

Gare sottosoglia, tutti i punti lasciati irrisolti dalla circolare di Salvini

Rimangono i dubbi sulla possibilità di ricorrere alle gare sotto al milione. Un altro caso in cui toccherà ai giudici amministrativi risolvere la questione

di Roberto Mangani

30 Novembre 2023

Con la [Circolare del 20 novembre 2023](#) il [Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti](#) interviene sulla questione delle modalità procedurali di affidamento dei contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie alla luce della disciplina contenuta nell'articolo 50 del Dlgs 36/2023.

Il tema, oggetto di dibattito fin dal momento dell'entrata in vigore nel nuovo Codice e che evidentemente non ha ancora trovato una soluzione consolidata, è chiaro. L'articolo 50 prevede che per l'affidamento dei contratti sottosoglia le stazioni appaltanti procedano, a seconda degli importi, o tramite affidamento diretto o tramite procedura negoziata, diversamente articolata a seconda della tipologia di appalto (di lavori, piuttosto che di servizi e forniture) e di fasce di importo. È altresì stabilito che per l'affidamento dei lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alla soglia comunitaria – ed esclusivamente per questi – resta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie.

Alla luce di questo quadro normativo si è posta la questione se le stazioni appaltanti debbano utilizzare esclusivamente le modalità dell'affidamento diretto o della procedura negoziata – salva l'eccezione sopra ricordata per i lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro – ovvero se possano comunque, in tutti i casi, ricorrere alternativamente anche alle procedure ordinarie (aperta e ristretta).

La Circolare del Mit

La Circolare del Mit, ancorché contenga alcuni passaggi che non sono chiaramente esplicitati, opta per la seconda soluzione. Tuttavia il percorso argomentativo sviluppato per giungere a questa conclusione non appare particolarmente articolato e lascia comunque irrisolti alcuni punti, nel senso che non affronta esplicitamente – per eventualmente smentirli – alcuni argomenti che possono essere ragionevolmente addotti a sostegno della tesi contraria.

Il ragionamento sviluppato nella Circolare prende le mosse dalla continuità che viene rilevata tra la disciplina contenuta nel Dlgs 36 e quella precedentemente introdotta dal Decreto legge 76/2020 (come integrato dal successivo Decreto legge 77/2021).

Nell'evidenziare questa continuità – indubbiamente esistente – viene tuttavia trascurato un elemento non secondario. La disciplina introdotta dai Decreti legge citati – e in particolare dal Decreto legge 77 – nasceva per dare risposta a una situazione emergenziale (l'epidemia Covid) avente carattere di eccezionalità, e in questa logica derogava – ma non abrogava – la disciplina ordinaria, per un periodo di tempo predeterminato.

Anche alla luce di questi caratteri trovano giustificazione le pronunce giurisprudenziali che, in relazione a tale disciplina, hanno ritenuto che la stessa non precludesse alle stazioni appaltanti la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, in alternativa a quelle semplificate (affidamento diretto e procedura negoziata) previste dal Decreto legge 77. Ciò appunto sulla base della considerazione fondamentale secondo cui le disposizioni in quest'ultimo contenute non abrogavano la disciplina ordinaria.

La situazione si presenta in termini del tutto diversi in relazione alle previsioni contenute nell'articolo 50 del Dlgs 36. In questo caso il legislatore ha dettato una disciplina che ha i caratteri dell'ordinarietà e dell'organicità: la scelta legislativa è stata quella di prevedere una disciplina ad hoc per i contratti sottosoglia, non più legata a eventi straordinari ed emergenziali ma applicabile in via ordinaria e in maniera generalizzata.

La ratio sottesa a questa scelta va evidentemente individuata nella volontà di semplificare e accelerare le procedure di affidamento dei contratti sottosoglia, ritenendo che questa sia la soluzione più opportuna per i contratti di importo più limitato.

D'altronde, è la stessa Circolare che sembra valorizzare questo elemento di semplificazione, laddove richiama il principio del risultato, di cui all'articolo 1 del Dlgs 36. Tale principio fa infatti esplicito riferimento all'esigenza di perseguire il risultato dell'affidamento dei contratti (e della loro esecuzione) con la massima tempestività e assicurando il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, pur nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e

concorrenza. Questo riferimento al principio del risultato, considerato di per sè, dovrebbe quindi ragionevolmente portare a concludere nel senso che la disciplina dell'articolo 50 impone che le stazioni appaltanti utilizzino esclusivamente le modalità procedurali (affidamento diretto e procedura negoziata) dallo stesso indicate. A questo punto tuttavia la stessa Circolare, per argomentare in senso favorevole alla tesi opposta, opera il richiamo ad altri principi sanciti nella Parte prima del Dlgs 36.

In questo contesto, richiama la previsione dell'articolo 48, comma 1, secondo cui l'affidamento dei contratti sottosoglia si svolge nel rispetto dei principi di cui alla Parte prima. Tuttavia, non appare immediato il collegamento tra l'osservanza di tali principi e la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, cioè a procedure diverse da quelle espressamente indicate all'articolo 50.

Entrando più nello specifico, la Circolare indica il principio di accesso al mercato e il principio della fiducia come quelli che maggiormente giustificerebbero il possibile ricorso alle procedure ordinarie.

Il principio della fiducia (articolo 2) viene in particolare richiamato in quanto favorisce e valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici (comma 2). Da qui sembra volersi ricavare il postulato che, proprio nell'esercizio di tale autonomia, il funzionario della stazione appaltante possa utilizzare le procedure ordinarie. Ma si tratta appunto di un postulato tutto da dimostrare, posto che la valorizzazione dell'iniziativa e dell'autonomia decisionale si può declinare secondo molteplici modalità, e comunque deve sempre avvenire nell'ambito delle regole dettate dal legislatore. Cosicché resta irrisolto il punto centrale, e cioè se tali regole consentano o meno il ricorso alle procedure ordinarie per l'affidamento dei contratti sottosoglia.

Quanto al principio dell'accesso al mercato (articolo 3), lo stesso si esplica nel senso che le stazioni appaltanti devono favorire l'accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità. Tuttavia lo stesso articolo 3 puntualizza che ciò deve avvenire «secondo le modalità indicate dal codice»: anche in questo caso, quindi, si ripropone la questione già indicata per il principio della fiducia, nel senso che anche il principio dell'accesso al mercato può orientare l'interpretazione delle regole individuate dalle norme, ma non consentire ciò che le norme non prevedono. Con la conseguenza che si torna alla domanda di fondo: le regole dettate dal legislatore consentono o meno il ricorso alle procedure ordinarie per l'affidamento dei contratti sottosoglia?

Al riguardo occorre aggiungere un ulteriore elemento, che non è preso in considerazione nella Circolare. Lo stesso articolo 48 - che la Circolare richiama con riferimento al comma 1 al fine di evocare i principi generali - viene invece ignorato in relazione al comma 4. Quest'ultimo prevede che ai contratti di importo inferiore alle soglie comunitarie si applichino le disposizioni del codice «se non derogate dalla presente Parte». Ma le previsioni contenute nell'articolo 50 - che è appunto nella Parte del codice richiamata - sono proprio quelle che si pongono in deroga alla disciplina generale.

Sempre per avvalorare la tesi secondo cui è possibile il ricorso alle procedure ordinarie per i contratti sottosoglia, la Circolare fa un generico riferimento ai principi generali dell'ordinamento attraverso le prassi delle amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza. Riferimento di difficile comprensione, considerato che - data la novità della disciplina - non vi sono prassi consolidate sul punto né tanto meno orientamenti giurisprudenziali.

Da ultimo, a chiusura delle considerazioni, la Circolare richiama i principi e le regole della normativa comunitaria. Ma anche in questo caso è un richiamo che non convince, poiché la disciplina comunitaria non regola l'affidamento dei contratti sottosoglia, per i quali vige unicamente l'obbligo di rispettare i principi generali, ma non certo le singole disposizioni relative alle procedure di gara utilizzabili.

Gli elementi che mancano

Ciò che lascia ancora più perplessi è ciò che la Circolare omette di considerare. Ci si riferisce a quegli elementi desumibili da una semplice lettura dell'articolo 50 che rappresentano altrettanti argomenti a favore della tesi secondo cui le stazioni appaltanti hanno l'obbligo di ricorrere esclusivamente alle procedure indicate dalla stessa norma.

Primo: l'articolo 50 utilizza il termine «procedono», che nella sua declinazione sembra avere carattere prescrittivo. Secondo: raffrontando questa previsione con quella analoga contenuta nell'articolo 36, comma 2 del Dlgs 50 non si ritrova la clausola di salvezza contenuta in quest'ultima, che nel delineare le procedure semplificate per gli affidamenti sottosoglia faceva comunque salva la possibilità per le stazioni appaltanti di ricorrere alle procedure ordinarie.

Ma è il terzo elemento che appare dirimente. Lo stesso articolo 50 prevede esplicitamente 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.

Un cambio di prospettiva

La tesi accolta dalla Circolare ministeriale – che non convince per l’insieme delle ragioni sopra richiamate – si basa su un assunto non dichiarato: il ricorso alle procedure ordinarie si deve ritenere sempre consentito anche per gli affidamenti dei contratti sottosoglia perché aumenta il livello di concorrenzialità.

Tuttavia il nuovo Codice dei contratti sembra avere l’ambizione di offrire una declinazione diversa al principio della concorrenza. Quest’ultima non è un valore assoluto, cioè un totem che resta immutato in tutte le circostanze e in qualunque contesto, ma va diversamente declinata a seconda delle situazioni. Detto in termini semplificati, non è detto che una gara con 100 offerenti assicuri una concorrenza necessariamente più efficace rispetto a una gara con 10 offerenti.

Si tratta di un punto cruciale, che meriterebbe una trattazione diffusa. Emerge tuttavia una possibile concezione del valore della concorrenza non in termini assoluti ma relativi, che impone certamente un profondo cambio di prospettiva rispetto ai canoni tradizionali.

Viene tuttavia da chiedersi se questo cambio di prospettiva non sia maggiormente in linea con i principi generali introdotti dal nuovo Codice, primo tra tutti il principio del risultato – che potrebbe essere definito il principio dei principi – che più di tutti sembra voler orientare la disciplina dei contratti pubblici – e quindi anche delle gare – al raggiungimento di un risultato sostanziale prima ancora che al rispetto di canoni formali.

In ogni caso, resta da capire in che misura le conclusioni della Circolare saranno recepite dalle stazioni appaltanti, considerando che si tratta comunque di indicazioni che non hanno – né potrebbero avere – carattere prescrittivo, né sono idonee a sostituire scelte che rimangono nell’autonoma responsabilità dei singoli committenti.

E ciò in attesa del probabile intervento del giudice amministrativo che presumibilmente sarà chiamato a pronunciarsi sulla questione.

Gli ultimi contenuti di I temi di NT+ →

06 Dicembre 2023

La sezione autonomie della Corte dei conti interviene sulla gestione della cassa vincolata

05 Dicembre 2023

Attività di supporto legale sulla riscossione solo agli iscritti all'albo

04 Dicembre 2023

Le ultime pronunce in tema di trasporto di rifiuti

01 Dicembre 2023

L'organo di revisione e la cassa vincolata

30 Novembre 2023

Le ultime pronunce dei giudici contabili in materia di incentivi per funzioni tecniche

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://ntplusentilocaliedilizia.ilsole24ore.com>]

