

I temi di NT+ Il focus

Dal 1° luglio sotto al milione niente gare: affidamenti diretti e procedure negoziate unica via percorribile

di Roberto Mangani

12 Giugno 2023

L'ormai imminente entrata in vigore del [nuovo Codice dei contratti pubblici](#) – prevista per il prossimo 1° luglio – sta riproponendo all'attenzione di operatori e interpreti la questione della corretta definizione delle modalità di affidamento che gli enti appaltanti devono adottare per i contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie. Si tratta di stabilire se per gli affidamenti dei contratti sottosoglia le stazioni appaltanti debbano seguire obbligatoriamente le modalità indicate all'articolo 50 del Dlgs 36/2023 – in linea generale affidamento diretto e procedura negoziata, con la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie limitatamente a una specifica ipotesi - ovvero siano comunque libere di ricorrere in via generalizzata alle procedure ordinarie.

Si tratta evidentemente di una questione centrale, che ha un immediato impatto a livello operativo in quanto condiziona l'iter procedurale che gli enti appaltanti – specie quelli di minori dimensioni - devono seguire per l'affidamento di una significativa porzione degli appalti di loro competenza.

Il precedente del decreto Semplificazioni [Stampa](#)

La questione non è nuova, in quanto si era posta anche all'epoca dell'entrata in vigore del decreto legge 76/2020 (decreto Semplificazioni). La giurisprudenza prevalente che si era espressa sul punto aveva ritenuto che le norme di tale decreto – sostanzialmente analoghe a quelle oggi riprodotte nel Dlgs 36/2023 - non impedissero agli enti appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie in luogo dell'affidamento diretto o della procedura negoziata qualora avessero ritenuto vi fossero valide ragioni – di cui dar conto con adeguata motivazione - per optare per tale soluzione (in questo senso recentemente Tar Piemonte, n. 405/2023, nonché Tar Sicilia n. 1536/2021).

L'argomento fondamentale assunto a sostegno di questa opzione interpretativa era riconducibile al fatto che la normativa del decreto semplificazioni risponde a una logica semplificatoria adottata in funzione acceleratoria. Tuttavia tale normativa derogava ma non abrogava la disciplina vigente in via ordinaria; di conseguenza la deroga consentiva ma certamente non obbligava all'adozione delle procedure semplificate (affidamento diretto e procedura negoziata), continuando a permettere anche l'utilizzo delle procedure ordinarie. A prescindere dalla condivisibilità o meno di questa soluzione, la stessa non appare automaticamente e immediatamente replicabile in relazione alla nuova disciplina dei contratti sottosoglia contenuta nel Dlgs 36/2023.

Tale disciplina non ha infatti natura derogatoria e provvisoria in funzione di circostanze contingenti e in relazione a un periodo temporale predeterminato, rappresentando piuttosto la normativa

destinata a regolare a regime l'affidamento dei contratti sottosoglia. Questa diversa caratterizzazione della disciplina contenuta all'articolo 50 del Dlgs 36/2023 fa venir meno l'argomento fondamentale sui cui si basava la soluzione accolta dalla giurisprudenza prevalente in relazione al decreto Semplificazioni.

Le nuove norme rappresentano il quadro regolatorio organico della specifica materia, che si sostituisce integralmente a quello previgente e rappresenta l'unico riferimento da prendere in considerazione. Sulla base di questo presupposto, che induce a ritenere che non possa costituire un precedente utile quanto sancito dalla giurisprudenza in relazione al decreto Semplificazioni, occorre quindi valutare ai fini della soluzione della questione prospettata gli elementi desumibili dalla specifica disciplina del Dlgs 36.

Gli elementi testuali

Un primo argomento testuale – anche se non decisivo – è quello rappresentato dalla formulazione contenuta all'articolo 50, comma 1. La disposizione stabilisce che le stazioni appaltanti «procedono» all'affidamento dei contratti sottosoglia secondo le modalità indicate. L'utilizzo dell'espressione «procedono» sembra recare con sé una portata prescrittiva che, qualora la volontà del legislatore fosse stata diversa, poteva essere evitata ricorrendo alla formulazione «possono procedere». Sempre sotto il profilo della formulazione letterale, il precedente articolo 48, comma 4 stabilisce che ai contratti sottosoglia si applicano comunque le disposizioni del Codice valide in via generale, se non derogate da quelle contenute nella Parte I (articoli da 48 a 55). Ma sulle modalità di affidamento – disciplinate dall'articolo 50 - la deroga è evidente, tale da non lasciare spazio all'applicazione di disposizioni diverse. Maggior rilievo assume la circostanza per cui la disciplina in esame non contiene la clausola di salvezza prevista dalla disciplina previgente che, nel delineare procedure semplificate per gli affidamenti sottosoglia, faceva comunque salva la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie (articolo 36, comma 2, Dlgs 50/2016).

Infine – e questo appare per molti aspetti un argomento dirimente - lo stesso articolo 50 del Dlgs 36 prevede alla lettera d) che per l'affidamento dei lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alla soglia comunitaria le stazioni appaltanti, oltre che alla procedura negoziata senza bando, possano ricorrere alle procedure ordinarie (aperta e ristretta), previa adeguata motivazione. Appare infatti evidente che se il legislatore ha inteso operare questa precisazione in relazione a una particolare ipotesi – peraltro subordinando il ricorso alle procedure ordinarie a un'adeguata motivazione - l'indicata possibilità non può ritenersi consentita in via generalizzata.

Gli elementi sistematici

I riferimenti testuali sopra ricordati portano a ritenere che le modalità di affidamento indicate dall'articolo 50 per i contratti sottosoglia siano le uniche utilizzabili dagli enti appaltanti. Questa conclusione viene rafforzata alla luce di alcune considerazioni di natura sistematica. La disciplina delle modalità di affidamento dei contratti sottosoglia rappresenta un corpo normativo organico a sé stante, con regole chiare e specifiche, frutto di una precisa scelta del legislatore. Non appare quindi

coerente che tale corpo normativo sia integrato con previsioni diverse e che appartengono al diverso ambito dei contratti sopra soglia. Ciò significherebbe tra l'altro contraddire – o quanto meno attenuare – le esigenze di semplificazione che sono alla base delle regole di affidamento che il legislatore ha voluto prevedere per i contratti sottosoglia.

Questa considerazione si ricollega – in una logica più generale – ai caratteri propri dell'azione amministrativa e in particolare ai limiti e vincoli che ne connotano l'esercizio. L'attività amministrativa – quale è tipicamente quella finalizzata alla scelta del contraente dei contratti pubblici – deve svolgersi entro i limiti fissati dalle norme. È il legislatore che nell'operare le sue scelte definisce i confini nel cui ambito può legittimamente esercitarsi la discrezionalità amministrativa. Non può invece l'amministrazione porre in essere atti che la normativa non prevede, pena l'illegittimità degli stessi. Se si applicano questi principi generali al caso di specie appare evidente che se il legislatore ha inteso stabilire per gli affidamenti dei contratti sottosoglia regole specifiche e che costituiscono un tutto organico, non può l'ente appaltante di sua iniziativa applicare regole diverse e non previste.

In sostanza, la scelta del legislatore rappresenta un limite invalicabile per l'ente appaltante. Peraltro, questa scelta va valutata anche alla luce dei nuovi principi generali sanciti in apertura del Dlgs 36, e in particolare del principio del risultato di cui all'articolo 1 che, per espressa previsione del successivo articolo 4, costituisce criterio interpretativo e applicativo di tutte le disposizioni del Codice. Il principio del risultato si sostanzia nella necessità che in sede di affidamento lo stesso sia perseguito con la massima tempestività e coniugando il criterio della trasparenza con quello della massima celerità e tempestività. Ancora, tale principio costituisce attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Infine, il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso concreto.


È evidente che la disciplina dell'affidamento dei contratti sottosoglia risponde proprio a una logica semplificatoria diretta a premiare i criteri di tempestività, efficacia ed efficienza. E dunque, anche sotto questo profilo, la possibilità che tale disciplina possa essere integrata dagli enti appaltanti facendo riferimento a regole diverse e non contenute nella stessa sarebbe in contrasto con la corretta attuazione del principio del risultato.

La compatibilità comunitaria

Quanto detto potrebbe essere messo in discussione solo qualora si ritenesse che la disciplina sugli affidamenti dei contratti sottosoglia possa considerarsi in contrasto con la normativa comunitaria. Non sembra tuttavia che ricorra questa ipotesi. In primo luogo è noto che la disciplina comunitaria, intesa come insieme di disposizioni e regole prescrittive, riguarda esclusivamente i contratti di importo superiore alla soglia comunitaria. Per i contratti sottosoglia, ciò che deve essere garantito è esclusivamente il rispetto dei principi generali del diritto comunitario, tradizionalmente individuati in quelli della trasparenza, imparzialità, proporzionalità e par condicio, ma anche di economicità ed

efficacia. E proprio in relazione a questi due ultime elementi, il legislatore nazionale – come visto – ha introdotto il principio del risultato, che certo non può ritenersi in contrasto con l'ordinamento comunitario.

In questo modo il cerchio si chiude, nel senso che anche alla luce di tale principio trova la sua ragione la disciplina degli affidamenti dei contratti sottosoglia prevista dall'articolo 50. Anche sotto quest'ultimo profilo si deve quindi concludere che tale disciplina rappresenta un quadro normativo organico che è l'unico riferimento cui gli enti appaltanti devono uniformarsi per gli affidamenti dei contratti sottosoglia, non potendo utilizzare procedure diverse da quelle indicate dall'articolo 50.

Il Sole 24 ORE aderisce a  The Trust Project

P.I. 00777910159 | © Copyright Il Sole 24 Ore Tutti i diritti riservati

ISSN 2724-203X - Norme & Tributi plus Enti Locali & Edilizia [<https://ntpluselocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

Il Sole
24 ORE