

GIOVANNI MARIA CARUSO*

I contratti sotto soglia nel Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36). Semplificazione, risultato e criteri di specialità fra vincoli europei e scelte nazionali**

ABSTRACT (EN): The Public Contracts Code, adopted with Legislative Decree no. 36/2023, enhanced the regulation dedicated to public procurement contracts below the EU thresholds by dedicating, for the first time, a cohesive group of rules. However, the proposed regulatory solutions are not entirely consistent. Some problematic profiles are linked to the absence of adequate corrective measures capable of balancing the greater autonomy granted to the public administrations. Other critical issues, however, are recorded on a systematic level and derive from the ambiguity that continues to characterize the relationship between European and national regulations, also by virtue of the specificities of the so-called achievement principle.

ABSTRACT (IT): Il Codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. n. 36/2023, ha valorizzato la disciplina dedicata ai contratti di valore inferiore alla soglia di rilevanza europea dedicandogli per la prima volta un gruppo coeso di norme. Tuttavia, le soluzioni regolamentari proposte non sono del tutto coerenti. Alcuni profili problematici si collegano all'assenza di adeguati correttivi alla maggior autonomia conferita alle stazioni appaltanti. Altre criticità, invece, si registrano su un piano sistematico e derivano dall'ambiguità che continua a caratterizzare il rapporto fra disciplina europea e disciplina nazionale, anche in forza delle specificità del c.d. principio del risultato.

SOMMARIO: 1. Le chiavi di lettura dei contratti sotto la soglia di rilevanza europea nel processo di codificazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Razionalizzazione e valorizzazione della disciplina. – 2. Gradazione e differenziazione degli interventi di semplificazione fra garanzia ed efficienza. – 3. Contrappesi effimeri e reali alla rinnovata valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione: dagli oneri di trasparenza al principio di rotazione. – 4. Sui vincoli nazionali all'applicazione elettiva della disciplina dettata per gli affidamenti sopra soglia. – 5. Sull'effettiva estensione dei vincoli derivanti dal diritto europeo in materia di affidamenti sotto soglia. Critica all'approccio interpretativo che legittimerebbe l'applicazione della disciplina riservata agli affidamenti sopra soglia. – 6. Carattere generale o speciale della disciplina riservata ai contratti sotto soglia. Le soglie e la dimensione del mercato unico fra valutazioni di proporzionalità, limiti competenziali e criteri funzionali. – 7. Ambiguità e implicazioni della logica del risultato negli affidamenti sotto soglia.

* Professore associato di Diritto Amministrativo – Università della Calabria.

** Articolo sottoposto a referaggio.

1. Le chiavi di lettura dei contratti sotto la soglia di rilevanza europea nel processo di codificazione del d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36. Razionalizzazione e valorizzazione della disciplina

Il Codice dei contratti pubblici, adottato con d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, ha riservato ai contratti sotto soglia un ruolo decisamente più centrale di quello definito dai precedenti processi di codificazione. La disciplina si presta naturalmente a diversi livelli di lettura, in quanto ai profili di novità di più immediata percezione se ne aggiungono altri che rimandano a questioni teoriche di più ampio respiro.

Il primo dato che emerge è di carattere stilistico, ma è foriero di significative ricadute funzionali. Infatti, per la prima volta, la disciplina dedicata agli affidamenti sottosoglia non si trova disseminata in diverse disposizioni del codice, ma è stata raggruppata in un insieme coeso di norme. Peraltro, si tratta di un gruppo relativamente contenuto, perché in soli 8 articoli (dal 48 al 55), cui vanno aggiunti i due allegati in materia di indagini di mercato e anomalia dell'offerta, dovrebbero esaurirsi tutti i profili di specificità che caratterizzano questa tipologia di contratti.

Da questo punto di vista, l'approccio seguito dal legislatore è ampiamente migliorativo del precedente sistema, perché agevola l'interprete nell'individuazione della disciplina applicabile. E per interprete non deve intendersi il solo giurista, più avvezzo a barcamenarsi fra le specificità di una disciplina in costante evoluzione¹, ma proprio i dipendenti dell'amministrazione che dovrebbero costituire i principali destinatari di una disciplina che tende a recuperarne la centralità operativa, probabilmente eccessivamente mortificata dagli approcci che avevano caratterizzato la precedente codificazione. Quindi, almeno rispetto a questi profili, si può ritenere che gli obiettivi di razionalizzazione, se non anche di semplificazione, che hanno animato la riforma siano stati centrati: è più semplice capire qual è la disciplina di riferimento e, almeno in astratto, dovrebbe essere anche più semplice applicarla².

Anche una seconda chiave di lettura può collegarsi ad una scelta stilistica e risente della collocazione topografica della disciplina all'interno della struttura del Codice.

¹ Sul punto, v. A. MASSERA, F. MERLONI, *L'eterno cantiere del Codice dei contratti pubblici*, in *Diritto pubblico*, 2, 2021, 588.

² In linea di principio, è legittimo dubitare che interventi di semplificazione possano essere utilmente perseguiti con un incremento delle norme dedicate alla materia. Pienamente condivisibili le considerazioni di F. CINTIOLI. *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, Soveria Mannelli: Rubbettino, 2020, 21 ss. secondo il quale «c'è una cosa che le politiche di cosiddetta semplificazione non hanno compreso: che aumentando le parole della legge e pretendendo di risolvere con la legge ogni problema, si generano due problemi. Il primo è che ogni legge, ogni articolo, ogni suo comma e periodo è a sua volta oggetto d'interpretazione...Molte parole, molti dubbi. Il secondo è che si è seguito troppo spesso un sistema che preferisce risolvere la questione di cosa e come fare con una legge minuziosa, mentre, spesso, servirebbe una legge sintetica, un indirizzo, un principio, lasciando all'amministrazione uno spazio di valutazione vero, per prendere una decisione». Tuttavia, nel caso di specie, sembrerebbe trattarsi di una di quelle rare eccezioni in cui, aumentando norme e parole, si agevola l'individuazione della disciplina applicabile che, altrimenti, imporrebbe ulteriori sforzi di ricerca e selezione che possono determinare esiti tutt'altro che univoci.

E', infatti, significativo che la parte dedicata ai contratti sotto soglia, oltre ad essere valorizzata come corpo a sé, sia inserita in apertura del Libro II e, quindi, in una posizione che non è certo marginale nell'economia del Codice.

Tuttavia, sarebbe riduttivo circoscrivere la portata di tale scelta ad un intervento di pura cosmetica del diritto. E ciò non solo perché con esso sembra volersi attribuirsi il giusto rilievo ad una disciplina che, secondo le statistiche, interessa oltre il 98% degli affidamenti³, ma perché è proprio in tale ambito che è più immediatamente percepibile quella forte carica identitaria che caratterizza il nuovo Codice.

La disciplina dei contratti sottosoglia, infatti, ha sostanzialmente istituzionalizzato la disciplina emergenziale, secondo quel modo d'essere tipicamente italiano per cui non c'è niente di più definitivo delle discipline transitorie.

In questo senso, il Nuovo Codice è figlio di quella disciplina emergenziale e si ispira proprio al tratto caratterizzante che ha accomunato tutta la disciplina del PNRR, ossia il risultato. Ed è proprio questa prospettiva che fornisce la chiave di lettura dominante degli interventi disposti per i contratti sottosoglia, dove la semplificazione va intesa nel senso di rimozione degli ostacoli che si frappongono al risultato⁴. In questo senso, la disciplina dedicata a tale materia è sicuramente frutto di quei particolari approcci che tendono a sostituire il modello legalità formale, frutto della procedimentalizzazione dell'agire pubblico, ad una concezione in cui il risultato è di per sé stesso espressione di una forma di legalità sostanziale proiettata sull'effettività⁵.

³ Del resto, è innegabile che l'intervento sia strettamente connesso ad una presa di coscienza sull'importanza strategica del settore degli affidamenti sotto soglia, tant'è che nella Relazione di accompagnamento al Codice si afferma che il nuovo assetto fornito alla disciplina consente «un più diretto apprezzamento del complessivo regime giuridico differenziale che connota questo settore della contrattualistica, settore che, a conferma della sua rilevante importanza anche pratica, dai dati Eurostat disponibili vale da solo all'incirca l'80 per cento della spesa complessiva per appalti e concessioni». Sul punto, v. L. SALOMONI, *Risposte nuove ad esigenze vecchie? Alla ricerca degli istituti di semplificazione nel nuovo Codice dei Contratti Pubblici*, in *Econ. Pubbl.*, 2023, 2, 235 il quale, richiamando i suddetti dati, rileva che «è emblematica in questo senso la parabola della disciplina degli affidamenti al di sotto della soglia comunitaria: (...) è obbiettivamente singolare che agli appalti che rappresentano, dal punto di vista quantitativo, oltre il 75% degli affidamenti eseguiti dalle pubbliche amministrazioni sia dedicato soltanto un articolo nel D.Lgs. n. 50/20166, e due nel D. Lgs. n. 163/20067». Sulla centralità della disciplina anche in rapporto a significativi dati comparati, v. C. RANGONE, *La rilevanza strategica del sottosoglia nei settori classici e speciali. Disciplina legislativa degli affidamenti: dati applicativi e tendenze nell'Unione ed in alcuni paesi membri (Germania, Francia, Spagna, Portogallo, Belgio)*, in *Riv. trim. app.*, n. 3/2018, 687 ss.

⁴ Sul principio del risultato nella disciplina della contrattualistica pubblica, *ex multis*, v. F. CINTIOLI, *Il principio del risultato nel nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustizia-amministrativa.it; G. NAPOLITANO, *Committenza pubblica e principio del risultato*, in www.astridonline.it, 2023; S. PERONGINI, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo del codice dei contratti pubblici*, in *Scritti in onore di F. Salvia*, Napoli, 2023.

⁵ Nello specifico, *ex multis*, F. CINTIOLI, *Risultato amministrativo, discrezionalità e PNRR: una proposta per il Giudice*, in www.lamagistratura.it, 13 novembre 2021; G. TROPEA, *PNRR e governamentalità neoliberale: una linea di continuità?*, in www.aipda.it, 29 ottobre 2021, mentre, per una prospettiva più generale, *ex multis*, si rinvia ai contributi in A. POLICE, M. IMMORDINO (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, Torino, 2004, nonché M.R. SPASIANO, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003; ID., *Nuove riflessioni in tema di amministrazione di risultato*, in *Studi per Franco. G. Scoca*, Napoli, 2020, 4845

2. Gradazione e differenziazione degli interventi di semplificazione fra garanzia ed efficienza

Gran parte delle innovazioni apportate alla disciplina dei contratti sottosoglia si è tradotta in misure che, rispondendo ad esigenze acceleratorie, non ha determinato una significativa alterazione dei rapporti fra gli interessi rilevanti.

In tale ambito, andrebbero ricondotti gli interventi che conferiscono la libertà di scelta fra il prezzo più basso e l'offerta economicamente più vantaggiosa (art. 50, comma 4); quelli che contemplano la possibilità di procedere alla stipula del contratto dopo la verifica dei requisiti, che non è quindi subordinata al riscontro di particolari ragioni d'urgenza (art. 50, comma 6); la possibilità di sostituire il certificato di collaudo con il certificato di regolare esecuzione rilasciato dal direttore dei lavori (art. 50, comma 7); la disciplina che consente al Responsabile unico del progetto di assumere le vesti di presidente della commissione di gara (art. 51); le procedure semplificate in materia di verifica sul possesso dei requisiti (art. 52); la disciplina delle garanzie richieste agli operatori (art. 53); il regime dell'esclusione automatica delle offerte anomale dettato dall'art. 54; nonché, la disciplina introdotta dall'art. 55 in base alla quale la stipula del contratto avviene entro 30 giorni (comma 1) e l'inapplicabilità dei c.d. termini dilatori procedurali e processuali invece previsti per tutti i contratti sopra soglia (comma 2).

Ognuna delle suddette misure, limitandosi a razionalizzare o a contenere alcuni formalismi della disciplina, può essere ricondotta ad una logica di pura semplificazione, senza che ambisca alla definizione di un nuovo assetto di interessi⁶.

Più complessa è, invece, la valutazione della disciplina dettata dall'art. 50 che, cristallizzando le misure predisposte durante l'emergenza pandemica, ne ha stabilizzato gli effetti definendo le procedure da seguire in ragione del valore del contratto.

Analogamente a quanto già previsto dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020, infatti, anche l'art. 50 prevede la possibilità di ricorrere ad affidamenti diretti "puri", ossia non preceduti da alcun confronto concorrenziale, per valori decisamente più elevati da quelli originariamente contemplati al d.lgs. n. 50/2016, che si affiancano a procedure negoziate senza bando con un numero assai ridotto di operatori economici da consultare.

La definizione della soglia di rilevanza per l'ammissibilità di affidamenti diretti, come del resto quella per le procedure negoziate senza bando, non è un problema di carattere esclusivamente politico, ma anche giuridico, perché la relativa scelta è una manifestazione del principio di proporzionalità. Infatti, se è evidente che non si può pensare di sottoporre alle medesime procedure selettive contratti per la realizzazione di opere strategiche e contratti di poche migliaia di euro, è altrettanto vero che ogni scelta in proposito si muove sul crinale del delicato rapporto fra esigenze di efficienza e garanzia che, a loro volta, sottendono l'elasticità o la rigidità della procedura.

⁶ Sulle esigenze di semplificazione all'interno della disciplina dei contratti pubblici, *ex multis*, v. F. CINTIOLI, *Per qualche gara in più. Il labirinto degli appalti pubblici e la ripresa economica*, cit., *passim*; L.R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, in G.P. DOLSO (a cura di), *Governare la ripresa. La Pubblica Amministrazione alla prova del Recovery Plan*, Trieste, 2022, 129 ss.; F. VETRÒ, G. LOMBARDO, M. PETRACHI, *L'avvio del nuovo Codice tra concorrenza, legalità e istanze di semplificazione: l'equilibrio instabile dei contratti pubblici*, in *Il diritto dell'economia*, 1, 2023, 31 ss.

Pertanto, stante l'impossibilità di massimizzare contestualmente valori espressivi di logiche così conflittuali, bisogna prendere atto che un sistema improntato alla priorità del risultato e che ambisce a migliorare i livelli di efficienza della procedura presuppone necessariamente la diminuzione di alcuni presidi di legalità⁷.

Tuttavia, nel caso di specie, più che alla semplificazione e all'elasticità delle procedure, l'intervento del Codice sembra ambire ad una vera e propria deregolamentazione della materia, perché, al di sotto delle soglie di spesa individuate dall'art. 50, la scelta dell'operatore cui affidare il contratto è nella totale disponibilità dell'Amministrazione che, peraltro, gode di una libertà d'azione rafforzata anche in forza del principio della fiducia di cui all'art. 2 che, almeno nelle intenzioni del legislatore, dovrebbe costituire il vero volano per garantire l'effettività di un nuovo approccio teso ad arginare ogni fenomeno di burocrazia difensiva⁸.

Evidentemente, la tenuta di queste scelte dipende dall'efficacia degli strumenti di bilanciamento che sono stati predisposti all'interno del Codice, i quali dovrebbero fare da naturale contraltare ad un approccio che, come chiarito nella Relazione di accompagnamento al Codice, mira «a valorizzare lo spirito di iniziativa e la discrezionalità degli amministratori pubblici, introducendo una “rete di protezione” rispetto all'alto rischio che accompagna il loro operato»⁹.

⁷ Sulla gradazione dei modelli istituzionali in rapporto ai parametri della rigidità-garanzia, da un lato, e di elasticità-efficienza, dall'altro, sono quanto mai attuali le indicazioni di G. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, 2010, 210 ss. il quale, analizzando il tema rispetto alle problematiche dell'organizzazione, offre delle chiavi di lettura valide anche in rapporto all'attività amministrativa. Infatti, più nello specifico si rileva che «secondo uno schema razionale l'evoluzione della soluzione organizzativa dovrebbe andare di pari passo con l'evoluzione funzionale; la diversità di modelli dovrebbe quindi corrispondere alla diversità di funzioni, con un connotazione di maggior garanzia per quelle che incidono su situazioni soggettive e di maggior elasticità quando si tratti di servizi imprenditoriali». Sulla contrapposizione fra garanzia e risultato in rapporto ai processi di semplificazione, sempre valide anche le considerazioni di P. LAZZARA, *Procedimento e semplificazione. Il riparto dei compiti istruttori tra principio inquisitorio ed autoreponsabilità privata*, Roma, 2005. Per un'analisi di tali esigenze proiettate nello specifico contesto dei contratti sotto soglia, v. P.L. PORTALURI, *Tutela della concorrenza e flessibilità delle relazioni contrattuali nella procedura negoziata previo bando di gara*, in *Foro amm. TAR*, 2007, 403 ss. nonché F. MANGANARO, R. PARISI, *I contratti pubblici sotto soglia alla luce delle Linee guida n. 4 dell'Anac*, in *Gior. dir. amm.*, n. 5/2018, 589 ss.

⁸ Si è detto che il suddetto principio dovrebbe costituire una sorta di profilassi alla c.d. sindrome di Stoccolma che potrebbe affliggere gli operatori dell'amministrazione, perché gli stessi, per lungo tempo esposti alla logica del sospetto che ha animato le precedenti codificazioni, difficilmente potrebbero conformarsi spontaneamente ad un nuovo modello di amministrazione che, all'opposto, ne valorizza lo spirito d'iniziativa. Questo problema, del resto, si è manifestato proprio con l'introduzione della disciplina emergenziale dettata dai decreti legge n. 76/2020 e 77/2021, rispetto alla quale le amministrazioni si sono mostrate piuttosto restie a procedere ad affidamenti diretti entro i limiti di valore consentiti; di qui quella singolare contrapposizione fra affidamenti diretti “puri” e affidamenti diretti “mediati” da un preventivo confronto concorrenziale, su cui in giurisprudenza, *ex multis*, v. TAR Veneto 19 gennaio 2022, n. 132. Su questi profili, v. G. COCCO, C. GUARDAMAGNA, *Efficienza vs. concorrenza nell'affidamento diretto “puro”*, in *Ec. Pubbl.*, 2022, 1 ss.; S. USAI, *In tema di affidamento diretto “puro”*, in *Appalti&Contratti*, 2021, 11, 11-16. Da un punto di vista più generale, per un inquadramento dei termini del problema generato dai fenomeni di burocrazia difensiva nel settore, v. M. CAFAGNO, *Contratti pubblici, responsabilità amministrativa e burocrazia difensiva*, in *Il diritto dell'economia*, 97(3), 2018, 625 ss.; ID., *Risorse decisionali ed amministrazione difensiva. Il caso delle procedure contrattuali*, in *Dir. amm.*, n. 1/2020, 35; M. CLARICH, *Riforme amministrative e sviluppo economico*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 1/2020, 159; S. BATTINI, F. DE CAROLIS, *L'amministrazione si difende*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, n.1/2019, 293.

⁹ Sul punto, appaiono significativi anche altri passaggi della Relazione, laddove si afferma che ogni «conferimento di potere (specie se di natura discrezionale) presuppone, infatti, la fiducia dell'ordinamento giuridico verso l'organo

3. Contrappesi effimeri e reali alla rinnovata valorizzazione della discrezionalità dell'amministrazione: dagli oneri di trasparenza al principio di rotazione

Nel rinnovato quadro di esaltazione della discrezionalità dell'amministrazione, l'approccio seguito dal Codice non brilla certo per originalità, giacché gli strumenti che dovrebbero prevenirne un uso distorto, sostanzialmente, sono quelli tradizionali. In altri termini, il legislatore non ha elaborato alcuna soluzione specifica che potesse controbilanciare questa rinnovata valorizzazione del ruolo dell'amministrazione che continua ad affidarsi prevalentemente agli obblighi di trasparenza contemplati dal Codice.

Il primo di essi è formalizzato, in termini generali, nell'art. 17, comma 2, il quale impone che gli affidamenti diretti, la decisione di contrarre «individua l'oggetto, l'importo e il contraente, unitamente alle ragioni della sua scelta, ai requisiti di carattere generale e, se necessari, a quelli inerenti alla capacità economico-finanziaria e tecnico-professionale». Il secondo, invece, funzionalmente collegato al primo, è contenuto nell'art. 50, comma 9, il quale disciplina gli obblighi di pubblicazione relativi agli affidamenti diretti e alle procedure negoziate.

Al di là di tali oneri, che possono ovviare solo parzialmente al rischio di eventuali abusi, ora come allora, l'unico strumento che sembra idoneo ad imporre un canone comportamentale concreto è rappresentato dal principio di rotazione formalizzato nell'art. 49 che, lungi dall'atteggiarsi come un vero e proprio principio, è stato tradotto in regole che ne delimitano rigorosamente l'ambito applicativo¹⁰.

Rispetto alla disciplina dettata dall'art. 36 del Codice del d.lgs. n. 50/2016, che si limitava ad invocare l'operatività del principio per assicurare «l'effettiva possibilità di partecipazione delle

destinatario dell'attribuzione: esplicitare a livello normativo questo presupposto culturale e giuridico promuove il senso di appartenenza della Amministrazione allo Stato-comunità, scongiura l'inerzia, valorizza la capacità e orienta verso il rispetto della legalità sostanziale». Sulla valenza simbolica e culturale del principio della fiducia, v. M. RAMAJOLI, *I principi generali*, in C. CONTESSA - P. DEL VECCHIO (a cura di), *Codice dei contratti pubblici*, Napoli, 2023, 48. Più critico l'approccio di M.A. SANDULLI, *Riflessioni sullo Schema del nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *L'Amministrativista*, 2023, la quale rileva che «si "premia" il funzionario che raggiunge il risultato attenuando il peso di eventuali errori potenzialmente forieri di responsabilità del funzionario pubblico», ma secondo l'Autrice non convince che il risultato da premiare «possa essere quello dell'affidamento a qualsiasi costo». Sul punto, v. anche R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La fiducia nell'amministrazione e dell'amministrazione: riflessioni intorno all'articolo 2 del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.federalismi.it; C. PAGLIARIN, *Brevi osservazioni sul principio della fiducia nel Codice dei contratti*, in F. MANGANARO, N. PAOLANTONIO, F. TIGANO (a cura di), *La riforma dei contratti pubblici (d.lgs. 36/2023)*, Documento Gruppo di lavoro AIPDA, Messina, 2024, 11 ss.

¹⁰ Per un inquadramento generale della tematica, per tutti, v. M.S. GIANNINI, *Genesi e sostanza dei principi generali del diritto*, in *Scritti in onore di Alberto Predieri*, II, Milano, 1996, 901 ss., nonché L. FERRAJOLI, *Costituzionalismo principialista e costituzionalismo garantista*, *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, 3, 2771 ss. Sugli effetti generati dal processo di codificazione dei principi v. L.R. PERFETTI, *Sul nuovo codice dei contratti pubblici. In principio*, in *Urb. app.*, 1/23, 5 ss., nonché F. SAITTA, *I principi generali del nuovo codice dei contratti pubblici*, in www.giustiziasieme.it; A.M. CHIARIELLO, *Una nuova cornice di principi per i contratti pubblici*, in *Dir. econ.*, 2023, 144. Sulla contrapposizione fra principi e regole nella disciplina introdotta dal Codice del 2023, v. G. ROVELLI, *Introduzione al nuovo codice dei contratti pubblici. I principi nel nuovo codice degli appalti pubblici e la loro funzione regolatoria*, in www.giustizia-amministrativa.it.

microimprese, piccole e medie imprese»¹¹, la disciplina dettata dal Codice del 2023 rileva in funzione della possibilità di escludere l'applicazione del principio in base a scelte motivate «con riferimento alla struttura del mercato e alla effettiva assenza di alternative, nonché di accurata esecuzione del precedente contratto». Soluzione, questa, che, recependo gli orientamenti della giurisprudenza, si traduce nella formalizzazione di una deroga espressa che non può fondarsi sul solo grado di soddisfazione ottenuto per le prestazioni rese dall'operatore uscente, ma presuppone necessariamente un'analisi sul contesto di mercato¹².

Tuttavia, la principale novità dettata dall'art. 49 è rappresentata dal fatto che il principio di rotazione è ora destinato ad operare solo rispetto all'operatore uscente – e, quindi, non anche rispetto agli operatori invitati alla partecipazione – e ha un'efficacia limitata, oltre che a prestazioni omogenee, a singole fasce di valore, la cui definizione è rimessa alla totale discrezionalità dell'Amministrazione, prestandosi, pertanto, a facilissime elusioni.

Per i fini che qui interessano, si può quindi constatare che il principio di rotazione, per come declinato dalla disciplina esce fortemente depotenziato nella struttura del nuovo Codice. Benché non si tratti di un principio di derivazione europea, lo stesso, evitando il consolidamento dei rapporti con singoli operatori economici, era comunque preordinato a garantire la concorrenza (e l'imparzialità) in ambiti formalmente sottratti all'ambito di applicazione delle direttive europee.

Almeno per ragioni di coerenza, sorprende che il medesimo approccio non sia stato adottato negli altri ambiti in cui la logica del risultato, o comunque gli interessi sottesi alla prestazione, è stata più visibilmente compromessa dall'interesse alla promozione della concorrenza.

Il riferimento è chiaramente agli affidamenti in house, ove è la stessa Relazione illustrativa a riconoscere che «la parità tra ricorso al mercato e auto-produzione è solo tendenziale in quanto la scelta per l'affidamento in house deve essere sempre motivata (a differenza di quanto accade per il ricorso al mercato, che non richiede specifica motivazione)». Ma discorso analogo potrebbe essere replicato sia per la disciplina dei contratti fra amministrazioni pubbliche, che continua a rispondere a canoni assai restrittivi, sia per l'affidamento dei servizi pubblici. Rispetto a quest'ultimi, infatti, è espressamente salvaguardata l'efficacia della disciplina introdotta dal d.l. 201/2022 che, congiuntamente a quella dettata dal T.U. in materie di società

¹¹ Per una ricostruzione sul principio di rotazione nell'assetto precedente la riforma, *ex multis*, v. R. GIANI, *Il principio di rotazione nell'aggiudicazione degli appalti pubblici*, in G.M. CARUSO, D. D'ALESSANDRO, D. PAPPANO (a cura di), *Contratti delle pubbliche amministrazioni. Questioni attuali*, Torino, 2019, nonché i contributi di P. DEL VECCHIO, *Le novità in tema di sottosoglia*, in M.A. SANDULLI M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici*, Milano, 2017, 119-135; L. BERTONAZZI, *Indagini di mercato e principio di rotazione*, in E. BRUTI LIBERATI-M. DE FOCATIIS -A. TRAVI (a cura di), *Aspetti della transizione nel settore dell'energia: gli appalti nei settori speciali, il market desing e gli assetti di governance*, Milano-Padova, 2018, 168; A. MASSERA, *Le procedure sottosoglia*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2019, 730 ss.; S. DEIANA, *Il principio di rotazione e la tutela del gestore uscente*, in *Urb. e app.*, 2018, 5, 678. L. PRESUTTI, *Decorezza del termine di impugnazione e principio di rotazione nella gare per l'affidamento dei contratti pubblici*, in *Urb. e app.*, 2019, 1, 83 ss.; M. AMITRANO ZINGALE, *Il principio di rotazione in materia di contratti pubblici*, *ivi*, 98.

¹² Si tratta di una soluzione già prevista al punto 3.7 delle Linee guida n. 4 dell'ANAC. Sicché, non stupisce se nella Relazione al Codice si chiarisce che «analogamente a quanto previsto dal citato punto 3.7, è da ritenere che, ai fini della deroga al principio di rotazione, i requisiti previsti dal comma 4 dell'art. 49 debbano essere concorrenti e non alternativi tra loro».

a partecipazione pubblica (d.Lgs. n. 175/2016), circoscrive ulteriormente la possibilità di ricorrere a queste soluzioni¹³.

Sicché, sembra che questa logica sussista a fasi alterne, perché l'unico risultato utile è quello mediato dall'intervento del privato, giacché quando si tratta di disporre affidamenti all'interno della sfera pubblica continua a prevalere la logica del mercato, promossa in misura chiaramente sovrabbondante rispetto alle stesse esigenze manifestate dalle istituzioni europee.

4. Sui vincoli nazionali all'applicazione elettiva della disciplina dettata per gli affidamenti sopra soglia

Spostando l'analisi verso gli aspetti contenutistici di carattere più sistematico, la disciplina sembra sottendere un interrogativo implicito volto a chiarire se il ricorso alle procedure definite dall'art. 50 costituisca un obbligo o una semplice facoltà. Detto in altri termini, si tratta di appurare se al cospetto della valutazione effettuata dal legislatore le stazioni appaltanti possano decidere di avvalersi delle procedure dettate per gli affidamenti sopra soglia.

La questione non si risolve in un problema di tempistiche, come sarebbe logico pensare. Infatti, per quanto le esigenze di «massima tempestività» siano rappresentate come una componente ineludibile del principio del risultato, il Codice declina le relative scadenze in funzione della tipologia di procedura seguita, anziché in rapporto al valore dell'affidamento. Sicché, le esigenze di celerità sono del tutto indifferenti al fatto che si tratti di affidamento sopra o sotto soglia, perché è la scelta della procedura che condiziona i termini di durata massima del procedimento, e non viceversa: affidamenti di egual valore disposti all'esito di procedure di egual durata potrebbero essere tardivi o tempestivi, a seconda della scelta di una procedura aperta o di una procedura negoziata senza pubblicazione del bando affidata secondo il criterio del prezzo più basso¹⁴.

Pertanto, per fornire una risposta al quesito bisognerà rintracciare altrove vincoli dotati di una qualche portata condizionante.

Nel precedente assetto di valori dominato dalla logica pro-concorrenziale e da quella del sospetto che ha caratterizzato l'approccio ai fenomeni corruttivi, era sempre consentito all'Amministrazione autovincolarsi con procedure più rigorose di quelle richieste. Anzi, almeno rispetto ad alcune categorie di contratti, questo era proprio l'obiettivo dichiarato dal legislatore, che pretendeva di definire una disciplina uniforme per gli appalti sopra e sotto soglia¹⁵.

¹³ Per una più approfondita analisi sulle limitazioni connesse agli affidamenti *in house* e più in generale all'utilizzo dello strumento societario per l'erogazione di servizi pubblici, sia consentito rinviare a G.M. CARUSO, *il socio pubblico*, Napoli, 2016, 401 ss.

¹⁴ Si rinvia, sul punto, all'allegato I.3 che, secondo quanto previsto dall'art. 17, comma 3, del Codice, ha stabilito termini differenziati sia in rapporto al criterio di aggiudicazione che al tipo di procedura, prescindendo dai relativi valori di riferimento.

¹⁵ Così, F. MANGANARO, *I contratti sotto soglia comunitaria*, in F. SAIITA, *Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi, forniture*, 2008, il quale, rispetto al primo processo di codificazione rilevava che «l'intento del Codice è quello di proseguire nella direzione, già tracciata dalla l. n. 109/1994 e dal relativo regolamento di attuazione, di stabilire una disciplina uniforme per gli appalti sopra e sotto soglia, limitandosi a perseguire, per questi ultimi, «una maggiore semplificazione, flessibilità degli strumenti giuridici, e riduzione dei tempi», così come richiesto dalla legge delega».

Per tali ragioni, in base ad una chiave di lettura radicata presso tutte le istituzioni nazionali, le circolari interpretative che si erano occupate della materia, sulla scorta delle indicazioni fornite dalla giurisprudenza europea, concludevano per la necessaria osservanza della disciplina europea anche per gli affidamenti sotto soglia¹⁶. Secondo la Corte di giustizia, infatti, anche rispetto ai contratti sottratti all'ambito di applicazione delle direttive europee, le stazioni appaltanti sono comunque tenute a rispettare il principio di non discriminazione in base alla nazionalità e all'osservanza dei conseguenti obblighi di trasparenza¹⁷.

Di qui, l'emersione di «un orientamento normativo e giurisprudenziale volto a sospendere i contratti sotto soglia nell'area dell'evidenza pubblica»¹⁸ che è si è progressivamente consolidato nel corso degli anni per essere abbandonato solo grazie alle misure straordinarie – o forse sperimentali – adottate per fronteggiare l'emergenza pandemica¹⁹.

¹⁶ Cfr. la Circolare 6 giugno 2002, n. 8756, della Presidenza del Consiglio dei Ministri - Dipartimento per le politiche comunitarie, nonché la Circolare 29 aprile 2004 della Presidenza del Consiglio dei Ministri e la giurisprudenza ivi richiamata.

¹⁷ In tal senso si era già chiaramente espressa la Corte di Giustizia, sentenza 7 dicembre 2000, C-324/98, *Teleaustria c. Post & Telekom Austria*, punto 60, ove si era affermato il necessario rispetto del principio di trasparenza anche per contratti sottratti dall'ambito di applicazione delle direttive europee. Si afferma, infatti, nella citata sentenza che «nonostante il fatto che siffatti contratti, allo stadio attuale del diritto comunitario, siano esclusi dalla sfera di applicazione della direttiva 93/38, gli enti aggiudicatori che li stipulano sono cionondimeno tenuti a rispettare i principi fondamentali del Trattato, in generale, e il principio di non discriminazione in base alla nazionalità, in particolare, dato che tale principio implica, segnatamente, un obbligo di trasparenza al fine di consentire all'amministrazione aggiudicatrice di accertare che il detto principio sia rispettato».

¹⁸ Così, ancora F. MANGANARO, *op. loc. ult. cit.*, il quale, secondo l'orientamento allora vigente, rileva che «in questo solco interpretativo si inserisce la giurisprudenza del Consiglio di Stato, che ammette la competenza normativa comunitaria anche in ordine ai contratti sottosoglia, con la conseguente giurisdizione amministrativa in caso di conflitto», su cui v. Consiglio di Stato, sezione IV, 15 febbraio 2002, n. 934. Per una (fondata) critica ai suddetti approcci, v. L.R. PERFETTI, *La semplificazione amministrativa in materia di appalti pubblici*, cit., 152 secondo il quale «la struttura della gara contrattuale pubblica dovrebbe essere adatta alla prestazione oggetto del contratto e non sempre identica ed estremamente proceduralizzata. La tecnica normativa con la quale s'è imposto sempre lo stesso modello di gara, con costi e tempi del tutto inappropriati in alcuni casi, è stata quella di comprimere le soglie al di sotto delle quali codeste procedure potevano non essere realizzate – e ciò a livelli enormemente più bassi rispetto a quanto non fosse previsto dalle normative europee che il Codice dei contratti ha recepito. In altri termini, mentre le soglie di rilevanza europee per come fissate dalle direttive sono sensibilmente più elevate, in modo da assicurare flessibilità e speditezza agli acquisti di valore più ridotto, quelle previste dal Codice dei contratti sono di importo così basso da risultare sempre inutile – ovvero, del che v'è ampia prova nella prassi, da indurre le stazioni appaltanti a spezzettare l'appalto in più commesse sotto soglia per riuscire ad acquistare le prestazioni di cui abbisognavano in tempi ragionevoli ed adeguati al bisogno».

¹⁹ La Relazione al Codice chiarisce espressamente che la disciplina dedicata agli affidamenti sotto soglia è frutto della disciplina sperimentale introdotta con il decreto-legge n. 76 del 2020, poi modificato dal decreto-legge n. 77 del 2021. Si afferma, infatti, nella Relazione che «in considerazione del riscontrato buon esito conseguito dalla suddetta disciplina, si è infatti prevista l'estensione a regime di gran parte delle previsioni che i decreti legge richiamati dettavano con esclusivo riferimento alla fase emergenziale (limitatamente cioè all'ipotesi in cui la “determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 30 giugno 2023”, secondo la previsione dell'art. 1, comma 1, decreto-legge n. 76 del 2020)». Per un approfondimento, in proposito v. C. CONTESSA, *Il sistema italiano del Codice dei contratti al tempo del PNRR. Quali scenari futuri?*, in www.giustizia-amministrativa.it, nonché M. MAGRI, *Il “collasso” del sistema degli appalti*, in *Istituzioni del Federalismo*, Numero speciale, *I sistemi multilivello alla prova dell'emergenza*, 2020, 77 ss.

Benché non siano mancati indirizzi interpretativi che, sotto la vigenza della disciplina emergenziale, hanno ritenuto la possibilità di applicare la disciplina ordinaria²⁰, un approccio coerente con i principi ispiratori del Codice dovrebbe condurre alla soluzione diametralmente opposta.

Nell'assetto definito dal Codice, infatti, ogni scostamento dalle procedure definite dall'art 50 finirebbe per interferire con la valutazione di proporzionalità effettuata dal legislatore nazionale che, in ambiti sottratti all'applicazione delle direttive europee, ha cristallizzato un determinato assetto di interessi, il cui equilibrio non dovrebbe essere alterato per effetto di una libera scelta della stazione appaltante²¹.

Questa soluzione trova conforto anche su un piano strettamente letterale, perché l'art. 50, nel declinare le diverse tipologie di affidamento per fasce di valore, non sembra lasciare alcun margine di apprezzamento alla stazione appaltante, in quanto afferma perentoriamente che «le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti (...) secondo le seguenti modalità».

In altri termini, la formula utilizzata, riproducendo la struttura tipica delle norme imperative, non contempla alcuna alternativa sulle procedure da seguire. Ed è un dato certamente significativo se si tiene presente che, laddove il legislatore ha voluto concedere la facoltà di avvalersi delle procedure stabilite per gli affidamenti sopra soglia, lo ha fatto espressamente.

In tal senso, non rileva la sola disciplina dettata dall'art. 36, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, che lasciava espressamente «salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie», ma anche quanto previsto dalla lett. d), dell'art. 50 dell'attuale Codice che, per i lavori di importo pari o superiore al milione di euro, ha espressamente fatto «salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro»²².

²⁰ In giurisprudenza, cfr., *ex multis*, Tar Sicilia, Palermo, Sezione III, con la sentenza 14.5.2021, n. 1536.

²¹ Anche le proposte emendative dell'ANAC, del resto, sembravano lasciar intendere che la facoltà di scelta per le procedure aperte non fosse del tutto libera, ma comunque condizionata da particolari presupposti connessi alle caratteristiche del mercato di riferimento. Sul punto, v. ANAC, *Relazione annuale al Parlamento dell'8 giugno 2023*, 11, ove si dà atto che «si è evidenziata, altresì, la necessità di consentire in ogni caso alle stazioni appaltanti, nell'esercizio della propria discrezionalità e in applicazione del principio di auto-organizzazione amministrativa, di ricorrere alle procedure ordinarie anche sotto soglia, in luogo delle procedure negoziate, qualora le caratteristiche del mercato di riferimento inducano a ritenere preferibile un ampio confronto concorrenziale».

²² Peraltro, nella prima versione del Codice, conformemente ad una più chiara presa di posizione, tale facoltà non era neanche esercitabile liberamente, in quanto doveva essere comunque assistita da adeguata motivazione. Significativi, sul punto, alcuni passaggi della Relazione al Codice, laddove si afferma quanto segue: «la disciplina del sottosoglia di cui al decreto-legge n. 76 del 2020 (art. 1, comma 2) non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie, ciò al fine di imporre l'utilizzo delle procedure semplificate, da cui talvolta le stazioni appaltanti tendono a sfuggire, temendo i maggiori margini di discrezionalità da esse offerti. Al contrario, l'art. 36, comma 2 del decreto legislativo n. 50 del 2016, prevedeva l'utilizzo delle procedure ordinarie come facoltà sempre percorribile dalla stazione appaltante (*«salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie»*). Nel comma 1, lett. d), in esame si è percorsa una via mediana, costituita dalla possibilità per le stazioni appaltanti, per gli appalti di lavori sottosoglia di importo più significativo, di impiegare le procedure ordinarie, ma *«previa adeguata motivazione»*. Si tratta cioè non di libera opzione, ma della possibilità di accedere alle più complesse procedure ordinarie in esito a una specifica motivazione delle ragioni tecniche che, nel singolo caso, rendono preferibile - effettuato il dovuto bilanciamento degli interessi pubblici in gioco - l'utilizzo del più garantistico, ma più complesso, procedimento ordinario di gara».

Né dirimente sembra la disciplina dall'art. 49, comma 5, che prevede l'inapplicabilità del principio di rotazione «quando l'indagine di mercato sia stata effettuata senza porre limiti al numero di operatori economici in possesso dei requisiti richiesti da invitare alla successiva procedura negoziata». Tale norma presuppone implicitamente che alla procedura negoziata possa essere invitato un numero di operatori economici eccedente i limiti stabiliti dall'art. 50 che, quindi, sarebbero derogabili. Tuttavia, è facile constatare che una cosa è consentire l'invito di un numero maggiore di operatori economici – e per l'effetto non imporre il rispetto del principio di rotazione negli affidamenti – e altro è consentire l'applicazione *tout court* delle procedure previste per gli affidamenti sopra soglia.

Peraltro, anche sotto un profilo pratico, è chiaro che la soluzione opposta esporrebbe l'amministrazione ad una serie di inconvenienti di non poco rilievo, perché il ricorso alle procedure ordinarie – ove ritenuto ammissibile – deriverebbe pur sempre da una scelta dell'amministrazione precedente e, pertanto, andrebbe letto alla stregua di un autovincolo, con tutte le conseguenze che ne derivano. Infatti, l'art. 2 del Codice, nell'introdurre il principio della fiducia, ha sì concesso ampi margini all'iniziativa e all'autonomia decisionale dei funzionari, ma ha altresì stabilito che costituisce colpa grave la violazione degli autovincoli. Sicché, all'opposto di quanto avveniva secondo il precedente assetto normativo, il ricorso procedure più gravose, più che tranquillizzare il funzionario, altrimenti libero di scegliere in autonomia il destinatario dell'affidamento, dovrebbe allertarlo sul potenziale incremento di responsabilità che potrebbe derivarne.

5. Sull'effettiva estensione dei vincoli derivanti dal diritto europeo in materia di affidamenti sotto soglia. Critica all'approccio interpretativo che legittimerebbe l'applicazione della disciplina riservata agli affidamenti sopra soglia

Benché il testo del Codice non sembri lasciare spazio a diverse interpretazioni, il Ministero delle infrastrutture e dei trasporti con la Circolare del 20 novembre 2023, n. 298, recante «Chiarimenti interpretativi in merito alla possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie» ha suggerito delle soluzioni opposte. Nella suddetta Circolare, infatti, dopo aver ricordato che le disposizioni per gli affidamenti sotto soglia costituiscono applicazione del principio del risultato, si afferma che «viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie». Tale conclusione sembrerebbe derivare dal fatto che l'art. 48, comma 1, del Codice, «richiama accanto al principio del risultato tutti i principi contenuti nel titolo I della Parte I del Primo Libro del Codice, tra cui rilevano, in particolare, il principio di accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di concorrenza, di imparzialità, di non discriminazione, di pubblicità e trasparenza, di proporzionalità e il principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici».

Secondo quanto affermato nella suddetta circolare, «tale richiamo conferma che le procedure del sotto-soglia saranno interpretate ed applicate tenendo conto, al contempo, del principio del risultato, degli ulteriori principi del Titolo I, Parte I, Primo Libro del Codice e dei principi generali dell'ordinamento attraverso le prassi delle Amministrazioni pubbliche e la giurisprudenza».

Ponendosi in sostanziale continuità con le indicazioni interpretative che avevano caratterizzato le precedenti codificazioni, quest'impostazione minimizza la portata innovativa del nuovo Codice e, assumendo che sia sempre ammissibile il ricorso alle procedure previste per i contratti sopra soglia, sembra risolversi in una valutazione di inadeguatezza della disciplina sotto soglia.

Infatti, ora come allora, l'applicabilità indiscriminata di tali procedure viene fatta discendere dall'esigenza di rispettare i principi stabiliti dai Trattati, dalla cui osservanza non sono sottratti gli affidamenti sotto soglia. Tuttavia, è chiaro che una cosa è applicare pedissequamente tutta la disciplina prevista per gli affidamenti sopra la soglia europea a tutte le procedure, prescindendo dal relativo valore, e altro è il dovere di uniformarsi al diritto europeo.

Infatti, se l'applicazione della suddetta disciplina deriva dall'esigenza di conformarsi ai Trattati, è chiaro che la stessa non può dipendere dalle episodiche scelte delle amministrazioni che decidono di autovincolarsi al rispetto di procedure più gravose che contemplano oneri aggiuntivi rispetto a quelli vigenti. Infatti, il rispetto del diritto europeo è comunque imposto indistintamente per gli affidamenti sopra soglia e sotto soglia, ma quest'ultimi sono sottoposti ad oneri differenziati proprio in ragione del differente impatto che possono avere rispetto agli interessi europei.

Detto in altro modo, affermare che l'applicabilità delle procedure sopra soglia agli affidamenti sotto soglia sia funzionale a garantire il rispetto dei Trattati, equivale a dire che le altre procedure non sarebbero in grado di raggiungere i medesimi scopi e che, quindi, non siano rispettose del diritto europeo.

E' quindi evidente che questi approcci si fondino su un sillogismo indimostrato, perché assumono aprioristicamente che il modello definito per gli affidamenti sopra soglia sia l'unico valido, ossia l'unica sintesi possibile fra i diversi valori in gioco che, al contempo, sia pienamente rispettosa del diritto europeo.

Soluzioni del genere, evidentemente, non sono lesive delle sole prerogative nazionali, ma mettono in discussione anche la valutazione di proporzionalità operata in sede sovranazionale.

La meccanica trasposizione della disciplina dettata per gli affidamenti sopra soglia a quelli sotto soglia, infatti, non potrebbe mai collegarsi ad esigenze proprie dell'ordinamento europeo, perché le relative istituzioni, nel determinare i valori di soglia, si sono già espresse individuando le tipologie di contratti su cui intervenire. Sicché, l'estensione dell'ambito di applicazione della suddetta disciplina a fattispecie escluse dalle istituzioni europee potrebbe derivare solo da una diversa ed autonoma valutazione politica, perché per il raggiungimento degli obiettivi europei è sufficiente garantirne un'applicazione circoscritta ai contratti eccedenti i valori di soglia.

Ciò non esclude che tale valutazione sia comunque possibile, ma se ciò avviene non è certo per le pressioni esercitate dal diritto europeo, in quanto si tratta di una scelta rimessa al legislatore nazionale che, per esigenze tutte interne, non di rado ha ritenuto congruo uniformare la disciplina sugli affidamenti sotto soglia a quelli sopra soglia.

Proprio perché si tratta di scelte non coperte da determinazioni delle istituzioni europee, laddove il legislatore nazionale si sia avvalso della facoltà dettare una disciplina differenziata e più elastica, in linea di principio non dovrebbe porsi alcun problema di compatibilità con la disciplina eurounitaria. Infatti, i Trattati e i conseguenti principi che ne derivano devono essere

comunque rispettati perché immediatamente cogenti e non certo per effetto delle determinazioni del legislatore nazionale, né tantomeno per quelle delle singole stazioni appaltanti²³.

6. Carattere generale o speciale della disciplina riservata ai contratti sotto soglia. Le soglie e la dimensione del mercato unico fra valutazioni di proporzionalità, limiti competenziali e criteri funzionali

Le diverse opzioni interpretative che possono essere avanzate sul rapporto fra disciplina sopra soglia e sotto soglia, rimandano implicitamente ad una serie di interrogativi di più ampio respiro. Più nel dettaglio, si tratta di chiarire preliminarmente quale delle due discipline abbia carattere generale o speciale, quale sia il significato da attribuire alle soglie e se i confini della disciplina applicabile siano segnati da chiari limiti competenziali o all'opposto rispondano ad altri parametri classificatori.

Alla luce del rinnovato interesse per il contrasto ai fenomeni di burocrazia difensiva, emblematicamente valorizzato dai principi del risultato e della fiducia, è naturale dedurre che le procedure sotto soglia costituiscano la regola mentre l'eccezione sia rappresentata dalle procedure sopra soglia che, coinvolgendo un livello sovranazionale, sono naturalmente esposte a contaminazioni di interessi che non fanno capo né dell'ordinamento nazionale né, tantomeno, alla sola stazione appaltante.

Per quanto logicamente coerenti, queste conclusioni contrastano con il dato normativo che, almeno sotto il profilo nominalistico, continua a considerare come disciplina di carattere generale quella per gli affidamenti sopra la soglia di rilevanza europea.

L'art. 48 del Codice non lascia alcun margine a differenti soluzioni interpretative, perché al secondo comma afferma espressamente che, nel caso in cui sussista un interesse transfrontaliero certo²⁴, la stazione appaltante è tenuta a seguire «le procedure *ordinarie* di cui alle Parti seguenti» del Libro II. Questa soluzione, del resto, è confermata in termini ancor più espliciti dal quarto

²³ Per tali ragioni, non convince la soluzione sposata dall'ANAC nel parere della Funzione consultiva del 13 marzo 2024, n. 13. Più nel dettaglio, in tale atto, pur richiamando la soluzione interpretativa permissiva suggerita dalla stessa Autorità in rapporto alla disciplina del d.l. 76/2020 (v. documento del 4.08.2020 recante "Esame e commento degli articoli del decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76), si è preso atto della permanenza di significativi dubbi interpretativi in proposito che la stessa Autorità aveva provato, a più riprese, a colmare nell'ambito delle proposte emendative infruttuosamente presentate al testo del nuovo Codice. Sicché, sorprende constatare che, a fronte del quadro normativo del tutto immutato, l'ANAC abbia finito per attribuire valore dirimente alla citata Circolare del Ministero delle Infrastrutture e dei trasporti n. 298 del 20 novembre 2023, di cui ripropone acriticamente le conclusioni, con tutti i limiti che ne derivano.

²⁴ Il rilievo accordato all'«interesse transfrontaliero certo» è strettamente connesso alla lettera della Commissione europea del 6 aprile 2022, con cui l'ordinamento italiano è stato messo in mora in ragione della disciplina introdotta dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021. Più nel dettaglio, al punto 2.3. si è ritenuto che la suddetta disciplina fosse in contrasto con i principi europei di trasparenza, parità di trattamento e non discriminazione, laddove, consentendo il ricorso all'affidamento diretto a procedure negoziate senza bando, non obbliga la stazione appaltante a valutare se l'appalto presenti un interesse transfrontaliero certo. Sulla necessità di valutare la sussistenza o meno di tale interesse ai fini del rispetto dei richiamati principi, in giurisprudenza, *ex multis*, v. Corte di Giustizia UE, sez. X, 14 febbraio 2019, C-710/17, *Consorzio Cooperative Costruzioni soc. coop.*, nonché Corte di Giustizia UE, sez. VI, ordinanza 23 novembre 2017, C-486/17, *Olympus Italia s.r.l.*

comma del medesimo art. 48 il quale afferma che «ai contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea si applicano, se non *derogate* dalla presente Parte, le disposizioni del codice».

Quindi nell'accezione del legislatore continua a prevalere l'intenzione di considerare il modello ordinario quello declinato per i contratti sopra la soglia di rilevanza europea, mentre la disciplina riservata agli affidamenti sottosoglia sarebbe apprezzabile quale disciplina speciale e dal carattere derogatorio rispetto ad altra disciplina che, si assume, abbia carattere generale.

La portata innovativa del nuovo assetto di valori di cui, in astratto, voleva ritenersi espressivo il Codice del 2023 ne esce evidentemente ridimensionata, come del resto attesta anche lo stesso art. 1, il quale, affermando che il principio del risultato è perseguito anche per il raggiungimento degli «obiettivi dell'Unione europea», non pone alcuna distinzione di sorta fra contratti sopra e sotto soglia.

I termini della questione sembrano, quindi, dipendere proprio dai delicati rapporti fra Stato e Unione europea²⁵.

Sarebbe stato legittimo attendersi che, almeno per i contratti di valore inferiore alla soglia europea, l'enfasi riposta sul principio del risultato servisse per immunizzare la disciplina da tutta una serie di interessi "altri" che avevano impropriamente contaminato la disciplina²⁶. Infatti, benché il più delle volte tali interessi siano convergenti, possono svilupparsi delle significative dinamiche conflittuali fra l'interesse proprio dell'ordinamento europeo e quello strettamente nazionale²⁷.

Nel caso di specie, trattandosi di commesse che, per effetto di una valutazione delle stesse istituzioni europee, non dovrebbero avere impatto sul mercato europeo, il legislatore nazionale potrebbe legittimamente recuperare i propri margini d'azione per piegare la disciplina alle sole esigenze dell'amministrazione precedente.

In questa logica, l'affermazione del principio del risultato servirebbe proprio per ribadire che il contratto è uno strumento e non un fine, tant'è che il risultato effettivamente rilevante non è quello all'affidamento del contratto, ma la realizzazione dell'interesse pubblico che con la prestazione si vuole garantire²⁸. Infatti, il più delle volte, anche l'esecuzione della prestazione

²⁵ Su questi profili, v. P. DE LISE, *Italia versus Europa*, in *Riv. Trim. app.*, 2019, n. 1, 33 ss.

²⁶ Per una ricostruzione sull'ascesa dell'interesse alla concorrenza come fattore condizionante la disciplina della contrattualistica pubblica, v. M. D'ALBERTI, *Interesse pubblico e concorrenza nel codice dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2008, 297, nonché A. MASSERA, *Lo Stato che contratta e che si accorda. Vicende della negoziazione con le PP. AA. tra concorrenza per il mercato e collaborazione con il potere*, Pisa, 2011, 11 ss. Per la valorizzazione degli aspetti connessi alla corruzione, v. già G. M. RACCA, C. R. YUKNIS (eds.), *Integrity and Efficiency in Sustainable Public Contracts. Balancing Corruption Concerns in Public Procurement Internationally*, Bruxelles, Bruylant, 2014.

²⁷ Sulle dinamiche conflittuali fra interesse europeo alla promozione della concorrenza e interesse nazionale al contenimento della spesa pubblica, sia consentito rinviare a G.M. CARUSO, *La collaborazione contrattuale fra pubbliche amministrazioni. Unità e frammentazione della sfera pubblica fra logica del mercato e obiettivi di contenimento della spesa*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, n.3-4/2015, 775 ss.

²⁸ In tal senso, la valorizzazione del risultato dovrebbe proiettarsi essenzialmente sulla fase esecutiva del contratto che, almeno nelle tradizionali impostazioni dogmatiche sulla concezione bifasica dei contratti pubblici, è stata marginalizzata sul presupposto indimostrato che si trattasse di una fase dominata esclusivamente dal diritto privato. Per una critica a tale tendenza anche attraverso l'affermazione di modelli di controllo diffuso sull'esecuzione dei contratti pubblici funzionali alle stesse esigenze pubblicistiche, v. F. FRACCHIA, W. GIULIETTI, *Aspetti problematici dell'esecuzione nei contratti nel prisma della nuova giurisprudenza sull'accesso civico*, in *Il diritto dell'economia*, n. 102 (2 2020), 203 ss. Sul rilievo della gestione della fase esecutiva del contratto, anche in rapporto alle esigenze di tutela della

dedotta nel contratto non è l'obiettivo finale dell'amministrazione, perché, assumendo anch'essa una funzione strumentale, solo eccezionalmente consente una realizzazione immediata dell'interesse pubblico.

Portando fino in fondo la logica del risultato, sarebbe stato quindi possibile affermare che la disciplina predisposta per gli affidamenti sotto soglia costituisca l'archetipo generale, mentre gli affidamenti sopra soglia l'eccezione, non solo perché costituiscono la parte meno significativa sotto il profilo sia quantitativo che economico delle procedure, ma proprio per questioni di ordine sistematico.

Infatti, per effetto di una specifica valutazione delle stesse istituzioni europee, solo rispetto ad una parte circoscritta di contratti è stato necessario intervenire con una specifica misura d'armonizzazione legislativa che, trovando il proprio fondamento nell'art. 114 del TFUE, è volta a garantire le esigenze di funzionamento del mercato interno e, quindi, interessi che esulando dall'ambito di competenza delle istituzioni nazionali.

Ovviamente, non si può ritenere che le soglie, per come definite dalla disciplina derivata, siano volte a marcare rigidamente gli ambiti di intervento rimessi ai rispettivi livelli territoriali alla stregua di una qualsivoglia competenza di valore. Infatti, la soglia opera come parametro presuntivo, perché, coerentemente alla logica che anima l'agire europeo, la competenza è radicata in base ad un più sfuggente criterio funzionale.

Ve ne è una chiara riprova nel rilievo accordato alla presenza di un interesse transfrontaliero che, anche in presenza di affidamenti sotto soglia, è comunque idoneo a radicare specifiche competenze europee con il conseguente obbligo di applicare la disciplina europea.

Ma al di fuori di questi ambiti, il fatto che le istituzioni europee, pur essendo formalmente legittimate ad attrarre nell'orbita delle direttive europee tutta la contrattualistica pubblica, abbiano preferito fissare delle soglie di rilevanza in funzione del valore dell'affidamento non è una circostanza priva di rilievo²⁹.

Sicché, deve ritenersi che gli stati membri dispongano di un potere normativo che, potendo essere esercitato al di fuori di specifiche misure d'armonizzazione, trova quali unici limiti il doveroso rispetto dei Trattati e dei principi ad essi immanenti e che, evidentemente, in questo caso non è stato esercitato coerentemente.

7. Ambiguità e implicazioni della logica del risultato negli affidamenti sotto soglia

Benché sia innegabile che l'apporto del d.lgs. n. 36/2023 risponda all'apprezzabile esigenza di razionalizzare e valorizzare una disciplina che, nonostante le scarse attenzioni alla stessa riservata, ha sempre mantenuto una sua centralità strategica, l'approccio che ha contraddistinto il nuovo Codice non è esente da significative critiche.

concorrenza, v. R. CAVALLO PERIN, M. RACCA, *La concorrenza nell'esecuzione dei contratti pubblici*, in *Dir. amm.*, 2010, 325 ss.

²⁹ Del resto, è chiaro che la definizione della soglia di rilevanza europea, essendo sempre nella disponibilità delle istituzioni europee, non può essere intesa come un limite invalicabile. Sul punto, v. A. POLICE, *Le limitazioni dell'ambito soggettivo di applicazione fissate in soglie di valore*, in R. GAROFOLI e M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria n. 62/2005*, Milano, 2006, 137 ss.

Alcune di esse, come visto, riguardano le scelte che, sotto le mentite spoglie di interventi di mera semplificazione, hanno determinato un significativo innalzamento delle soglie di valore che legittimano il ricorso ad affidamenti diretti. Si è, infatti, visto che tali misure, lungi dall'essere state accompagnate da strumenti in grado di prevenire eventuali abusi, hanno visto un significativo ridimensionamento dei correttivi già esistenti, quale il principio di rotazione³⁰.

Sicché, queste soluzioni, se potevano essere giustificate dalla logica emergenziale che ha caratterizzato i primi interventi in materia, una volta trasposte nell'impianto del Codice, rischiano di mettere a sistema un'area di sostanziale impunità rispetto ai più evidenti fenomeni distorsivi che potrebbero interessare affidamenti dal valore tutt'altro che irrisorio³¹.

Probabilmente, si tratta degli effetti collaterali dell'enfasi riposta su un principio, quale quello del risultato, che in un contesto ordinamentale ordinario dovrebbe ritenersi inutile, in quanto già immanente, sul versante pubblicistico, al processo di funzionalizzazione della procedura selettiva e, sul versante privatistico, alla causa del contratto.

Sicché, la sua formalizzazione in apertura del Codice, se doveva servire per recuperare gli aspetti essenziali di fattispecie che stavano perdendo i propri profili caratterizzanti, ha riproposto gli equivoci della logica emergenziale, in quanto ha generato l'ossessione per il fare e fare presto; poco importa se bene o male e, soprattutto, cosa.

Non meno rilevanti le anomalie riscontrate sotto il profilo sistematico, le quali, probabilmente, sono il frutto di un processo di codificazione che, almeno rispetto alle ambizioni dichiarate, non è stato gestito secondo tempistiche adeguate³².

In questo modo, si è registrato il paradosso che proprio ove maggiori erano i margini di intervento, il legislatore non si è saputo liberare di quella forma di sudditanza rispetto ad un modello concettuale, quello europeo, che si assume prevalente anche al di fuori del suo contesto di riferimento. Con l'evidente contraddizione che la disciplina riservata ai contratti sopra soglia, nonostante la complessità di interessi che è chiamata a sintetizzare, assurge a modello generale mentre quella sotto soglia, naturalmente priva di significative variabili, è declinata come un modello speciale.

³⁰ Per una sintesi delle critiche che, rispetto a tale profilo, sono stata avanzate dall'ANAC, v. la *Relazione annuale dell'8 giugno 2023*, cit., ove si afferma che «con particolare riferimento agli affidamenti diretti di servizi e forniture, l'Autorità, nell'evidenziare come la soglia di 140.000 euro prevista dalla nuova normativa sia idonea ad assorbire la maggior parte degli acquisti posti in essere soprattutto dai piccoli Comuni, ha espresso preoccupazione al riguardo, avendo potuto constatare, nell'ambito della propria esperienza di vigilanza, l'inefficienza di affidamenti diretti eseguiti senza alcun confronto concorrenziale. Pertanto, in relazione all'articolo 50, comma 1, dello schema di decreto trasmesso dal Governo alle Camere, l'Autorità ha suggerito di valutare un ridimensionamento delle predette soglie, o, quanto meno, l'introduzione di adeguati correttivi, quali l'obbligo di dare conto nella determina a contrarre oggetto di pubblicazione – per gli affidamenti diretti di valore superiore ad euro 40.000 – delle ragioni della scelta dell'affidatario e delle comparazioni economiche svolte, nonché l'obbligo di pubblicazione sul sito della stazione appaltante – in caso di procedure negoziate senza bando – dell'avviso di avvio della procedura».

³¹ Con la singolare circostanza, che sembrerebbe conferirsi un'insolita attualità alle considerazioni di SANTI ROMANO, *Diritto amministrativo*, Milano, 1901, 533, il quale evidenziava che le formalità di gara «sono in genere stabilite nell'interesse dell'amministrazione e il cui difetto quindi non può essere opposto dal privato».

³² Basti pensare che alla legge delega n. 78 del 21 giugno 2022, il 4 luglio 2022 è seguita l'istituzione della Commissione speciale da parte del Presidente Frattini e già il 20 ottobre 2022 lo schema di decreto legislativo è stato consegnato al Presidente del Consiglio dei ministri.



Ma queste sono le ambiguità di un processo di riforma che, al di là delle ambizioni dichiarate, non è riuscito ad essere coerente fino in fondo, tant'è che anche nell'affermazione del principio del risultato – che doveva rappresentarne il tratto qualificante – non si è potuto fare a meno di affermare che lo stesso «è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea». Cosicché, senza distinzioni di sorta fra contratti sopra e sotto soglia, sembrerebbe che si voglia far rientrare dalla finestra proprio quella molteplicità di fattori condizionanti apparentemente messi alla porta proprio dalla sua affermazione.