

Le procedura di scelta del contraente nei settori ordinari

di Aldo Battista

Data di pubblicazione: 16-11-2018

pillole di dotrina

Le opinioni espresse hanno carattere personale e non impegnano in alcun modo la responsabilità dell'Ente di appartenenza dell'autore del contributo (Camera dei Deputati).

1. Introduzione. 2. Le procedure di scelta del contraente. 3. Il principio di tassatività e tipicità delle procedure. 4. La procedura aperta. 5. La procedura ristretta. 6. La procedura negoziata. 7. Le procedure sotto soglia semplificate. 7.1 Procedure per opere sotto soglia ex art. 36, c. 1, lettera a). 7.2 Procedure per opere sotto soglia ex art. 36, c. 1, lettera b). 7.3 Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e la connessa questione dell'invito all'operatore uscente. 8. La procedura di affidamento nei casi di estrema urgenza. 9. La proroga tecnica dei contratti. 10. I contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza. Il caso Camera dei deputati. 11. Conclusioni

1. Introduzione.

La legge 28 gennaio 2016, n. 11 ha delegato il Governo ad attuare la nuova disciplina europea in materia di appalti pubblici e concessioni, attraverso il recepimento delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE, e a procedere a un complessivo riordino della normativa vigente sui contratti pubblici di lavori, servizi e forniture.

L'attuazione della legge delega è avvenuta con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante il nuovo Codice dei contratti pubblici, pubblicato nella G.U. Serie Generale n. 91 del 19 aprile 2016.

Il decreto provvede all'abrogazione del d.lgs. 163/2006, recante il precedente codice dei contratti pubblici. In luogo del regolamento di attuazione ed esecuzione del Codice (D.P.R. 207/2010), il nuovo decreto legislativo prevede l'emanazione di linee guida di carattere generale, proposte dall'Autorità Nazionale Anticorruzione (di seguito ANAC) e approvate con decreto del Ministro delle infrastrutture e dei trasporti. L'abrogazione del regolamento attuativo viene effettuata in modo parziale, nell'attesa che vengano emanate tutte le norme previste dal Codice (in parte linee guida, in parte Decreti ministeriali).

Nel presente lavoro verranno descritti gli elementi essenziali di talune procedure di scelta del contraente dei settori ordinari ed esaminate alcune particolari questioni interpretative relative ai casi di estrema urgenza e di proroga tecnica, nonché trattato il caso applicativo alla Camera dei deputati delle procedure secretate.

2. Le procedure di scelta del contraente.

Le procedure di scelta del contraente nei settori ordinari sono disciplinate nella sezione IV (articoli da 59 a 65) del Capo I del Titolo III, del decreto legislativo 50/2016.

Nell'ambito dell'attività contrattuale della pubblica amministrazione, la procedura di gara realizza la procedimentalizzazione delle attività di affidamento, esplicitando le ragioni sottese alla stipula di un determinato contratto e alla scelta di un determinato operatore, secondo i principi dell'evidenza pubblica, nella prospettiva di garantire la concorrenzialità del mercato degli appalti pubblici e l'individuazione della migliore offerta^[1].

In linea di continuità con il testo previgente, il nuovo Codice individua i presupposti per il ricorso alle diverse procedure e definisce le relative modalità di indizione.

L'articolo 59 individua le seguenti procedure di scelta del contraente: aperte, ristrette, dialogo competitivo, procedura competitiva con negoziazione, partenariati per l'innovazione previa pubblicazione di un bando o un avviso di indizione di gara.

Per quanto concerne la procedura aperta, la procedura ristretta e la procedura negoziata con e senza pubblicazione del bando di gara si rinvia ai successivi paragrafi per una trattazione dei principali elementi normativi. Esse sono disciplinate rispettivamente dall'articolo 60, 61, 62 e 63 del nuovo codice che recepiscono gli articoli 27, 28, 29 e 32 della direttiva 2014/24/UE.

Il dialogo competitivo è previsto dall'art. 64 del nuovo Codice, il quale delinea una procedura non ordinaria, articolata in due o più fasi, che consente alla stazione appaltante di condurre negoziazioni con i partecipanti al fine di individuare le soluzioni più idonee a soddisfare le sue esigenze. Qualsiasi operatore economico può chiedere di partecipare a tale procedura, fornendo le informazioni richieste dalla stazione appaltante.

La definizione del dialogo competitivo è rimasta sostanzialmente invariata nel nuovo Codice, ma se l'art. 58 del D.lgs. n. 163 del 2006, destinava il dialogo competitivo all'aggiudicazione di appalti particolarmente complessi, il nuovo Codice prevede la possibilità del ricorso al dialogo competitivo nei casi in cui l'appalto abbia particolari caratteristiche.

Il dialogo competitivo si può pertanto utilizzare quando la stazione appaltante non riesce a definire in modo preciso profili dell'appalto relativi alla natura, alla complessità, ai rischi, all'impostazione finanziaria e giuridica, alle caratteristiche tecniche oppure mancano nel mercato di riferimento soluzioni concretamente rispondenti ai suoi bisogni.

Una novità assoluta è data dal partenariato per l'innovazione; tale procedura consente di sviluppare e di acquisire, senza una distinta procedura d'appalto, beni, servizi o lavori di carattere innovativo, al fine di soddisfare esigenze che non trovano nel mercato di riferimento soluzioni disponibili. È una procedura non ordinaria, flessibile e complessa, in cui la P.A. si fa promotrice di una stretta collaborazione con uno o più partner. Ai fini dell'avvio della procedura, l'amministrazione pubblica un bando di gara, definendo nella documentazione l'esigenza e i

requisiti minimi dei beni, servizi o lavori da sviluppare. Gli operatori interessati, se in possesso dei requisiti previsti, possono presentare una domanda di partecipazione.

Gli obiettivi del partenariato vengono pertanto sviluppati in maniera progressiva, traducendosi in risultati da raggiungere in fasi intermedie e da sottoporre alla valutazione della stazione appaltante al termine di ciascuna fase.

Se gli obiettivi non sono raggiunti è possibile procedere alla risoluzione del rapporto, se invece, il partenariato si svolge in maniera ottimale, si conclude con la semplice elaborazione di soluzioni innovative messe poi a disposizione della stazione appaltante o con la produzione/prestazione dei lavori, dei prodotti o dei servizi che ne risultano ed il conseguente acquisto.

Al fine di fornire una rappresentazione complessiva della distribuzione di impiego da parte delle stazioni appaltanti delle procedure di scelta del contraente, si evidenzia che l'ANAC nella Relazione annuale 2017 ha riportato la distribuzione percentuale per importo delle procedure di affidamento, di importo uguale o superiore a 40.000 euro, ripartite per modalità di scelta del contraente[2]. Al riguardo è interessante notare che nel 2017 la procedura aperta si conferma la modalità con cui si affida il maggior importo dei contratti pubblici, pari a circa il 47% del totale (Autorità Nazionale Anticorruzione, Relazione annuale 2017, Senato della Repubblica 14 giugno 2018).

3. Il principio di tassatività e tipicità delle procedure.

Con riferimento alle procedure di scelta del contraente trova applicazione il principio di "tassatività" delle procedure e dei tipi contrattuali. Il principio è stato confermato dalla Corte di Giustizia UE, secondo cui *"le procedure di aggiudicazione degli appalti che gli Stati membri sono autorizzati ad utilizzare sono elencate tassativamente all'art. 28 di tale direttiva. (...) L'aggiudicazione di appalti pubblici mediante altre procedure non è autorizzata dalla detta direttiva"*[3]. Esso è stato inizialmente previsto dalla direttiva 2004/18/CE del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi ma ha trovato ulteriore conferma nell'articolo 1, lett. e) della legge delega 28 gennaio 2016, n. 11, secondo il quale l'obiettivo della semplificazione e riordino del quadro normativo vigente viene perseguito *"allo scopo di predisporre procedure non derogabili riguardanti gli appalti pubblici e i contratti di concessione e di conseguire una significativa riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara e alla realizzazione delle opere pubbliche"*.

Come più volte ribadito dall'Autorità, *"sono inammissibili procedure atipiche per la realizzazione di opere pubbliche o destinate ad un pubblico servizio, atteso che il sistema e le modalità prescelti potrebbero avere finalità o produrre effetti elusivi della normativa interna e comunitaria in tema di opere pubbliche"*[4].

Il codice dei contratti pubblici è sorretto quindi dal principio di tassatività e tipicità delle procedure ad evidenza pubblica. Essi costituiscono un corollario del principio di legalità, che

regola l'azione della Pubblica Amministrazione, conseguentemente le stazioni appaltanti non possono porre in essere procedure di affidamento diverse rispetto a quelle disciplinate dal Codice^[5].

4. La procedura aperta.

La principale caratteristica della procedura aperta, come indica il suo stesso nome, è che essa consente la più ampia partecipazione dei concorrenti e la massima apertura al mercato.

Si tratta di una procedura monofasica, che consente a qualunque operatore di prendere parte alla gara, a patto che sia in possesso di tutti i requisiti previsti.

Ai fini dell'avvio della procedura aperta, la stazione appaltante procede alla pubblicazione di un bando di gara, il quale definisce le caratteristiche della gara e le condizioni essenziali dell'affidamento, oltreché l'indicazione dei requisiti generali e speciali richiesti ai fini della selezione "a monte" dei concorrenti nonché i criteri di valutazione per la selezione delle offerte presentate.

Il nuovo Codice ha ridotto i termini minimi per presentare le offerte: l'art. 70, comma 2, del D.lgs. n. 163 del 2006 prevedeva un termine minimo di cinquantadue giorni, abbreviabile fino a quaranta giorni a seguito della trasmissione del bando per via elettronica. In caso di pubblicazione di un avviso di preinformazione, il termine minimo poteva poi essere ridotto a trentasei e comunque mai a meno di ventidue giorni.

Il Codice vigente prevede invece un termine minimo di trentacinque giorni dalla data di pubblicazione del bando, riducibile ulteriormente fino a quindici giorni qualora sussistono ragioni d'urgenza. La medesima riduzione è consentita anche qualora la procedura sia stata preceduta dalla pubblicazione di un avviso di preinformazione.

Le amministrazioni aggiudicatrici possono ulteriormente ridurre di cinque giorni i termini nel caso di presentazione di offerte per via elettronica.

Non sono previste negoziazioni: la stazione appaltante definisce in maniera precisa e immodificabile, fin dall'avvio della procedura, l'oggetto dell'affidamento e ogni altra condizione dello stesso. La negoziazione diretta con il migliore offerente, con correlativa esclusione delle altre imprese (cfr. comma 4), è lesiva della par condicio e comporta un'alterazione del gioco concorrenziale.

5. La procedura ristretta.

Il Legislatore del Codice dei contratti pubblici ha disciplinato la procedura ristretta come procedura ordinaria di individuazione dell'affidatario di contratti pubblici, del tutto equivalente rispetto alla procedura aperta.

La procedura ristretta risulta molto simile alla procedura aperta, in quanto anch'essa manifesta

ampia apertura al mercato e alla partecipazione ma esclude qualunque negoziazione delle condizioni dell'affidamento tra la stazione appaltante e i concorrenti.

Tuttavia, a differenza della procedura aperta, si articola in tre diverse fasi:

- ogni operatore economico può chiedere di partecipare;
- la stazione appaltante invita a presentare un'offerta a determinati operatori economici;
- la stazione appaltante valuta le offerte presentate.

L'art. 61 del Codice, permette la riduzione del numero degli invitati, dal momento che la complessità o la difficoltà dell'oggetto dell'affidamento possono suggerire di limitare il numero dei candidati da invitare, senza operare alcuna discriminazione.

Al riguardo, l'art. 61, comma 3, prevede che debbano essere invitati tutti i soggetti che ne abbiano fatto richiesta e che siano in possesso dei requisiti stabiliti dal bando. Sotto tale profilo, dunque, la procedura ristretta nazionale diviene equiparabile alla procedura aperta, salvo che per la pluralità di fasi procedurali. L'art. 91 del nuovo codice disciplina l'unica ipotesi, peraltro piuttosto marginale, di limitazione del numero dei concorrenti: le amministrazioni possono indicare il numero minimo ed eventualmente anche il numero massimo dei concorrenti, che selezioneranno sulla base di criteri oggettivi predeterminati.

Inoltre gli inviti devono essere rivolti ad almeno cinque operatori e comunque a un numero sufficiente ad assicurare un'effettiva concorrenza.

Con riferimento ai termini, occorre precisare che il termine minimo per la ricezione delle domande di partecipazione è di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando o dalla data dell'invito a confermare l'interesse. Tale termine può essere ridotto a quindici giorni per ragioni di urgenza, debitamente motivate.

La struttura trifasica della procedura resta perciò inalterata nel vigente Codice; ne risultano invece modificate le modalità di indizione e i termini di presentazione delle domande di partecipazione e delle offerte.

6. La procedura negoziata.

La procedura competitiva con negoziazione viene disciplinata dall'art. 62 del Codice. Tale procedura è articolata in due o più fasi, che consentono alla stazione appaltante di negoziare le offerte presentate ma anche di omettere tale negoziazione.

La procedura prende avvio con la pubblicazione di un avviso di indizione di gara, a cui qualsiasi operatore economico può rispondere presentando domanda di partecipazione entro un termine minimo di trenta giorni dalla data di trasmissione del bando o dalla data dell'invito a confermare interesse.

La stazione appaltante nella documentazione di gara deve fornire tutte le informazioni per

consentire l'individuazione della natura e dell'ambito dell'appalto, con particolare riferimento ai requisiti oggetto della fornitura. Proprio sulla base di queste informazioni si procede all'individuazione degli operatori da invitare, i quali solo a seguito dell'invito possono presentare un'offerta.

Le offerte presentate dai vari concorrenti costituiscono le offerte iniziali che vengono valutate dalla p.a., e sulla base di queste, è possibile addivenire all'aggiudicazione senza alcuna negoziazione.

Normalmente invece la stazione appaltante avvia una negoziazione sulle offerte iniziali, che può condurre alla produzione di ulteriori offerte, a loro volta oggetto di successiva negoziazione al fine di migliorarne la rispondenza all'esigenza da soddisfare. Le offerte finali così elaborate, non più negoziabili, costituiscono oggetto di valutazione, previa verifica della conformità ai requisiti minimi e alle altre condizioni fissate nella documentazione di gara, in vista dell'aggiudicazione, effettuata sulla base del criterio del miglior rapporto qualità/prezzo.

La procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando è disciplinata dall'art. 63 del nuovo Codice e costituisce un procedimento di selezione in cui le stazioni appaltanti consultano gli operatori economici da loro scelti e negoziano con uno o più di essi le condizioni dell'appalto.

La norma suddetta individua nello specifico i casi in cui è possibile ricorrere a tale procedura, considerati eccezionali. Sono casi in cui il ricorso ad una procedura aperta o ristretta non consente di ottenere maggiore competitività, in ragione delle caratteristiche del mercato di riferimento. Resta fermo che la stazione appaltante deve adeguatamente motivare sulle ragioni del ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando.

In primo luogo è possibile impiegare la procedura in questione a seguito di una procedura aperta o ristretta andata deserta o in cui siano state presentate esclusivamente offerte inappropriate. Si intende deserta la procedura in cui non sono state presentate offerte mentre è inappropriata la procedura in cui sono state presentate offerte esclusivamente da candidati sprovvisti dei requisiti generali di partecipazione di cui all'art. 80 del Codice o dei requisiti di idoneità professionale, economico finanziari e tecnico professionali di cui all'art. 83 del Codice.

Tuttavia, occorre precisare che la stazione appaltante potrebbe anche decidere di rinnovare la procedura ristretta o aperta modificando gli elementi della procedura o del contratto che hanno scoraggiato la partecipazione.

Altra ipotesi specifica, nella quale si può ricorrere alla procedura in questione, è quella in cui nel mercato è presente un solo fornitore. In tale caso, contemplato all'art. 63 comma 2, lett b) del Codice, lo svolgimento di una procedura aperta o ristretta, condurrebbe, in effetti, alla partecipazione dell'unico concorrente esistente nel mercato di riferimento e all'affidamento dell'appalto al medesimo.

L'unicità del fornitore può essere determinata da svariati fattori, quali in particolare, l'affidamento di un contratto avente ad oggetto la creazione o l'acquisizione di un'opera d'arte

unica, ovvero può essere dettata da ragioni tecniche, come nel caso del fornitore che assume una posizione da monopolista nel mercato di riferimento, o ancora da ragioni di diritto, date dall'esistenza di diritti esclusivi.

In tali circostanze, la normativa previgente imponeva alla stazione appaltante di evidenziare le stesse all'interno della determina a contrarre motivando adeguatamente e ragionevolmente. Il nuovo Codice, prevede espressamente che la stazione appaltante debba evidenziare e motivare l'assenza di alternative concrete e ragionevoli all'operatore e alle prestazioni da questi rese, nonché motivare la rispondenza della prestazione e delle sue condizioni alle reali esigenze della stazione appaltante. Ciò al fine di preservare e garantire una reale concorrenza.

Vengono, in tal senso in aiuto alla stazione appaltante, sia le linee guida predisposte dall'ANAC, sia le consultazioni preliminari di mercato, che consentono di individuare le soluzioni effettivamente praticabili e le possibili alternative.

Il ricorso alla procedura negoziata è consentito altresì in casi di estrema urgenza, quando il bisogno della P.A. debba essere soddisfatto in maniera immediata e improcrastinabile, senza che il passare del tempo possa arrecare dei danni al medesimo bisogno. Tale condizione verrà trattata più approfonditamente nel prosieguo del lavoro.

Il ricorso alla procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando di gara è altresì consentito, nel caso di appalti di forniture per l'acquisizione di beni "fabbricati esclusivamente a scopo di ricerca, di sperimentazione, di studio o di sviluppo".

Ed ancora, un appalto relativo a servizi può essere aggiudicato mediante una procedura negoziata qualora faccia seguito a un concorso di progettazione e debba essere aggiudicato al vincitore o a uno dei vincitori del concorso.

Infine, la procedura può essere utilizzata anche per l'affidamento di nuovi lavori o servizi che costituiscono ripetizione di lavori o di servizi analoghi, già affidati al medesimo operatore economico che si è aggiudicato l'appalto iniziale da parte della medesima stazione appaltante, purché il precedente appalto sia stato affidato sulla base di una delle procedure di cui all'art. 59, comma 1, del Codice.

7. Le procedure sotto soglia semplificate.

Per gli affidamenti sotto soglia (art. 36), per gli affidamenti di incarichi di progettazione sotto soglia (artt. 31, c. 8 e 157) e per gli affidamenti sotto soglia nei casi di somma urgenza e di emergenze di protezione civile (art. 163) sono previste procedure semplificate. Al riguardo, tali procedure sono utilizzabili nel rispetto dei limiti di importo previsti ed è sempre fatta salva la facoltà della stazione appaltante di utilizzare le procedure ordinarie. Il livello di semplificazione della procedura decresce al crescere dei limiti di importo. La semplificazione è così massima per affidamenti inferiori a 40.000 euro (lettera a), si riduce per affidamenti di lavori fino a

150.000 euro e di servizi e forniture sotto soglia (lettera b) e si riduce ulteriormente per lavori fino a 1 milione di euro (lettera c).

Nei paragrafi seguenti verranno evidenziati gli elementi salienti delle procedure ex art. 36, c.1, lett. a) e b) e affrontati i temi che attengono:

- alla portata dell'obbligo di motivazione per il ricorso a tali procedure in deroga;
- alle modalità delle consultazioni degli operatori e di formazione degli elenchi di operatori economici;
- alla tematica, su cui la giurisprudenza non è ad oggi univoca, di come si declini in concreto il principio di "rotazione" e in particolare se sia o meno violato quando viene invitato l'operatore uscente.

7.1 Procedure per opere sotto soglia ex art. 36, c. 1, lettera a).

L'art. 36, comma 2, del Codice disciplina, alle lettere a)-d), le modalità per l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie comunitarie di cui all'articolo 35.

In particolare, la lettera a) prevede, per affidamenti di importo inferiore a 40.000 euro, l'affidamento diretto, anche senza previa consultazione di due o più operatori economici.

L'orientamento della giurisprudenza in relazione alle procedure di affidamento di servizi, ex art. 36 del D. Lgs n. 50/2016 è nel senso del "riconoscimento dell'ampia discrezionalità dell'Amministrazione anche nella fase dell'individuazione delle ditte da consultare e, quindi, della negazione della sussistenza di un diritto in capo a qualsiasi operatore del settore ad essere invitato alla procedura"[\[6\]](#). Il nuovo testo della norma a seguito delle modifiche intervenute con il decreto correttivo compie due operazioni: una chirurgica, eliminando il riferimento all'adeguata motivazione per l'affidamento diretto; una additiva, specificando che l'affidamento non deve necessariamente avvenire a valle di una consultazione tra due o più operatori economici. Trova conferma quindi il dato ermeneutico per cui l'ineliminabile obbligo motivazionale non si esaurisce più nel necessario confronto tra più preventivi.

Il citato art. 36 ha così confermato la volontà del legislatore – resa ancor più esplicita dal correttivo (decreto legislativo del 19 aprile 2017, n. 56) che ha escluso la stessa necessità del previo confronto tra due o più operatori economici - di sottrarre le procedure sotto-soglia comunitaria di valore minimo alle formalità del confronto concorrenziale, intendendo contemperare le esigenze di semplificazione della procedura di selezione con quelle d'imparzialità e trasparenza ritenendole comunque garantite, secondo i principi generali, dalla motivazione della scelta del contraente.

L'art. 36, comma 1, lettera a), del Codice specifica che il principio di rotazione, che deve essere rispettato nell'affidamento e nell'esecuzione dei contratti sotto soglia, sia riferito anche

agli inviti degli operatori ed inserisce il rispetto di quanto previsto dall'articolo 34 del Codice, in cui si prevede l'obbligo di inserire le specifiche tecniche e le clausole contrattuali, contenute nei criteri ambientali minimi (CAM).

7.2 Procedure per opere sotto soglia ex art. 36, c. 1, lettera b).

Gli affidamenti di importo pari o superiore a € 40.000,00 e inferiore a € 150.000,00 per i lavori ovvero tra € 40.000,00 e la soglia di cui all'art. 35 per le forniture e i servizi, avvengono mediante procedura negoziata consultando almeno dieci operatori economici ove esistenti oppure cinque operatori economici individuati sulla base di indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.

I lavori di importo pari o superiore ad € 150.000,00 e inferiore ad € 1.000.000,00, vengono affidati con procedura negoziata consultando almeno quindici operatori economici.

Al riguardo, occorre sottolineare che, ai sensi del comma 1 dell'art. 36, l'affidamento e l'esecuzione di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 35 avvengono:

- nel rispetto dei principi fondanti la materia dei contratti pubblici (quindi economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità e pubblicità);
- nonché nel rispetto dei principi di sostenibilità energetica ed ambientale;
- non trascurando le regole derivanti dal divieto del conflitto di

interesse.

7.3 Il principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti e la connessa questione dell'invito all'operatore uscente.

Il rispetto del principio di rotazione espressamente sancito dall'art. 36, comma 1, d.lgs. 50/2016 determina che l'affidamento al contraente uscente abbia carattere eccezionale e richiede un onere motivazionale più stringente. La stazione appaltante è *“tenuta al rispetto del principio di rotazione degli inviti, al fine di favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei e di evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese”*[\[7\]](#).

Pertanto, l'invito all'affidatario uscente *“ha carattere eccezionale e deve essere adeguatamente motivato avuto riguardo al numero ridotto di operatori presenti sul mercato, al grado di soddisfazione maturato a conclusione del precedente rapporto contrattuale (esecuzione a regola d'arte, nel rispetto dei tempi e dei costi pattuiti) ovvero all'oggetto e alle*

caratteristiche del mercato di riferimento”[8].

Secondo la giurisprudenza infatti “non può configurarsi, in linea di principio, alcun obbligo per la stazione appaltante di invitare, ad una gara informale ... il gestore uscente, ma una mera facoltà, di cui, proprio per il principio di massima partecipazione, e in caso di esercizio effettivo, la stessa stazione appaltante deve dare motivato conto all'esterno; in sostanza, ove l'Amministrazione si determini a invitare anche il precedente gestore, dovrebbe spiegare l'apparente contrasto con il principio, normativamente fissato, di rotazione”[9].

“Il principio di rotazione - che 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 nella 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”[10]. La sopra delineata ratio del principio di rotazione (rappresentata dall'esigenza di evitare il consolidamento di rendite di posizione) induce a ritenere che il gestore uscente vada escluso dalla procedura negoziata a prescindere dai modi in cui aveva ottenuto il precedente affidamento e, quindi, anche se l'affidamento sia scaturito dall'aggiudicazione a seguito di procedura aperta[11].

Come descritto, quindi, su tale questione la giurisprudenza non appare univocamente determinata.

8. La procedura di affidamento nei casi di estrema urgenza.

L'articolo 63, comma 2, del codice degli appalti prevede che le stazioni appaltanti possano aggiudicare contratti pubblici mediante procedura negoziata senza previa pubblicazione di un bando di gara, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivante da eventi imprevedibili dall'amministrazione aggiudicatrice, i termini per le procedure aperte o per le procedure ristrette o per le procedure competitive con negoziazione non possano essere rispettati. Le circostanze invocate a giustificazione del ricorso alla procedura di cui al presente articolo non devono essere in alcun caso imputabili alle amministrazioni aggiudicatrici[12].

Ai sensi del citato articolo 63 la procedura negoziata è ammessa “nella misura strettamente necessaria”, vale a dire solo in via eccezionale e solo limitatamente alle opere di somma urgenza, e non per la progettazione di lavori che saranno realizzati a distanza di tempo (conformemente alla deliberazione n. 302 del 8.11.2007 dell'AVCP).

Secondo la giurisprudenza, l'urgenza richiesta dalla norma deve essere qualificata e non generica, prodotta da esigenze contingenti ed eccezionali o comunque da situazioni imprevedute, tali da non consentire l'utilizzazione delle ordinarie procedure concorsuali, potendosi fondatamente ritenere che il rinvio o ritardo nell'esecuzione dell'opera per il tempo necessario alla gara comprometterebbe la tempestività nella realizzazione dell'obiettivo

prefisso. Ne consegue che *“i tempi tra lo svolgimento della gara e la consegna dei lavori, non possono essere tali da rendere palesemente incoerente la motivazione di urgenza adottata”*[\[13\]](#).

A tale riguardo, il Consiglio di Stato ha affermato che il ricorso a questo sistema di scelta del contraente, che si *“sostanzia in una vera e propria trattativa privata, rappresenta un'eccezione al principio generale della pubblicità e della massima concorsualità tipica della procedura aperta, fermo restando che i presupposti fissati dalla legge per la sua ammissibilità devono essere accertati con il massimo rigore e non sono suscettibili di interpretazione estensiva e in particolare, per quanto riguarda l'urgenza di provvedere, essa non deve essere addebitabile in alcun modo all'Amministrazione per carenza di adeguata organizzazione o programmazione ovvero per sua inerzia o responsabilità”*[\[14\]](#).

La procedura negoziata prevista dall'articolo 63, comma 2, del Codice ha pertanto natura eccezionale ed in quanto tale è ammissibile soltanto nei casi tassativamente previsti dalla legge. La *“modificazione consensuale delle condizioni inizialmente pattuite, mediante un accordo di secondo grado avente efficacia modificativa, è possibile soltanto in presenza di eventi sopravvenuti e, soprattutto, mantenendo inalterato, al fine di non eludere le regole della libera concorrenza, l'equilibrio economico-giuridico esistente al momento della stipulazione del primo contratto”*[\[15\]](#).

L'estrema urgenza può pertanto legittimare un affidamento diretto ai sensi dell'art. 63, quanto risulta da eventi imprevedibili per le stazioni appaltanti e non da situazioni soggettive, contingibili, prevedibili e ad esse imputabili, anche per ritardo di attivazione dei procedimenti[\[16\]](#).

Al fine di fornire una chiara rappresentazione della fattispecie, si segnala che la giurisprudenza esclude il legittimo ricorso alla procedura di affidamento per estrema urgenza nell'ipotesi in cui l'esigenza di provvedere senza gara pubblica *“sia scaturita dall'illegittimo esperimento (e conseguente annullamento giurisdizionale) di una pregressa procedura di evidenza pubblica”*[\[17\]](#) oppure quando *“la stazione appaltante non si dà un'adeguata programmazione e non decide per tempo come sostituire alla scadenza un rapporto di appalto”*[\[18\]](#). Da ultimo, evidentemente non costituisce fatto imprevedibile, idoneo a legittimare l'utilizzo di un sistema eccezionale di scelta del contraente *“il periodo feriale e la conseguente minore operatività degli uffici”*[\[19\]](#).

L'articolo 63, comma 6, del codice disciplina la procedura di affidamento, prevedendo che ove possibile la stazione appaltante selezioni almeno cinque operatori economici da invitare a presentare le offerte oggetto di negoziazione. Spetta quindi alla stazione appaltante valutare se lo svolgimento di un'indagine di mercato, volta a selezionare almeno cinque operatori economici, sia compatibile con i tempi di esecuzione delle opere dettati dall'estrema urgenza del provvedere.

9. La proroga tecnica dei contratti.

All'affidamento senza una procedura competitiva *“deve essere equiparato il caso in cui ad un affidamento con gara segua, dopo la sua scadenza, un regime di proroga diretta che non trovi fondamento nel diritto comunitario”*. Infatti, le proroghe dei contratti affidati con gara sono consentite se già previste *ab origine*, e comunque entro termini determinati^[20]. Una volta che il contratto scada e si proceda a una sua proroga quest'ultima è da equiparare ad un affidamento senza gara.

Si ricorda che il ricorso all'istituto delle proroghe o dei rinnovi del contratto originario, che potrebbe astrattamente avere il principale fine di procrastinare nel tempo il rapporto contrattuale con lo stesso fornitore senza procedere ad una nuova gara ad evidenza pubblica, costituisce un indicatore di una situazione di rischio corruttivo monitorata dall'ANAC.

La proroga è considerata un evento eccezionale, limitato ad una serie precisa di casi, che la possono giustificare. A indurre le stazioni appaltanti a farne uso è prima di tutto la mancata programmazione nell'acquisto di beni e servizi, che dovrebbe garantire il regolare e tempestivo avvicendamento degli affidatari. La proroga abbandona e tradisce la sua unica funzione di essere *“uno strumento di transizione per qualche mese di ritardo determinato da fatti imprevedibili”*, e diventa *“un ammortizzatore pluriennale di palesi inefficienze di programmazione”*^[21].

L'unica proroga possibile è solo quella *“tecnica”*, cioè quella diretta a consentire la mera prosecuzione del rapporto contrattuale in corso, nelle more dell'espletamento della nuova procedura di gara. La giurisprudenza ammette tale proroga, affermando che: *“per effetto dell'applicazione dei principi comunitari che considerano la proroga o il rinnovo di un contratto quale contratto nuovo soggiacente a regole competitive, è vietata la proroga tacita e la proroga può essere concessa, esclusivamente con provvedimento espresso, al fine di evitare l'interruzione delle attività in atto, per il solo tempo necessario a consentire l'espletamento della procedura di evidenza pubblica”*^[22]. E' legittima la proroga solo se connessa ad una nuova gara e, quindi, non può che essere posta in essere ed approvata quasi simultaneamente con l'avvio della gara medesima. Ciò, al chiaro fine di non dar luogo a facili abusi. Continua l'Autorità di Vigilanza a sostenere che *“è pacifico che, in tema di rinnovo o proroga dei contratti pubblici, non vi è alcuno spazio per l'autonomia contrattuale delle parti, ma vige il principio che, salvo espresse previsioni dettate dalla legge in conformità alla normativa comunitaria, l'amministrazione, una volta scaduto il contratto, deve, qualora, abbia la necessità di avvalersi dello stesso tipo di prestazioni, effettuare una nuova gara. La proroga, nella sua accezione tecnica, ha carattere di temporaneità e di strumento atto esclusivamente ad assicurare il passaggio da un regime contrattuale ad un altro”*^[23]. Peraltro, la proroga tecnica ha anche un, seppur limitato, fondamento normativo nell'art. 106, comma 11, del d. lgs. n. 50/16 secondo il quale *“la proroga è limitata al tempo strettamente necessario alla conclusione delle procedure necessarie per l'individuazione di un nuovo contraente”*.

La conoscenza di una tale possibilità in sede di espletamento della competizione concorsuale pone tutti i partecipanti su di un medesimo piano, in quanto tutti egualmente in condizione di tenerne in debito conto in sede di elaborazione dell'offerta. Sotto altro aspetto, la stessa stazione appaltante, che pure potrebbe prevedere in sede di gara l'affidamento di un servizio pluriennale, riservandosi, invece, la facoltà di un rinnovo, ha la possibilità di raggiungere un

arco temporale più lungo attraverso fasi successive, all'inizio di ognuna delle quali conserva, peraltro, la potestà di verificare la persistenza di un pubblico interesse all'espletamento del servizio, ovvero, di verificarne l'adeguatezza alle esigenze poste a base dell'affidamento.

10. I contratti secretati o che esigono particolari misure di sicurezza. Il caso Camera dei deputati.

L'articolo 43 del RAC demanda al Comitato per la Sicurezza la competenza a deliberare in ordine alla sussistenza di particolari esigenze di sicurezza o di segretezza, relativamente a contratti di lavori, servizi e forniture di interesse della Camera dei deputati, in ragione delle quali debbano applicarsi, in tutto o in parte, le disposizioni dell'articolo 17 del Codice dei contratti pubblici (D.Lgs. 12 aprile 2006, n.163), attualmente disciplinate dall'articolo 162 del nuovo Codice. Si ricorda che, ai sensi dell'articolo 6 del Regolamento dei Servizi e del Personale, l'Ufficio di Presidenza della Camera dei deputati può istituire, con riferimento a specifiche esigenze, anche di carattere temporaneo, comitati composti da propri membri^[24]. In particolare, il Comitato per la Sicurezza è presieduto dal Vicepresidente della Camera designato e composto dai deputati Questori, dal Segretario generale, dai Vice Segretari generali competenti per materia e dal consigliere Capo del Servizio per la sicurezza, il quale svolge anche le funzioni di segretario del Comitato stesso.

In primo luogo, appare significativo sottolineare come il Regolamento di contabilità attribuisca tale competenza ad un organo di direzione politica e amministrativa di vertice della Camera dei deputati. La giurisprudenza della Corte dei Conti^[25] e del Consiglio di Stato^[26] hanno, infatti, ritenuto che nella generalità delle Amministrazioni Pubbliche (cioè l'Amministrazione cui è direttamente finalizzata l'opera da realizzare) il vincolo della segretezza andasse imposto dai rispettivi Ministri, in considerazione della rilevanza e della delicatezza della relativa decisione legata anche a valutazioni connesse ad interessi e alla sicurezza dello Stato.

L'articolo 162 del Codice dei contratti pubblici dispone, in particolare, la deroga dall'applicazione delle ordinarie procedure di affidamento:

- a) per i contratti al cui oggetto, atti o modalità di esecuzione è attribuita una classifica di segretezza;
- b) per i contratti la cui esecuzione deve essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative.

La nozione di segretezza si basa sul carattere assolutamente riservato di notizie precluse alla conoscenza altrui che, con specifico riferimento alle opere pubbliche, assume un significato di particolare pregnanza, per la deroga alla disciplina generale in materia di pubblicità delle procedure di gara per i contratti pubblici.

La ratio della secretazione risiede nella relazione tra l'informazione riservata e l'interesse pubblico della sicurezza del Paese ritenuto meritevole di tutela. A fronte di quest'ultimo il legislatore considera cedevole l'interesse alla pubblicità ed alla concorsualità delle procedure

di aggiudicazione. Ai sensi della legge 3 agosto 2007, n. 124, sono coperti dal segreto di Stato gli atti, i documenti, le notizie, le attività e ogni altra cosa la cui diffusione sia idonea a recare danno all'integrità della Repubblica, anche in relazione ad accordi internazionali, alla difesa delle istituzioni poste dalla Costituzione a suo fondamento, all'indipendenza dello Stato rispetto agli altri Stati e alle relazioni con essi, alla preparazione e alla difesa militare dello Stato.

Il carattere della segretezza di un'opera o di un servizio necessita di un provvedimento specifico al singolo caso, non potendosi ammettere la secretazione per blocchi di materie.

Negli appalti secretati deve ritenersi applicabile il principio dell'anteriorità, nel senso che il riconoscimento ufficiale, idoneo a far acquisire ai lavori, ai servizi e alle forniture il titolo necessario per l'iscrizione ad una determinata categoria, deve trovare puntuale applicazione prima che sia stato dato avvio alle procedure di aggiudicazione^[27].

La secretazione deve avvenire da parte del Comitato per la Sicurezza "con provvedimento motivato" (articolo 162, comma 2, del Codice) e, pertanto, non con una generica riaffermazione della sua necessità, ma attraverso una adeguata ponderazione, con riferimento alle specifiche circostanze che rendono necessario il ricorso al procedimento derogatorio. In particolare, la Corte dei Conti ritiene non condivisibile la secretazione sulla base del richiamo seriale a precedenti risalenti nel tempo, oppure, con particolare riguardo all'adozione di particolari misure di sicurezza o riservatezza unicamente in base alle intenzioni manifestate dalle Amministrazioni di volerne valutare l'adozione, richiamandosi, in taluni casi, a precedenti tradizionali.

Tra l'altro, la giurisprudenza ha più volte ribadito che l'ammissibilità della procedura derogatoria è condizionata all'effettiva idoneità della stessa a realizzare in concreto le misure di sicurezza e che la giustificazione della deroga viene meno ogniqualvolta la procedura non sia idonea a realizzarle^[28].

I successivi commi dell'articolo 162 del Codice dei contratti pubblici disciplinano le procedure da seguire per i contratti secretati. In particolare si dispone che l'affidamento dei contratti dichiarati segreti o eseguibili con speciali misure di sicurezza avvenga previo esperimento di gara informale, a cui sono invitati almeno cinque operatori economici se sussistono in tale numero soggetti qualificati in relazione all'oggetto del contratto e sempre che la negoziazione con più di un operatore economico sia compatibile con le esigenze di segretezza. La stazione appaltante deve, quindi, individuare le imprese da invitare a gara informale ed accertare le caratteristiche di qualificazione economico finanziaria e tecnico organizzativa nel rispetto del principio di trasparenza e concorrenza, oltre che il possesso del nulla osta sicurezza (NOS).

Deve essere ribadito pertanto il carattere facoltativo della deroga che "esclude l'automatico ricorso alla trattativa privata in caso di opere dichiarate segrete, rimettendo al prudente apprezzamento dell'Amministrazione la scelta delle procedure da adottare nel caso concreto e delle conseguenti cautele da seguire nelle forme di pubblicità"^[29].

La Corte dei Conti e l'Autorità Nazionale Anticorruzione hanno stipulato, il 1 febbraio 2017, un

Protocollo d'intesa in materia di funzioni di vigilanza e di controllo sui contratti secretati, esercitate, rispettivamente, ai sensi degli articoli 162, comma 5, e 213, comma 3, lett. a), del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Si tratta di un accordo volto a favorire la più stretta collaborazione tra i due organismi incaricati, su diversi piani, di controllare e di vigilare sui contratti di cui al comma 1 del citato articolo 162, per i quali all'oggetto, agli atti o alle modalità di esecuzione sia attribuita una classifica di segretezza (lett. a)), ovvero la cui esecuzione debba essere accompagnata da speciali misure di sicurezza, in conformità a disposizioni legislative, regolamentari o amministrative (lett. b)).

Diversamente da quanto previsto nel previgente codice in cui, ai sensi dell'articolo 17, i contratti secretati erano considerati esclusi in tutto o in parte dall'applicazione del codice degli appalti[30], essi attualmente sono stati invece inseriti dal legislatore nell'ambito degli "appalti e procedure in specifici settori", in conformità all'articolo 15 della direttiva 2014/24 UE.

L'art. 162 riproduce sostanzialmente nei primi quattro commi le analoghe disposizioni del previgente art. 17 del d.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, mentre il comma 5, concernente i controlli della Corte dei conti, modifica il quadro normativo previgente sia sotto il profilo delle attribuzioni sia sotto l'aspetto organizzativo delle nuove funzioni di controllo[31]. Al riguardo, il comma 5 dell'articolo 162 prevede l'esercizio da parte della Corte dei Conti delle seguenti attività:

- il controllo preventivo sulla legittimità e sulla regolarità;
- il controllo sulla regolarità, correttezza ed efficacia della gestione;
- una relazione al Parlamento, entro il 30 giugno di ciascun anno sui controlli esercitati.

L'obiettivo che si pone la norma è quello di estendere il potere di vigilanza anche ai contratti secretati, finora esclusi dal Codice, al fine di evitare l'eventuale adozione di comportamenti elusivi mediante un ricorso improprio alla secretazione.

Con riferimento alle specifiche disposizioni del RAC della Camera, si sottolinea che secondo il disposto dell'articolo 43 dello stesso Regolamento particolari esigenze di sicurezza o segretezza possono sussistere per qualunque contratto di lavori, servizi e forniture della Camera dei deputati indipendentemente dall'organo, Collegio dei Questori, Comitato per la sicurezza o Ufficio di Presidenza, in cui viene deliberato o autorizzato. Pertanto, la competenza attribuita dal RAC al Comitato sulle spese direttamente connesse alla sicurezza delle persone, delle sedi e delle informazioni potrebbe essere considerata strettamente "per materia" e non in ragione di un particolare livello di segretezza della spesa.

Conseguentemente, vi potrebbero essere contratti di lavori, servizi e forniture deliberati dal Collegio dei Questori e sottoposti al Comitato per la sicurezza per la valutazione circa la sussistenza di particolari esigenze di sicurezza o segretezza tali da giustificare l'applicazione, in tutto o in parte, delle disposizioni sui contratti secretati.

11. Conclusioni

La revisione del vecchio Codice dei contratti costituisce una significativa modifica normativa,

sia in termini formali, sia di contenuti. La scelta che è stata operata, volta a favorire lo strumento della *soft law*, offre una modalità agevole di aggiornamento normativo alle esigenze del mercato e degli operatori per consentirne una corretta applicazione.

Come è noto, la gestione del procedimento di gara presenta aspetti particolarmente complessi e non sempre definibili in modo univoco che tendono a favorire lo sviluppo di un contenzioso sia con riferimento all'intera procedura sia alle singole fasi di gara in cui essa può articolarsi.

In tale quadro, appare particolarmente delicato il ricorso alle procedure semplificate che potenzialmente si prestano a fenomeni distorsivi, stante il regime fiduciario che le caratterizza.

Gli appalti sottosoglia sono caratterizzati infatti dalla possibilità di ricorrere a procedure di aggiudicazione semplificate e rapide, in cui ovviamente non sussistono le medesime esigenze di tutela del sopra soglia comunitario. L'attenzione rivolta dal legislatore nazionale a tali tipologie di appalti si fonda su molteplici ragioni.

In primo luogo una ragione di ordine pratico, in quanto nel nostro Paese il mercato dei contratti di importo inferiore alla soglia di rilevanza europea costituisce un settore che interessa una larga parte dei contratti pubblici nazionali in cui partecipano per lo più piccole e medie imprese e che dunque necessita di una regolamentazione.

In secondo luogo si tratta di un settore che, considerato il valore degli affidamenti, richiede semplificazione e rapidità nello svolgimento delle procedure al fine di non aggravare l'azione amministrativa e al contempo non pregiudicare la concorrenza e la massima partecipazione delle imprese.

Spesso la scarsa regolazione è tuttavia foriera di occasioni per il realizzarsi di fenomeni corruttivi.

Alla luce delle considerazioni svolte appare quindi apprezzabile la scelta di accompagnare alla disciplina fornita nell'art. 36 del D.lgs. 50/2016, una disciplina flessibile fornita dalle linee guida dell'Autorità che specificano le "buone pratiche" che le stazioni appaltanti dovrebbero perseguire nella gestione dei contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea, nel difficile intento di bilanciare l'esigenza di semplificazione con il rispetto dei principi di trasparenza, parità di trattamento, nonché del principio di rotazione. L'obiettivo del legislatore è quello di evitare illegittime elusioni all'applicazione della normativa di evidenza pubblica.

Al riguardo, occorre sottolineare l'importanza di applicare con estremo rigore i principi enunciati dagli articoli 30, comma 1, del Codice (economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità, rotazione) nel quadro del principio costituzionale di buon andamento della Pubblica Amministrazione^[32].

Ove la scelta della procedura da adottare non sia predeterminata dalla legge, i criteri di scelta devono contemplare con ragionevolezza le diverse esigenze della stazione appaltante a garanzia dei diversi attori coinvolti e da, ultimo, dei cittadini, contribuenti alle spese pubbliche e

fruttori dei pubblici servizi.

BIBLIOGRAFIA

Autorità Nazionale Anticorruzione, Intervento del Presidente Raffaele Cantone, Relazione annuale, Senato della Repubblica 14 giugno 2018.

Autorità Nazionale Anticorruzione, Relazione annuale 2017, Senato della Repubblica 14 giugno 2018.

Corte dei Conti, Relazione al Parlamento sull'attività di controllo esercitata dalla Corte dei Conti ai sensi dell'art. 162, comma 5, del d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50

De Nictolis Rosanna, I nuovi appalti pubblici: appalti e concessioni dopo il d.lgs. 56/2017, Bologna, Zanichelli, 2017.

Galli Domenico, Gentile Domenico, Paoletti Gualandi Valentina, Appalti pubblici, Milano, Wolters Kluwer Italia, 2015.

Longo Antonino, La nuova disciplina dei contratti pubblici, Milano, Giuffrè, 2018.

Marini Francesco Saverio, Mazzotta Giuseppe, Storto Alfredo (cur.), Nuovo Codice dei contratti pubblici: con le linee guida Anac, Piacenza, La tribuna, 2017.

Massari Alessandro, Gli appalti pubblici dopo la Legge di Stabilità 2016, il Decreto milleproroghe e la Legge sulla green economy: con il testo del Codice dei contratti pubblici aggiornato con L. 208/2015, D.l. 210/2015, L. 221/2015, Maggioli Editore, 2016.

Romano Salvatore Alberto, L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aggiornato al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice degli appalti, Milano, Giuffrè, 2011.

[1] “la normativa che regola l'ammissione a dette procedure si propone lo scopo di ampliare il più possibile l'area dei soggetti che possono divenire controparte dell'Amministrazione nel contratto ...”, Romano Salvatore Alberto, *L'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture: aggiornato al regolamento di esecuzione ed attuazione del Codice degli appalti*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 55.

[2] “L'oggettiva valenza sul piano economico del mercato dei contratti pubblici, [...] secondo

stime ormai consolidate, supera il 16% del prodotto interno lordo dell'Unione europea", Domenico Galli, Domenico Gentile, Valentina Paoletti Gualandi, *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer Italia, 2015, p.2.

[3] C. Giust. CE, sez. III, 10 dicembre 2009 C-299/2008.

[4] Deliberazione AVCP n. 10 del 17/01/2007.

[5] Cfr. Parere ANAC n.142 del 12/09/2012.

[6] TAR Campania, Sez. II, 8 marzo 2017, n. 1336.

[7] Delibera ANAC 26 ottobre 2016, n. 1097.

[8] Tar Sicilia, Palermo, sez. II, 22 gennaio 2018, n. 186.

[9] Tar Aquila, sez. I, 9 giugno 2016, n. 372.

[10] Cons. St., sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854.

[11] I “considerando” della direttiva comunitaria appaiono particolarmente utili per la ricerca della ratio della normativa; conf. Longo Antonino, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffrè, 2018.

[12] Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 novembre 2005 n. 6392; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 marzo 2007 n. 1781; T.A.R. Molise, 16 luglio 2008 n. 689.

[13] Deliberazione ANAC n. 63 del 3 novembre 2010.

[14] Consiglio di Stato, sez. V, 10/11/2010, n. 8006.

[15] TAR Catanzaro, Sezione II, 12/04/2010 n. 475.

[16] *ex multis*, Cons. Stato, Sez. V, n. 8006 del 10.11.2010.

[17] T.A.R. L'Aquila, sez. I 18 ottobre 2010 n. 708.

[18] Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009, n. 2882.

[19] Cons. Stato, Sez. V, 10 settembre 2009, n. 5426.

[20] Consiglio Stato , sez. VI, 16 febbraio 2010 , n. 850.

[21] ANAC, Comunicato del Presidente del 4 novembre 2015.

[22] Consiglio di Stato, sez. V, n. 2151/2011.

[23] AVCP, deliberazione n. 33/2013.

[24] Come è noto, gli Organi costituzionali sono dotati di autonomia normativa ai sensi dell'articolo 64 della Costituzione, conf. Massari Alessandro, *Gli appalti pubblici dopo la Legge di Stabilità 2016, il Decreto milleproroghe e la Legge sulla green economy: con il testo del Codice dei contratti pubblici aggiornato con L. 208/2015, D.l. 210/2015, L. 221/2015*, Maggioli

Editore, 2016, p. 97, secondo il quale “gli Organi costituzionali stabiliscono nei propri ordinamenti modalità attuative dei principi e dei criteri direttivi previsti dalla presente legge nell’ambito delle prerogative costituzionalmente riconosciute”.

[\[25\]](#) Corte dei Conti, Sez. controllo, 22 giugno 1993 n. 101; Corte dei Conti, Sez. controllo, 30 giugno 1993 n. 104.

[\[26\]](#) Consiglio di Stato, sez. III, 14 luglio 1987, n. 884.

[\[27\]](#) Su questo punto hanno sempre concordato sia la Corte dei Conti sia il Giudice amministrativo (Consiglio di Stato, sez. IV, 6 ottobre 2004, n. 6491). In particolare la Corte dei Conti ritiene che “sotto il profilo procedurale è necessario che l’atto di segretazione venga adottato almeno contestualmente alla determinazione a contrattare e, quindi, all’inizio della selezione del contraente, in quanto la mancata adozione del decreto di segretazione prima dell’avvio delle procedure di affidamento può determinare l’illegittimità dell’intero procedimento di selezione del contraente”, Corte dei Conti, sez. centrale di controllo, n. 15/2011/G dell’11 novembre 2011.

[\[28\]](#) Corte dei Conti, sez. contr. reg. Marche, 13.07.2006, n. 9; Corte dei Conti, sez. contr. Stato, 27.04.2000, n. 37.

[\[29\]](#) Corte dei Conti, Sez. centrale di controllo, n. 15/2011/G dell’11 novembre 2011.

[30] Conf. Domenico Galli, Domenico Gentile, Valentina Paoletti Gualandi, *Appalti pubblici*, Wolters Kluwer Italia, 2015, p. 85, secondo il quale “all’esclusione dalla sfera di operatività del Codice corrisponde l’esenzione totale dall’applicazione di una disciplina specifica; in altri casi invece è prevista una disciplina *ad hoc* che tenga conto delle specificità dell’affidamento (ad esempio le forniture militari)”.

[31] La norma in questione elimina l’onere per le stazioni appaltanti di procedere ad invitare almeno cinque concorrenti, conf. Longo Antonino, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffré, 2018, p. 48 ss.

[32] La procedimentalizzazione dell’attività della PA costituisce un elemento di garanzia a tutela degli interessi degli operatori economici ad accedere al mercato e non è più dettata nell’esclusivo interesse dell’Amministrazione; conf. Longo Antonino, *La nuova disciplina dei contratti pubblici*, Milano, Giuffré, 2018, p. 25 ss.