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"

Gli affidamenti sotto-soglia nel nuovo codice appalti e la prospettiva di un correttivo

di Marco Salzano

(Professore a contratto presso l'Università degli Studi di Roma "Foro Italico")

Sommario

1. Il quadro giuridico e gli interessi in campo - 2. La scelta del nuovo codice dei contratti pubblici – 3. I possibili effetti involutivi della nuova disciplina – 4. La circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 20 novembre 2023, n. 298 – 5. La portata dell'atto – 6. L'auspicio di un intervento legislativo.

Abstract

As is known, the community constraints in the field of public evidence in the selection of the private contractor operate, in full, only for contracts whose value exceeds the European threshold.
Therefore, below this amount, the discretion of the national legislator is free to select the structure deemed most functional to the achievement of public interests and, consequently, grant the contracting authorities greater or lesser autonomy.
It is clear that this is a crucial choice for the functioning of the entire public procurement machine, since - given that the vast majority of contracts, which have been on the rise for several years, are positioned below the threshold - the latter , moving on the ridge constraint of the law / discretion of power, can encourage a very wide diffusion of direct assignments and negotiated procedures.

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

ISSN 2036-7821

1. Il quadro giuridico e gli interessi in campo.

Come noto, i vincoli comunitari in ambito di evidenza pubblica nella selezione del contraente privato operano, in via completa, soltanto per i contratti il cui valore superi la soglia europea.

Pertanto, al di sotto di tale importo, la discrezionalità del legislatore nazionale è libera di selezionare l'assetto ritenuto più funzionale al raggiungimento degli interessi pubblici e, conseguentemente, concedere alle stazioni appaltanti maggiore o minore autonomia.

Non sfugge che si tratta di una scelta nevralgica per il funzionamento dell'intera macchina degli appalti pubblici, in quanto – posto che la stragrande maggioranza dei contratti, peraltro con un *trend* in aumento da diversi anni[1], si posiziona sotto-soglia – quest'ultima, muovendosi sul crinale vincolo della legge / discrezionalità del potere, può incentivare una amplissima diffusione degli affidamenti diretti e delle procedure negoziate.

Nessuno può sottovalutare – specie in riferimento al Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza e alle relative scadenze – i vantaggi in termini di speditezza e semplificazione di questi modelli procedimentali. Ma tali evidenti positività hanno contropartita immediata e diretta in un potenziale *vulnus* a due principi cardine del sistema, quali trasparenza e concorrenza.

La mancata pubblicazione del bando sul sito della stazione appaltante per un congruo arco diacronico, la quale consenta a tutti gli operatori economici potenzialmente interessati di conoscere la procedura e formulare, su un piano di pari opportunità tra loro, la propria offerta, pone infatti dei problemi. Rischia, (*i*) sul fronte dell'azione amministrativa, di pregiudicare il pieno ossequio dei principi costituzionali e comunitari cui l'amministrazione procedente deve uniformarsi (legalità, imparzialità, buon andamento e sana amministrazione) e, (*ii*) sul fronte del mercato degli appalti, di ridurre lo spessore del diritto a competere sulla qualità delle offerte che l'ordinamento riconosce agli operatori economici[2].

In altri termini, rappresentando la materia dei contratti pubblici un importante ambito di espressione della imprenditorialità e della libera iniziativa economica privata, l'ordinamento non soltanto riconosce e tutela il principio di massima

[1] Già dal Rapporto sul mercato dei contratti pubblici dell'Anac relativo al terzo quadrimestre del 2021 (redatto sulla base dei dati contenuti nella Banca Dati Nazionale dei Contratti Pubblici dell'Autorità) emergeva un significativo incremento per le procedure ristrette nei settori ordinari (+503,6%) e degli affidamenti diretti nei settori speciali (ovvero gas, energia termica, elettricità, acqua, trasporti, servizi postali, sfruttamento di area geografica): +359,2%.

[2] A mente di Consiglio di Stato Sez. III, 2 maggio 2017, n. 1738, sussiste "*diritto dell'operatore economico a competere secondo i criteri predefiniti dal legislatore, nonché a formulare un'offerta che possa validamente rappresentare la qualità delle soluzioni elaborate, e coerentemente aspirare ad essere giudicata in relazione anche a tali aspetti, oltre che sulla limitativa e limitante (se isolatamente considerata) prospettiva dello sconto*".

ISSN 2036-7821

partecipazione[3], quale valore in sé, ma ne fa uno strumento di concorrenzialità del mercato. Concorrenzialità che, per favorire il progresso dell'intera comunità, deve giocarsi sul piano della qualità del bene o servizio offerto e favorire l'ingresso di operatori sempre nuovi nel mercato delle commesse pubbliche.
Tanto questo è vero che l' art. 108 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36 (di seguito, 'Nuovo codice appalti'), coerentemente con il decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50 ('Vecchio codice'), stabilisce che il criterio di aggiudicazione generale è quello imperniato sull'offerta economicamente più vantaggiosa, basato sul miglior rapporto qualità-prezzo delle offerte ricevute e sul minor prezzo. Inoltre, ai sensi dell'art. 17, comma 2° del Nuovo codice, in caso di affidamento diretto, la determina a contrarre deve individuare oltre che l'oggetto, l'importo e il contraente, anche le ragioni della sua scelta, comprese quelle inerenti la capacità economico finanziaria e tecnico-professionale dell'operatore privato prescelto.

2. La scelta del nuovo codice dei contratti pubblici.

In tale contesto, l'art. 50, comma 1 del Nuovo codice appalti recepisce nella sostanza e rende ordinarie, seppur con alcune migliorie lessicali e talune innovazioni contenutistiche, le regole di affidamento dei contratti sotto-soglia introdotte (nel contesto dell'emergenza socio-sanitaria da diffusione del Covid-19) dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76, per accelerare e semplificare le procedure.
In particolare, si stabilisce che, per i lavori (1.1) di importo inferiore a 150.000 euro si possa procedere con affidamento diretto degli stessi, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse[4] idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante; (1.2) di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro si possa procedere con una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori economici individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici; (1.3) di importo pari o superiore a 1

[3] Il Nuovo Codice dei contratti pubblici, D. Lgs. 36/2023 all'art. 10, comma 2 rubricato "*Principi di tassatività delle cause di esclusione e di massima partecipazione*", prevede che "*le cause di esclusione di cui agli articoli 94 e 95 sono tassative e integrano di diritto i bandi e le lettere di invito; le clausole che prevedono cause ulteriori di esclusione sono nulle e si considerano non apposte*".

[4] Il richiamo alle 'esperienze idonee' e non già alle 'esperienze analoghe' di cui al Vecchio codice riflette la volontà del Nuovo codice appalti di *estendere il potere valutativo della stazione appaltante, la quale, in tal modo, può valutare le "attività precedenti dell'operatore economico in ambiti anche non strettamente analoghi all'oggetto della gara ma tuttavia idonei a garantire la buona riuscita dell'affidamento"* (Consiglio di Stato, Schema definitivo di Codice dei contratti pubblici in attuazione dell'art. 1 della legge 21 giugno 2022, n. 78, recante "Delega al Governo in materia di contratti pubblici. III - Relazione agli articoli e agli allegati", p.74). In questo senso, v. CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, settembre 2023, p. 969.

ISSN 2036-7821

milione di euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria, si possa svolgere una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno dieci operatori economici. Viceversa, per i contratti relativi a servizi e forniture (2.1) di importo inferiore a 140.000 euro è possibile affidarli in via diretta, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse; (2.2) di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di rilevanza comunitaria, si può svolgere una procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno cinque operatori.

3. I possibili effetti involutivi della nuova disciplina.

Certo, restano i principi di cui al Libro I, Parti I e II[5] (richiamati dall'art. 48, comma 1 del Nuovo codice appalti[6]) per governare affidamento ed esecuzione dei contratti sotto-soglia e il principio di rotazione (richiamato, in continuità con le Linee Guida Autorità nazionale anticorruzione, dall'art. 49[7]). Ma il dato testuale dell'art. 50 pare

[5] La norma, in tal modo, ha inteso rimarcare il carattere generale di tali principi, il cui portato vincola a prescindere dall'importo dell'affidamento. Si tratta di una regola che soddisfa un'esigenza inveratasi da tempo se si considera che, già con la racc. 1991/561/CEE, la Commissione CE esigeva un processo di "*uniformazione al sopra soglia, con collegati obblighi di trasparenza delle procedure di gara ed adeguata pubblicità, nel rispetto dei principi del TCE*". Un'esigenza, questa, che veniva, del resto, corroborata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia dell'UE, la quale, nell'elaborare le regole fondamentali per l'aggiudicazione degli appalti pubblici derivanti dal TCE, ribadisce che i principi di parità di trattamento e di non discriminazione postulano l'osservanza altresì del vincolo della trasparenza, in virtù del quale garantire, ad ogni possibile offerente, un compiuto livello di pubblicità volto ad assicurare la concorrenza e l'imparzialità amministrativa nell'esercizio del potere di aggiudicazione (CGUE 7 dicembre 2000, C-324/98; CGUE 13 ottobre 2005, C-458/03). In argomento, cfr. F. VENTURA, *Art. 36. Contratti sotto soglia*, in A. Carullo - G. Iudica (a cura di), *Commentario breve alla legislazione sugli appalti pubblici e privati*, Milano, 2022,, p. 518, per il quale: "*Il secondo considerando della Dir. 2004/18/CE specifica che l'aggiudicazione degli appalti negli Stati membri per conto dello Stato, degli enti pubblici territoriali e di altri organismi di diritto pubblico è subordinata al rispetto dei principi del Trattato ed in particolare ai principi della libera circolazione delle merci, della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, nonché ai principi che ne derivano, quali i principi di parità di trattamento, di non discriminazione, di riconoscimento reciproco, di proporzionalità e di trasparenza. Questi principi generali dell'ordinamento comunitario devono essere rispettati in ogni caso, a prescindere dal valore presunto del contratto e, pertanto, per i contratti sia sopra sia sottosoglia*". Sull'applicazione dei principi comunitari anche ai contratti sotto soglia, v. anche P.CdM, Dip.Pol.CE, circ. n 875/2002 e circ. 29.4.2004; per dare maggiore chiarezza al contenuto ed alla portata di tali principi la Comm. CE ha pubblicato una comunicazione interpretativa relativa al diritto comunitario applicabile alle aggiudicazioni di appalti non o solo parzialmente disciplinate dalla Dir., applicabile agli appalti di importo inferiore alle soglie, agli appalti di servizi di cui all'all. IIB, Dir. 2004/18/CE, e all'all. XVIIB, Dir. 2004/17/CE, il cui importo supera le soglie.

[6] Per un'analisi sul valore del richiamo, si veda, tra gli altri, CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, Settembre 2023, p.967, dove si sottolinea che "*si tratta di una significativa innovazione rispetto al previgente D. Lgs. 50/2016, nel quale le previsioni proprie del sotto-soglia erano sparse nell'intera disciplina codicistica. In questo modo, il legislatore consente all'interprete un più agevole lavoro di individuazione della normativa applicabile ai contratti di importo inferiore alle soglie europee e un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziato che connota questo settore della contrattualistica pubblica. In quest'ottica, l'art. 48 rappresenta una disposizione di carattere generale, che pone dei principi comuni applicabili ai contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, in attuazione della lett. e), comma 2. Rt. 1 della legge delega 78/2022*".

[7] Peraltro, una delle novità introdotte dal nuovo codice consiste nell'applicazione del principio di rotazione solo all'operatore economico uscente che, salvo motivazione, non può essere invitato alla procedura successiva e/o

ISSN 2036-7821

attribuire una discrezionalità molto ampia alle stazioni appaltanti, in astratto idonea anche a segnare una significativa battuta di arresto all'implementazione nella pubblica amministrazione del principio di trasparenza, nonché agli investimenti in innovazione e qualità delle imprese.

Questi pericoli sono, del resto, stati evidenziati dalla stessa Anac, laddove, nelle Osservazioni in relazione all'Atto del Governo sottoposto a parere parlamentare n. 19 (il Nuovo codice appalti, appunto), segnalava che l'articolo 50, comma 1 (dell'allora schema di codice) stabilisce un notevole innalzamento, sia delle soglie per l'affidamento diretto, sia di quelle per la procedura negoziata senza bando, nell'ottica di attuare la massima semplificazione delle procedure.

In effetti, soprattutto con riferimento agli affidamenti diretti di servizi e forniture, la soglia di 140.000 euro è idonea ad assorbire la maggior parte degli acquisiti posti in essere soprattutto dai piccoli comuni, i quali potranno verosimilmente programmare più affidamenti sotto la predetta soglia, per la maggior parte dei propri acquisti, senza dunque dover ricorrere – se non in casi residuali – a procedure di evidenza pubblica.

Del resto, tali preoccupazioni emergevano già dall'attività di vigilanza dell'Autorità medesima, la quale lascia emergere l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza il minimo confronto concorrenziale; il che, nelle piccole realtà, spesso significa l'affidamento a ditte già conosciute[8], non sempre le più efficienti.

Questa prospettiva ci pare peraltro destinata ad aggravarsi se si considerano anche le modifiche alla disciplina sul conflitto di interesse, le quali esimono la stazione appaltante dalla predisposizione di serie misure di prevenzione del conflitto d'interessi, facendo ricadere sugli eventuali interessati l'onere di dimostrarne la sussistenza.

Tuttavia, il Governo non aveva ritenuto – all'esito del dibattito svoltosi intorno allo schema di codice – di ridimensionare (né abbassando le soglie, né introducendo obblighi di trasparenza aggiuntivi) il portato della nuova regolamentazione, probabilmente condizionato dalla circostanza per la quale l'approvazione della

essere designato come affidatario diretto, ma non anche coloro i quali, pur essendo stati invitati alla precedente procedura negoziata, non siano risultati aggiudicatari della stessa. Questi potranno liberamente essere invitati alla procedura successiva anche in caso di coincidenza di categoria e/o settore merceologico. Si veda in tal senso U. REALFONZO - R. BERLOCO, *Commentario al Nuovo Codice dei contratti pubblici*, I, Palermo, 2023, p. 313.

[8] In argomento, si segnala l'Atto del Presidente ANAC del 13 settembre 2023, laddove definisce illegittima la gestione, da parte di un comune, del servizio di recupero, trattamento e riciclo della frazione organica dei rifiuti ricorrendo sempre alla stessa azienda dal 2020 ad oggi, mediante ripetuti affidamenti diretti e proroghe. Per quanto riguarda gli affidamenti diretti, si precisa che il comune ha violato il principio di rotazione degli affidamenti. Anche tenendo conto della sospensione di tale principio introdotta dalla normativa emergenziale, in vigore tra il 16 luglio 2020 e il 31 luglio 2021, emerge che la maggior parte (dieci su dodici) degli affidamenti consecutivi alla stessa impresa effettuati negli ultimi quattro anni non ricadono nell'intervallo temporale della moratoria prevista dai decreti approvati nel periodo pandemico.

ISSN 2036-7821

riforma costituisce un importante obiettivo del Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza.

4. La circolare interpretativa del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti 20 novembre 2023, n. 298.

Ma, e veniamo alla novità, evidentemente le esposte preoccupazioni hanno generato qualche ripensamento, se, il 23 novembre 2023, è intervenuta la Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti n. 298 recante "*chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie*" (di seguito, la '**Circolare**').

Tale atto normativo generale anzitutto ribadisce le finalità della disciplina recata dall'art. 50 del Nuovo codice appalti e, quindi, sottolinea che l'obiettivo di semplificazione costituisce applicazione del principio di cui all'art. 1 del Nuovo codice appalti. Il quale, da un lato, impone alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività e, da un altro lato, rappresenta attuazione del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. La Circolare ricorda anche che il principio del risultato è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Sebbene tali premesse sembrerebbero confermare la linea adottata dalla nuova legislazione nei confronti degli affidamenti diretti e delle procedure senza bando in generale, la Circolare chiarisce che le procedure di cui all'art. 50 devono comunque svolgersi in ossequio ai principi fondamentali del Codice.

In altri termini, si sottolinea che l'art. 48, comma 1, del Nuovo codice appalti, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, richiama, accanto al principio del risultato, tutti i principi contenuti nel titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice, tra i quali, i principi di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, imparzialità, non discriminazione, pubblicità e trasparenza, proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.

La Circolare intende cioè chiarire che le procedure sotto-soglia devono essere strutturate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato e degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice, nonché dei principi generali dell'ordinamento. Ed anche con riferimento al primo, forse vale la pena considerare che il risultato avuto a mente dal legislatore non è la veloce realizzazione dell'opera in sé, ma la veloce realizzazione dell'opera nel rispetto di tutte le norme conferenti e dei principi che sovraintendono al sistema della selezione del contraente privato. Il principio del risultato richiama la massima tempestività e il migliore rapporto possibile tra qualità e prezzo, ma nel rispetto dei principi di legalità, trasparenza e concorrenza. Inoltre, il risultato costituisce attuazione del principio di rilevanza

ISSN 2036-7821

costituzionale del buon andamento e dei correlati criteri, ormai cristallizzati, di efficacia, efficienza ed economicità.
Il principio del risultato rappresenta poi il criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale della stazione appaltante. Pertanto, il richiamo della Circolare a quest'ultimo pare giusto e opportuno se inteso quale strumento idoneo a limitare l'eccessiva autonomia che l'articolo 50 del Nuovo codice appalti attribuisce alla amministrazione procedente.
Il risultato si inquadra nel contesto della legalità e della concorrenza: ma con il nuovo impianto codicistico si vuole ribadire che legalità e concorrenza da sole non bastano, perché l'obiettivo rimane la realizzazione delle opere pubbliche e la soddisfazione dell'interesse della collettività.

5. La portata dell'atto.

Sebbene si possa essere portati a minimizzare la portata dispositiva della Circolare e, quindi, a ritenere che (già prima della stessa) *non* fosse revocabile in dubbio che i principi generali del Nuovo codice appalti, nonché quelli dell'ordinamento (nazionale e comunitario), andassero tenuti a mente nell'interpretazione e applicazione dell'art. 50, a ben vedere, il richiamo a tali principi condiziona fortemente la portata innovativa di tale ultima disposizione.
Infatti, il riferimento congiunto alla valorizzazione dell'iniziativa e dell'autonomia decisionale dei funzionari e alla possibilità (che va fatta salva) di ricorrere alle procedure ordinarie lascia emergere che questi ultimi sono tenuti ad una valutazione preliminare sulle procedure da utilizzare. Tale valutazione (probabilmente da riportarsi nella motivazione della determina a contrarre) deve verificare che l'utilizzo della procedura semplificata non comporti la concreta possibilità di minare il rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità.
Siffatto contenuto di standardizzazione dell'attività dei funzionari sembra peraltro coerente con il tipo di provvedimento utilizzato, la circolare appunto, la quale è atto interno, diretto agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincola, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati[9].
Qualora da tale valutazione preliminare emerga il rischio di cui sopra, la ricordata possibilità di utilizzare le procedure ordinare (quelle dell'evidenza pubblica) assume le fattezze di un obbligo giuridico.

[9] In questo senso, si veda, *ex multis*, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457.

ISSN 2036-7821

Tale lettura pare avallata dalla circostanza che, per la stessa Autorità nazionale anticorruzione, la Circolare rappresenta un importante passo avanti[10]. Passo avanti che soltanto in quest'ottica pare poter avere qualche concretezza.

6. L'auspicio di un intervento legislativo.

Resta da verificare se il modulo provvedimentale utilizzato (una circolare di tipo misto: normativa e interpretativa[11]) sia utile ad uno scopo tanto ambizioso. Infatti, l'esperienza pratica lascia emergere una pluralità di casi nei quali talune circolari ministeriali, insieme a parti di carattere meramente ricognitivo della normativa in materia, ne recano altre di indubbia portata precettiva, riuscendo a modificare, nella concreta applicazione, il tenore di norme cogenti. Tuttavia, deve ricordarsi che la giurisprudenza in materia, sia civile che amministrativa che costituzionale[12], ha più volte chiarito che le circolari dell'Amministrazione non vincolano i cittadini, né il giudice. Non costituendo fonte di diritto e, quindi, dovrebbero limitarsi, come anticipato, a fornire indicazioni utili agli uffici preposti sul territorio all'attuazione delle norme stesse; in questo caso, alle stazioni appaltanti che hanno un rapporto gerarchico con il Ministro delle Infrastrutture e dei trasporti, dal quale è vergata la Circolare.

Infatti, la circolare ministeriale non fa parte delle fonti del diritto propriamente intese (primarie o secondarie che siano); esse, infatti, come anticipato, "*costituiscono atti interni, diretti agli organi ed agli uffici periferici, al fine di disciplinarne l'attività e vincolano, conseguentemente, i comportamenti degli organi operativi sottordinati, ma non i soggetti destinatari estranei all'Amministrazione, che non hanno neppure l'onere dell'impugnativa, potendo direttamente contestare la legittimità dei provvedimenti applicativi*" (Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457). E in particolare il giudice amministrativo ha anche avuto modo di chiarire che "*la circolare ministeriale, interpretativa di una disposizione di legge, è, in linea di principio, un atto interno finalizzato ad indirizzare uniformemente l'azione degli organi amministrativi, privo di effetti esterni*" (Consiglio di Stato, sez. III, 26 ottobre 2016 n. 4478).

---

[10] Cfr. dichiarazioni del Presidente ANAC liberamente disponibili su https://www.anticorruzione.it/-/nuovo-codice-appalti-circolare-interpretativa-del-mit.-bus%C3%ACa-marcia-indietro-del-governo-#p1.

[11] Tradizionalmente, si distinguano In particolare, si distinguono circolari: (**a**) regolamento o normative, contenenti disposizioni che disciplinano l'attività amministrativa dettando regole da osservarsi nell'esercizio concreto della funzione, da parte degli uffici interessati; (**b**) di organizzazione, volte a diramare disposizioni organizzative nell'apparato amministrativo; (**c**) interpretative, volte a comunicare l'interpretazione di norme giuridiche rilevanti per l'attività amministrativa agli organi interessati all'applicazione delle medesime, non solo nell'ambito di un rapporto gerarchico, ma anche per il coordinamento di uffici equiordinati o facenti parte di diverso apparato burocratico (c.d. dottrina dell'amministrazione); (**d**) informative, contenenti notizie rilevanti per gli Uffici o i dipendenti degli Uffici; (**e**) di cortesia, contenenti messaggi augurali o saluti.

[12] Si vedano Cass. n. 11931 del 1995; Cass. n. 14619 del 2000; Cass 21154 del 2008; Cass. 5137 del 2014; Cass n. 6185 del 2017, Consiglio di Stato, sez. IV, 12 giugno 2012 n. 3457, Consiglio di Stato sent. n. 567 del 2017, nonché Corte Costituzionale 33/2019.

ISSN 2036-7821

Questa natura di fonti interne, ovvero di atti contenenti disposizioni vincolanti per gli organi della pubblica amministrazione emanante, troverebbe fondamento nel principio di pluralità degli ordinamenti giuridici dello Stato e del potere di auto-organizzazione ed auto-regolamentazione dei medesimi[13].
Infatti, tradizionalmente, con la circolare, un organo gerarchicamente superiore, il quale si trova in una posizione di supremazia generale, esercita, nei confronti di un organo subordinato, un potere di direzione dell'attività[14].
In altre parole, nel nostro caso, laddove la stazione appaltante non si conformi all'interpretazione dell'art. 50, comma 1° del Nuovo codice appalti fornita dalla Circolare (optando, in caso di rischio di violazione dei principi di cui sopra, per una procedura aperta), ciò non si tradurrebbe nell'illegittimità dei relativi atti per violazione di legge.
Allo stesso modo, non costituendo fonte di diritto, e avendo la natura di atto amministrativo non provvedimentale, la Circolare non dovrebbe fondare posizioni di diritto soggettivo in capo a soggetti esterni al Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti. Pertanto, la Circolare non vincola il giudice amministrativo e può essere disapplicata da quest'ultimo[15].
Ma il tema della efficacia esterna delle circolari amministrative non è certo nuovo[16] e, come nell'interpretazione proposta, spesso le circolari amministrative pongono norme giuridiche idonee ad innovare l'ordinamento. Le circolari amministrative contenenti norme giuridiche sono diventate sempre più numerose con l'espandersi dell'apparato pubblico, e hanno assunto frequentemente una connotazione intersoggettiva, incidendo, anche sulla sfera giuridica dei terzi soggetti.
Le circolari normative danno attuazione alla regolamentazione legislativa dell'attività degli organi pubblici, in quanto questa disciplinano in via immediata e diretta, attraverso le proprie prescrizioni. Tuttavia, anche se hanno un'efficacia interna all'organizzazione amministrativa, condizionano i terzi soggetti che vengono con quella in rapporto. Infatti, per coloro che vengano in contatto con la pubblica amministrazione, la norma giuridica statale viene applicata secondo quelle modalità con cui è stata interpretata dalla stessa amministrazione, tramite le circolari[17].

---

[13] R. GAROFOLI – G. FERRARI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, V Ed., 2012, pag. 77 e ss.

[14] CARINGELLA, *Manuale ragionato di diritto amministrativo*, Dike giuridica, V Edizione, settembre 2023.

[15] In questo senso, si veda Consiglio di Stato, sez. IV, 08 gennaio 2016 n. 30, laddove esplicitamente afferma che "*le circolari, al pari dei regolamenti, possono essere disapplicate anche d'ufficio dal g.a. ove risultino contrastanti con fonti normative di rango primario*".

[16] Per un inquadramento, anche storico, della materia, si veda AMORTH A., Efficacia esterna delle circolari amministrative, in Riv. it. di dir. fin. 1941, II, 133; LICIFREDI R., *Osservazioni sull'efficacia delle circolari amministrative*, in Rass. di dir. pubbl. 1946, II, 505; CATELANI A., *Circolari amministrative e interpretazione della legge statale*, in Rass. parl. 2001, 539; CATELANI A., *Aspetti e attualità delle circolari normative della pubblica amministrazione*, in Riv. trim. di dir. pubbl. 1993, 1000; CATELANI A., *L'efficacia esterna delle circolari amministrative contenenti nome giuridiche*, in Giur. merito 1979, IV, 264.

[17] In questo senso, CATELANI A., Le circolari amministrative, Milano, 2021, p. 92.

ISSN 2036-7821

In questo senso, deve anche considerarsi che l'interpretazione recata dalla Circolare si cala in un conteso – caratterizzato da una pluralità di fonti eteronome, come ad esempio le Linee guida Anac e, soprattutto, presidiato dalla responsabilità contabile – il quale, con ogni probabilità, sarà autonomamente indotto a riconoscerle una forza superiore a quella sua propria.

Potrebbe, infatti, rappresentare una comoda *way out* per l'operatore indotto a preferire una più tutelante procedura di evidenza pubblica, piuttosto che una più snella e agile (ma anche più contestabile) procedura di affidamento diretto. Ma, al netto di questo pronostico, resta il dubbio sulla opportunità che la strada imboccata con la Circolare possa condurre ad una modifica dell'art. 50, magari in occasione di un correttivo più generale al Codice, la quale, sebbene lieve nell'ortopedia del testo, potrebbe portare consistenti conseguenze di sistema.

ISSN 2036-7821