



## L'evoluzione della disciplina dei contratti pubblici sotto soglia e il rischio corruttivo

di Ludovica Menchetti\*

16 aprile 2026

**Abstract:** il rapporto tra la prevenzione della corruzione e la contrattualistica pubblica ha spesso rappresentato un complesso campo di intervento per il legislatore, a fronte dello stretto legame che intercorre tra i due ambiti. La necessità di porre l'attenzione sui contratti sotto soglia, che sono i più numerosi, deriva dalla loro disciplina più flessibile, che facilita l'annidarsi del germe corruttivo. L'analisi è volta a inquadrare luci e ombre di una normativa che, da un lato, si pone l'obiettivo di individuare l'equilibrio tra efficienza, tempestività e prevenzione della corruzione, e, dall'altro, può generare effetti diversi a seconda del contesto in cui viene applicata.

The relationship between corruption prevention and public procurement has often presented a complex challenge for the legislator, given the close link between the two areas. The need to focus on contracts below the European threshold – the most common type – stems from their more flexible regulatory framework, which may facilitate the breeding of corruption. The analysis aims to highlight the pros and cons of legislation that, on the one hand, aims to strike a balance among efficiency, timeliness, and the prevention of corruption, but, on the other hand, can produce different outcomes depending on the context in which it is applied.

**Sommario:** 1. Introduzione. - 2. Le deroghe alla normativa ordinaria, tra criteri di aggiudicazione esecuzione anticipata del contratto e *stand still*. - 3. L'esclusione automatica delle offerte anomale. - 4. Il depotenziamento del principio di rotazione. - 5. Il conflitto di interessi e le ricadute della sua disciplina. - 6. Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione. - 7. La transizione digitale e le disparità applicative. - 8. Conclusioni.

### 1. Introduzione

Nella storia dello Stato italiano, dalla sua costituzione fino alla cronaca dei nostri giorni, vi è testimonianza di numerosi casi di corruzione nella contrattualistica pubblica, uno degli ambiti strutturalmente più esposti al rischio corruttivo, tanto da essere stato identificato come “il settore di elezione della corruzione politica e amministrativa”<sup>1</sup>. La dottrina si è spesso interrogata sulle cause di questo stretto legame, tra cui rientrano

---

\* Dottoressa magistrale in Giurisprudenza presso l'Università LUISS Guido Carli. Contributo sottoposto a *double blind peer review*.

<sup>1</sup> B. G. MATTARELLA, *Disciplina dei contratti pubblici e prevenzione della corruzione*, *Astrid rassegna* – n. 5/2016, p. 1.



l'elevato numero di risorse economiche coinvolte, l'ampio margine di discrezionalità amministrativa spettante al contraente pubblico e la complessità del procedimento<sup>2</sup>.

Sin dalla c.d. legge Merloni del 1994<sup>3</sup>, il legislatore ha tentato in vario modo di arginare il dilagare della corruzione con un assetto normativo rigido e complesso, culminato nel Codice dei contratti pubblici previgente, adottato con decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50. Tale approccio ha rallentato l'azione amministrativa, alimentando il fenomeno conosciuto come "paura della firma", che rientra nel concetto di "burocrazia difensiva"<sup>4</sup>, per cui, nei casi dubbi, l'amministrazione preferiva evitare scelte discrezionali proprio per timore di incorrere in responsabilità contabile, amministrativa o civile.

In tale contesto, l'attuale Codice, adottato con decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, ha introdotto un necessario cambio di rotta, intervenendo su molteplici aspetti e delineando i tre "super-principi" che fanno da cornice alla materia: risultato, fiducia e accesso al mercato, con cui, anche solo dalla terminologia utilizzata, è possibile dedurre la volontà di introdurre un nuovo paradigma<sup>5</sup>. In questa prospettiva, il legislatore ha potenziato la semplificazione, ampliando la discrezionalità amministrativa e limitando il c.d. "gold plating", e ha introdotto un diverso modello di prevenzione della corruzione,

---

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> Legge 11 febbraio 1994, n. 109.

<sup>4</sup> Per un approfondimento sul tema, si veda A. BATTAGLIA, S. BATTINI, A. BLASINI, V. BONTEMPI, M.P. CHITI, F. DECAROLIS, S. MENTO, A. PINCINI, A. P. VALENTINI, G. SABATO, "Burocrazia difensiva": cause, indicatori e rimedi, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 4/2021, pp. 1295-1316; G. BOTTINO, *La burocrazia difensiva e le responsabilità degli amministratori e dei dipendenti pubblici*, in *Analisi giuridica dell'economia*, n. 1/2020, pp. 117-146. In particolare, Bottino qualifica la burocrazia difensiva come "un modo di essere che gli amministratori ed i dipendenti pubblici [...] adottano nell'assunzione delle proprie decisioni amministrative". La burocrazia difensiva può assumere forma "attiva-positiva", nel caso in cui si realizzi la dilazione dei termini di conclusione dei procedimenti amministrativi e l'aggravamento della fase istruttoria, oppure la reiterazione di prassi contrarie alla semplificazione amministrativa. Assume, invece, carattere "passivo-negativo" quando si concretizza in casi di inerzia amministrativa, di adozione di procedimenti standardizzati e strettamente ancorati al dato normativo di riferimento, oppure quando sono traslate, in sede legislativa e/o giurisdizionale, decisioni che potevano e dovevano essere previamente adottate a conclusione dei procedimenti amministrativi. Tra l'altro, l'autore sottolinea come tra gli ambiti di attività in cui i dipendenti pubblici sono più sensibili ad attuare comportamenti difensivi, oltre al settore sanitario, sia presente proprio il settore dei contratti pubblici e, più in particolare, delle opere pubbliche (dalla loro originaria programmazione e progettazione, attraverso le procedure di affidamento e aggiudicazione, sino alla fase esecutiva).

<sup>5</sup> Per un'analisi dettagliata del principio del risultato, si rinvia a: M. CAFAGNO, *Funzioni delle gare e principi nel nuovo Codice dei contratti pubblici. Dalla giustapposizione al bilanciamento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2024, pp. 97 e ss; A. CUTOLO, *La nuova amministrazione di risultato tra "deburocratizzazione" deresponsabilizzazione e fiducia*, in *Ambientediritto*, n. 1/2024, pp. 1-3; B.G. MATTARELLA, *Il principio del risultato nella disciplina dei contratti pubblici*, in *Mercato Concorrenza Regole*, Fascicolo n. 3, settembre-dicembre 2024, pp. 331-341; A. SANDULLI, *Il principio del risultato quale criterio interpretativo e applicativo*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2024, pp. 349-364; M.R. SPASIANO, *La codificazione dei principi del Codice dei contratti pubblici e, in particolare, del risultato, alla prova del correttivo*, in *Federalismi.it*, n. 10/2025, pp. 223-226.



non più fondato sull'irrigidimento procedurale, bensì su un più ampio ricorso alla trasparenza, alla digitalizzazione e alla qualificazione del personale.

Eppure, nonostante la normativa sia radicalmente mutata, nella pratica ottenere un cambiamento repentino nella gestione delle procedure non è così immediato, in considerazione del fatto che non si può prescindere dalle differenze strutturali tra le singole amministrazioni. Per assicurarsi che i cambiamenti non si fermino sul piano normativo, come si dirà meglio in seguito, non si può prescindere dalla formazione del personale amministrativo, il quale resta comunque il primo ingranaggio del sistema.

Dopo aver esaminato l'evoluzione normativa del settore, è interessante analizzare i contratti con un importo inferiore alle soglie di rilevanza dettate dal legislatore unionale. Essi rappresentano i procedimenti più numerosi e sono caratterizzati da una disciplina più flessibile che facilita l'annidarsi del germe corruttivo.

Negli ultimi dieci anni, anche a fronte dell'innalzamento delle soglie europee di rilevanza<sup>6</sup>, il mercato italiano è stato dominato numericamente dai contratti sotto soglia, nonostante i procedimenti ordinari mantengano, anche in termini aggregati, un valore economico nettamente superiore. Infatti, le risorse annualmente utilizzate nel settore oscillano tra i 200 e i 300 miliardi di euro annui<sup>7</sup>, di cui tra i 60 e i 70 miliardi sono di norma destinati alle procedure sotto soglia<sup>8</sup>. Eppure, nel 2024, l'incidenza numerica degli affidamenti diretti sul totale delle acquisizioni di servizi e forniture è risultata essere di circa il 98%, mentre l'87% dei lavori pubblici sono stati affidati con una procedura sotto soglia<sup>9</sup>.

Nonostante non vengano raccolti dati aggregati, tra gli indicatori di rischio corruttivo principalmente utilizzati dall'Autorità nazionale anticorruzione (Anac) nelle relazioni annuali e da altri osservatori, tra cui Banca d'Italia<sup>10</sup>, sono elencate le caratteristiche strutturali di tali procedimenti; infatti, i contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea rappresentano un ambito rimesso alla legislazione nazionale e caratterizzato da una disciplina più flessibile e semplificata. Proprio tali peculiarità

---

<sup>6</sup> Come evidenziato da Anac, "Relazione annuale 2024", Camera dei deputati, Roma, 20 maggio 2025.

<sup>7</sup> Nel 2023 sono stati spesi 283,4 miliardi, nell'anno successivo 271,8 miliardi, come rilevato da Anac, "Relazione annuale 2024", Camera dei deputati, Roma, 20 maggio 2025.

<sup>8</sup> Banca d'Italia, "Relazione annuale 2022. Centoventinovesimo esercizio", Roma, Banca d'Italia, 2023; Anac, "Relazione annuale 2022", Camera dei deputati, Roma, 8 giugno 2023; Anac, "Relazione annuale 2023", Camera dei deputati, Roma, 14 maggio 2024; Anac, "Relazione annuale 2024", Camera dei deputati, Roma, 20 maggio 2025. Peraltro, le cifre riportate non considerano gli affidamenti inferiori a 40.000 euro, escludendo dal conteggio una grande parte dei procedimenti sotto soglia.

<sup>9</sup> In particolare, su un totale di 62.000 procedure, 32.000 (una su due) sono state realizzate con affidamento diretto, mentre 21.000 attraverso una procedura negoziata senza bando, dunque senza una gara vera e propria. Sul punto, si veda Anac, "Relazione annuale 2024", Camera dei deputati, Roma, 20 maggio 2025.

<sup>10</sup> Banca d'Italia, "Relazione annuale 2022. Centoventinovesimo esercizio", Roma, Banca d'Italia, 2023; A. FRIGO, S. MOCETTI, *The effects of digitalization on the functioning of the public sector: evidence from e-procurement*, in *Questioni di economia e finanza*, n. 938, giugno 2025.



# AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

rendono queste procedure oltremodo esposte a rischi corruttivi, poiché il bilanciamento tra esigenze di celerità ed efficienza amministrativa, da un lato, e rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità e trasparenza, dall'altro, si rivela particolarmente delicato. Da qui, la necessità di analizzare il sistema anticorruzione nei contratti sotto soglia in modo autonomo, proprio perché i rischi di opacità e di consolidamento di rapporti privilegiati impongono strumenti di prevenzione mirati e un rafforzamento dei controlli, soprattutto a favore delle amministrazioni meno strutturate. Al contempo, è necessario evitare di aggravare le piccole amministrazioni con ulteriori carichi burocratici e controlli non proporzionati.

Pertanto, al fine di individuare gli effetti della normativa in relazione al meccanismo anticorrittivo, è utile analizzare eventuali criticità della disciplina speciale, chiedersi quale aspetto, tra semplificazione e prevenzione, l'istituto è volto a tutelare e, soprattutto, se ciò comporta un depotenziamento del necessario meccanismo preventivo o della flessibilità richiesta. Per fare ciò saranno esaminati alcuni istituti previsti dalla disciplina speciale dei contratti sotto soglia: i criteri di aggiudicazione, l'esecuzione anticipata del contratto e la deroga allo *stand still*, il meccanismo di esclusione delle offerte anormalmente basse e il principio di rotazione. Con riferimento al primo aspetto, la libertà riconosciuta alle stazioni appaltanti nella scelta del criterio di aggiudicazione favorisce il ricorso al criterio del minor prezzo, preferito per ragioni di celerità, semplificazione e maggior rapidità nei controlli, ma che, al contempo, può portare a incentivare comportamenti di burocrazia difensiva. Nel caso dell'esecuzione anticipata e della contestuale deroga al meccanismo di *stand still*, si accentua il rischio di limitare i controlli interni o esterni su un procedimento già in fase di esecuzione. Il meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, pur accelerando il procedimento, riduce il contraddittorio con gli operatori economici e può comprimere la concorrenza, escludendo offerte potenzialmente vantaggiose. In relazione al principio di rotazione, esso rappresenta un fondamentale strumento anticorrittivo, nonostante la sua applicazione sia stata attenuata rispetto a quanto previsto dalla disciplina precedente.

L'analisi, inoltre, mira a individuare le criticità derivanti dall'applicazione della normativa prevista per i procedimenti ordinari, in particolare con riferimento alla transizione digitale e alla disciplina del conflitto di interessi. Se, da un lato, tali istituti rappresentano fondamentali misure anticorrittive, dall'altro possono causare problematiche applicative, poiché non tengono conto delle peculiarità dei contratti sotto soglia, essendo stati delineati sul modello dei procedimenti ordinari.

A fronte di ciò, assume un ruolo chiave la discrezionalità amministrativa, a cui il legislatore riconosce ampio spazio e che, se utilizzata con i corretti strumenti, permette all'amministrazione di delineare l'assetto organizzativo più idoneo per il singolo caso.



## 2. Le deroghe alla normativa ordinaria tra criteri di aggiudicazione, esecuzione anticipata del contratto e *stand still*

Per analizzare i rischi di corruzione nei contratti sotto soglia, occorre innanzitutto, esaminarne le peculiarità. Una differenza di rilievo rispetto alla normativa ordinaria è data dalla disciplina dei criteri di aggiudicazione. Per i procedimenti ordinari, in attuazione del pacchetto di direttive del 2014<sup>11</sup>, il Codice del 2016 e quello vigente prediligono il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa rispetto a quello del minor prezzo, utilizzabile solo nei casi previsti *ex lege*; così non avviene negli affidamenti sotto soglia, in cui la stazione appaltante può scegliere quale criterio applicare, in continuità con quanto previsto dal decreto legislativo n. 50 del 2016 e dalla normativa emergenziale.

La *ratio* della possibilità di scelta risponde al fatto che la stazione appaltante può prediligere la scelta del criterio del minor prezzo per privilegiare la celerità nello svolgimento della commessa, visto che una valutazione improntata sui benefici qualitativi potrebbe non giustificare le maggiori tempistiche e i costi. In tal senso, il Consiglio di Stato afferma che "il principio di libera scelta da parte delle stazioni appaltanti circa l'utilizzo del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa ovvero del prezzo più basso [...] appare funzionale alla conformazione delle regole di gara alle peculiarità di ciascun oggetto contrattuale, in modo tale da garantire il risultato migliore nell'ottica del soddisfacimento dell'interesse del committente"<sup>12</sup>. La regola generale dell'equiordinazione tra i due criteri di aggiudicazione ha comunque delle eccezioni: i casi di cui all'articolo 108, comma 2, decreto legislativo n. 36 del 2023<sup>13</sup>; il caso in cui l'amministrazione decida di ricorrere alle procedure ordinarie per un affidamento sotto soglia<sup>14</sup>; qualora nella procedura sia riscontrato un interesse transfrontaliero certo e l'amministrazione debba seguire la procedura ordinaria<sup>15</sup>.

<sup>11</sup> Direttiva 2014/25/UE sui settori speciali, la direttiva 2014/24/UE per i settori ordinari, a cui si aggiunge la direttiva 2014/23/UE interamente sulle concessioni.

<sup>12</sup> Cons. Stato, "Relazione illustrativa allo schema definitivo di Codice dei contratti pubblici", 7 dicembre 2022, p.75.

<sup>13</sup> L'art. 108, comma 2, d.lgs. n. 36/2023 riporta che: "Sono aggiudicati esclusivamente sulla base del criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa individuata sulla base del miglior rapporto qualità/prezzo: a) i contratti relativi ai servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché ai servizi ad alta intensità di manodopera, come definiti dall'articolo 2, comma 1, lettera e), dell'allegato I.1; b) i contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e degli altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 140.000 euro; c) i contratti di servizi e le forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno un carattere innovativo; d) gli affidamenti in caso di dialogo competitivo e di partenariato per l'innovazione; e) gli affidamenti di appalto integrato; f) i contratti relativi ai lavori caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o con carattere innovativo; f-bis) i contratti relativi ai servizi di trasporto nell'ambito delle uscite didattiche e dei viaggi di istruzione di competenza delle istituzioni scolastiche di ogni ordine e grado".

<sup>14</sup> Art. 50, comma 1, lett. d), d.lgs. n. 36/2023.

<sup>15</sup> Art. 48, comma 2, d.lgs. n. 36/2023.



Di norma le amministrazioni preferiscono il criterio del minor prezzo e tale scelta non solo facilita eventuali controlli, ma risponde alla necessità di maggiore semplificazione. Il primo aspetto concorre a garantire un sistema anticorruptivo rapido, poiché è più agevole verificare la corretta applicazione di un parametro oggettivo, piuttosto che dover sindacare una scelta dettata dall'utilizzo della discrezionalità. Inoltre, dal lato della semplificazione, l'applicazione del criterio del minor prezzo rende il procedimento più celere, innanzitutto poiché una valutazione oggettiva è più rapida rispetto a una scelta improntata sui benefici qualitativi, la quale potrebbe richiedere maggiori tempistiche e costi non giustificati dallo scarso valore della commessa; inoltre, l'utilizzo di tale criterio permette all'amministrazione procedente di non istituire una commissione giudicatrice e di applicare la disciplina semplificata per la verifica dell'anomalia dell'offerta, di cui all'articolo 54 decreto legislativo n. 36 del 2023.

Eppure, la predilezione del criterio del prezzo più basso genera numerose criticità emerse in dottrina<sup>16</sup>; questo perché, tra i fattori che possono portare a prediligere il criterio del minor prezzo, è possibile annoverare non solo la necessità di semplificazione procedimentale, ma anche il fenomeno dell'amministrazione difensiva, il quale trova ricadute anche in questo caso. Infatti, le amministrazioni potrebbero applicare il criterio del minor prezzo per lasciare meno spazio ai margini di apprezzamento e così evitare di incorrere in responsabilità di qualsiasi tipo. Inoltre tale scelta comporta delle criticità anche in termini di efficienza, in quanto il contraente privato potrebbe essere portato a far passare in secondo piano il rispetto di determinati standard qualitativi, per offrire una proposta non eccessivamente onerosa, piuttosto che di qualità.

Nel novero delle disposizioni derogatorie alla disciplina ordinaria, nei contratti sotto soglia la stazione appaltante ha la facoltà di disporre l'esecuzione anticipata del contratto, ai sensi dell'articolo 50, comma 6, del decreto legislativo n. 36 del 2023. In questo modo, l'esecuzione può avvenire prima della stipula del contratto, senza la necessità di una specifica urgenza o di addurre particolari ragioni a sostegno di tale decisione<sup>17</sup>, come invece richiesto dalla disciplina generale<sup>18</sup>.

Il Consiglio di Stato nella "Relazione illustrativa" parla di una "ordinaria esecuzione anticipata del contratto": l'idea è che per i sotto soglia l'avvio dell'esecuzione in tempi molto rapidi diventi elemento fisiologico del sistema, non solo eccezione. Al contrario, il

---

<sup>16</sup> V. BONTEMPI, *Criteri di aggiudicazione e commissione giudicatrice negli affidamenti sotto soglia in I contratti sotto soglia di rilevanza europea*, a cura di F. CAPORALE e W. GIULIETTI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 227.

<sup>17</sup> M. C. ROSSI TAFURI, *Il conflitto di interessi, le fasi delle procedure di affidamento, il contratto e la sua stipulazione*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, terza edizione, a cura di M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 101.

<sup>18</sup> Art. 17, commi 8 e 9, d.lgs. n. 36/2023.



Codice dei contratti pubblici del 2016 stabiliva che l'esecuzione anticipata del contratto dovesse essere sempre supportata da un'adeguata motivazione.

Questa norma deve essere letta in combinazione con l'articolo 55, comma 2, del citato decreto che, nell'ambito della disciplina sul sotto soglia, elimina il divieto di stipulare il contratto prima della scadenza dei termini dilatori<sup>19</sup> di *stand still* sostanziale e processuale<sup>20</sup>. Tali termini hanno la finalità di tutelare i controinteressati rispetto al provvedimento di aggiudicazione, in accordo con il principio unionale che richiede un'adeguata e tempestiva informazione, per consentire l'esercizio degli strumenti di difesa. La norma introduce un meccanismo fortemente innovativo, la cui logica sottesa è quella di disegnare un micro-sistema normativo finalizzato alla riduzione dei tempi di definizione degli affidamenti e di avvio dell'esecuzione.

In questa prospettiva, l'esecuzione anticipata e la deroga allo *stand still* sono strumenti per garantire la "riduzione e certezza dei tempi relativi alle procedure di gara, alla stipula dei contratti"<sup>21</sup>. Inoltre, come evidenziato nella "Relazione illustrativa", "non sembrano profilarsi problemi di compatibilità con il diritto europeo, posto che la direttiva 2007/66/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, all'art. 2-bis, prevede che il termine dilatorio con effetto sospensivo si applica agli appalti sopra soglia" e non a quelli inferiori alle soglie di rilevanza.

Se, da un lato, tale micro-sistema normativo evidenzia le esigenze di celerità e di semplificazione dei procedimenti sotto soglia, dall'altro, nelle procedure negoziate senza bando, la combinazione della deroga allo *stand still* e dell'esecuzione anticipata potrebbe produrre effetti critici per la tutela del controinteressato, rendendo oltremodo difficile la possibilità di fermare l'esecuzione di una procedura potenzialmente illegittima. Infatti, per il contraente non aggiudicatario o non invitato, l'esclusione del meccanismo in esame comporterebbe una riduzione drastica dello spazio temporale in cui il ricorso può ancora consentire una tutela in forma specifica e una maggiore probabilità che, al momento della decisione cautelare, il rapporto contrattuale sia già consolidato nella fase esecutiva. Pertanto, la tutela cautelare dipende integralmente dall'iniziativa del ricorrente e dalla tempestività della decisione, rispetto a un contratto in fase esecutiva, poiché manca l'automatismo protettivo dello *stand still* processuale.

Alla luce del ricostruito piano normativo, si delinea un contesto in cui sono presenti i principali elementi di rischio corruttivo: alta discrezionalità, basso livello di trasparenza e, soprattutto, compressione dei tempi di controllo. Tuttavia, la scelta legislativa è pur sempre improntata a una logica di bilanciamento in cui a prevalere è l'esigenza di

<sup>19</sup> Art. 18, commi 3 e 4, d. lgs. n. 36/2023.

<sup>20</sup> Cons. Stato, Sez. V, 11 novembre 2025, n. 8786.

<sup>21</sup> Art. 1, lett. m), legge 21 giugno 2022, n. 78, delega al Governo in materia di contratti pubblici.



potenziare la celerità e la semplificazione procedurale. Dunque, l'aspetto più critico sembrerebbe essere l'assenza di motivazione nel giustificare l'esecuzione del contratto, piuttosto che la deroga allo stand still, poiché se fosse presente, consentirebbe una maggiore trasparenza e un elemento da sottoporre a controllo.

### 3. L'esclusione automatica delle offerte anomale

La normativa speciale, in alcuni casi, rischia di ostacolare la concorrenza ed è proprio il suo restringimento che aumenta la possibilità di diffusione del rischio corruttivo. Tale effetto è determinato dal meccanismo di esclusione delle offerte anomale, radicalmente diverso da quello previsto per i procedimenti ordinari, in cui la stazione appaltante valuta discrezionalmente l'anomalia dell'offerta, sulla base di parametri elencati all'articolo 110 del Codice. Al contrario, in presenza di determinati requisiti, per i contratti sotto soglia non c'è discrezionalità nell'esclusione delle offerte, individuate con l'applicazione di formule matematiche e, in seguito, automaticamente escluse.

Sono intervenute numerose modifiche normative sull'esclusione automatica di tali offerte. Dapprima, il Codice dei contratti pubblici del 2016 la contemplava come mera facoltà in capo alle stazioni appaltanti, esercitabile solo nelle procedure sotto soglia, da aggiudicarsi con il criterio del prezzo più basso e nel caso in cui le offerte presentate fossero superiori a dieci. Nel 2019, la disposizione è stata modificata dal c.d. decreto "Sblocca Cantieri"<sup>22</sup>, il quale ha previsto il meccanismo di esclusione automatica come clausola obbligatoria da inserire nel bando di gara, al ricorrere dei requisiti già elencati; a ciò è stato aggiunto il riferimento al fatto che la commessa non dovesse avere una rilevanza transfrontaliera. La scelta di rendere il meccanismo obbligatorio si spiega con la volontà del legislatore di accelerare le procedure di affidamento. Tuttavia, il giudice amministrativo, in continuità con la giurisprudenza unionale sul tema, sosteneva che l'esclusione automatica delle offerte non dovesse essere prevista come un obbligo, ma restare una facoltà lasciata alla stazione appaltante, rappresentando un'eccezione alla regola che impone la verifica in contraddittorio delle offerte sospette<sup>23</sup>. In seguito, il

---

<sup>22</sup> Decreto-legge 18 aprile 2019, n. 32

<sup>23</sup> Si veda Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2017, n. 782. In tal senso è intervenuto anche T.A.R. Piemonte, sez. II, 18 aprile 2020, n. 240: "se queste ultime modifiche deporrebbero per l'introduzione di un vero e proprio obbligo a carico della stazione appaltante a fronte di quella che prima era una mera facoltà, il Collegio non ritiene tuttavia corretta una tale interpretazione. Occorre al riguardo ricordare come la Corte di Giustizia dell'Unione Europea ha rilevato la contrarietà alle norme fondamentali del Trattato relative alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, nonché al principio generale di non discriminazione di una "normativa nazionale che, per quanto concerne gli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria e che presentano un interesse transfrontaliero certo, imponga tassativamente alle amministrazioni aggiudicatrici, qualora il numero delle offerte valide sia superiore a cinque, di procedere all'esclusione automatica delle offerte considerate anormalmente basse rispetto alla prestazione da fornire, in base all'applicazione di un criterio matematico previsto da tale normativa, precludendo alle suddette



legislatore è nuovamente intervenuto sul tema con il decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, che, all'articolo 1, comma 3, ha ridotto il numero minimo di offerte per l'operatività dell'esclusione automatica da 10 a 5 e ha eliminato il riferimento al carattere transfrontaliero della procedura sotto soglia.

Il Codice vigente ha riportato, con alcune varianti, la disciplina emergenziale prevista dal decreto-legge n. 76 del 2020: l'articolo 54 stabilisce che nei casi di aggiudicazione, con il criterio del prezzo più basso, di appalti di lavori o servizi sotto soglia, privi di un interesse transfrontaliero certo, le stazioni appaltanti devono prevedere negli atti di gara<sup>24</sup> l'esclusione automatica delle offerte che risultano anomale, qualora il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque. Non solo, è stato introdotto l'obbligo per le stazioni appaltanti di prevedere negli atti della procedura, oltre all'esclusione automatica, anche il metodo di calcolo per determinare la soglia di anomalia, individuato tra i tre indicati nell'allegato II.2 del decreto legislativo n. 36 del 2023. L'introduzione di due nuovi metodi di calcolo, come spiegato dal Consiglio di Stato nella "Relazione illustrativa", è volta a evitare la predeterminazione dei parametri di riferimento per il calcolo della soglia di anomalia da parte degli offerenti. Infatti, alcune imprese avrebbero potuto manipolare la soglia, coordinandosi nella fase di presentazione delle offerte, oppure provare a "scommettere" sulla determinazione della soglia di anomalia: situazioni che avrebbero comportato la presentazione di offerte potenzialmente svincolate dai costi sottostanti.

In questo sistema, la restrizione della concorrenza deriva principalmente dalla deroga al contraddittorio tra stazione appaltante e operatore economico: poiché l'uso di soglie

---

amministrazioni aggiudicatrici qualsiasi possibilità di verificare la composizione di tali offerte richiedendo agli offerenti interessati precisazioni in merito a queste ultime". [...] Alla luce delle indicazioni fornite dalla Corte di Giustizia, deve ritenersi che l'esclusione automatica delle offerte anomale costituisca un'eccezione rispetto alla regola generale che impone all'amministrazione una verifica in contraddittorio della congruità delle offerte".

<sup>24</sup> L'esplicitazione dell'obbligo di inserire la clausola di esclusione automatica negli atti di gara ha decretato il superamento dell'orientamento giurisprudenziale dell'etero-integrazione degli atti. Infatti, le modifiche introdotte dalla normativa emergenziale, con il d.l. n. 76/2020, avevano sollecitato plurimi interventi, sia dall'Anac, sia dalla giurisprudenza amministrativa, la quale si è occupata di perimetrare l'operatività dell'istituto dell'esclusione automatica delle offerte anomale proprio in caso di silenzio degli atti di gara. Secondo l'orientamento maggioritario, il meccanismo di esclusione automatica delle offerte trovava applicazione anche se la legge di gara non lo prevedeva espressamente, in quanto tale norma emergenziale avrebbe dovuto eterointegrare la *lex specialis* (si veda T.A.R. Piemonte, sez. I, 17 novembre 2020, n. 736, richiamato da T.A.R. Lazio, sez. I, 19 febbraio 2021, n. 2104, e da T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 24 maggio 2021, n. 3429; T.A.R. Sicilia, sez. III, 11 giugno 2021, n. 1892; T.A.R. Lazio, sez. I-bis, 7 ottobre 2021, n. 10278). Al contrario, secondo l'orientamento minoritario, l'esclusione automatica delle offerte anomale doveva essere prevista nei documenti di gara, in quanto "in presenza di una *lex specialis* che nulla disponeva quanto all'automatismo espulsivo, disporlo in via diretta e immediata significherebbe porre ingiustificati ostacoli al principio di massima partecipazione alle gare, da sempre predicato dal giudice eurounitario" (sul punto si veda Cons. Stato, sez. V, 27 luglio 2017, n. 3699; Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 2016, n. 4553; Cons. Stato, sez. V, 17 giugno 2014, n. 3093).



matematiche porta all'esclusione delle offerte senza valutare la loro affidabilità, le imprese sono incentivate a presentare proposte meno aggressive per evitare l'eliminazione automatica. Di conseguenza, l'amministrazione potrebbe perdere l'opzione più efficiente.

Se, da un lato, l'esclusione automatica si spiega con la finalità di ottenere la massima celerità del procedimento, dall'altro la restrizione della dinamica competitiva favorisce assetti di mercato meno contendibili, più esposti al consolidamento di relazioni privilegiate tra amministrazione e operatori economici<sup>25</sup>.

Per tale motivo, potrebbe essere opportuno ritornare a una logica più vicina al modello previgente, ovvero rendere l'esclusione automatica una facoltà debitamente motivata della stazione appaltante e non un obbligo. Questo restituirebbe all'amministrazione uno spazio di valutazione che consentirebbe di adattare il meccanismo al contesto del mercato in questione, evitando che una regola rigida produca effetti troppo restrittivi anche quando non necessari. Non solo, si attenuerebbe la prevedibilità strategica delle offerte e si limiterebbero fenomeni di coordinamento tacito tra operatori economici. Inoltre, sarebbe favorito un maggior ricambio competitivo, riducendo così il rischio di consolidamento di relazioni stabili tra l'amministrazione e le imprese.

Oppure potrebbe essere reintrodotta uno spazio minimo di contraddittorio, anche se ciò renderebbe procedimentalizzato un meccanismo automatico ideato per velocizzare l'azione del contraente pubblico e che, proprio per questo, non contempla sottofasi.

#### 4. Il depotenziamento del principio di rotazione

Nella disciplina speciale dei contratti sotto soglia assume un ruolo fondamentale il principio di rotazione, in quanto strumento centrale a sostegno delle misure volte a contrastare la corruzione.

Si tratta di un principio già contemplato nel Codice previgente<sup>26</sup>, che però con il decreto legislativo n. 36 del 2023 ha trovato una previsione specifica e organica, in cui sono state

---

<sup>25</sup> A. L. RUM, *Le offerte anormalmente basse*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, terza edizione, a cura di M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 743.

<sup>26</sup> La rotazione era menzionata negli artt. 36 e 63, comma 6, d.lgs. n. 50/2016, secondo cui il principio di rotazione si applicava anche alla procedura negoziata sopra soglia senza previa pubblicazione di un bando di gara. Oltre alla rotazione prevista nel settore dei contratti pubblici, è presente anche la rotazione del personale, introdotta dalla l. n. 190/2012, come misura di prevenzione della corruzione all'interno delle pubbliche amministrazioni nelle aree a più elevato rischio corruttivo. Si tratta di un meccanismo volto a limitare il consolidarsi di relazioni che possano alimentare dinamiche improprie, causate dalla permanenza nel tempo di determinati dipendenti nel medesimo ruolo o funzione. La *ratio* alla base è proprio quella di evitare che un soggetto sfrutti una posizione di potere o una conoscenza acquisita per ottenere un vantaggio illecito.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

introdotte varie innovazioni, alcune riprese dalla normativa di dettaglio dell'Autorità nazionale anticorruzione<sup>27</sup>.

Prima di analizzare le novità introdotte e le criticità, è necessario premettere che il principio di rotazione, seppur non definito nelle direttive, trova fondamento nell'ordinamento europeo. Si tratta, infatti, di un principio indirettamente riconosciuto nel considerando n. 2 della direttiva 2014/24/UE, secondo cui per la riforma degli appalti pubblici sono necessari l'accrescimento dell'efficienza della spesa pubblica e la facilitazione dell'accesso alle piccole e medie imprese. In aggiunta, tale principio esprime la libera concorrenza e attua i principi fondamentali, sanciti dal Trattato sull'Unione europea, di libertà di circolazione delle merci, di stabilimento e di prestazione dei servizi, nonché degli ulteriori principi che ne derivano: la parità di trattamento, la non discriminazione, il mutuo riconoscimento, la proporzionalità e la trasparenza<sup>28</sup>. In attuazione dei principi unionali, il principio di rotazione è pacificamente considerato di carattere generale e, come tale, risulta applicabile anche senza un espresso richiamo nella *lex specialis* di gara<sup>29</sup>.

La rotazione permette di assicurare un ricambio tra gli operatori economici che partecipano alle gare indette e tra gli aggiudicatari. Nel primo caso si verifica una rotazione degli inviti, per cui è precluso l'invito al partecipante alla precedente selezione; nel secondo, invece, si verifica una rotazione degli affidamenti, dunque la preclusione opera solo verso l'aggiudicatario. La finalità sta proprio nell'aumentare la partecipazione di imprese differenti potenzialmente idonee a eseguire il contratto, evitando che siano privilegiati pochi operatori economici. Tale meccanismo mira a tutelare la libera

---

<sup>27</sup> Le Linee Guida n. 4, aggiornate con delibera n. 636 del 10 luglio 2019, adottate ai sensi della generale disposizione abilitante di cui all'art. 213, comma 2, d.lgs. 50/2016 (ora abrogata) e non aventi natura vincolante, stabilivano – in particolare ai punti 3.6 e 3.7 – una normativa di dettaglio, fornendo in tal modo alle stazioni appaltanti indicazioni su come applicare la normativa di settore. Le stazioni appaltanti potevano, tuttavia discostarsi, da quanto disposto dall'Autorità, con obbligo di adeguata e puntuale motivazione, anche a fini di trasparenza, in riferimento alle ragioni della diversa scelta amministrativa (Cons. Stato, parere 2 agosto 2016, n. 1767).

<sup>28</sup> Cons. Stato, comm. spec., 12 gennaio 2018, n. 361, parere reso sullo schema delle linee guida Anac aggiornate al d.lgs. n. 56/2017.

<sup>29</sup> E. M. SANTORO, *I contratti di importo inferiore alle soglie europee: disciplina comune applicabile, principio di rotazione e procedure per l'affidamento*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, terza edizione, a cura di M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 226. A tal riguardo, anche il giudice amministrativo ha più volte ribadito che il principio di rotazione: "costituisce un riferimento normativo "inviolabile" del procedimento amministrativo di affidamento dei contratti sotto soglia, in quanto volto a favorire la distribuzione temporale delle opportunità di aggiudicazione tra tutti gli operatori potenzialmente idonei, e così ad evitare il consolidarsi di rapporti esclusivi con alcune imprese e, quindi, di rendite di posizione in capo al gestore uscente (così, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 17 marzo 2021, n. 2292, e tutta la giurisprudenza ivi citata)" T.A.R. Liguria, 6 dicembre 2021, n. 1052. Si vedano anche T.A.R. Campania, Salerno, sez. I, 16 maggio 2017, n. 926; Cons. Stato, sez. V, 5 marzo 2019, n. 1524; Cons. Stato, sez. V, 13 dicembre 2017, n. 5854; Cons. Stato, sez. VI, 31 agosto 2017, n. 4125.



concorrenza e a “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”<sup>30</sup>.

L'applicazione del principio di rotazione nei contratti sotto soglia rappresenta l'incontro di due esigenze fondamentali: la semplificazione delle procedure e l'apertura concorrenziale. Infatti, da un lato, l'amministrazione è portata ad affidare il contratto a un operatore economico conosciuto per serietà e affidabilità mostrate in una precedente esecuzione, valorizzando così il principio del risultato mediante la tempestività; dall'altro, i principi di non discriminazione, di apertura della concorrenza e di libero accesso al mercato richiedono alla stazione appaltante di confrontarsi con altri operatori. E questo risulta ottimale non solo per permettere il ricambio tra gli aggiudicatari di una commessa pubblica, ma anche al fine di scongiurare la realizzazione di accordi fraudolenti tra il gestore uscente e l'amministrazione, perseguendo in tal modo esigenze di prevenzione della corruzione.

Il passaggio dal Codice del 2016 a quello vigente, in attuazione di una precisa scelta politica volta a rafforzare il principio di fiducia e a semplificare l'azione amministrativa, evidenzia una preferenza per la semplificazione delle procedure rispetto all'apertura concorrenziale.

Se prima la rotazione era più rigida, in quanto veniva applicata non solo agli operatori aggiudicatari ma anche agli invitati alla precedente procedura ed era derogabile solo per gli affidamenti inferiori a 1.000 euro<sup>31</sup>, oggi il meccanismo è alleggerito. La rotazione, infatti, è obbligatoria solo verso il precedente affidatario, salvo le deroghe di cui all'articolo 49, commi 4 e 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023, e non è applicabile agli affidamenti inferiori a 5.000 euro. La scelta di applicare la rotazione degli affidamenti, e non più quella degli inviti, è stata giustificata e condivisa dal Consiglio di Stato nella “Relazione illustrativa” al Codice, mentre l'Anac si è espressa in modo sfavorevole alla riduzione dell'ambito soggettivo, sostenendo che “per favorire la distribuzione delle opportunità degli operatori economici di essere affidatari di un contratto pubblico e controbilanciare la sottrazione alla concorrenza di una significativa

---

<sup>30</sup> Cons. Stato, n. 361/2018.

<sup>31</sup> Nello specifico, con la disciplina previgente la funzione pro-concorrenziale era assolta dal meccanismo di “rotazione degli affidamenti” di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 50/2016, sia nel caso di c.d. “affidamento puro” (ex art. 36, comma 2, lett. a), sia nel caso di c.d. “affidamento diretto” mediato dal confronto competitivo, mediante richiesta di preventivi (ex art. 36, comma 2, lett. b). Invece, l'abrogato principio di rotazione “degli inviti” (introdotto con il d.lgs. n. 56/2017 e applicabile alle procedure negoziate di cui alle lett. b), c) e c-bis) del comma 2 dell'art. 36) perseguiva la diversa esigenza di evitare che il gestore uscente potesse avvantaggiarsi dell'asimmetria informativa nei confronti di altri operatori.



quota degli appalti di valore inferiore alle soglie di rilevanza europea, si suggerisce di estendere la rotazione anche ai soggetti precedentemente invitati e non affidatari<sup>32</sup>.

Oltre all'ambito soggettivo e alla soglia minima, è stato modificato il meccanismo delle deroghe consentite per reinvitare un operatore economico o affidare nuovamente il contratto a un precedente aggiudicatario. Durante la vigenza del Codice dei contratti pubblici del 2016, le Linee guida Anac precisavano che ciò poteva avvenire solo in caso di ristrettezza del mercato, nonché per motivi legati alla competitività del prezzo, inferiore alla media di mercato, oppure per la buona esecuzione della precedente prestazione<sup>33</sup>. Il Codice attuale codifica e amplia le ipotesi indicate dall'Anac, prevedendo che "in casi debitamente motivati con riferimento alla particolare struttura del mercato e alla riscontrata effettiva esistenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto, il contraente uscente può essere reinvitato o essere individuato quale affidatario diretto"<sup>34</sup>. A tal riguardo, si sono espressi sia il Consiglio di Stato nella "Relazione illustrativa" sia l'Anac, precisando che i presupposti per derogare al meccanismo di rotazione sono concorrenti e non alternati tra di loro<sup>35</sup>: l'amministrazione deve puntualmente motivare sia con riferimento alla struttura del mercato e all'effettiva assenza di alternative sia con riferimento alla meritevolezza del gestore uscente.

Con riferimento al sistema di prevenzione della corruzione, è innanzitutto necessario sottolineare come il meccanismo di rotazione, se applicato in modo efficace, costituisce di per sé un presidio contro le pratiche ripetitive, dove il contraente uscente ha un'informazione privilegiata che potrebbe favorire comportamenti opportunistici; non solo, evita anche la continuità di rapporti privilegiati con forme clientelari e potenziali conflitti di interessi. Infine, la motivazione obbligatoria, richiesta nei casi di deroga, offre un elemento oggettivo che può essere scrutinato dal controllo interno o esterno, aumentando così la responsabilizzazione. Al tempo stesso, le deroghe all'uso della rotazione, seppur ben motivate, potrebbero essere usate per giustificare il reinvito del contraente uscente, in particolare se le stazioni appaltanti non sono ben vigilate. Inoltre, in dottrina è stato sostenuto che il principio sia stato fortemente depotenziato dalla nuova normativa, che facilita l'utilizzo di deroghe, elimina il meccanismo di rotazione degli inviti e alza la soglia di non applicazione<sup>36</sup>.

---

<sup>32</sup> Osservazioni di Anac in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n.19: "Schema di decreto legislativo recante codice dei contratti pubblici" (articolo 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78).

<sup>33</sup> Linee guida Anac n. 4, punto 3.7.

<sup>34</sup> Art. 49, comma 4, d.lgs. 36/2023, come modificato dal d.lgs. n. 209/2024.

<sup>35</sup> Anac, Parere di funzione consultiva n. 58 del 15 novembre 2023.

<sup>36</sup> G. M. CARUSO, *I contratti sotto soglia nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Semplificazione, risultato e criteri di specialità fra vincoli europei e scelte nazionali in Italian Paper on Federalism, Rivista giuridica – ISSiRFA – CNR*, n. 3/2023, p. 90.



Il nuovo Codice contiene anche elementi di continuità con la precedente disciplina di dettaglio contenuta nelle linee guida Anac n. 4, lasciando invariati: l'ambito di applicazione temporale della rotazione; la suddivisione degli affidamenti in fasce di valore economico; l'esclusione dell'operatività della rotazione in caso di procedura aperta al mercato, ancorché sotto soglia.

Con riferimento al terzo profilo, l'articolo 49, comma 5, del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede che nelle procedure negoziate non si applichi il principio di rotazione "quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata". La rotazione, dunque, non opera laddove il nuovo affidamento avvenga tramite procedure nelle quali la stazione appaltante non stabilisca alcuna limitazione al numero di operatori economici tra i quali effettuare la selezione nell'ambito della procedura negoziata, oppure opti per l'adozione di una procedura ordinaria; in questo modo, sono recepite le indicazioni dell'Anac e gli approdi della giurisprudenza<sup>37</sup>.

La mancanza di limiti al numero di operatori economici chiamati a competere per l'affidamento priva di fondamento la *ratio* che caratterizza il principio di rotazione, il quale si atteggia a correttivo rispetto alla compressione del principio di concorrenza<sup>38</sup>. L'esigenza di escludere il contraente uscente non viene dunque in rilievo allorché la stazione appaltante decida di non introdurre alcun sbarramento al numero degli operatori da invitare alla procedura negoziata, all'esito dell'indagine di mercato<sup>39</sup>.

Al tempo stesso, è necessario che, in tali ipotesi, la stazione appaltante eviti i rischi di asimmetria informativa tra i potenziali concorrenti e il gestore uscente, il quale potrebbe avere una posizione di dominio o comunque di vantaggio informativo. A tal fine, dovrà essere dedicata particolare attenzione alla redazione dei documenti di gara, dove riportare tutte le informazioni necessarie per consentire ai concorrenti di formulare un'offerta sostenibile.

## 5. Il conflitto di interessi e le ricadute della sua disciplina

Nonostante le numerose differenze dettate dal regime di specialità, le regole a tutela della legalità della procedura, come l'accesso ai documenti di gara, la digitalizzazione del ciclo

---

<sup>37</sup> Sulla inapplicabilità del principio di rotazione in caso di procedure aperte al mercato si vedano: Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539; Cons. Stato, sez. V, 5 novembre 2019, n. 7539; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875; Cons. Stato, sez. III, 4 febbraio 2020, n. 875; T.A.R. Sardegna, sez. II, 2 gennaio 2020, n. 8; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 20 novembre 2019, n. 993; T.A.R. Marche, sez. I, 13 marzo 2020, n. 187; Cons. Stato, sez. II, 4 febbraio 2020, n. 875.

<sup>38</sup> W. GIULIETTI, *Principio di rotazione negli affidamenti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea*, in *I contratti sotto soglia di rilevanza europea*, a cura di F. CAPORALE e W. GIULIETTI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 310.

<sup>39</sup> Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 2021, n. 3999.



di vita dei contratti e la disciplina sui conflitti di interessi non hanno alcun profilo di specialità rispetto alle procedure ordinarie.

Data la minore procedimentalizzazione dei contratti sotto soglia, per essi acquista una particolare rilevanza la disciplina del conflitto di interessi, garanzia fondamentale per supplire alla minore procedimentalizzazione della fase di aggiudicazione. Queste regole, tuttavia, rischiano di appesantire le procedure di aggiudicazione dei piccoli comuni, in cui, peraltro, i rapporti personali e di conoscenza reciproca tra operatori economici e personale della stazione appaltante sono più frequenti. In più, considerando il valore delle commesse, di norma l'attrattiva economica della gara tende a coincidere con il territorio di riferimento della stazione appaltante. Per questi motivi, la "potenzialità" del conflitto di interessi, secondo cui l'obbligo di astensione dall'attività amministrativa nasce anche nei casi in cui il soggetto non ha ancora influenzato l'*agere* amministrativo, rischia di creare problematiche concrete come il blocco o il rallentamento dell'azione amministrativa<sup>40</sup>.

Per evitare ciò, le amministrazioni, attraverso la discrezionalità, dovrebbero dotarsi di un'organizzazione che individui il corretto baricentro tra prevenzione della corruzione, risultato e tempestività, alla luce delle esigenze del singolo caso.

Tuttavia, al fine di non incorrere in ostruzioni procedimentali, spesso i piccoli comuni sono spinti a rivolgersi alle centrali di committenza e alle aggregazioni anche per l'aggiudicazione di piccole commesse, ottenendo l'effetto diseconomico e inefficiente di complicare la procedura; questo proprio perché spesso le norme sull'organizzazione e sul sistema di prevenzione della corruzione guardano alle grandi amministrazioni e agli affidamenti sopra soglia, complicando molto l'attività in concreto per le pubbliche amministrazioni di minori dimensioni.

## 6. Il ruolo dell'Autorità nazionale anticorruzione

Nella gestione del rischio corruttivo, che, per le ragioni sopra esposte, si insinua particolarmente nei procedimenti sotto soglia, permane il ruolo indefettibile dell'Anac<sup>41</sup>. L'articolo 222 del Codice vigente conferisce all'Autorità un potere generale di vigilanza e controllo in ogni fase del ciclo di vita dell'appalto. Con particolare riferimento alle procedure sotto soglia, l'Anac vigila sul divieto di affidamento dei contratti attraverso procedure diverse da quelle ordinarie<sup>42</sup>, così da accertare la reale esistenza dei requisiti richiesti per poter accedere ai regimi semplificati. È dunque svolto un controllo "a monte"

---

<sup>40</sup> F. CAPORALE, *L'assetto organizzativo delle stazioni appaltanti*, in *I contratti sotto soglia di rilevanza europea*, a cura di F. CAPORALE e W. GIULIETTI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 140.

<sup>41</sup> B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Il ruolo dell'Anac negli affidamenti sotto soglia*, in *I contratti sotto soglia di rilevanza europea*, a cura di F. CAPORALE e W. GIULIETTI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 416.

<sup>42</sup> Art. 222, comma 3, lett. g), d.lgs. n. 36/2023.



## AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

sui requisiti necessari per poter applicare un procedimento sotto soglia, mediante la valutazione della correttezza del calcolo del valore della commessa, con cui l'Anac si accerta che non sia stato violato il divieto di frazionamento abusivo, posto per evitare che vengano eluse le soglie di rilevanza europea. Inoltre, la norma prevede la possibilità di svolgere un controllo sul rispetto delle soglie di rilevanza europea "a valle", in quanto è espressamente prevista la vigilanza anche durante la fase esecutiva della commessa<sup>43</sup>. A tal riguardo, il Codice dispone oneri comunicativi e poteri sanzionatori speciali in relazione alle eventuali modifiche contrattuali e varianti in corso d'opera<sup>44</sup>, nonché per le sospensioni superiori a un quarto del termine per l'esecuzione<sup>45</sup>.

È proprio al settore dei contratti sotto soglia che l'Aggiornamento 2023 al Piano nazionale anticorruzione (Pna)<sup>46</sup> dedica le principali osservazioni, facendo riferimento alle problematiche riscontrate nei meccanismi preventivi<sup>47</sup>.

Un primo profilo critico rilevato dall'Autorità è quello dell'abusiva sottoposizione al regime semplificato di contratti che, per il loro valore o interesse transfrontaliero, dovrebbero invece rientrare nella disciplina sopra soglia. A ciò si aggiunge il caso di ricorso all'affidamento diretto di contratti che, pur di valore inferiore alle soglie europee, dovrebbe avvenire mediante una procedura negoziata senza bando con obblighi di consultazione. Secondo l'Anac, tali circostanze possono essere frutto di accordi illeciti tra operatore economico e amministrazione precedente, i quali possono utilizzare svariati modi per eludere l'applicazione della corretta disciplina normativa, tra cui: un artificioso frazionamento dell'appalto; un'alterazione del calcolo del suo valore, determinato in modo da non superare i valori rilevanti per applicare la disciplina ordinaria; oppure una mancata o erronea valutazione sulla presenza di un interesse transfrontaliero certo. Tali espedienti possono essere attuati nella fase di programmazione-progettazione ma anche nella fase esecutiva, in cui si presenta il rischio di una progressiva ed elusiva estensione della commessa, giustificata da varianti o modifiche in corso d'opera, che comunque erano prevedibili a monte e avrebbero comportato un calcolo diverso della commessa. Al fine di prevenire questi fenomeni, l'Anac consiglia di prevedere nel Piano integrato di attività e organizzazione (Piao) misure di mitigazione come specifici indicatori di anomalia, anche sotto forma di avvisi automatici da inserire all'interno dei sistemi informatici utilizzati dall'amministrazione. Tali indicatori dovrebbero basarsi sull'analisi di tutti gli affidamenti il cui importo è di poco inferiore alla soglia minima di rilevanza europea, in modo da individuare i contratti sui quali esercitare maggiori controlli, anche

<sup>43</sup> Art. 222, comma 3, lett. b), d.lgs. n. 36/2023.

<sup>44</sup> Art. 120, comma 15, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>45</sup> Art. 121, comma 7, d.lgs. n. 36/2023.

<sup>46</sup> Anac, "Piano nazionale anticorruzione, Aggiornamento 2023", delibera n. 605 del 19 dicembre 2023.

<sup>47</sup> B. BOSCHETTI, N. BERTI, *Il ruolo dell'Anac negli affidamenti sotto soglia*, in *op. cit.*, p. 428.



rispetto alla fase di esecuzione e ai possibili conflitti di interessi; e ancora, gli indicatori dovrebbero basarsi sull'analisi degli operatori economici, per verificare quelli che in un determinato arco temporale risultino come gli affidatari diretti più ricorrenti o comunque maggiormente invitati e aggiudicatari. Sempre nell'ottica di rafforzare i controlli, l'Anac suggerisce di individuare nel Piao le strutture (ad esempio quelle di *auditing*<sup>48</sup>) incaricate di operare verifiche a campione per capire dove potenziare il controllo.

Un ulteriore profilo critico evidenziato dall'Autorità è rappresentato dal mancato rispetto degli obblighi di rotazione degli operatori economici affidatari, secondo il criterio dei successivi due affidamenti ex articolo 49, commi 2 e 4 del Codice vigente, oppure nel caso di inviti alla procedura rivolti a un numero di soggetti inferiore a quello previsto dalla norma, al fine di favorire determinati operatori economici a discapito di altri. Anche in questo caso, l'Anac suggerisce la verifica da parte della struttura di *auditing*, o di altro soggetto appositamente individuato all'interno della stazione appaltante, circa la corretta attuazione del principio di rotazione degli affidamenti, al fine di garantire la parità di trattamento in termini di effettiva possibilità di partecipazione alle gare anche delle micro, piccole e medie imprese inserite negli elenchi; infine, richiede un aggiornamento tempestivo degli elenchi, su richiesta degli operatori economici, che intendono partecipare alle gare.

## 7. La transizione digitale e le disparità applicative

Soprattutto a partire dall'entrata in vigore della legge 6 novembre 2012, n. 190 (c.d. Legge Severino), tra i principali strumenti di prevenzione della corruzione si annoverano la trasparenza e i conseguenti obblighi di pubblicazione, a cui si aggiungono le novità introdotte dal decreto legislativo n. 36 del 2023 e dal Pna 2023: un'attuazione congiunta delle misure anticorruptive con quelle finalizzate a prevenire il riciclaggio di proventi illeciti e la digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti pubblici. In sua attuazione, è stata istituita la Banca dati nazionale dei contratti pubblici, in cui sono raccolte tutte le informazioni registrate dalle amministrazioni su ogni fase del ciclo di vita dei contratti pubblici. Tale sistema assicura una tracciabilità completa delle operazioni, permettendo di consultare facilmente le informazioni, con l'ulteriore fine di prevenire fenomeni di malagestione e corruzione.

Tuttavia, la digitalizzazione non ha portato gli stessi effetti in ogni amministrazione. Un recente studio della Banca d'Italia ha analizzato l'impatto che la digitalizzazione ha generato sugli enti locali, a livello di celerità delle procedure, trasparenza e difficoltà

---

<sup>48</sup> Le strutture di *auditing*, previste nel PIAO, sono gli insiemi di procedure e attività di controllo interno che verificano la corretta applicazione delle misure previste, la loro efficacia e la conformità a leggi e procedure. L'obiettivo è identificare le aree critiche e proporre miglioramenti per prevenire la corruzione e migliorare l'efficienza e la trasparenza dell'amministrazione.



attuative, confrontando gli enti che utilizzavano ampiamente i sistemi digitali, anche prima dell'obbligo introdotto dal Codice dei contratti del 2023, con quelli che li hanno adottati solo in seguito<sup>49</sup>. L'analisi copre 1815 enti locali e 120.000 procedure di gara, svolte tra dicembre 2021 e dicembre 2024. Per assicurare una quanto più corretta comparazione tra le procedure di gara, lo studio considera solo quelle con un valore compreso tra i 40.000<sup>50</sup> e i 500.000 euro<sup>51</sup>.

Nonostante dai risultati emergano i vantaggi che la transizione digitale ha apportato ai procedimenti, soprattutto a livello di trasparenza e disponibilità di informazioni, permangono numerose criticità attuative. Infatti, sono stati riscontrati più problemi applicativi per quelle autorità locali che, prima della riforma, erano caratterizzate da una maggiore difficoltà nell'inserimento nel sistema digitale delle informazioni relative alle aggiudicazioni. Autorità locali di piccole e medie dimensioni, meno strutturate a livello organizzativo, che, come già riportato, concentrano la loro attività negoziale, per lo più, nell'aggiudicazione di contratti sotto soglia. Al contrario, l'impatto digitale è stato meglio affrontato dagli enti locali con personale amministrativo più qualificato e adeguato, il che suggerisce quanto il capitale umano sia complementare al corretto funzionamento dei processi digitalizzati.

Il processo di digitalizzazione, senza dubbio, ha cambiato la gestione del ciclo di vita dei contratti pubblici e richiesto un conseguente adattamento del *modus operandi* del personale amministrativo, senza cui non sarebbe possibile perseguire una maggiore celerità e trasparenza delle procedure<sup>52</sup>. Al tempo stesso, è innegabile che nella pratica, soprattutto per le amministrazioni di piccole dimensioni in cui il sistema di raccolta di dati digitale non era presente prima del 2024 o, se presente, aveva uno scarso utilizzo, può risultare una misura di difficile fruizione. Anche in questo caso è irrealistico ritenere che il cambiamento di approccio introdotto dalla norma sia recepito allo stesso modo e in tempi brevi. Le amministrazioni di minori dimensioni, se prive di strumenti, rischiano di vivere una misura astrattamente vantaggiosa come un aggravio insostenibile.

In questo modo, le amministrazioni che riscontrano maggiori difficoltà rischiano di vedere compromesso anche il proprio sistema di prevenzione della corruzione. La

---

<sup>49</sup> A. FRIGO, S. MOCETTI, *op. cit.*

<sup>50</sup> Il limite inferiore è stato introdotto per garantire la comparabilità dei dati nell'intero periodo di riferimento (2021-2024), poiché prima del 2024 l'obbligo di comunicare le informazioni relative alle richieste di intervento all'Anac sussisteva solo per quelle superiori alla soglia di 40.000 euro.

<sup>51</sup> Il limite massimo è stato introdotto per considerare solo i bandi per i quali è ragionevole presumere che il completamento della fase di aggiudicazione (e quindi la sua durata) sia rispettato; infatti, la durata delle aggiudicazioni aumenta con l'importo del bando di gara a causa di fattori idiosincratici come, ad esempio, la maggiore complessità della valutazione dell'offerta tecnica.

<sup>52</sup> I. PRATO, I. LUCHENA, *La digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti*, in *I nuovi appalti pubblici. Commento al Codice dei contratti pubblici con i nuovi orientamenti giurisprudenziali*, terza edizione, a cura di M. CORRADINO e S. STICCHI DAMIANI, Giuffrè Francis Lefebvre, Milano, 2024, p. 110.



digitalizzazione, infatti, non garantisce solo l'efficientamento e la velocizzazione delle procedure di gara, ma è anche un efficiente strumento anticorrottivo, in quanto consente la tracciabilità integrale dei dati, attraverso cui ogni passaggio dovrebbe lasciare una traccia verificabile, evita alterazioni documentali, favorisce l'interoperabilità tra banche dati e facilita i controlli dell'Anac. Pertanto, assicurare che le stazioni appaltanti siano dotate delle risorse necessarie per garantire un corretto funzionamento della digitalizzazione assicurerebbe celerità e maggiore trasparenza, che, di per sé, evita l'annidarsi di fenomeni di malagestione.

## 8. Conclusioni

Al netto degli istituti analizzati, la discrezionalità amministrativa sembra rappresentare il principale strumento in mano alle amministrazioni, affinché esse trovino un corretto bilanciamento tra risultato e prevenzione della corruzione; non a caso, essa è stata ampiamente valorizzata nei contratti sotto soglia, dove semplificazione e celerità richiedono, al contempo, speditezza e flessibilità decisionale.

Come già accennato, fino al Codice dei contratti pubblici del 2016, il legislatore ha cercato di eliminare i margini di scelta della pubblica amministrazione, a causa di una diffidenza verso la discrezionalità amministrativa, vista come terreno fertile per il dilagare del fenomeno corruttivo.

È interessante notare come il binomio discrezionalità-corruzione rappresenti un'associazione diffusa nella gestione delle amministrazioni; infatti, nel tempo, non ha condizionato solo la normativa italiana.

Anche negli Stati Uniti, autorevole dottrina ha rilevato tale connessione e la necessità di interromperla, mettendo in luce, inoltre, come l'eccesso di regole volte a limitare le decisioni discrezionali dei funzionari abbia comportato l'adozione di scelte inefficienti, senza avere risultati in termini preventivi<sup>53</sup>. Le regole procedurali non migliorano la qualità delle decisioni amministrative, ma servono soprattutto a rassicurare, rispetto al timore dell'arbitrio. La legislazione statunitense, infatti, così come quella italiana, è arrivata a delineare un modello incentrato sulla lotta alla corruzione e sull'apertura concorrenziale, fallendo, però, nel raggiungere l'obiettivo di ottenere beni e servizi di alta qualità. Il Professor Kelman, già negli anni '90, individuava il paradosso di questo approccio, in base a cui un sistema progettato per evitare favoritismi ha come unica conseguenza la diminuzione della *performance*<sup>54</sup> del *public procurement*.

---

<sup>53</sup> J. MASHAW, *The Fear of Discretion in Government Procurement*, *Yale Journal on regulation*, Vol. 8: 511, 1991.

<sup>54</sup> S. KELMAN, *Procurement and Public Management: The fear of Discretionanche the Quality of Government performance*, Washington, D.C.: The AEI Press, 1990.



Peraltro, la sua analisi sottolinea un ulteriore aspetto quanto più attuale: le riforme sono difficili da realizzare, soprattutto se non sono accompagnate da cambiamenti culturali profondi. Infatti, la scelta politica di combattere la corruzione con una normativa rigida e vincolante è dettata anche dalla sfiducia dell'opinione pubblica verso la discrezionalità amministrativa, percepita come terreno fertile per accordi corruttivi.

Anche l'esperienza italiana ha dimostrato che l'irrigidimento delle procedure ha causato un aumento del costo della corruzione, più che una sua auspicata diminuzione<sup>55</sup>. Per questo, il Codice vigente ha accolto l'ormai diffusa opinione che la discrezionalità non dovesse essere percepita come un rischio, ma, al contrario, come "necessario e utile corollario del principio di risultato"<sup>56</sup>, in quanto strumento indispensabile per compiere la scelta più efficiente e adeguata al caso concreto. Questo significa che la decisione dalle amministrazioni deve sempre essere improntata al raggiungimento del miglior risultato, in termini di tempestività e di rapporto qualità/prezzo.

A tal riguardo, parte della dottrina sostiene che, con la disciplina attuale, non sia possibile parlare di un vero e proprio potenziamento della discrezionalità amministrativa<sup>57</sup>; al contrario, la scelta delle amministrazioni è fortemente vincolata dal principio del risultato, il quale opera come criterio normativo che restringe il potere discrezionale e ne intensifica il sindacato giurisdizionale.

Tuttavia, il fatto che il principio del risultato tracci una cornice ben delineata entro cui deve collocarsi l'intero procedimento non è un aspetto che, in automatico, lo rende uno strumento volto a restringere la discrezionalità amministrativa. Il risultato segna la finalità principale da perseguire, senza però condizionare ogni modalità con cui la scelta viene attuata. A sostegno del potenziamento della discrezionalità, interviene il principio di fiducia, il secondo dei principi-guida del settore, volto ad ampliare i poteri valutativi dell'amministrazione, sempre in modo funzionale al perseguimento del miglior risultato possibile<sup>58</sup>.

---

<sup>55</sup> A tal proposito si veda, F. PATRONI GRIFFI, *Il contrasto alla corruzione a dieci anni dalla legge 190/2012 (cd. legge Severino)*, Relazione in occasione del convegno organizzato dall'Ufficio studi della Giustizia amministrativa, Palazzo Spada, Roma, 17 novembre 2022.

<sup>56</sup> E. CARLONI, *Trasparenza e prevenzione della corruzione nel nuovo codice dei contratti pubblici*, a cura di G. FONDERICO, Edizione Ca' Foscari, Venezia 2024, p. 33.

<sup>57</sup> L. P. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa e principio del risultato*, in *PA Persona e Amministrazione, Ricerche Giuridiche sull'Amministrazione e l'Economia*, vol. XIV, n. 1/2024, p. 95.

<sup>58</sup> Si veda F. CINTOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in *giustizia-amministrativa.it*, 2023, p. 5.; A. CUTOLO, *La nuova amministrazione di risultato tra "deburocratizzazione" deresponsabilizzazione e fiducia*, in *Ambientediritto*, n. 1/2024, p. 10. In particolare, Cintoli marca il ruolo chiave del principio di fiducia, sottolineando che: "Potremmo dire in proposito che se è vero che il principio della fiducia, al di fuori di tali ultime specificazioni, potrebbe sembrare collocato su un piano meramente programmatico e privo di un'immediata cogenza, peraltro proprio il suo saldarsi col principio del risultato fa sì che la forza precettiva di quest'ultimo si possa trasmettere anche al concetto della fiducia".



Alla luce di quanto descritto, le principali criticità inerenti all'utilizzo della discrezionalità amministrativa non derivano dal sistema normativo delineato dal legislatore del 2023 e dal ruolo del principio del risultato, ma da problematiche applicative. Infatti, non tutte le amministrazioni possiedono gli strumenti idonei per compiere le scelte più adeguate, senza il timore di incorrere in responsabilità di vario tipo. In aggiunta, se, come sostiene Kelman, le riforme richiedono un cambiamento culturale affinché siano veramente attuate, è possibile ritenere che la disciplina attualmente in vigore sia stata accompagnata anche da un cambiamento della percezione collettiva verso il settore dei contratti pubblici?

In riferimento al primo aspetto, è utile individuare le cause che portano le amministrazioni a prediligere scelte non discrezionali. Se, da un lato, ciò può essere giustificato dall'esigenza di celerità, dall'altro, lo spettro della burocrazia difensiva continua a incombere, soprattutto se i funzionari non hanno le conoscenze necessarie per orientare le proprie decisioni. Gli interventi normativi non sono sufficienti se non vengono accompagnati da un investimento strutturale sulle persone, sulle loro competenze e sulla loro cultura amministrativa, in modo che la discrezionalità non costituisca un terreno fertile per nuove opacità, ma sia uno strumento per il miglior perseguimento dell'interesse pubblico, in mano a funzionari messi nelle condizioni per adoperarlo al meglio. Per questo, è auspicabile un ulteriore intervento legislativo che consolidi la trasparenza e la qualificazione delle amministrazioni, per evitare derive formalistiche o 'difensive' e per rafforzare, al contempo, la cultura della 'responsabilità pubblica'. Solo così sarà concretamente possibile restituire alla 'responsabilità' il ruolo di stimolo e non di disincentivo<sup>59</sup>, come già evidenziato da una risalente giurisprudenza della Corte costituzionale<sup>60</sup>.

Al contempo, sul piano sociale e culturale, resta di grande importanza la promozione di una cultura improntata alla legalità e all'etica pubblica, attraverso cui disincentivare la comune sfiducia verso le scelte discrezionali delle amministrazioni.

---

<sup>59</sup> R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Federalismi.it*, n. 17/2023, p. 279.

<sup>60</sup> Corte costituzionale, 20 novembre 1998, n. 371.