra

- (da un lato) i contratti pubblici aventi ad oggetto lavori servizi e forniture, nonché i contratti attivi, per i quali opererebbero i princìpi generali di cui all'articolo 4 del 'Codice' e
- (dall'altro) i contratti diversi da quelli attivi - cioè i contratti passivi con cui l'amministrazione acquisisce, ad esempio, la disponibilità di un bene - che non abbiano ad oggetto lavori, servizi e forniture siano esenti anche dall'applicazione dei principi generali di cui all'articolo 4, per i quali non opererebbero i richiamati princìpi generali.

Il Consiglio di Stato, con il parere della Commissione speciale n. 1241 del 10 maggio 2018 ha invece aderito a un'interpretazione ampia e onnicomprensiva dei princìpi generali di cui al richiamato articolo 4 e ha chiarito che gli artt. 4 e 17, lettera a), del 'Codice' vanno interpretati nel senso che per i contratti attivi e passivi della P.A., aventi ad oggetto ad oggetto l'acquisto o la locazione di terreni, fabbricati esistenti o altri beni immobili, si devono rispettare i principi di economicità, efficacia, imparzialità, parità di trattamento, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, tutela dell'ambiente ed efficienza energetica previsti dall'articolo 4 per tutti i contratti pubblici esclusi, in tutto o in parte, dall'ambito di applicazione oggettiva del codice.
Ne consegue che in tale ambito spetta all'ANAC la relativa vigilanza e il controllo ai sensi dell'art. 213 del D.Lgs. n. 50 del 2016 (sul punto: A. MEALE, *Contratti di acquisto e di locazione di immobili della p.a. - I contratti attivi e passivi di acquisto o di locazione di immobili della P.A.*, in: *Giur. It., 2018, 8-9, 1979*).

§I.4. Princìpi generali e affidamento dei servizi legali

Nel parere della Commissione speciale n. 2017 del 3 agosto 2018 sullo schema di linee guida ANAC relative all'affidamento dei servizi legali[1], il Consiglio di Stato ha fornito rilevanti chiarimenti sulle disposizioni e sui princìpi applicabili alla polimorfa figura dei servizi legali.

In particolare, la Commissione speciale ha chiarito:

- che le prestazioni di servizi legali possono essere inquadrate in due differenti tipologie di contratti a seconda della esigenze da soddisfare e dunque della funzione svolta e possono in particolare concretarsi: *i*) in contratti d'opera intellettuale con prestazione di lavoro prevalentemente proprio, non organizzato in forma imprenditoriale (artt. 2229 e ss. cod. civ.; *ii*) in contratti di appalto di servizi, i quali presuppongono che l'appaltatore, invece, esegua la prestazione servendosi dell'organizzazione dei mezzi necessari e con gestione a proprio rischio (art. 1655 cod. civ.).
- che, sul piano generale, occorre distinguere fra: *i*) i contratti di appalto di lavori, servizi e fornitura sottoposti alle regole del Codice; *ii*) i contratti "esclusi" dal rispetto di tali regole ma soggetti all'osservanza dei principi generali di cui all'art. 4 del Codice; *iii*) i contratti "estranei" non nominati dal Codice e pertanto sottratti all'applicazione delle regole e dei principi (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 1 agosto 2011, n.16);
- che a tutti i contratti menzionati dall'articolo 17 del 'Codice' (ivi compresi i contratti di rappresentanza legale di un cliente e i contratti di consulenza legale di cui all'articolo 17, comma 1, lettera d)) si applicano i principi dell'articolo 4. Essi sono, pertanto, "*esclusi*" e non "*estranei*" (nel medesimo senso: Cons. Stato, comm. spec., parere n. 1241 del 2018);
- che laddove i servizi legali siano connotati dallo svolgimento, in forma organizzata, continuativa e con rischio assunto prevalentemente dal professionista incaricato (come nelle ipotesi di

[1] Le linee guida in questione sono state infine adottate dall'Autorità con atto n. 12 del 24 ottobre 2018.

cui all'articolo 17, comma 1, lett. d) del 'Codice'), l'affidamento di tali servizi dovrà seguire i princìpi e le regole dell'evidenza pubblica;

- che è ammesso affidamento diretto a un professionista determinato di uno dei servizi legali di cui all'articolo 17, comma 1, lett. d) del codice dei contratti pubblici laddove sussistano specifiche ragioni logico – motivazionali (le quali devono tuttavia essere espressamente illustrate dalla stazione appaltante nella determina a contrarre). E' ad esempio possibile ricorrere a tali forme di affidamento diretto in caso di «*consequenzialità tra incarichi*», di «*complementarietà con altri incarichi attinenti alla medesima materia oggetto del servizio legale in affidamento*», nonché di «*affidamento diretto per ragioni di urgenza*».

§*I.5. Contratti esclusi e disciplina dell'anomalia delle offerte, ai sensi dell'art. 97 del D.lgs. 50 del 2016*

Nella vigenza del vecchio Codice l'Autorità di settore aveva affermato che, salvo i casi in cui sia la stessa amministrazione ad autovincolarsi nella *lex specialis* di gara, la procedura di affidamento dei servizi "esclusi" non è soggetta all'obbligo di verifica di congruità delle offerte di cui all'art. 86 del D.lgs. n. 163 del 2006 (coincidenti con l'attuale articolo 97 del nuovo 'Codice' - cfr. AVCP AG 32 del 23 settembre 2010 e Parere di Precontenzioso n. 79 del 09/05/2013 - rif. PREC 259/12/S d.lgs 163 del 2006 Articoli 20 - Codici 20.1).

§*I.6. Disciplina relativa alla predeterminazione dei criteri ai sensi dell'art. 95 del D.lgs. n. 50 del 2016.*

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006, la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito che nelle procedure di valutazione comparativa concorrenziale volte all'affidamento di un servizio "escluso", pur non trovando diretta applicazione l'art. 83, comma 4, del D.lgs. n. 163 del 2006 (coincidente con l'art. 95 del nuovo 'Codice'), che disciplina

l'aggiudicazione dei contratti pubblici secondo il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa, la regola secondo cui spetta al bando suddividere i criteri in sottopunteggi, allo scopo di limitare la discrezionalità della Commissione giudicatrice, trova fondamento nell'art. 12 della legge n. 241 del 1990, a mente del quale la sovvenzione di concessioni di qualunque genere è subordinata alla predeterminazione ed alla pubblicazione da parte delle Amministrazioni procedenti dei criteri e delle modalità cui le Amministrazioni devono attenersi. La predeterminazione dei criteri e delle procedure è posta a garanzia della trasparenza dell'azione amministrativa, e si innalza a principio generale in forza del quale l'attività di erogazione deve, in ogni caso, conformarsi a referenti oggettivi, nonché pubblici.

Allo stesso modo, pur non essendo applicabile ai servizi esclusi la disciplina di cui all'art. 38, comma m-*quater*, del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: articolo 80, comma 5, lettera m)del nuovo 'Codice') in tema di collegamento sostanziale, in presenza di circostanze quali l'identità della sede tra le imprese partecipanti ed il ruolo apicale ricoperto da un unico soggetto, l'Amministrazione deve condurre un'adeguata istruttoria, onde verificare l'esistenza di accordi idonei ad eludere il limite dell'aggiudicazione di diversi lotti, prescritto dalla *lex specialis* (T.A.R. Umbria, 14 marzo 2012, n. 96; sulla rilevanza del richiamo espresso all'art. 84 contenuto nel bando cfr. T.A.R. Piemonte, II, n. 1719/2007).

§*I.7. Contratti esclusi e divieto di modificazione dei criteri*

Nel vigore del D.lgs. 163 del 2006 la giurisprudenza aveva chiarito che i princìpi generali in tema di attività contrattuale della P.A. (già contenuti nell'articolo 2 di quel testo normativo e da ultimo trasfusi nell'articolo 30 del nuovo 'Codice') trovano applicazione non limitatamente ai soli appalti di lavori, servizi e forniture ma presentano una valenza pressoché generalizzata nell'intero settore dell'attività contrattuale della P.A.

Era stato quindi chiarito (in relazione a una vicenda avente ad oggetto un appalto di servizi, ma con proposizione a valenza generale e di perdurante validità, anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice') che la regola della non modificabilità in corso di gara dei criteri di valutazione predeterminati dalla *lex specialis* è valida in via generale, tanto più quando siano già state aperte le buste delle offerte, "*in quanto applicazione diretta dei fondamentali principi di parità di trattamento dei concorrenti e di effettività del loro confronto competitivo, che sono osservati se il confronto è eseguito per tutti i concorrenti secondo i parametri certi e comuni sulla cui base ciascuno di essi ha definito l'offerta*" (Cons. Stato, VI, 4 giugno 2015, n. 2755).

§*I.8. Contratti esclusi e mancata indicazione degli oneri per la sicurezza*

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 la giurisprudenza amministrativa aveva chiarito che, poiché negli appalti nei settori esclusi (con particolare riguardo a quelli di cui all'allegato IIB del Codice dei contratti pubblici) si applica la disciplina contenuta nell'art. 20 del suddetto Codice, che non richiama espressamente l'applicazione degli artt. 86 e 87 del Codice dei contratti pubblici, se la *lex specialis* non prevede che i costi per la sicurezza debbano essere indicati nell'offerta, né contiene una clausola di esclusione in caso di mancata specificazione dei costi in questione, è illegittimo il provvedimento di esclusione dell'offerta emesso per il fatto che essa non indichi i costi relativi alla sicurezza (in tal senso: Cons. Stato, V, ord. 5 marzo 2014, n. 991; T.A.R. Basilicata, I, 23 dicembre 2013, n. 8104; Cons. Stato, III, 19 dicembre 2011, n. 6640; Cons. Stato, V, 6 agosto 2012, n. 4510).

Sempre nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 era stato affermato che nelle gare aventi ad oggetto servizi esclusi dall'applicazione del 'Codice', la mancanza nel bando di una previsione specifica non esentava i concorrenti dal dovere di indicare gli oneri della sicurezza aziendale e dall'osservare le norme in materia di sicurezza sul lavoro, ma comportava soltanto che, ove la stazione appaltante non si fosse autovincolata nella legge di gara ad osservare la disciplina di dettaglio dettata dagli artt. 86 commi 3 bis e 3 ter

e 87 comma 4, del D.Lgs. n. 163 del 2006 (Codice degli appalti), il concorrente, che non avesse indicato i suddetti oneri della sicurezza nella propria offerta, dovesse essere chiamato a specificarli successivamente, nell'ambito della fase di verifica della congruità dell'offerta stessa, allo scopo di consentire alla stazione appaltante di adempiere al suo onere (che sussisteva anche al di fuori del procedimento di verifica delle offerte anomale) di verificare il rispetto di norme inderogabili a tutela dei fondamentali interessi dei lavoratori in relazione all'entità ed alle caratteristiche del servizio (in tal senso: Cons. Stato, III, 28 settembre 2015, n. 4537).

Si ritiene che gli orientamenti in parola mantengano permanente validità anche all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice' anche alla luce del riconoscimento giurisprudenziale del carattere del tutto centrale degli obiettivi di rilievo costituzionale di tutela della salute e della sicurezza dei lavoratori (sul punto – *ex multis* -: Cons. Stato, Ad. Plen. 20 marzo 2015, n. 3).

§*I.9. Contratti esclusi e avvalimento*

Il C.G.A.R.S. con sentenza n. 791 del 18 settembre 2012, richiamando la sentenza della Corte di Giustizia UE, Sez. III, 17 marzo 2011, causa C – 95/10 (*Strong Segurança SA*), ha precisato, con riferimento agli appalti nei settori esclusi (con particolare riguardo ai servizi elencati nell'allegato II B), che poiché il diritto dell'Unione Europea non impone agli stati nazionali di applicare l'art. 47 n. 2 della direttiva n. 18/2004 in materia di avvalimento a siffatte tipologie di appalti, il legislatore nazionale non è tenuto ad estenderne il campo di applicazione e, a tanto, non sono obbligate neppure le stazioni appaltanti in sede di predisposizione dei bandi di gara, fermo restando il potere discrezionale di ammettere nei documenti di gara la possibilità di fare ricorso a tale istituto. Prosegue la pronuncia rammentando che, con la medesima sentenza, la Corte di Giustizia ha altresì escluso che l'obbligo di rendere possibile il ricorso generalizzato all'istituto dell'avvalimento possa evincersi dal principio

generale della concorrenza o da quelli di trasparenza e di parità di trattamento nonché da quello collegato di divieto di introdurre discriminazioni in base alla nazionalità o al luogo di stabilimento.

L'orientamento in questione deve ritenersi valido anche all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice' (attuativo delle disposizioni del 'pacchetto' UE appalti/concessioni il quale, allo stesso modo, non rende vincolante il ricorso all'avvalimento nei settori cc.dd. esclusi,

§I.10. Disciplina dell'art. 77, comma 7 del D.lgs. 50 del 2016 (già 84, comma 10, del D.lgs. n. 163 del 2006) sui tempi di nomina della commissione giudicatrice.

Si è posta in giurisprudenza la questione se sia applicabile anche ai settori cc.dd. 'esclusi' la previsione di cui all'art. 77, comma 7 del D.lgs. 50 del 2016 (già art. 84, comma 10 del D.lgs. 163 del 2006) secondo cui la nomina dei commissari e la costituzione della commissione devono avvenire dopo la scadenza del termine fissato per la presentazione delle offerte.

Secondo quanto affermato dal T.A.R. Marche con sentenza 25 maggio 2012, n. 364 (con statuizioni che si ritengono valide anche all'indomani dell'entrata in vigore del nuovo codice) merita condivisione l'orientamento per cui la norma di cui all'art. 84, comma 10, seppure non direttamente applicabile agli appalti cc.dd. 'esclusi' – stante il disposto dell'art. 20 del D.lgs n. 163 del 2006 - debba essere ricondotta ai principi di cui all'art. 27 del D.lgs n. 163 del 2006 (in seguito: art. 4 del D.lgs. 50 del 2016), immanenti all'intero *corpus* codicistico e relativi alla garanzia del principio di imparzialità. E' tuttavia necessario accertare, di volta in volta, se tale principio sia stato effettivamente messo in pericolo dalla nomina anticipata della Commissione. Infatti, condivisibilmente, la giurisprudenza ha ritenuto che nei settori "esclusi" tale pericolo non sia rinvenibile, per esempio, in caso di nomina di poco anteriore al termine di scadenza per la presentazione delle offerte o, comunque, lo stesso giorno (Cons. Stato, III, 17 ottobre 2011 n. 5547).

§I.11. Contratti esclusi e autovincolo da parte della stazione appaltante

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 la giurisprudenza si era domandata se, in disparte la generale applicabilità delle disposizioni di principio di cui all'articolo 27 (in sostanza coincidente con l'articolo 4 del nuovo 'Codice') la stazione appaltante potesse decidere, in via di autovincolo, di applicare ulteriori e diverse disposizioni del previgente 'Codice, non altrimenti applicabili ai settori in parola.

Era stato chiarito al riguardo (con statuizione che si ritiene di permanente validità anche nel nuovo quadro normativo) che la stazione appaltante può prevedere, negli atti di gara, l'applicazione di disposizioni del Codice ulteriori rispetto a quelle previste nell'art. 20 (cfr., *ex multis*, T.A.R. Sicilia, Palermo, 10 maggio 2012, n. 934 anche per le implicazioni derivanti dal principio di tassatività delle cause di esclusione di cui all'art. 46, comma 1 *bis* su cui cfr. altresì T.A.R. Lombardia, Milano, I, 15 maggio 2012, n. 1356 sebbene riferita ai contratti nei settori speciali). In tal caso è comunque tenuta ad applicare, nell'aggiudicazione dei servizi cc.dd. 'esclusi', anche quelle norme del D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163 che, seppure non richiamate nell'art. 20, siano state espressamente inserite nel bando o comunque negli atti di gara, poiché in questo caso l'Amministrazione si "autovincola" al rispetto delle stesse (cfr. A.V.C.P. deliberazioni n. 4/2010, n. 36/2009, n. 10/2009, n. 7/2009 nonché Parere sulla Normativa del 23/09/2010 - rif. AG32/2010 D.lgs 163 del 2006 Articoli 20 - Codici 20.1).

PARTE II. DISPOSIZIONI DELLA PARTE I E DELLA PARTE II DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI CHE RISULTANO APPLICABILI ANCHE AGLI AFFIDAMENTI DI IMPORTO INFERIORE ALLA SOGLIA DI RILEVANZA COMUNITARIA (CC.DD. AFFIDAMENTI SOTTOSOGLIA).

§*II.1. Osservazioni generali*

Come è noto, una delle principali differenze disciplinari che caratterizza il nuovo '*Codice dei contratti*' rispetto al D.lgs. 163 del 2006 è rappresentata dall'approccio profondamente diverso serbato sul tema degli affidamenti cc.dd. 'sottosoglia' (i quali presentano grandissima importanza sistemica sia al livello numerico, sia al livello di importi intermediati).

Ed infatti, l'articolo121 del previgente 'Codice' stabiliva che ai contratti pubblici aventi per oggetto lavori, servizi, forniture, di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria si applicassero, oltre alle disposizioni della Parte I ('*Princìpi e disposizioni comuni*'), della Parte IV ('*Contenzioso*) e della Parte V ('*Disposizioni di coordinamento, finali e transitorie*'), anche le disposizioni della Parte II (relativa agli appalti nei cc.dd. 'settori ordinari'), in quanto non derogate dalle norme della Parte II – Titolo II.

La scelta del Legislatore del 2006 era stata dunque ispirata da un approccio di notevole rigore e mirava dunque ad estendere ai contratti sottosoglia l'intera disciplina di dettaglio prevista nella Parte II Titolo I del 'Codice per gli appalti di importo superiore alla soglia di rilevanza comunitaria.

E va qui osservato che la scelta era tutt'altro che scontata dal punto di vista del diritto eurounitario in quanto la richiamata *Comunicazione interpretativa della Commissione europea relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»* (documento 2006/C 179/02), lungi dall'imporre nel 'sottosoglia' l'applicazione delle *disposizioni* proprie del 'sopra soglia' (il che avrebbe reso a ben vedere inutile la stessa distinzione fra i due ambiti), si limitava invece

ad individuare talune disposizioni di principio applicabili anche ai contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza[2]

Nella vigenza del 'Codice de Lise' la giurisprudenza aveva inoltre chiarito che le speciali disposizioni recate dagli articoli 122, 123 e 124 per il solo ambito del 'sottosoglia' non fossero automaticamente idonee ad esaurire *in toto* l'ambito disciplinare, dovendosi comunque garantire l'applicazione – per i contratti aventi comunque un potenziale interesse transfrontaliero – dei princìpi desumibili dal Trattato di Roma.

Si era in particolare stabilito che, stante la cogenza anche per gli appalti c.d. 'sottosoglia' dei principi desumibili dal Trattato UE, sarebbe stato comunque necessario accertare, di volta in volta, alla luce delle caratteristiche concrete dell'appalto e, in particolare, della idoneità a suscitare un interesse transfrontaliero certo, se tali disposizioni interne potessero, di volta in volta, ritenersi conformi agli *standards* imposti dai predetti principi e ciò con particolare riferimento al principio di trasparenza ed ai connessi obblighi di pubblicità, nonché al principio di non discriminazione in base alla nazionalità dell'operatore (Corte di Giustizia UE, sez. IV, 15 maggio 2008 in cause riunite C – 147/06 e C – 148/06 nonché Corte di Giustizia UE 13 novembre 2007 in causa C – 507/2003).

---

[2] In base al punto 1.3. della richiamata Comunicazione interpretativa, "*le norme derivate dal trattato CE si applicano soltanto alle aggiudicazioni di appalti che hanno sufficiente rilevanza per il funzionamento del mercato interno. Sotto questo profilo, la CGCE ha considerato che in singoli casi «a causa di circostanze particolari, come un valore economico molto limitato», un'impresa con sede in un altro Stato membro non avrebbe interesse all'aggiudicazione dell'appalto. In questo caso, «gli effetti sulle libertà fondamentali dovrebbero essere considerati troppo aleatori e troppo indiretti» per giustificare l'applicazione di norme derivate dal diritto primario della Comunità. Spetta alle singole amministrazioni aggiudicatrici decidere se l'aggiudicazione di un determinato appalto possa essere interessante per operatori economici situati in altri Stati membri. La Commissione ritiene che questa decisione deve essere basata su una valutazione delle circostanze specifiche del caso, quali l'oggetto dell'appalto, il suo importo stimato, le particolari caratteristiche del settore in questione (dimensioni e struttura del mercato, prassi commerciali, ecc.), nonché il luogo geografico di esecuzione dell'appalto. Se l'amministrazione aggiudicatrice giunge alla conclusione che l'appalto in questione presenta interesse per gli operatori economici di altri Stati membri, deve aggiudicarlo in conformità con le norme fondamentali derivanti dal diritto comunitario*".

Anche la giurisprudenza costituzionale aveva sottolineato l'esigenza di individuare comuni tratti disciplinari e di principio fra gli ambiti del 'sottosoglia' e del 'sopra soglia' (in tal modo rafforzando in qualche misura la linea di indirizzo già intrapresa dal legislatore del 2006).

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti (v. ad es. la sentenza n. 184 del 2011), la disciplina del Codice degli appalti, nella parte concernente le procedure di selezione ed i criteri di aggiudicazione è strumentale a garantire la tutela della concorrenza (tra le molte, sentenze n. 186 del 2010, n. 320 del 2008; n. 401 del 2007) e, conseguentemente, anche le Regioni a statuto speciale e le Province autonome che siano titolari di competenza legislativa primaria nella materia dei lavori pubblici di interesse regionale non possono stabilire al riguardo una disciplina suscettibile di alterare le regole di funzionamento del mercato (sentenze n. 221 del 2010; n. 45 del 2010).

Siffatto carattere connota, altresì, le norme aventi ad oggetto la disciplina delle offerte anomale (sentenza n. 411 del 2008, concernente, peraltro, la legge regionale in esame; sentenza n. 320 del 2008), anche se relative agli appalti sotto la soglia di rilevanza comunitaria.

Secondo la Corte infatti, la distinzione tra contratti sottosoglia e sopra soglia non costituisce un utile criterio ai fini dell'identificazione delle norme statali strumentali a garantire la tutela della concorrenza, in quanto tale finalità può sussistere in riferimento anche ai contratti riconducibili alla prima di dette categorie e la disciplina stabilita al riguardo dal legislatore statale mira ad assicurare, tra l'altro, «*il rispetto dei principi generali di matrice comunitaria stabiliti nel Trattato e, in particolare, il principio di non discriminazione (in questo senso, da ultimo, nella materia in esame, Corte di giustizia 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06)*» (sentenza n. 160 del 2009).

La scelta di politica legislativa operata dal Legislatore del 2006 è stata diametralmente opposta e si è mossa nella direzione di differenziare profondamente gli ambiti disciplinari del 'sopra soglia' e del 'sottosoglia', assoggettando tale secondo ambito a una disciplina del tutto peculiare.

Del resto, la stessa legge delega n. 11 del 2016 aveva stabilito quale principio direttivo della delega «*[la] previsione di una disciplina applicabile ai*

contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria e di una disciplina per l'esecuzione di lavori, servizi e forniture in economia ispirate a criteri di massima semplificazione e rapidità dei procedimenti, salvaguardando i princìpi di trasparenza e imparzialità della gara» (criterio di delega *g*)).

La stessa legge di delega aveva dedicato altri due criteri specifici all'ambito del sottosoglia e aveva previsto:

- «*[l']indicazione delle modalità di individuazione e valutazione delle offerte anomale, che rendano non predeterminabili i parametri di riferimento per il calcolo dell'offerta anomala, con particolare riguardo ad appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria*» (criterio di delega *ff*));
- «*[la] garanzia di adeguati livelli di pubblicità e trasparenza delle procedure anche per gli appalti pubblici e i contratti di concessione sotto la soglia di rilevanza comunitaria, assicurando, anche nelle forme semplificate di aggiudicazione, la valutazione comparativa tra più offerte, prevedendo che debbano essere invitati a presentare offerta almeno cinque operatori economici, ove esistenti, nonché un'adeguata rotazione, ferma restando la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di cui alla direttiva 2014/25/UE di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti, adottati in conformità ai princìpi dettati dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea a tutela della concorrenza*» (in tal senso il criterio *ii*)).

Ne è scaturita la previsione dell'articolo 36 del nuovo 'Codice' il quale, nel compendiare in un'unica disposizione l'intera (e peculiare) disciplina codicistica in tema di affidamenti 'sottosoglia', ha espressamente richiamato le previsioni di principio di cui agli articoli 30, comma 1 ('*Princìpi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*'), 34 ('*Criteri di sostenibilità energetica ed ambientale*')[3] e 42 ('*Conflitto di interesse*')[4].

Fra i princìpi che, in base a consolidati orientamenti giurisprudenziali, risultano certamente applicabili agli affidamenti cc.dd. 'sottosoglia' vanno qui richiamati:

---

[3] La previsione in parola è stata aggiunta con il c.d. *Decreto legislativo correttivo* n. 56 del 2017.

[4] Anche in questo caso la previsione è stata aggiunta dal c.d. '*Decreto correttivo*' dell'aprile 2017.

- il principio di trasparenza e pubblicità, che riguarda la conoscibilità ex ante delle procedure di gara, da realizzarsi attraverso la pubblicazione dei bandi/ricerche di mercato sul sito Internet della stazione appaltante;
- il principio di rotazione, che volto ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi e protratti nel tempo con singoli operatori e – in qualche misura - a controbilianciare il carattere 'sommario e fiduciario' di alcune tipologie di affidamenti (in tal senso: Cons. Stato, III, 12 settembre 2014, n. 4661;
- la garanzia alla partecipazione delle micro, piccole e medie imprese (MPMI) che si realizza fissando requisiti di partecipazione che, senza incidere sulla qualità delle prestazioni, possano consentire la partecipazione anche di realtà imprenditoriali di minori dimensioni, favorendone così la crescita;
- il principio di proporzionalità, che impone di limitare gli oneri formali imposti ai concorrenti nell'ambito del c.d. 'sottosoglia' a quelli soltanto che risultino strettamente necessari al conseguimento di finalità di interesse generale.

§II.2. In particolare: affidamenti sottosoglia e principio di rotazione.

La declinazione del principio di rotazione nell'ambito degli appalti pubblici non rappresenta una novità assoluta del nuovo '*Codice*'.

In particolare, l'articolo 125 del previgente '*Codice*' (relativo ai cc.dd. '*affidamenti in economia*') richiamava in modo espresso l'applicazione del principio di rotazione per i lavori di importo compreso fra 40mila e 200mila euro (comma 8), nonché per i servizi e le forniture di importo compreso fra 40mile euro e le soglie di rilevanza UE.

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006, tuttavia, il generico richiamo al principio della rotazione non aveva dato luogo ad esiti interpretativi certi, anche perché non era del tutto chiaro se il principio di rotazione dovesse operare

- in sede di diramazione degli inviti alle procedure (rendendo di fatto residuale l'invito al gestore uscente)
- ovvero addirittura in sede di aggiudicazione (ostacolando id fatto il ri-affidamento al gestore uscente che fosse stato comunque legittimamente invitato).

La giurisprudenza amministrativa aveva riferito il principio della rotazione ai soli inviti (con particolare riguardo alla posizione del gestore uscente) e non certo agli affidamenti in quanto tali (in tal senso: Cons. Stato, IV, 28 dicembre 2011, n. 6906)

La giurisprudenza aveva altresì affermato la valenza solo di principio del criterio della rotazione e la sua carenza di precettività nei confronti delle stazioni appaltanti, con la conseguenza che la sua mancata applicazione non avrebbe inficiato la singola procedura (Cons. Stato, IV, sent. 6906 del 2011, cit.).

Nella sua originaria formulazione, l'articolo 36, comma 1 del 'Codice' non aveva contribuito a risolvere il dubbi interpretativo, reiterando un richiamo – quanto mai generico come nel passato – al *principio di rotazione*, senza alcuna ulteriore qualificazione.

Ciononostante, nel parere del 13 settembre 2016 sullo schema di Linee guida ANAC in materia di affidamenti sottosoglia[5], la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva offerto un'interpretazione particolarmente rigorosa della disposizione e aveva suggerito, in particolare, che l'affidamento al gestore uscente dovesse avere carattere del tutto eccezionale, "*a fronte di riscontrata effettiva assenza di alternative, non potendosi dimenticare il rispetto, tra gli altri, del principio di rotazione sancito specificamente dalla legge*" (al contrario, nel primo schema del testo trasmesso dall'ANAC al Consiglio di Stato era proposto un meccanismo meno rigoroso, secondo l'affidamento al gestore uscente sarebbe stato bensì possibile, ma con "[un] *onere motivazionale più stringente*".

E' inoltre noto che il Legislatore del 'Correttivo' (aprile 2017) ha seguito la rigorosa indicazione fornita dal Consiglio di Stato e ha

[5] Si tratta del parere 1903 del 13 settembre 2016 (adunanza della Commissione del 30 agosto 2016).

modificato il comma 1 dell'articolo 36, sancendo in modo espresso "*il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti*".

Nel parere del 12 febbraio 2018[6] sullo schema di Linee guida ANAC modificativo delle precedenti 'Linee guida' n. 4 in tema di affidamenti 'sottosoglia', la Commissione speciale del Consiglio di Stato ha fornito ulteriori chiarimenti sulla portata del principio di rotazione nel nuovo (e più ampio) quadro normativo.

Ha chiarito in particolare che, «*se nell'art. 36, comma 1, del Codice il criterio di rotazione (degli inviti e degli affidamenti) è espressamente affermato dal Legislatore, detto principio deve ritenersi anche implicitamente richiamato nell'art. 30, comma 1, per via del più generale riferimento al principio di libera concorrenza, di cui il criterio in esame costituisce una evidente espressione attuativa.*

Il criterio di rotazione degli affidamenti e degli inviti - che per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da interpellare e da invitare a presentare le offerte - trova fondamento nella esigenza di evitare la così detta asimmetria informativa nel libero mercato a causa del consolidamento di rendite di posizione in capo al contraente uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento) nonché in capo all'operatore invitato nella precedente procedura di selezione dalla stazione appaltante senza che risultasse affidatario (per il quale tuttavia il rischio di consolidamento della rendita di posizione è certamente attenuato rispetto alla posizione di vantaggio che caratterizza il gestore uscente), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Pertanto, al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo in favore dello stesso operatore economico, che ostacolino l'ingresso delle micro, piccole e medie imprese e di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori

economici potenzialmente idonei ad eseguire il contratto, il principio di rotazione comporta in linea generale che l'invito all'affidatario uscente rivesta carattere eccezionale e debba essere adeguatamente motivato, avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente

[6] Si tratta del parere 361 del 12 febbraio 2018 (adunanza della Commissione del 26 gennaio 2018)

rapporto contrattuale ovvero all'oggetto ed alle caratteristiche del mercato di riferimento (in tal senso, cfr. Cons. St., VI, 31 agosto 2017, n. 4125; Cons. St., V, 31 agosto 2017, n. 4142).

La regola della rotazione degli inviti e degli affidamenti - il cui fondamento, come si è visto, è quello di evitare la cristallizzazione di relazioni esclusive tra la stazione appaltante ed il precedente gestore, donde la sua applicabilità a prescindere dalle caratteristiche del procedimento di selezione precedente – ha dunque il fine di riequilibrare e implementare le dinamiche competitive del mercato, in cui il gestore uscente affidatario diretto della concessione di servizi è in una posizione di vantaggio rispetto alle altre concorrenti».

La più recente giurisprudenza amministrativa si è mossa su una linea di sostanziale coerenza con quanto stabilito del Consiglio di Stato in sede consultiva.

In particolare, Cons. Stato, V, 13 dicembre 2017, n. 5854[7] ha chiarito che il principio di rotazione – il quale per espressa previsione normativa deve orientare le stazioni appaltanti nella fase di consultazione degli operatori economici da consultare e da invitare a presentare le offerte – trova fondamento nell'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione in capo al gestore uscente (la cui posizione di vantaggio deriva soprattutto dalle informazioni acquisite durante il pregresso affidamento), soprattutto nei mercati in cui il numero di agenti economici attivi non è elevato.

Tale principio, ha chiarito il Giudice di appello, è dunque volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sottosoglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della fornitura o del servizio.

Pertanto, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle

[7] In: *https://www.giustizia-amministrativa.it/-/il-principio-di-rotazione-negli-appalti-sotto-soglia*.

opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, il principio in questione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

In alcuni casi, poi, la giurisprudenza amministrativa si è spinta oltre e ha affermato che l'invito al gestore uscente negli affidamenti sottosoglia (lungi dal rappresentare una circostanza eccezionale) risulterebbe in radice preclusa (in tal senso: Cons Stato, V, 3 aprile 2018, n. 2079)

In altri casi invece i Giudici amministrativi, pur ribadendo il carattere del tutto eccezionale dell'invito rivolto al gestore uscente, non ne hanno affermato la radicale illegittimità, demandando il relativo giudizio di volta in volta all'amministrazione.

In particolare, Cons. Stato, V, 13 aprile 2017, n. 5854 ha affermato che, anche al fine di ostacolare le pratiche di affidamenti senza gara ripetuti nel tempo che ostacolino l'ingresso delle piccole e medie imprese (e di favorire, per contro, la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei), il principio di rotazione comporta, in linea generale, che l'invito all'affidatario uscente riveste carattere eccezionale.

Ne consegue che, ove la stazione appaltante intenda comunque procedere all'invito di quest'ultimo, deve puntualmente motivare tale decisione, facendo in particolare riferimento al numero (eventualmente) ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale ovvero all'oggetto e alle caratteristiche del mercato di riferimento.

PARTE III. DISPOSIZIONI DELLA PARTE I E DELLA PARTE II DEL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI CHE RISULTANO APPLICABILI ANCHE AGLI AFFIDAMENTI NEI CC.DD. 'SETTORI SPECIALI'.

§III.1. Osservazioni generali

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 si ritenevano applicabili agli affidamenti nei cc.dd. 'settori speciali' le previsioni di principio di cui all'articolo 1, comma 2 (in larga parte coincidente con l'attuale articolo 30, comma 1).

Tale applicazione trovava un fondamento normativo nell'articolo 206, comma 1 il quale, nell'individuare le parti del Codice applicabili anche per i cc.dd. 'settori speciali' richiamava in modo espresso l'intera Prima Parte (comprensiva, quindi, del richiamato articolo 1, comma 2).

Ciò aveva dato luogo ad alcune incertezze interpretative che il Legislatore della delega n. 11 del 2018 ha inteso risolvere prescrivendo per il legislatore delegato l'obbligo della «*puntuale indicazione, in materia di affidamento dei contratti nei settori speciali, delle disposizioni ad essi applicabili, anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati*» (in tal senso il criterio di delega h))

A seguito dell'entrata in vigore del Dlgs. 50 del 2016 deve darsi atto del tentativo del Legislatore di individuare con maggiore precisione che nel passato le disposizioni e i princìpi applicabili anche nell'ambito dei cc.dd. 'settori speciali'.

Anche in questo caso, infatti, vi è una disposizione (si tratta dell'articolo 114, comma 1) che espressamente dichiara applicabili all'intero ambito dei cc.dd. 'settori speciali' le previsioni di cui agli articoli da 1 a 58 del 'Codice' (ivi compreso, quindi, l'articolo 30, recante *princìpi per l'aggiudicazione e l'esecuzione di appalti e concessioni*).

Tuttavia, l'articolo in questione non esaurisce le previsioni finalizzate ad individuare la disciplina applicabile ai cc.dd. 'settori speciali', rinvenendosi anche in altri punti del 'Codice' altre puntuali disposizioni che individuano prescrizioni applicabili a tutte le tipologie di appalti (ivi

compresi, quindi, quelli nei settori speciali – in tal senso, ad es., gli articoli 6 e 7 del 'Codice').

Sulla base di tale costrutto normativo devono quindi ritenersi applicabili anche ai settori speciali (fra le altre) le disposizioni relative alle fasi del procedimento di affidamento, alla qualificazione delle stazioni appaltanti, alle aggregazioni e le centrali di committenza, alla tipologia di operatori economici e alle ATI, nonché alle tecniche di acquisto (accordo quadro sistemi dinamici di acquisizione, cataloghi elettronici etc.).

Nel corso degli anni la giurisprudenza si è più volte fatta carico di individuare puntualmente, in relazione a singoli istituti e discipline, se gli stessi presentino valenza di principio e risultino conseguentemente applicabili anche nl caso di affidamenti nei settori cc.dd. 'speciali'.

§III.2. Attenuazione degli ambiti differenziali fra i settori cc.dd. 'ordinari' e i settori cc.dd. 'speciali'

Con il parere del 1° aprile 2016 sullo schema di nuovo 'Codice dei contratti pubblici' il Consiglio di Stato si è soffermato sull'accentuata tendenza all'assimilazione disciplinare che, all'indomani del nuovo 'pacchetto UE' e del relativo decreto di recepimento, caratterizza i cc.dd. 'settori ordinari' e i cc.dd. 'settori speciali'.

Secondo quanto si legge nel parere in questione "il (pre)vigente codice appalti ha optato per un recepimento unitario delle dure direttive del 2004, nn. 17 e 18, relative ai settori speciali e ordinari. A tal fine, dopo aver dettato la disciplina per gli appalti nei settori ordinari, ha individuato quali di queste disposizioni fossero applicabili nei settori speciali, con una disposizione-elenco (art. 206 previgente) e poi ha dettato le norme autonome e specifiche.

Anche il presente codice opta per un recepimento unitario delle direttive, e dopo aver dettato disposizioni comuni e disposizioni per i settori ordinari, individua, per i settori speciali, la disciplina applicabile con una triplice tecnica:

- la inclusione, già nella parte generale, di disposizioni specifiche per

i settori speciali;

- la ricognizione delle disposizioni applicabili, dettate per i settori ordinari;

- le disposizioni specifiche.

Tuttavia, la individuazione delle disposizioni dei settori ordinari applicabili nei settori speciali non avviene in un unico articolo ricognitivo (come fa il (pre)vigente art. 206), ma con una serie di rinvii plurimi e tra loro non sempre coordinati.

Norme di rinvio alla disciplina dei settori ordinari sono contenute negli artt. 114, 122, 127, 133 tutti e quattro articoli nel cui corpo si richiamano in blocco gruppi di articoli della disciplina dei settori ordinari; ulteriori rinvii puntuali alla disciplina dei settori ordinari sono contenuti negli artt. 123 124, 125, 126, 127, 130, 132 (che rinviano, rispettivamente: alla disciplina ordinaria per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione; all'art. 91 sulla forcella; all'art. 80 sui requisiti morali; ad alcune previsioni degli artt. 52 e 53; agli artt. 73 e 74; all'art. 73; agli artt. 76 e ss.).

Tale tecnica comporta l'effetto pratico che in molti casi si rendono applicabili ai settori speciali le più severe disposizioni previste dal diritto comunitario per i settori ordinari (ad. es. in tema di presupposti per dialogo competitivo e partenariato per l'innovazione), ovvero disposizioni di maggior rigore dettate dal legislatore nazionale per i settori ordinari e finora non applicabili nei settori speciali (nell'impianto del d.lgs. n. 163 del 2006).

La legge delega pone per i settori speciali i principi della "*puntuale indicazione… delle disposizioni ad essi applicabili*", "*anche al fine di favorire la trasparenza nel settore e la piena apertura e contendibilità dei relativi mercati*"; per gli affidamenti sottosoglia, si prevede la facoltà per le imprese pubbliche dei settori speciali di applicare la disciplina stabilita nei rispettivi regolamenti nel rispetto dei principi del TFUE a tutela della concorrenza (lett. hh) e lett. ii) legge delega).

Questa Commissione speciale ritiene che i principi di delega che impongono nei settori speciali la trasparenza e l'apertura dei mercati

supportino la scelta del codice di estendere ai settori speciali disposizioni di maggior rigore in tema di trasparenza e pubblicità (artt. 29 e 79 codice), e quelle in materia di dibattito pubblico (art. 22): non si tratta di oneri amministrativi non necessari, ma di regole proconcorrenziali, nel primo caso, ovvero, nel secondo caso, di strumenti di partecipazione democratica delle collettività locali alle scelte di localizzazione delle opere pubbliche, ivi comprese quelle dei settori speciali quali reti ferroviarie, porti, aeroporti.

L'obiettivo della trasparenza e apertura dei mercati fa ritenere corretta anche l'ulteriore opzione del codice di estendere ai settori speciali le disposizioni in tema di albo dei commissari di gara gestito dall'ANAC; estensione peraltro limitata ai casi di appalti indetti da amministrazioni aggiudicatrici sopra soglia, e dunque con la non obbligatorietà dell'utilizzo di tale albo (…)".

§III.3. Settori speciali e principio di rotazione

Nella vigenza del nuovo 'Codice' la giurisprudenza amministrativa si è occupata dell'applicazione del principio di rotazione (espressamente enunciato per gli appalti sottosoglia nei cc.dd. settori ordinari)

E' stato chiarito in particolare che, a prescindere dalla configurazione della stazione appaltante come 'impresa pubblica', ai sensi dell'art. 3, co. 1, lett. t, d.lgs. n. 50 del 2016, ovvero quale 'organismo di diritto pubblico', il principio di rotazione trova sicuramente applicazione negli affidamenti relativi ai settori speciali.

Ciò, in quanto il principio di rotazione rappresenta una declinazione del sistema di tutela della concorrenza, cui fa necessario rinvio anche l'invocato comma 8; il principio di rotazione, infatti, è in realtà volto proprio a tutelare le esigenze della concorrenza in un settore, quale quello degli appalti "sottosoglia", nel quale è maggiore il rischio del consolidarsi, ancor più a livello locale, di posizioni di rendita anticoncorrenziale da parte di singoli operatori del settore risultati in precedenza aggiudicatari della

fornitura o del servizio (T.A.R. Campania, Salerno, 6 febbraio 2018, n. 179).

§III.4. Settori speciali e disciplina della cauzione provvisoria ex art. 93 D.lgs. n. 50 del 2016.

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006 si era interrogata circa la valenza di principio delle previsioni codicistiche in tema di cauzione provvisoria di cui all'art. 75 del D.lgs. 163, cit. (oggi: art. 93, D.lgs. 50 del 2016), con statuizioni che si ritengono applicabili anche a seguito dell'entrata in vigore del nuovo 'Codice'.

Era stato chiarito che, allorquando oggetto dell'affidamento sia un contratto pubblico di lavori, servizi forniture nei settori speciali, è illegittima la clausola del bando che richieda, a pena di esclusione, la prestazione della cauzione provvisoria mediante fidejussione bancaria (e non anche assicurativa) e ne escluda la possibilità di dimezzamento, come invece ammesso dall'art. 75 (in seguito: art. 93) per i contratti nei settori ordinari, qualora si tratti di previsioni ad alcuna esigenza riconducibile alla limitative che non rispondono ad alcuna esigenza riconducibile alla specialità del settore, con conseguente violazione del principio di proporzionalità richiamato dall'art. 27 della prima parte del codice dei contratti, applicabile anche ai contratti nei settori speciali (T.A.R. Lazio, Roma, II, 5 marzo 2014, n. 2550).

Sebbene l'art. 206 (*i.e.*: la disposizione del 'Codice de Lise che indicava le disposizioni applicabili nei cc.dd. 'settori speciali' e che coincide con l'art. 114 del nuovo 'Codice') non richiami espressamente gli artt. 75 e 113 del D.lgs. n. 163 del 2006, qualora la stazione appaltante si sia vincolata al rispetto dell'art. 113, richiamandolo nel bando, come espressamente consentito ai sensi dell'art. 206, comma 3, deve ritenersi che in tale procedimento di gara devono ritenersi applicabili, quali norme non obbligatorie bensì richiamate dalla stazione appaltante, sia l'art. 113 del codice degli appalti - espressamente e direttamente menzionato nella *lex specialis* di gara -, sia l'art. 75; quest'ultimo sia perché indirettamente

richiamato (in quanto in più punti menzionato nel testo dell'art. 113), sia per coerenza interpretativa (T.A.R. Lazio, Roma, III *ter*, 12 luglio 2011, n. 6279).

Poiché l'art. 75 del D.lgs. n. 163 del 2006 (in tema di cauzioni provvisorie) non trova applicazione nei settori esclusi, in quanto non richiamato dall'art. 206 (Cons. Stato, VI, 24 giugno 2010, n. 4019), e la stazione appaltante resta libera di determinarsi in merito (potendo addirittura escludere del tutto legittimamente che venga prestata una cauzione), la stessa stazione appaltante, nella *lex specialis*, ben può discostarsi dalle prescrizioni della norma in questione (nella specie, per la parte che impone di calcolare la cauzione sulla base d'asta complessiva, riferita all'intera durata dell'appalto). Pertanto, la clausola che prevede la prestazione della cauzione in misura pari al 2% del solo importo annuale (anziché triennale) rientra nella piena discrezionalità dell'ente aggiudicatore, non trovando applicazione, per i settori speciali, le prescrizioni di cui all'art. 75 del D.lgs. 163 del 2006 (in tal senso: T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, 19 aprile 2011, n. 327; cfr. altresì T.A.R. Piemonte, I, 4 marzo 2011, n. 235; Cons. Stato, Sez. VI, 4 agosto 2009, n. 4903; Per una peculiare applicazione dell'art. 75, comma 7, ai contratti sottosoglia nei settori speciali ex art. 238 cfr. T.A.R. Piemonte, I, 4 marzo 2011, n. 235)

Più di recente la giurisprudenza amministrativa è tornata sul tema dei rapporti fra settori speciali e obbligo della cauzione e ha stabilito che le disposizioni in materia di cauzioni dettate per i settori ordinari possono trovare applicazione nei settori speciali solo se la *lex specialis* espressamente le richiami (in tal senso: T.A.R. Catania, 24 novembre 2017, n. 2740).

§III.5. Disciplina dell'art. 88, comma 1 bis, del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: D.lgs. 50 del 2016, art. 97) sul procedimento di verifica dell'anomalia dell'offerta.

Nel corso del 2012, vigendo il D.lgs. 163 del 2006, la giurisprudenza amministrativa si era interrogata circa l'applicabilità delle disposizioni generali sul procedimento di verifica d anomalia nei cc.dd. 'settori speciali'.

Si era affermato al riguardo che la norma di cui all'art. 88, comma 1 *bis* del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: art. 97 del D.lgs. 50 del 2016 in tema di procedure per le verifiche di anomalia), applicabile anche nei settori speciali in virtù del richiamo contenuto nell'art. 206, primo comma, del Codice (in seguito: art. 114), va interpretata nel senso che, in mancanza di una commissione nominata a tale scopo, è il responsabile unico del procedimento a dover condurre la valutazione di congruità delle offerte sospette di anomalia, restando altresì salva la facoltà della stazione appaltante di demandare tale compito alla commissione giudicatrice eventualmente istituita, ai sensi dell'art. 84 del Codice, per la valutazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa (T.A.R. Puglia, Bari, I, 6 dicembre 2012, n. 2075).

§III.6. Settori speciali e disciplina dell'art. 42 del D.lgs. n. 163 del 2006 (in seguito: art. 83 del D.lgs. 50 del 2016) sui requisiti speciali di partecipazione alle gare

Prima del 2016 la giurisprudenza si era interessata dell'applicabilità ai cc.dd. 'settori speciali' delle previsioni in tema di selezione quantitativa dei partecipanti ai fini della partecipazione alle gare.

Aveva stabilito al riguardo che il ricorso all'art. 42 del codice dei contratti (in seguito: art. 83 del nuovo 'Codice') deve ritenersi precluso allorquando la stazione appaltante non abbia espressamente previsto nel bando l'applicazione di tale norma, come invece richiesto dall'art. 206, comma 3 (in seguito: art. 114) per derogare al divieto di estensione delle norme della parte II, titolo I del Codice sancito dall'art. 206 comma 1.

Tale lettura è suggerita dall'espresso richiamo al principio di proporzionalità, che impone un uso quantitativamente limitato delle disposizioni relative ai settori ordinari oltre che dalla necessità della certezza dell'azione amministrativa, che fa carico all'amministrazione di indicare espressamente le norme suppletive che intende applicare alla gara.

Essa è stata confermata dal parere (6 febbraio 2006, n. 355) espresso dal Consiglio di Stato al Codice degli appalti nel quale, dopo aver richiamato il principio di tassatività dell'esclusione delle disposizioni della parte II ai settori speciali, che si fonda sulla specialità di essi, espressamente riconosciuta dal Libro verde adottato dalla Commissione il 27 novembre 1996 ed espressamente indicata nel primo considerando della direttiva n. 17, si afferma che, ove si ritenga, tuttavia, di mantenere la predetta deroga al principio, dichiarato nello stesso Codice, di non applicazione generalizzata delle disposizioni della parte II a seguito delle determinazioni discrezionali dell'amministrazione interessata, sarebbe doveroso, quanto meno, richiamare il rispetto del contrapposto principio di proporzionalità, in relazione alla natura, complessità e importanza dell'appalto, con conseguente onere di congrua motivazione della scelta compiuta nei singoli casi concreti.

Ne consegue, secondo il Consiglio di Stato, che il richiamo ad altre norme dei settori ordinari, oltre quelle obbligatorie indicate al comma 1 dell'art. 206, non solo dev'essere espressa, ma anche motivata, con la conseguenza che in mancanza di tale adempimento deve escludersi l'applicazione di tali disposizioni, che avverrebbe solo in via interpretativa analogica (T.A.R. Lombardia, Milano, I, 15 maggio 2012, n. 1356).

§*III.7. Settori speciali e principio di pubblicità*

I principi enunciati dall'Adunanza Plenaria nella sentenza n. 13 del 28 luglio 2011 in merito all'ambito di estensione del principio di pubblicità si applicano anche alle procedure selettive relative ai c.d. settori speciali, e inoltre alle procedure negoziate con e senza previa predisposizione di bando, nei settori sia ordinari che speciali, nonché degli affidamenti in economia in entrambe le categorie di settori (Cons. Stato, Ad. Plen., 31 luglio 2012, n. 319; per l'opposto precedente orientamento cfr. Cons. Stato, V, 17 settembre 2010, n. 6939 con ampi riferimenti di giurisprudenza mentre per la tesi affermativa cfr. T.A.R. Lazio, Roma, I,

20 luglio 2009, n. 7121 con ampi richiami del dibattito giurisprudenziale in tema).

§III.8. Settori speciali e disciplina in tema di raggruppamenti temporanei e dei consorzi ordinari

Nella vigenza del D.lgs. 163 del 2006, la giurisprudenza si era interrogata circa l'applicabilità ai cc.dd. 'settori speciali' della disciplina generale in tema di raggruppamenti temporanei di imprese ed era pervenuta a conclusioni che appaiono ancora oggi compatibili con il modificato quadro codicistico.

Si era affermato al riguardo che, in forza del combinato disposto di cui agli artt. 238, comma 1, e 206, comma 1, la disciplina sui raggruppamenti temporanei di impresa di cui all'art. 37 (in seguito: art. 48 del nuovo 'Codice') trova applicazione anche ai contratti sottosoglia nei settori speciali; pertanto dev'essere escluso il RTI costituendo allorquando, in violazione dell'art. 37, commi 8 e 13, l'offerta non sia stata sottoscritta da tutti gli operatori economici e non contenga l'impegno a conferire mandato speciale con rappresentanza ad una di esse nonché l'ulteriore impegno ad eseguire le prestazioni nella percentuale corrispondente alla quota di partecipazione al raggruppamento (cfr. T.A.R. Basilicata, 6 ottobre 2011, n. 495).