amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 1/2024

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Francesco Cardarelli, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Chiara Cudia, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Bruno Mercurio, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Sveva Bocchini, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Giuseppe Doria, Manuel Delgado Iribarren, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Giuseppina Lofaro, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, Marcin Princ, Sara Pugliese, Bianca Nicla Romano, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Stefania Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Art. 50 D.Lgs. 36/23, un difficile equilibrio tra istanze di semplificazione procedurale ed interpretazione comunitariamente orientata

di Emmanuel Pagano

(Ricercatore presso l'Università degli Studi Magna Grecia di Catanzaro)

Sommario

1. Premessa; 2. L'art. 50 nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici; 3. La procedura semplificata prevista per i contratti sotto – soglia comunitaria. Esclusività o possibilità?; 4. La procedura semplificata ed il rischio di violare i principi sovranazionali e nazionali; 5. Circolare del MIT ed ulteriori criticità; 6. Considerazioni finali.

Abstract

This paper focuses on the role of the simplified procedure, ex art. 50 D. Lgs. 36/2023, for the award of contracts below the EU threshold in the context of public contracts. The rule is at the centre of extensive doctrinal and jurisprudential debate, as it seems to pose problems of compatibility with some of the cardinal principles of the system. Despite the intervention of MIT which, in Circular No. 298 of 2023, clarified that administrations are free to choose the awarding procedure they deem most appropriate, some doubts remain. After analysing the role of the art. 50 in the new Contracts Code and identifying the relevant european and national law principles of the system, the paper aims to identify a way to overcome the critical issues. In the absence of intervention by the Legislature, the new principle of the result, pursuant to Article 1 of Legislative Decree No. 36/2023, could be the way to get to a Community-oriented interpretation of the rule in question.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. Premessa.

Il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti (MIT), con la Circolare 298/2023, ha fornito chiarimenti in ordine alla portata applicativa dell'art. 50 del D. Lgs. 36/2023 recante il Codice dei contratti pubblici[1].

Tale disposizione, collocata nel Libro II - Parte I del Codice dei contratti pubblici (artt. 48-55), disciplina le modalità di affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 14 del medesimo decreto (cd. contratti sotto - soglia comunitaria).

La soglia è un criterio discretivo che consente di individuare i contratti di rilevanza comunitaria e viene periodicamente rideterminata con provvedimento della Commissione europea, pubblicato nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea[2].

Ebbene, l'art. 50 statuisce che i contratti sotto - soglia comunitaria debbano, apparentemente almeno, essere affidati dalle stazioni appaltanti tramite la procedura cd. semplificata[3].

Questo tipo di procedura ha degli indubbi vantaggi con riferimento alla tempistica di espletamento della gara ed alla modalità di selezione degli operatori economici anche se finisce per limitare la platea dei partecipanti alla gara pubblica con possibile

---

[1] M.A. SANDULLI, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.lamministrativista.it*, 2022. A. M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice per i contratti pubblici*, 2023, p. 141 ss.;

[2] Le ultime modifiche sono state pubblicate sulla GUUE serie L del 16/11/2023 e sono in vigore dal 1 gennaio 2024. I regolamenti 15 novembre 2023, n. 2023/2495/Ue e n. 2023/2496/Ue hanno alzato le soglie per gli appalti nei settori ordinari: per gli affidamenti dei lavori e concessioni la nuova soglia Ue passa da 5.382.000 euro a 5.538.000 euro; per i servizi e le forniture da 140mila euro si passa a 143.000 euro; da € 215.000 ad € 221.000 per gli appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione aggiudicati da stazioni appaltanti sub-centrali. Nei settori speciali le soglie passano da € 5.382.000 ad € 5.538.000 per appalti di lavori pubblici e per le concessioni, da € 431.000 ad € 443.000 per appalti pubblici di forniture, di servizi e per i concorsi pubblici di progettazione in forza del regolamento n. 2023/2497/Ue.

[3] Art. 50 c.1 d.lgs 36/2023: "*Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità:*

a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;

d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;

e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14".

ISSN 2036-7821

compromissione di alcuni dei principi cardine in materia di appalti, tra cui quello di concorrenza e di trasparenza[4].
Proprio per tale motivo, intorno all'art. 50 si è acceso un ampio dibattito tra gli operatori del diritto.
Taluni, infatti, hanno evidenziato che questa norma prevede una sorta di esclusività della procedura semplificata per gli appalti sotto – soglia con il conseguente divieto di utilizzare la procedura ordinaria, salvo per le ipotesi espressamente previste. Altri, invece, hanno affermato che l'art. 50 consentirebbe, in linea di continuità rispetto a quanto previsto nel passato, alla stazione appaltante di scegliere tra procedura ordinaria e procedura semplificata.
Tale ultima ricostruzione è stata seguita dal Ministero che, seguendo le indicazioni provenienti dall'Ue, ha adottato lo scorso 20 novembre 2023 la Circolare n. 298. Essa chiariva che le amministrazioni sono libere di scegliere la procedura di affidamento che ritengono più opportuna, in linea con quanto indicato dalla direttiva 2014/24/UE[5].
Come si avrà modo di precisare nel prosieguo, la Circolare interpretativa dell'art. 50 è stata accolta con favore dagli addetti ai lavori pur residuando alcune criticità.
Pare opportuno evidenziare, sin da subito, che le strade per superare tali persistenti criticità paiono due: intervento chiarificatore del Legislatore; interpretazione della norma coerente con i principi comunitari e nazionali.

2. L'art. 50 nel contesto del nuovo Codice dei contratti pubblici.

Il nuovo Codice dei contratti pubblici D.Lgs. n. 36/2023[6] ha sostituito il vecchio Codice[7] D. Lgs. n. 50/2016 apportando significative novità in materia di appalti pubblici. Mentre, in passato, la disciplina dei contratti sotto - soglia era contenuta in disposizioni sparse ed anche esterne al Codice, oggi il Legislatore ha raccolto, in un'unica parte, l'insieme della normativa in materia.
All'interno di un quadro normativo mutato rispetto al passato si colloca l'art. 50 che disciplina la procedura di affidamento o aggiudicazione per questo tipo di appalti.
Sotto l'egida del previgente Codice del 2016 la stazione appaltante era libera di scegliere il tipo di procedura per l'affidamento dei contratti privi di rilevanza comunitaria; di contro, nell'attuale Codice non vi è più, all'apparenza, tale opzione. Il

[4] F. CARINGELLA, *Il nuovo Codice dei contratti pubblici: riforma o rivoluzione?*, 2023, che identifica nel nuovo testo il passaggio da un concetto di concorrenza intesa in modo assoluto ad uno regolato in vista del risultato, analogamente a quanto capiterebbe alla trasparenza;
[5] Procedure per l'affidamento ex art. 50 del d.lgs. n. 36/2023 - Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie, consultabile a: https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2023/11/23/23A06503/sg.
[6] G. TULUMELLO, I. RAIOLA, F. GAMBATO SPISANI, P. NASINI, N. DURANTE, V. NERI, *Nuovo codice dei contratti pubblici: relazione relativa alle ricadute sul processo amministrativo*, 2023;
[7] F. GAMBARDELLA, *Le regole del dialogo e la nuova disciplina dell'evidenza pubblica*, Torino, 2016;

ISSN 2036-7821

legislatore ha, in tal modo, dettato una chiara preferenza per la procedura semplificata, che si compone di affidamento diretto e di procedura negoziata senza bando.

L'Allegato I.1 al D. Lgs. 36/2023 qualifica il primo come "*l'affidamento del contratto senza una procedura di gara, nel quale, anche nel caso di previo interpello di più operatori economici, la scelta è operata discrezionalmente da stazione appaltante/ente concedente, nel rispetto dei criteri qualitativi e quantitativi di cui all'art. 50, comma 1 lett. a) e b) e dei requisiti generali o speciali previsti dal codice*". Anche se si è assistito alla procedimentalizzazione di tale strumento, con la possibilità di acquisire una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri e dei requisiti per la selezione degli operatori economici, non siamo davanti ad una procedura di gara[8]. Tale forma di affidamento è prevista per servizi e forniture di importo inferiore a 140.000 euro e per lavori di importo inferiori a 150.000 euro.

Di contro, la procedura negoziata senza bando prevede l'obbligatoria consultazione di più operatori economici, ove esistenti, e può essere attivata nel caso di servizi e forniture di importo pari o superiore a 140.000 euro (e fino alle soglie di cui all'art. 14) o per lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro (e fino alle soglie di cui all'art. 14).

La *ratio* dell'attuale normativa è quella di semplificare la materia dei contratti pubblici e delle concessioni al precipuo scopo di promuovere gli investimenti nell'ambito delle infrastrutture e dei servizi[9] in coerenza con la normativa emergenziale. L'intervento normativo si pone, infatti, nel solco di semplificazione già tracciato dal legislatore con i Decreti – Legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021. Risponde ad esigenze di semplificazione già colte dall'art. 21 co. 2 del D.L. 76/2020 che ha l'obiettivo di contrastare la cd. "burocrazia difensiva" e la "paura della firma",

[8] Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, sentenza 23 aprile 2021, n. 3287 "*La mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori (procedimentalizzazione che, peraltro, corrisponde alle previsioni contenute nelle Linee guida ANAC n. 4 per tutti gli affidamenti diretti; cfr. il par. 4.1.2 sull'avvio della procedura), non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze*"

[9] Art. 1 D.L. 76/2020: "*Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023. In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.*

ISSN 2036-7821

generalmente considerate degli elementi che paralizzano l'azione amministrativa per il timore, da parte dei dipendenti pubblici dotati di poteri decisionali, di essere esposti ad un risarcimento del danno per responsabilità erariale in caso di errore[10].
L'obiettivo dichiarato del nuovo Codice è, quindi, quello di semplificare, velocizzare e ottimizzare tempi e risorse per affidare lavori, servizi e forniture con procedure snelle e celeri in modo da far ripartire sia la macchina amministrativa che tutte le attività esternalizzate nel rispetto dei principi di trasparenza, libera concorrenza e imparzialità. È evidente la volontà di sburocratizzare l'attività della PA nel rispetto del sistema di spending review, come dimostrato anche dall'utilizzo del mercato elettronico per l'affidamento dei beni e i servizi sotto - soglia. Vanno, in questa direzione, anche le norme previste dal Codice sulla "digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti" entrate in vigore il 1° gennaio 2024[11]. L'innovazione digitale è, inoltre, uno degli strumenti fondamentali per contrastare la corruzione, in quanto consente di definire chiaramente i percorsi procedurali. Allo stesso tempo promuove la trasparenza delle relazioni nelle pubbliche amministrazioni e dei rapporti con i cittadini e agevola l'individuazione dei responsabili dell'azione amministrativa[12].
Attraverso il perseguimento di tali obiettivi, il legislatore intende dare piena attuazione al principio del risultato[13] che, come è noto, trova espresso riconoscimento nell'art. 1 del decreto[14]. Il Titolo I del decreto in oggetto, infatti, contiene ben undici

[10] Il Decreto-Legge 16 luglio 2020 n.76, convertito con modificazione nella Legge 11 settembre 2020 n. 120, all'art. 21, secondo comma, statuisce che: "*Limitatamente ai fatti commessi dalla data di entrata in vigore del presente decreto e fino al 31 dicembre 2021, la responsabilità dei soggetti sottoposti alla giurisdizione della Corte dei conti in materia di contabilità pubblica per l'azione di responsabilità di cui all'articolo 1 della legge 14 gennaio 1994, n. 20, è limitata ai casi in cui la produzione del danno conseguente alla condotta del soggetto agente è da lui dolosamente voluta. La limitazione di responsabilità prevista dal primo periodo non si applica per i danni cagionati da omissione o inerzia del soggetto agente.*"

[11] L. CARBONE, *La scommessa del "Codice dei contratti pubblici" e il suo futuro*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale in modo leale ed intelligente ammette le sue preoccupazioni sulla difficile realizzabilità di un'immediata e piena digitalizzazione degli apparati amministrativi. Sull'importanza della digitalizzazione delle procedure di selezione del contraente, obiettivo già presente nell'ordinamento a causa delle direttive europee del 2014 e la cui importanza è stata accresciuta prima dalla pandemia poi dal PNRR, si veda G. CARLOTTI, *I principi nel Codice dei contratti pubblici: la digitalizzazione*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2023, il quale segnala tra le finalità della realizzazione un sistema di *e procurement* proprio garantire al massimo trasparenza e pubblicità dei procedimenti. Un forte accento sulla digitalizzazione per recuperare le difficoltà collegate all'esatta individuazione del momento del decorso del dies a quo era stato suggerito come rimedio alla previgente situazione da A. MIRABILE, *Il termine dei motivi aggiunti in materia di contratti pubblici e l'incertezza della Corte Costituzionale, in www.giustiziainsieme.it, 2021;*

[12]Come si è recentemente espresso il vertice della Corte dei conti, con un intervento consultabile al link: https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/Presidente/PresidentiDellaCorteDeiConti/AngeloBuscema/DiscorsiPresidenteBuscema/30Mag2019ContrattiPubblici.

[13] Art. 1 D.Lgs. 36/2023: "*Le stazioni appaltanti e gli enti concedenti perseguono il risultato dell'affidamento del contratto e della sua esecuzione con la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza*".

[14] S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, 2023; A. CIOFFI, *Prima lettura del nuovo Codice dei contratti e dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato*

ISSN 2036-7821

principi generali e si apre proprio con quello del risultato, a dimostrazione del ruolo primario che esso assume nel contesto del Codice.
Sulla carta, il nuovo testo normativo è strutturato in modo da far dialogare principi tra loro diversi: da un lato, la celerità e la tempestività nell'affidamento dei contratti pubblici e, dall'altro, il rispetto della concorrenza e della trasparenza. Dialogo che diventa più complicato allorché si entra nell'analisi della cd. procedura semplificata.

3. La procedura semplificata prevista per i contratti sotto – soglia comunitaria. Esclusività o possibilità?

Il Legislatore esprime una chiara preferenza per la procedura semplificata nel caso di affidamento di contratti che non hanno rilevanza comunitaria. In tal modo si è inteso ulteriormente favorire le ragioni di celerità e semplificazione[15] rispetto alle logiche della concorrenza.
Questo emerge in maniera plastica anche dalla Relazione illustrativa al nuovo Codice dei contratti pubblici che, a pag. 12, fa espresso riferimento alla "demitizzazione della concorrenza"[16].
Infatti, le ipotesi in cui il Legislatore prevede la possibilità per la stazione appaltante di utilizzare il cd. procedimento ordinario per selezionare l'operatore economico nei contratti che non hanno rilevanza comunitaria sono del tutto residuali. Ad esempio, il procedimento ordinario può trovare applicazione nell'ipotesi in cui emerga un "interesse transfrontaliero certo" come enunciato dall'art. 48 co. 2.
Il Codice attribuisce al Responsabile Unico del Procedimento (RUP) il compito di verificare se l'appalto oggetto dello specifico affidamento abbia un interesse transfrontaliero certo, la cui assenza è presunta. Nell'ipotesi in cui dovesse verificarsi tale circostanza allora si imporrebbe l'utilizzo della procedura ordinaria e non di quella semplificata (*sub specie* affidamento diretto o procedure negoziate).
In via del tutto incidentale, va evidenziato come il Legislatore non ha chiarito la portata della terminologia "interesse transfrontaliero certo", per cui non risulta agevole individuare i casi in cui la stazione appaltante debba utilizzare la procedura

---

e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione, in *www.federalismi.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss.

[15] F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI*dei suoi tre principi fondamentali*, in *www.apertacontrada.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *I rischi di derive autoritarie nell'interpretazione del principio del risultato e l'indissolubilità del matrimonio tra buon andamento e imparzialità dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2023; F. SAITTA, *I principi generali del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *www.giustiziainsieme.it*, 2023; D. CAPOTORTO, *Lo Stato "consumatore" e la ricerca dei suoi princìpi*, in *Dir. amm.*, 2021, p. 161 ss.

[15] F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRARCHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il dir. dell'ec.*, 2023, p. 31 ss.;

[16] La Corte costituzionale nella sentenza n. 131/2020, sui rapporti tra tutela della concorrenza, da un lato, e solidarietà/sussidiarietà orizzontale dall'altro, dove si afferma che la concorrenza non è un fine, ma uno strumento, che può essere "sacrificato" se ci sono interessi superiori da realizzare.

ISSN 2036-7821

ordinaria.
Nel silenzio del Legislatore occorre richiamare i criteri sintomatici individuati[17] dalla giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione Europea nella sentenza del 6 ottobre 2016 emessa nella causa C-318/15.
L'interesse transfrontaliero certo può essere determinato da diversi fattori, tra cui la tipologia di prestazione e la sua localizzazione. Ad esempio, se la prestazione richiede competenze particolari, facilmente reperibili all'estero, l'interesse transfrontaliero potrebbe sussistere.
La normativa, a tal riguardo, prescrive che nella determina a contrarre o decisione a contrarre, si debba dare conto dell'esistenza dell'interesse transfrontaliero.
Occorre, altresì, sottolineare che l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo non può essere desunto da una valutazione astratta degli elementi richiesti dall'appalto, ma deve risultare in modo chiaro da una valutazione concreta di tali elementi. In pratica, vanno forniti i dati idonei a dimostrarne l'esistenza.
Fuori da questa ipotesi espressamente prevista dalla normativa, nelle gare sotto - soglia comunitaria l'affidamento deve avvenire tramite procedura semplificata.
Tuttavia, nonostante il dato normativo faccia riferimento a questo tipo di procedura come doverosa, non tutti gli studiosi del diritto ritengono si tratti di una esclusività.
In ogni caso, giova evidenziare come anche gli appalti sotto – soglia non sono del tutto esclusi dall'ambito di applicazione del diritto comunitario. I giudici di Lussemburgo hanno, più volte, evidenziato che per questo tipo di procedure, le amministrazioni aggiudicatrici sono, in ogni caso, tenute a rispettare le norme fondamentali e i principi generali del Trattato FUE. In particolare, operano il principio di parità di trattamento e di non discriminazione in base alla nazionalità[18] nonché il rispetto della trasparenza.
Ed è proprio su questo aspetto che occorre ulteriormente ragionare. Il rispetto dei principi unionali finisce per incidere sulla volontà dichiarata del legislatore e limitare la portata esclusiva della procedura semplificata.

4. La procedura semplificata ed il rischio di violare i principi sovranazionali e nazionali.

Il problema di fondo che questa disposizione pone è quello relativo al suo dialogo con i principi sovranazionale e nazionali.

[17] Tra questi criteri rientrano l'esistenza di denunce presentate da operatori ubicati in altri Stati membri (purché reali e non fittizie); la consistenza dell'importo dell'appalto; la presenza di frontiere che attraversano centri urbani situati sul territorio di Stati membri diversi; il luogo di esecuzione dei lavori; le caratteristiche specifiche dei prodotti; le caratteristiche tecniche dell'appalto; i precedenti appalti analoghi indetti dalla medesima o da altra stazione.
[18] Cfr. Corte di giustizia, ordinanza 3 dicembre 2001, causa C-59/00, punti 20 e 21; Corte di giustizia, sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, punto 32; Corte di giustizia, 14 giugno 2007, causa C-6/05, punto 33.

ISSN 2036-7821

Leggendo in maniera asettica gli artt. 48-55 del d.lgs. 36/2023 sembra che le ragioni della celerità e della semplificazione negli affidamenti degli appalti sotto - soglia debbano prevalere sempre, anche a discapito di trasparenza e di concorrenza.
Sicuramente la semplificazione delle regole in tema di affidamento e, più in generale, la riduzione delle norme era riforma auspicabile. La normazione eccessiva, infatti, è da sempre una delle cause che blocca l'azione di amministratori e dirigenti e crea disagio e incertezze tra gli operatori del diritto.
Tuttavia, alcuni hanno evidenziato che il reale pericolo dell'attuale disciplina è quello di sottrarre la grande maggioranza dei contratti alle più elementari forme di pubblicità, con danni evidenti sia per le imprese che per le casse pubbliche.
Inoltre, la scelta di applicare esclusivamente la procedura semplificata rischia di svilire tutti gli sforzi compiuti nel contrastare la corruzione nell'ultimo decennio.
Se è vero, infatti, che l'obiettivo primario del vecchio Codice dei contratti del 2006 era quello di contrastare fenomeni corruttivi, non si può dire che tale intento sia venuto meno nell'attuale disciplina.
Il periodo storico che viviamo richiede particolare attenzione al tema della trasparenza, che resta la precondizione per ricostruire e rafforzare il rapporto di fiducia tra cittadini e poteri pubblici.[19] Solo un'amministrazione trasparente sarà in grado di contrastare fenomeni di corruzione. La piaga della corruzione ha dei risvolti di natura sociale e di natura economica che si riverberano non solo sull'efficientamento delle attività amministrative, ma anche sui cittadini che subiscono un danno in termini di qualità e sicurezza delle opere e dei servizi resi.
Ecco perché semplificazione e trasparenza sono concetti che non possono essere scissi ma che devono andare a braccetto e guidare l'*agere* della PA. Semplificare, infatti, significa ridurre gli oneri inutili in modo da rendere chiara e trasparente la macchina pubblica. La semplificazione non può mai tradursi però nell'eliminazione delle garanzie che devono guidare l'attività della PA.
Inoltre, il rispetto della trasparenza non è solo necessario per prevenire fenomeni corruttivi ma è anche strumento ordinario e primario di riavvicinamento del cittadino alla pubblica amministrazione.
In quest'ottica pare opportuno richiamare le coordinate del parere del Consiglio di Stato n. 515 del 2016 secondo cui "il principio di trasparenza rappresenta il fondamento della democrazia amministrativa in uno Stato di diritto (…), costituisce anche un caposaldo del principio di buon funzionamento della pubblica amministrazione, quale "casa di vetro" improntata ad imparzialità, intesa non quale mera conoscibilità, garantita dalla pubblicità, ma anche come intelligibilità dei processi decisionali e assenza di corruzione".
Il rispetto della trasparenza è necessario per il miglior soddisfacimento degli altri

[19] Consiglio di Stato, sez. consultiva atti normativi, parere n. 515/2016 del 24 febbraio 2016.

ISSN 2036-7821

diritti fondamentali che l'ordinamento giuridico riconosce alla persona.
Ecco perché molto si è discusso, nelle more dell'approvazione dell'attuale Codice, circa il potenziamento dei poteri di controllo in capo alla Corte dei conti come contrappeso alle semplificazioni.
Il rafforzamento delle forme di controllo, preventivo ma anche successivo (cioè, nella fase di esecuzione dei contratti pubblici), potrebbe essere un modo per vagliare la conformità tra quanto richiesto nell'appalto ed il risultato finale conseguito nel contratto, sia sotto il profilo funzionale che contabile.
Potenziare, inoltre, la funzione di controllo preventivo intestata alla Corte dei conti su alcuni rilevanti atti propedeutici alla stipula dei contratti pubblici, potrebbe consentire, in tempi brevi, una verifica di conformità a legge dei provvedimenti esaminati e orientare, rendendo altresì più sicura, l'azione dei responsabili di settore.
Nella materia di contratti pubblici gli interessi della comunità si scontrano con il fenomeno della corruzione, per arginare la quale la Corte dei conti è sempre più impegnata nella azione di prevenzione, svolta a tutela della legalità, del buon andamento della pubblica amministrazione e a garanzia dell'erario pubblico[20].
Tutte queste esigenze sembrano essere sullo sfondo della Circolare n. 298 del MIT recentemente adottata.

5. Circolare del MIT ed ulteriori criticità.

Lo scorso 24 novembre sul sito della Commissione è stata pubblicata la proposta di modifica della decisione del 13 luglio 2021 relativa all'approvazione della valutazione del Piano per la ripresa e la resilienza dell'Italia. Tale proposta è giunta all'esito di serrate trattative che hanno avuto ad oggetto le modifiche al PNRR.
Tra i vari punti all'attenzione vi era anche quello relativo alle norme del Codice dei contratti a disciplina degli appalti di valore inferiore alla soglia comunitaria. Per tale motivo si può affermare che la circolare del Mit 298/2023 è stata adottata sulla spinta dell'Unione Europea.
Il Mit ha spiegato che l'utilizzo dell'affidamento diretto e della procedura negoziata costituisce un'applicazione del principio del risultato, che impone alle Stazioni Appaltanti di affidare i lavori o i servizi con la massima tempestività.
Il principio del risultato, si legge nella circolare, attua nel settore dei contratti pubblici i princìpi di buon andamento, efficienza, efficacia e tempestività, nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi posti dall'Unione Europea.
Al contempo, aggiunge il Mit, "viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle

[20]Altra considerazione espressa di recente dal Presidente della Corte dei conti, al link: https://www.corteconti.it/Home/Organizzazione/Presidente/PresidentiDellaCorteDeiConti/AngeloBuscema/DiscorsiPresidenteBuscema/30Mag2019ContrattiPubblici;

ISSN 2036-7821

procedure ordinarie".

Dalle parole della circolare emerge, quindi, che le Amministrazioni sono libere di scegliere la procedura di affidamento che ritengono più opportuna, ma che, per ragioni di efficienza, nelle gare sotto - soglia dovrebbero preferire le procedure semplificate.

Taluni hanno evidenziato come la Circolare del ministero che ammette il ricorso alle gare per gli affidamenti sottosoglia "nasce da buoni propositi ma rischia di ingenerare confusione e rallentamento delle procedure"[21].

L'Autorità Nazionale Anticorruzione (ANAC) attraverso il suo presidente ha, al contrario, sottolineato la bontà dell'interpretazione ministeriale, evidenziando come sia una forzatura ritenere obbligatorio l'affidamento diretto per tutti i contratti per l'acquisto di beni o servizi sino a 140.000 € e di assegnare lavori fino ad oltre cinque milioni di euro senza pubblicare neanche un avviso pubblico. Tuttavia, ha aggiunto il presidente dell'ANAC Busia, il chiarimento del Mit pur rappresentando un importante passo in avanti è arrivato con una circolare e non con legge, come sarebbe stato necessario[22].

Di contro, il Consiglio Nazionale degli Ingegneri ha espresso delle perplessità: "la Circolare fornisce un'interpretazione del Codice dei contratti che va oltre la lettura del testo che sul tema appare piuttosto lineare. L'articolo 50 del nuovo Codice che regola le procedure per i piccoli appalti prevede chiaramente l'utilizzo di affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando"[23].

Questo dimostra come anche successivamente all'interpretazione del Ministero residuano dubbi e criticità. Al punto che taluni già invocano un Correttivo al Codice concertato con le rappresentanze di categoria che quotidianamente si imbattono in queste problematiche.

In questo giova segnalare anche una recente sentenza del Tar Campania, Napoli, Sezione VII, 19.12.2023, n. 7037 sulla possibilità di adottare le procedure ordinare nel caso di appalti sotto - soglia.

Secondo parte della dottrina tale decisione avrebbe sconfessato la circolare del Mit in oggetto.

In realtà, a ben guardare, la pronuncia da un punto di vista oggettivo attiene ad una procedura aperta attivata nel regime normativo precedente (D.Lgs. 50/2016 e normativa emergenziale di cui al D.L. 76/2023), con specifico riferimento all'esclusione automatica delle offerte anomale, nel caso di ribasso.

Inoltre, i giudici amministrativi contestano le affermazioni del ricorrente: "*Non*

[21] Reperibile al link: https://www.cni.it/media-ing/news/240-2023/4609-circolare-mit-affidamenti-sottosoglia-perplessita-del-cni;

[22] Reperibile al link: https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-appalti-circolare-interpretativa-del-mit.-bus%C3%ACa-marcia-indietro-del-governo-#p1;

[23] *Ibidem*, nota 21;

ISSN 2036-7821

persuade, infatti, la tesi della ricorrente secondo cui la nuova normativa (che, in sostanza, per i contratti sotto soglia impone in ogni caso il ricorso ad affidamenti diretti o procedure negoziate, con la sola eccezione rappresentata dall'opzione per la procedura aperta per contratti per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'articolo 14) consentirebbe, in chiave interpretativa, di ravvisare già nella normativa emergenziale ex l. n. 120/20, in via generale, il divieto di optare per la procedura aperta".

6. Considerazioni finali.

Il dibattito che ruota attorno alla portata dell'art. 50 resta ufficialmente aperto, a scanso della circolare.

Come già evidenziato in apertura, da una parte si schierano quanti, in maniera rigorosa e letterale, ritengono che tale disposizione debba essere interpretata nel senso di prevedere l'esclusività della procedura semplificata; dall'altro, invece, quanti ritengono che nei settori sotto – soglia vada ripristinata l'opzione procedura ordinaria – procedura semplificata.

Questa seconda strada è seguita dalla Circolare del Mit del 2023 che si sofferma sulla portata operativa dell'art. 50 D.Lgs. 36/2023. Ma, come visto, sono stati avanzati dubbi sulla correttezza di tale strumento.

Sicuramente la *ratio legis* del D.Lgs. 36/2023 è quella di consentire alla stazione appaltante di utilizzare unicamente la procedura semplificata, che garantisce speditezza ed agilità operativa. I valori a base di gara sono potenzialmente non incidenti sul mercato concorrenziale comunitario per cui le stazioni appaltanti non potrebbero scegliere tra affidamento diretto e procedura negoziata. Si tratta di una scelta coerente con le istanze di semplificazione che governano questo ambito come confermato anche dall'eliminazione, rispetto al previgente codice, del c.d. affidamento diretto mediato. Sotto la vigenza del D.Lgs. 50/2016, infatti, l'affidamento diretto poteva essere puro (art. 36 c. 2 lettera a) oppure mediato[24] o comparativo (art. 36 c. 2 lettera b), a seconda della diversa attività istruttoria espletata dalla stazione appaltante in sede di scelta del contraente privato[25].

Il superamento dell'affidamento mediato (che resta solo come opzione) è del tutto coerente con le istanze di semplificazioni sottese all'attuale Codice.

Tuttavia, come già evidenziato, questa *vis expansiva* della semplificazione pone

[24] Sulla distinzione tra queste figure cfr Tar Veneto n.542/2021, Cds n.3287/2021, Tar Campania n. 2725/2021

[25] Nell'affidamento diretto puro non è prevista la consultazione di più operatori economici per cui la stazione appaltante contratta con l'unico operatore interpellato. In questa ipotesi, dunque, manca uno schema competitivo e/o comparativo atto a mettere in correlazione tra loro gli operatori sotto il profilo economico e qualitativo. Di contro, l'affidamento diretto mediato era figura ibrida (inaugurata con il decreto sblocca cantieri D.L. 32/2019, convertito in L. 55/2019) che veniva in rilievo allorché la stazione appaltante avesse fatto precedere l'affidamento e la stipulazione del contratto dall'acquisizione di preventivi da parte di operatori economici del settore. La scelta degli invitati era discrezionale, salvo che non si fosse utilizzato il metodo del sorteggio o altro sistema automatico di selezione dei destinatari degli inviti. (vedi Delibera ANAC n. 712 del 27 ottobre 2021, pg. 7-8).

ISSN 2036-7821

problemi di compatibilità non solo con i principi del diritto Ue, ma anche con gli stessi principi interni. Non si può, infatti, ritenere che per i contratti che non hanno rilevanza comunitaria gli Stati membri abbiano la possibilità di escludere del tutto l'operatività dei principi comunitari, come se stessero agendo in una sorta di zona franca.

Anche per le procedure sotto – soglia comunitaria è necessario che il diritto nazionale faccia applicazione dei principi euro - unitari che impongono la concorrenzialità ed il buon andamento, previsti d'altra parte anche dal diritto nazionale. I principi enunciati dal TFUE in merito alla tutela della concorrenza, alla libera circolazione di capitali, lavoro e merci, non cessano di operare in ambiti normativi il cui dettaglio la UE abbia lasciato agli ordinamenti degli Stati membri. Si tratta, infatti, di principi immanenti il nostro ordinamento, il cui rispetto è funzionale alla piena attuazione dell'art. 97 Cost.

Inoltre, i principi comunitari sono richiamati dall'art. 1 della l. 241/90 tra i principi generali dell'attività amministrativa e devono guidare la stessa attività del Legislatore come evincibile dall'art. 117 co. 1, Cost.: "*La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonchè dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali*".

La soluzione auspicabile, in assenza di un intervento legislativo che chiarisca il dilemma sull'applicabilità della procedura ordinaria in questo ambito, pare quella di "leggere" le norme del Codice (artt. 48-50) in maniera coerente con i principi interni e comunitari.

In quest'ottica un ruolo decisivo potrebbe svolgere il nuovo principio del risultato di cui all'art. 1 del D.Lgs. 36/2023 e sopra già richiamato. Si può ritenere, infatti, che il risultato dell'affidamento e dell'esecuzione del contratto è realmente raggiunto, allorché esso si realizzi nel pieno rispetto non solo della tempestività, del migliore rapporto qualità - prezzo o della legalità, ma anche in modo da garantire trasparenza e concorrenza.

Il principio del risultato, inteso quale variante del principio di proporzionalità, è lo strumento che potrebbe consentire di adattare le norme del codice alla fattispecie concreta oggetto dell'appalto ed a dare così un'interpretazione non rigida dell'art. 50 e comunitariamente orientata.

In questo modo, si potranno garantire concorrenza e trasparenza nell'attività della PA il cui rispetto è necessario per contrastare fenomeni di corruzione negli appalti pubblici, vera e propria piega del sistema.

Il rinnovamento della Pubblica amministrazione italiana nei prossimi anni, in relazione alle richieste dell'Unione europea, alle aspettative della collettività e dell'opinione pubblica passa necessariamente per la piena attuazione di questi principi.

ISSN 2036-7821