



REPUBBLICA ITALIANA

Consiglio di Stato

Sezione Consultiva per gli Atti Normativi

Adunanza di Sezione del 11 aprile 2019

NUMERO AFFARE 00424/2019

OGGETTO:

Autorità nazionale anticorruzione.

Linee guida n. 4, denominate «Linee guida - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici».

LA SEZIONE

Vista la nota di trasmissione prot. n. 21493 in data 14/03/2019 con la quale l'Autorità nazionale anticorruzione ha chiesto il parere del Consiglio di Stato sull'affare consultivo in oggetto;

Esaminati gli atti e udito il relatore, consigliere Vincenzo Neri;

1. La richiesta dell'Autorità nazionale anticorruzione.

L'Autorità nazionale anticorruzione, con la nota in epigrafe indicata, ha trasmesso lo schema di linee guida n. 4 - denominate «*Linee guida - Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici*», elaborate con delibera n. 206 del 1 marzo 2018 - riferendo che si è reso necessario un intervento di aggiornamento a seguito dell'avvio della procedura di infrazione sulle opere di urbanizzazione a scomputo e delle modifiche normative sopravvenute.

L'ANAC riferisce, altresì, che la Commissione Europea ha segnalato un possibile contrasto del paragrafo 2.2 delle Linee guida in esame con l'articolo 5, paragrafo 8 della direttiva 2014/24/UE

nella parte in cui sembra ammettere che, in caso di esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione primaria di tipo funzionale, ammessa dall'articolo 16, comma 2 bis del decreto del Presidente della Repubblica n.380/2001 per importi di rilievo infracomunitario, il valore di tali opere, appaltabile in deroga alle procedure di evidenza pubblica regolate dal Codice dei contratti pubblici, possa essere determinato senza tenere conto del valore complessivo delle opere di urbanizzazione (ossia escludendo anche le restanti opere di urbanizzazione - secondaria, e primaria non funzionali).

Esponde che è emersa, altresì, l'esigenza di operare ulteriori modifiche/integrazioni alle Linee guida in esame nella parte relativa all'esclusione automatica delle offerte anomale. L'articolo 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici stabilisce che per lavori, servizi e forniture, quando il criterio di aggiudicazione è quello del prezzo più basso e comunque per importi inferiori alle soglie di cui all'articolo 35, la stazione appaltante può prevedere nel bando l'esclusione automatica delle offerte che presentino un ribasso pari o superiore alla soglia di anomalia. Per l'Autorità, secondo l'orientamento della Corte di Giustizia europea, i principi comunitari vietano l'esclusione automatica delle offerte anormalmente basse nei contratti sotto-soglia che abbiano carattere transfrontaliero certo. L'Autorità riferisce poi che la Commissione Europea, sulla base delle sentenze emesse nelle cause C-318/15, C-147/06 e C-148/06, ha contestato all'Italia la possibile violazione della normativa comunitaria, in quanto l'articolo 97, comma 8, del codice dei contratti pubblici si applica indiscriminatamente a tutti gli affidamenti sotto-soglia, indipendentemente dall'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Inoltre, la Commissione ha ritenuto insufficiente il limite di dieci offerte valide per poter giustificare il ricorso all'esclusione automatica. L'ANAC espone infine che, per tale ragione, in sede di revisione delle Linee guida, ha ritenuto di poter fornire un'interpretazione comunitariamente orientata della norma, nonché indicazioni interpretative, sulla base delle citate sentenze della Corte, al fine di individuare gli indicatori dell'interesse transfrontaliero certo.

Riferisce, in ultimo, che si è reso necessario adeguare le linee guida in esame alle novità introdotte dalla legge 30 dicembre 2018, n. 145, articolo 1, comma 912.

2. Il d.l. 18 aprile 2019, n. 32 c.d. sblocca-cantieri. Dopo l'invio della richiesta di parere, è stato pubblicato il d.l. 18 aprile 2019 n. 32, c.d. decreto sblocca-cantieri nella gazzetta ufficiale 18 aprile 2019, n. 32.

Qualora tale decreto dovesse essere convertito, verranno introdotte numerose, e consistenti, modifiche al Codice dei Contratti pubblici. Per quanto di interesse in questa sede, il decreto legge in questione novella l'articolo 36 Codice dei Contratti pubblici e, più in generale, ripensa il ruolo delle linee guida Anac perché, attraverso l'introduzione dell'articolo 216, comma 27 *octies* e la modifica delle norme del Codice dei contratti che le prevedono, l'esecuzione, l'attuazione e l'integrazione del codice sono affidate ad un regolamento unico.

Naturalmente non è possibile prevedere se il decreto verrà convertito o meno e se verrà convertito nel suo testo attuale o con modifiche, tuttavia reputa la Sezione che su alcune delle richieste formulate dall'ANAC possa essere comunque reso parere anche in considerazione del fatto che le linee guida rimarranno "in vigore o efficaci" sino alla data di entrata in vigore del regolamento in questione.

3. Appalti sotto-soglia di interesse transfrontaliero.

3.1. Inquadramento di carattere sistematico. In via generale, occorre rilevare che le procedure specifiche previste dalle direttive comunitarie si applicano soltanto ai contratti il cui valore supera la soglia prevista espressamente nelle direttive stesse (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, Vestergaard). Pertanto, in via di massima, gli Stati non sono obbligati a rispettare le disposizioni contenute nelle direttive per gli appalti il cui valore non raggiunge la soglia fissata da queste ultime (v., in tal senso, Corte di Giustizia, sentenza 21 febbraio 2008, causa C-412/04, punto 65). Ciò non significa tuttavia che questi ultimi appalti siano del tutto esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario (ancora Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punto 19): infatti, conformemente alla giurisprudenza costante della Corte di Giustizia, per quanto concerne l'aggiudicazione degli appalti che, in considerazione del loro valore, non sono soggetti alle procedure previste dalle norme comunitarie, le amministrazioni aggiudicatrici sono cionondimeno tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE e, in particolare, il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità (Corte di Giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punti 20 e 21; Corte di Giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, punto 32; Corte di Giustizia, 14 giugno 2007, causa C-6/05, punto 33) nonché l'obbligo di trasparenza che ne deriva.

L'applicazione delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato alle procedure di aggiudicazione degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria è dunque imposta quando gli appalti in questione presentino un interesse transfrontaliero certo (Corte di Giustizia, sentenza 13 novembre 2007, causa C-507/03, punto 29).

Un appalto di lavori può, ad esempio, presentare interesse transfrontaliero in ragione del suo valore stimato, in relazione alla propria tecnica o all'ubicazione dei lavori in un luogo idoneo ad attrarre l'interesse di operatori esteri.

Per la Corte di Giustizia, *“spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni del bando di appalto, l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”* (Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06). Tuttavia, prosegue la Corte, *“una normativa può certamente stabilire, a livello nazionale o locale, criteri oggettivi che indichino l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali criteri potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori. Si potrebbe altresì escludere l'esistenza di un tale interesse nel caso, ad esempio, di un valore economico molto limitato dell'appalto in questione (v., in tal senso, sentenza 21 luglio 2005, causa C-231/03, Coname, Racc. pag. I-7287, punto 20). È tuttavia necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo”* (ancora Corte di Giustizia, 15 maggio 2008, C. 147/06).

Se l'appalto sotto-soglia presenta interesse transfrontaliero, la costante giurisprudenza della Corte reputa contrario al diritto eurounitario l'esclusione automatica delle offerte sospettate di anomalia.

3.2. Il più recente intervento della Corte di Giustizia. Di recente la Corte di Giustizia ha affermato che *“per quanto riguarda i criteri oggettivi atti a indicare l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo ... [questi] potrebbero sostanziarsi, in particolare, nell'importo di una certa consistenza dell'appalto in questione, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, nelle caratteristiche tecniche dell'appalto e nelle caratteristiche specifiche dei prodotti in causa. A tal riguardo, si può altresì tenere conto dell'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri*

Stati membri, purché sia accertato che queste ultime sono reali e non fittizie” (Corte di Giustizia, 6 ottobre 2016, n. 318).

3.3. Le modifiche da apportare al punto 1.5.

Effettuata tale premessa, per la Sezione, il punto 1.5 dello schema di linee guida deve essere modificato per:

a) chiarire meglio che il luogo in cui si trova la stazione appaltante può avere rilievo ai fini della sussunzione dell'appalto tra quelli di interesse transfrontaliero, come già specificato dalla sentenza della Corte di Giustizia 15 maggio 2008, C. 147/06;

b) per specificare in modo netto quali regole si applicano, una volta definito l'appalto sotto-soglia come di interesse transfrontaliero.

Il punto 1.5. va, dunque, così modificato: «Le stazioni appaltanti verificano se per un appalto o una concessione di dimensioni inferiori alle soglie di cui all'articolo 35 del Codice dei contratti pubblici vi sia un interesse transfrontaliero certo in conformità ai criteri elaborati dalla Corte di Giustizia. Tale condizione non può essere ricavata, in via ipotetica, da taluni elementi che, considerati in astratto, potrebbero costituire indizi in tal senso, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta delle circostanze dell'appalto in questione quali, a titolo esemplificativo, l'importo dell'appalto, in combinazione con il luogo di esecuzione dei lavori o, ancora, le caratteristiche tecniche dell'appalto e le caratteristiche specifiche dei prodotti in causa, tenendo anche conto, eventualmente, dell'esistenza di denunce (reali e non fittizie) presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (si veda la Comunicazione della Commissione Europea 2006/C 179/02, relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalle direttive «appalti pubblici»). Possono essere considerati, al riguardo, anche precedenti affidamenti con oggetto analogo realizzati da parte della stazione appaltante o altre stazioni appaltanti di riferimento. È necessario tenere conto del fatto che, in alcuni casi, le frontiere attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi e che, in tali circostanze, anche appalti di valore esiguo possono presentare un interesse transfrontaliero certo. Per l'affidamento di appalti e concessioni di interesse transfrontaliero certo le stazioni appaltanti adottano le procedure di aggiudicazione adeguate e utilizzano mezzi di pubblicità atti a garantire in maniera effettiva ed efficace l'apertura del mercato alle imprese estere nonché il rispetto delle norme fondamentali e dei principi generali del Trattato e in particolare il principio di parità di trattamento e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità oltreché l'obbligo di trasparenza che ne deriva».

4. La disciplina delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo.

4.1. Premessa. Come prima riferito, a seguito dell'avvio della procedura di infrazione in sede europea, si è resa necessaria la modifica della disciplina relativa al compimento delle opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo.

Sulle opere di urbanizzazione a scomputo, la commissione speciale, con parere 24 dicembre 2018 n. 2942, reso all'adunanza del 3 dicembre 2018 sempre su richiesta dell'ANAC, ha affermato che “l'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 - a mente del quale *"nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, l'esecuzione diretta delle opere di urbanizzazione*

primaria di cui al comma 7 (del medesimo art. 16, n.d.rr.), di importo inferiore alla soglia di cui all'articolo 28, comma 1, lettera c), del decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163, funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, è a carico del titolare del permesso di costruire e non trova applicazione il decreto legislativo 12 aprile 2006, n. 163" - contiene una evidente (ed eccezionale) deroga normativa all'applicazione delle disposizioni codicistiche in materia di affidamento di commesse pubbliche laddove l'esecuzione di opere di urbanizzazione primaria (purché realizzate "Nell'ambito degli strumenti attuativi e degli atti equivalenti comunque denominati nonché degli interventi in diretta attuazione dello strumento urbanistico generale, (...) funzionali all'intervento di trasformazione urbanistica del territorio, (...))" sia attuata direttamente dal titolare dell'abilitazione a costruire e l'importo delle stesse sia inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria;

- giova precisare che per "opere funzionali" si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es., fogne, strade e tutte gli ulteriori interventi elencati, in via esemplificativa, dall'articolo 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell'opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire (quest'ultimo nelle varie articolazioni previste dalle leggi, anche non nazionali) e, comunque, solo quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire e da quest'ultimo specificate;

- fermo quanto sopra si presenta necessario ribadire, ancora una volta, che il calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione, intesa nella sua interezza, è dato dalla somma di tutte le opere di urbanizzazione che il privato deve realizzare a scomputo, funzionali e non. Tale operazione, avente dunque ad oggetto la definizione dell'importo complessivo al quale ammonta la realizzazione delle opere di urbanizzazione, deve essere effettuata prima di ogni ulteriore valutazione circa la possibilità di applicazione della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001, giacché l'operatività di quest'ultima resta direttamente condizionata dall'esito dell'accertamento in ordine al calcolo complessivo delle opere di urbanizzazione da realizzarsi;

- se il valore complessivo di tali opere – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50, solo allora il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001 ed esclusivamente per quelle funzionali;

- al contrario, qualora il valore complessivo di tali opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali;

- in termini ancora più semplici si deve ribadire l'iter logico già seguito nel parere n. 361 del 2018 di questo Consiglio, vale a dire che l'insieme delle opere di urbanizzazione il cui onere è accollato al titolare del permesso di costruire come scomputo degli oneri di urbanizzazione, deve essere considerato nel suo insieme come se fosse un'unica opera pubblica da realizzarsi contestualmente, sia pure costituita da diverse tipologie (opere di urbanizzazione primaria, primaria funzionali, secondaria) le quali, ciascuna per sé, possono essere considerate come singoli lotti in relazione alla loro singola natura (fogne, strade, illuminazione etc.). Ne consegue che, per valutare se questo complessivo appalto virtualmente unitario, composto da più opere disomogenee, superi o meno la soglia comunitaria, in applicazione dell'art. 35, comma 9, del Codice occorre sommare il valore di ciascuna di esse. Ciò refluisce, per altro, sulla soluzione al secondo quesito posto dall'Anac di cui più avanti.

- tale essendo l'iter argomentativo del sottopunto 2.2 inserito nel punto 2 delle Linee guida n. 4 del 2018, per come redatto dall'Anac in seguito al parere della Commissione speciale del Consiglio di Stato n. 361 del 2018, spetterà alla predetta Autorità, sfuggendo tale compito ai poteri di questa Commissione speciale, valutare se si renda indispensabile o meno esternare tali motivazioni in seno alle Linee guida già approvate e quale sia la procedura corretta per effettuare tale integrazione”.

Sempre nel parere innanzi citato, la commissione speciale, su specifico quesito posto dall'Autorità, ha precisato che *“il coacervo delle opere di urbanizzazione a scomputo addossate al titolare del permesso di costruire deve essere considerato, agli effetti del calcolo delle soglie, come una unica “opera prevista” oggetto di un unico appalto. Si è già precisato che se la sommatoria di tale coacervo supera la soglia europea tutte le opere dovranno essere assoggettate al codice.*

Si rende tuttavia applicabile in questo caso anche l'art. 35, comma 11, del Codice, il quale, in diretta, letterale e pedissequa applicazione dell'art. 5, par. 10 della direttiva 2014/24/UE, stabilisce che, in via di eccezione, quando un'opera prevista può dar luogo ad appalti aggiudicati per lotti separati, e quand'anche il valore complessivo stimato della totalità dei lotti di cui essa si compone sia superiore alla soglia, ciò non ostante ai lotti frazionati in questione non si applica la direttiva, e dunque possono essere aggiudicati senza le procedure in essa previste come obbligatorie. Ciò può avvenire però a due condizioni 1. Che, i lotti in cui è stata frazionata l'“opera prevista” siano ciascuno inferiore a € 1.000.000,00, 2. Che la somma di tali lotti non superi il 20 per cento della somma di tutti i lotti in cui l'opera prevista è stata frazionata. In questo caso per “opera prevista” si deve intendere, appunto, il coacervo delle opere di urbanizzazione addossate al titolare del permesso.

In questo senso, potendosi su tale aspetto concordare con quanto suggerito dall'Anac nel quesito qui in esame, applicando l'articolo 35, comma 11, del Codice e sussistendo le relative condizioni, sarebbe possibile scorporare il lotto relativo alle opere di urbanizzazione primaria funzionali, affidandolo in via diretta ai sensi dell'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. n. 380 del 2001, anche se il valore complessivo dell'opera fosse di rilevanza comunitaria, a condizione che esso fosse di valore inferiore a € 1.000.000,00, e non superasse il venti per cento di tutte le opere a scomputo addossate al titolare”.

4.2. Le modifiche da apportare. Alla luce della predetta ricostruzione, e considerato quanto riferito dall'ANAC con la richiesta di parere, la Sezione reputa che il punto 2.2 dello schema di linee guida sottoposto a parere, debba essere modificato per

- a) chiarirne meglio l'ambito applicativo, coordinando le disposizioni del Codice dei Contratti con quelle del testo unico edilizia (d.P.R. 380/2001);
- b) specificare il concetto di opere funzionali;
- c) specificare che le opere di urbanizzazione possono riguardare anche i permessi convenzionati (articolo 28 bis d.P.R. 380/2001) e le convenzioni di lottizzazione (articolo 28 l. urb.);
- d) coordinare l'articolo 16 TUE con l'articolo 36, comma 4, Codice;
- e) eliminare “medesimo intervento” perché creerebbe il rischio di una lettura elusiva.

Per tale ragione, la Sezione propone la modifica del punto 2.2. dello schema di linee guida nei seguenti termini: Per le opere di urbanizzazione a scomputo totale o parziale del contributo previsto

per il rilascio del permesso di costruire, nel calcolo del valore stimato devono essere cumulativamente considerati tutti i lavori di urbanizzazione primaria e secondaria anche se appartenenti a diversi lotti, connessi ai lavori oggetto di permesso di costruire, permesso di costruire convenzionato (articolo 28 bis d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) o convenzione di lottizzazione (articolo 28 l. 17 agosto 1942 n. 1150) o altri strumenti urbanistici attuativi. Quanto disposto dall'articolo 16, comma 2 bis, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e 36, comma 4, Codice dei contratti pubblici si applica unicamente quando il valore di tutte le opere di urbanizzazione, calcolato ai sensi dell'articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, non raggiunge le soglie di rilevanza comunitaria. Per l'effetto: se il valore complessivo delle opere di urbanizzazione a scomputo – qualunque esse siano – non raggiunge la soglia comunitaria, calcolata ai sensi dell'articolo 35, comma 9, Codice dei contratti pubblici, il privato potrà avvalersi della deroga di cui all'articolo 16, comma 2 bis, d. P.R. 6 giugno 2001 n. 380, esclusivamente per le opere funzionali; al contrario, qualora il valore complessivo di tutte le opere superi la soglia comunitaria, il privato sarà tenuto al rispetto delle regole di cui al Codice di contratti pubblici sia per le opere funzionali che per quelle non funzionali.

Per opere funzionali si intendono le opere di urbanizzazione primaria (ad es. fogne, strade, e tutti gli ulteriori interventi elencati in via esemplificativa dall'articolo 16, comma 7, d.P.R. 6 giugno 2001 n. 380) la cui realizzazione è diretta in via esclusiva al servizio della lottizzazione ovvero della realizzazione dell'opera edilizia di cui al titolo abilitativo a costruire e, comunque, quelle assegnate alla realizzazione a carico del destinatario del titolo abilitativo a costruire”.

5. Le ulteriori modifiche alle linee guida. Lo schema di linee guida trasmesso dall'Autorità prevede la modifica del punto 5.1 per adeguare le predette linee guida a quanto stabilito dall'articolo 1, comma 912, l. 145/2018 e del punto 3.7 per innalzare da € 1.000 ad € 5.000 l'importo degli affidamenti per i quali è consentito derogare al principio di rotazione con scelta sinteticamente motivata contenuta nella determina a contrarre o in atto equivalente.

In relazione alla modifica del punto 5.1 dello schema di linee guida, la Sezione reputa di non poter esprimere parere in considerazione del fatto che la disciplina è stata modificata dal d.l. 18 aprile 2019 n. 32.

Reputa, invece, di poter condividere l'innalzamento della soglia entro la quale è possibile, con scelta motivata, derogare al principio di rotazione.

P.Q.M.

nelle suesposte considerazioni è il parere della Sezione.

L'ESTENSORE
Vincenzo Neri

IL PRESIDENTE
Claudio Zucchelli

IL SEGRETARIO

Cinzia Giglio