

Introduzione agli appalti sotto soglia nel codice dei contratti pubblici del 2023: l'art. 48

di Luca Bertonazzi

SOMMARIO: 1. Ambito di applicazione. – 2. Rubrica e primo comma dell'art. 48: notazioni stilistiche. – 3. Dovere della stazione appaltante di valutare l'eventuale interesse transfrontaliero certo e, riscontrato, di seguire procedure ordinarie *alleggerite*: compatibilità con il diritto europeo convenzionale e con la legge delega. – 4. Motivazione dell'apprezzamento intorno all'eventuale appetibilità transnazionale, competenza e sindacato giurisdizionale. – 5. Ipotesi di riordino dei commi dell'art. 48. – 6. Rinvio interno alle disposizioni del codice non derogate: due serie di deroghe, la seconda delle quali puntualizza la nozione di procedure ordinarie *alleggerite*. – 7. La riformulazione suggerita.

1. Ambito di applicazione.

Il Libro II del d. lgs. n. 36/2023 (d'ora in poi: codice), intitolato “*Dell'appalto*”, esordisce con una Parte I dedicata ai “*contratti di importo inferiore alle soglie europee*” (di seguito: sotto soglia, contrapposti a quelli di importo pari o superiore alle soglie europee, nel prosieguo sopra soglia). Esulano *ratione materiae* dal suo ambito applicativo le concessioni sotto soglia¹, disciplinate nell'art. 187: dirigendosi “*le disposizioni del codice ... ai contratti di appalto e di concessione*” (così i suoi artt. 1, comma 5, e 13, comma 1) e soggiacendo le concessioni sotto soglia al citato art. 187, la Parte I del Libro II finisce per occuparsi solamente di “*appalti di importo inferiore alle soglie europee*” (così si suggerisce di rinominarla: con “*appalti*” al posto di “*contratti*”). Coerentemente le disposizioni discorrono sempre di “*stazione appaltante*”² e giammai di “*ente concedente*”³. A partire dal 1° gennaio 2024 le soglie nei settori ordinari sono: 5.538.000 euro per i lavori, 143.000 euro per i servizi e le forniture aggiudicati da autorità governative centrali, 221.000 euro per i servizi e le forniture aggiudicati da amministrazioni aggiudicatrici *sub-centrali*⁴. Nei settori speciali: 5.538.000 euro per i lavori, 443.000 euro per i servizi e le forniture⁵. Come si vedrà allorché, in uno dei prossimi contributi, si esaminerà l'art. 50, comma 5, del codice, fuoriescono altresì dal perimetro della Parte I del Libro II, *ratione personae*, gli appalti aggiudicati da imprese pubbliche⁶ e soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi⁷ nei settori speciali⁸. La raccolta dell'insieme delle disposizioni sugli appalti sotto soglia all'interno di una specifica Parte è “*una significativa innovazione*” rispetto al codice dei contratti pubblici del 2016, nel quale esse “*erano sparse*

*L'articolo è stato pubblicato sulla rivista Foro amministrativo n. 1/2024.

¹ A partire dal 1° gennaio 2024 la soglia nelle concessioni (di lavori e servizi) è pari a 5.538.000 euro: cfr. il regolamento delegato della Commissione UE 2023/2497 del 15 novembre 2023.

² “... soggetto ... che affida contratti di appalto di lavori, servizi e forniture ...” (art. 1, lett. a), dell'allegato I.1 del codice).

³ “... soggetto ... che affida contratti di concessione di lavori o di servizi” (art. 1, lett. b), dell'allegato I.1 del codice).

⁴ Cfr. il regolamento delegato della Commissione UE 2023/2495 del 15 novembre 2023.

⁵ Cfr. il regolamento delegato della Commissione UE 2023/2510 del 15 novembre 2023.

Identiche a quelle dei settori speciali sono le soglie per gli appalti rientranti nell'ambito applicativo della direttiva 2009/81/CEE (settori della difesa e della sicurezza): cfr. il regolamento delegato della Commissione UE 2023/2496 del 15 novembre 2023.

⁶ Art. 1, lett. f), dell'allegato I.1 del codice.

⁷ Art. 1, lett. g), dell'allegato I.1 del codice.

⁸ Le attività previste negli articoli da 146 a 152 del codice.

nell'intera disciplina codicistica" (pag. 71 della Relazione del Consiglio di Stato). L'odierna normativa si muove in sostanziale continuità con quella dettata per la *"fase emergenziale"* dal d.l. n. 76/2020, che ha dato buona prova di sé (pag. 71 della Relazione del Consiglio di Stato).

Le soglie europee a partire dal 1° gennaio 2024

| | Lavori | Servizi | Forniture |
|--|---------------|--|--|
| Settori ordinari | € 5.538.000 | € 143.000 (autorità governative centrali) € 221.000 (autorità sub-centrali) | € 143.000 (autorità governative centrali) € 221.000 (autorità sub-centrali) |
| Settori speciali | € 5.538.000 | € 443.000 | € 443.000 |
| Dir. 2009/81/CEE (settori difesa e sicurezza) | € 5.538.000 | € 443.000 | € 443.000 |
| Concessioni | € 5.538.000 | € 5.538.000 | - |

2. Rubrica e primo comma dell'art. 48: notazioni stilistiche.

La parte I del Libro II si apre con l'art. 48 che, stando alla sua rubrica, compendia la *"disciplina comune applicabile ai contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea"*. Cinque notazioni terminologiche: per la ragione già detta⁹ *"contratti"* sta per *"appalti"*; quest'ultimo vocabolo senz'altra specificazione abbraccia tutti i possibili oggetti (lavori, servizi, forniture), rendendone ridondante la menzione; ogni disciplina è posta per essere *"applicabile"* a un determinato oggetto, altrimenti non lo sarebbe e precisarlo nulla aggiunge; dato che, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, l'aggiudicazione di appalti sotto soglia attrattivi oltre i confini nazionali è retta dai principi del T.F.U.E. sul mercato interno, non di soglie *"di rilevanza europea"* dovrebbe disquisirsi bensì di *"soglie europee"*, come peraltro fa l'intitolazione della Parte I del Libro II, nell'istantanea consapevolezza della non disconoscibilità della *"rilevanza europea"* ad appalti sotto soglia appetibili per operatori stranieri; nulla da ridire, infine, sulla declinazione delle *"soglie"* al plurale perché sono più d'una. Ne risulterebbe la seguente rubrica: *"Disciplina comune degli appalti di importo inferiore alle soglie europee"*. Il primo comma richiama i *"principi"* di cui alle Parti I e II del Libro I, intitolate rispettivamente ai *"principi"* e alla *"digitalizzazione del ciclo di vita dei contratti"*. Esse contengono invero più norme che principi: chiarito l'equivoco, la volontà del legislatore è di rinviare alle une e agli altri (artt. da 1 a 36 del codice). Ma la disposizione, che accomuna gli appalti sotto soglia *inter se* e a quelli sopra soglia, è superflua perché i principi e le regole cui rimanda improntano, se non derogati, l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di qualunque importo. Il rinvio interno del comma 4 dell'art. 48¹⁰ convoglia infatti nel microcosmo degli appalti sotto soglia tutte *"le disposizioni del codice"* *"non derogate"* da quelle della Parte I del Libro II.

3. Dovere della stazione appaltante di valutare l'eventuale interesse transfrontaliero certo e, riscontratolo, di seguire procedure ordinarie alleggerite: compatibilità con il diritto europeo convenzionale e con la legge delega.

Il comma 2 dell'art. 48 prevede che, quando *"accerta l'esistenza di un interesse transfrontaliero certo"*, la stazione appaltante *"segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro"* e cioè quelle predisposte per gli appalti sopra soglia. L'indicativo presente *"segue"*, con il suo valore prescrittivo, significa *"deve seguire"*. La disposizione presuppone il dovere della stazione appaltante di valutare, volta per volta, l'eventuale appetibilità transnazionale del singolo appalto: ne scaturisce, qualora essa sia appurata, il formalizzato dovere consequenziale di intraprendere *"le procedure ordinarie"* in luogo delle modalità

⁹ Cfr. *supra* nel par. 1.

¹⁰ Cfr. *infra* nel par. 6.

semplificate allestite per gli appalti sotto soglia incapaci di calamitare attenzione fuori del territorio nazionale. Il comma 2 dell'art. 48 si “*conforma in modo diretto e incondizionato, per le soluzioni che apporta*” in materia di aggiudicazione di appalti sotto soglia che esibiscono un interesse transfrontaliero certo, alle direttive nel cui recepimento consiste la disciplina delle “*procedure ordinarie*” per l'affidamento di appalti sopra soglia, così da rendere ricevibili rinvii pregiudiziali interpretativi alla Corte di giustizia UE per l'interpretazione e la validità di dette direttive nell'ambito di giudizi italiani concernenti appalti sotto soglia appetibili oltre i confini statali, come fossero sopra soglia¹¹. Il legislatore ha così inteso adeguarsi al punto 2.3 della lettera del 6 aprile 2022 con cui la Commissione UE, mettendo in mora l'Italia, aveva stigmatizzato l'assenza nel dato testuale della pregressa normativa di un dovere della stazione appaltante di apprezzare, caso per caso, l'eventuale attrattività transnazionale dell'appalto sotto soglia da aggiudicare¹². Ma la disposizione in parola, nell'associare al riscontro di “*un interesse transfrontaliero certo*” il vincolo dell'osservanza delle procedure confezionate per gli appalti sopra soglia, oltrepassa quanto strettamente necessario secondo la giurisprudenza europea, che esige niente più del rispetto dei principi del T.F.U.E. sul mercato interno. Il comma 2 dell'art. 48 da un lato procura un più cospicuo tasso di certezza alle stazioni appaltanti, sollevate dall'insidioso compito di forgiare un *modus procedendi* adatto al grado di *appeal* oltre confine dell'appalto e dall'altro aggrava la loro azione, costretta indistintamente nelle rigide forme delle “*procedure ordinarie*”¹³. Quest'ultimo profilo non contraddice il diritto europeo convenzionale, che non impone ma neppure impedisce un simile auto-limite nazionale di marca *pro-concorrenziale*, né quello derivato, decampando gli appalti sotto soglia, *ratione valoris*, dall'orbita delle direttive in materia di appalti pubblici. Ciò scongiura nel contempo ogni frizione domestica con il divieto del c.d. *gold plating*¹⁴ prefissato dall'art. 1, comma 2, lett. a), della legge delega, n. 78/2022. Resta da indagarne la conformità al criterio della “*semplificazione*”, parimenti impartito dalla legge delega (art. 2, comma 1, lett. e), della legge n. 78/2022). Se lo si intende nel senso che esaurisce il suo oggetto nella “*disciplina*” in sé considerata (“*semplificazione della disciplina*”), indipendentemente dalle ripercussioni sull'azione amministrativa, il comma 2 dell'art. 48 gli resta fedele perché incrementa il livello di sicurezza giuridica. Il ragionamento cambia, ma non per forza la conclusione, se si proietta la prescritta “*semplificazione*” immediatamente sulla “*disciplina*” e, suo tramite, pure sull'attività amministrativa (milita in questa direzione la menzione dei principi di “*economicità*” e di “*efficacia*”, a evocare le benefiche ricadute sull'operato delle stazioni appaltanti di una “*disciplina*” normativa all'insegna della “*semplificazione*”): ecco allora che la disposizione in esame vi si allinea se è (stimabile come) positivo il saldo tra maggiore certezza e sovraccarico procedurale, approdo tutt'altro che implausibile alla luce delle deroghe, cui si accennerà *infra*¹⁵, apportate alle “*procedure ordinarie*” da talune disposizioni della Parte I del Libro II riferite a tutti gli appalti sotto soglia, inclusi quelli capaci di destare aspirazioni presso operatori esteri, così da farne procedure ordinarie *alleggerite*. Nell'attesa dell'eventuale questione di legittimità costituzionale¹⁶, rimane da constatare che, per il suo tenore, il comma 2 dell'art. 48 presta il fianco alla tentazione, realisticamente incombente nella prassi, di scorgervi una *pseudo*-presunzione relativa di assenza di appetibilità transnazionale, passibile d'essere vinta da un apprezzamento esplicito di segno contrario, compiuto in sede amministrativa autonomamente o in esecuzione di pronunce giurisdizionali. L'approccio è però smentito dalla genesi della disposizione: l'enunciata doverosità di procedure *simil-ordinarie* in conseguenza dell'acclarata attitudine del contratto ad attirare operatori esteri (eventuale *posterius*) muove dalla retrostante necessità giuridica di stimarne volta per volta la presenza o meno (indefettibile *prius*)¹⁷, perché era proprio su tale lacuna nella normativa italiana precedente che si appuntava

¹¹ Secondo un ordine di idee di recente sviluppato con tale ampiezza da Corte di giustizia UE, 7 dicembre 2023, C-441/22 e C-442/22, punti 39-42, in nome del supremo interesse all'uniforme interpretazione del diritto dell'Unione europea.

¹² Cfr. la pag. 72 della Relazione del Consiglio di Stato.

¹³ La Relazione del Consiglio di Stato, a pag. 72, illumina il primo aspetto e lascia in ombra il secondo.

¹⁴ Peraltro ritenuto recessivo da Corte cost., 5 maggio 2020, n. 100, quando il *surplus* di regolazione segua una direttrice *pro-competitiva*.

¹⁵ Nel par. 6.

¹⁶ Suscettibile, come tutte quelle che assumono la delega a norma interposta, di devitalizzazione attraverso una semplice novazione della fonte: da decreto delegato a legge.

¹⁷ Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, punto 30: “*Spetta in linea di principio all'amministrazione aggiudicatrice interessata valutare, prima di definire le condizioni*” di aggiudicazione, “*l'eventuale interesse transfrontaliero di un appalto il cui valore stimato è inferiore alla soglia prevista dalle norme comunitarie, fermo restando*

una precisa contestazione della Commissione europea, cui il nostro Paese ha voluto adeguarsi. Per dissipare ogni dubbio si suggerisce la seguente riscrittura: “*La stazione appaltante valuta ogni volta l’esistenza o meno di un interesse transfrontaliero certo e, nel primo caso, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro*”. Primo dovere della stazione appaltante è, pertanto, di intrattenersi sull’idoneità o meno del singolo appalto a riscuotere interesse all’esterno del territorio statale, producendosi in un’analisi “*complessiva*” e “*concreta*” degli indici identificativi all’uopo tratteggiati dalla Corte di giustizia: “*importo di una certa consistenza*”, “*in combinazione*” con le “*caratteristiche specifiche*” e con il “*luogo di esecuzione*”¹⁸. L’appetibilità transnazionale “*non può essere determinata unicamente a partire dal valore*” del contratto, essendo piuttosto “*necessaria una valutazione complessiva di altri criteri e di tutte le circostanze rilevanti nel caso di specie*”¹⁹. L’idoneità del luogo di esecuzione contrattuale a catturare le ambizioni di operatori stranieri è in funzione della sua vicinanza o lontananza dai confini con altri Stati membri dell’Unione europea. Non rilevano *ex ante* – in quanto di là da venire e se del caso registrabili solamente nelle more e al termine della procedura di aggiudicazione – eventuali denunce (reali e non fittizie)²⁰, candidature e offerte avanzate da imprese con sede in altri Stati membri²¹, salva la debita considerazione della prassi amministrativa e segnatamente di contratti analoghi assegnati dalla stessa o da altre stazioni appaltanti²².

4. Motivazione dell’apprezzamento intorno all’eventuale appetibilità transnazionale, competenza e sindacato giurisdizionale.

L’attrattiva dell’occasione di guadagno all’estero, lungi dall’atteggiarsi a guisa di fatto semplice suscettibile di mero e univoco accertamento, come lascerebbe presagire il non impeccabile verbo “*accerta*”, integra una realtà complessa passibile di un apprezzamento pervaso da un consistente margine di opinabilità²³. Esso è trasfuso nella “*decisione di contrarre*”: quella perfezionata “*prima dell’avvio*” della procedura negoziata senza bando²⁴ o della procedura ordinaria *alleggerita*²⁵, come quella che provvede all’affidamento diretto²⁶. Si veda, nel comma 1 dell’art. 17 del codice, la tradizionale collocazione della decisione di contrarre “*prima dell’avvio*” della procedura di affidamento e, nel comma 2, il suo ergersi a provvedimento recante l’affidamento diretto. Ogni volta che conclude per la mancanza di un interesse transfrontaliero certo – non solamente quando identifica un provvedimento, motivato per la generale previsione dell’art. 3, comma 1, della legge n. 241/1990, ma pure quando, precludendo alla procedura negoziata senza bando, è atto *pre-procedimentale* – detta decisione

che tale valutazione può essere oggetto di controllo giurisdizionale”. Non milita in direzione contraria l’affermazione secondo cui “*il legislatore dell’Unione è partito dalla presunzione*” che certi appalti, come quelli sotto soglia, “*non presentano a priori ... un interesse transfrontaliero sufficiente per giustificare*” la loro sottomissione alle direttive (Corte di giustizia, 19 aprile 2018, C-65/17, punto 35, in relazione a quelli che furono i servizi compresi nell’allegato I.B della direttiva 92/50/CEE): la predicata “*presunzione*”, infatti, non è altro che una formula puramente descrittiva dei confini *ratione valoris* delle direttive.

¹⁸ Corte di giustizia, 6 ottobre 2016, C-318/15, punti 22, 24 e 25; 5 aprile 2017, C-298/15, punto 44; 20 marzo 2018, C-187/16, punto 106; 19 aprile 2018, C-65/17, punto 40.

¹⁹ Corte di giustizia, 20 marzo 2018, C-187/16, punto 107.

²⁰ Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, punto 31; 16 aprile 2015, C-278/14, punto 20; 17 dicembre 2015, C-25/14, punti 29-30; 19 aprile 2018, C-65/17, punto 40.

²¹ Che hanno significativamente vinto le difficoltà supplementari connesse all’adeguamento al quadro giuridico e amministrativo dello Stato cui appartiene la stazione appaltante, nonché alle esigenze linguistiche. Di ciò terrà conto il giudice *ex post*, ma non in deroga al principio generale *tempus regit actum*, che impone di vagliare la legittimità dell’atto della stazione appaltante alla stregua della situazione del tempo della sua adozione, bensì quali circostanze secondarie sopravvenute dimostrative dei fatti principali costitutivi delle figure sintomatiche *aliunde* rinvenute nell’apprezzamento amministrativo.

²² Corte di giustizia, 19 aprile 2018, C-65/17, punto 40, ove la circostanza che “*servizi simili fossero o no già forniti da entità stabilite in altro Stato membro*” è ritenuta “*elemento da prendere in considerazione*”.

²³ Per questo nella riformulazione *supra* ipotizzata nel par. 3 il verbo “*valuta*” sostituisce “*accerta*”.

²⁴ Art. 50, comma 1, lett. c), d) ed e), del codice, cui ci si dedicherà in uno dei prossimi contributi.

²⁵ Art. 48, commi 2 e 4, su cui un fugace accenno *supra* nel par. 3 ma più diffusamente *infra* nel par. 6.

²⁶ Art. 50, comma 1, lett. a) e b), del codice, su cui ci si soffermerà prossimamente.

è *in parte qua* supportata dalle pertinenti giustificazioni poiché l'art. 1, comma 2, dell'allegato II.1 del codice²⁷ ascrive al suo contenuto, insieme dispositivo e motivazionale, l'individuazione della "procedura che si intende seguire con una sintetica indicazione delle ragioni della scelta". Il sindacato giurisdizionale sull'aggiudicazione è attivabile, nei termini di decadenza dettati dall'art. 120, comma 3, c.p.a.²⁸, dall'operatore economico del settore non affidatario diretto o non venuto per tempo a conoscenza della pendenza di una procedura negoziata senza bando preceduta da un'indagine di mercato o rimasto estraneo a quella innescata dalla consultazione di un elenco per non esservi iscritto o per non avere titolo all'invito in quella specifica occasione: tutte ipotesi in cui egli è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'indizione di una procedura ordinaria *alleggerita*. Anche l'opzione per quest'ultima richiede una motivazione: nella decisione di contrarre cui poi rifarsi *per relationem*²⁹ o, vista la sua natura di atto interno e l'assenza, in questo caso, di una puntuale prescrizione di dovere motivazionale, nel conclusivo provvedimento di aggiudicazione³⁰. Il sindacato giurisdizionale: a) verte sul bando³¹; b) assume a parametro il dovere di seguire le modalità *semplificate* di affidamento³²; c) è attivabile, nel termine di decadenza dettato dall'art. 120, comma 2, penultimo periodo, c.p.a.³³, dall'operatore economico del settore titolare di un interesse legittimo pretensivo a essere coinvolto in una procedura negoziata preceduta da un'indagine di mercato o individuato quale affidatario diretto, come da quello iscritto in un elenco e portatore di un interesse all'invito in una procedura negoziata innescata dalla sua consultazione o a venire designato quale affidatario diretto. La decisione spetta al R.U.P. quando *precede* la procedura di aggiudicazione (cfr. art. 6, comma 2, lett. g), dell'allegato I.2³⁴, che gli affida la conformazione dei sistemi di affidamento), al R.U.P. o ad altro organo competente a esternare la volontà della stazione appaltante quando *provvede* all'affidamento diretto (art. 7, comma 1, lett. g), dell'allegato I.2).

Atto recante la motivazione dell'assenza di un interesse transfrontaliero certo e relativa competenza

| | Atto | Competenza |
|----------------------------|--|--|
| Affidamento diretto | Decisione di contrarre che provvede all'affidamento diretto (art. 17, comma 2, del codice; art. 3, comma 1, legge n. 241/1990) | R.U.P. o altro organo cui spetta secondo l'ordinamento della stazione appaltante esternarne la volontà (art. 7, comma 1, lett. g), dell'allegato I.2 del codice) |

²⁷ Intitolato "Elenchi degli operatori economici e indagini di mercato per gli affidamenti di contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea": ad esso rinvia il comma 2 dell'art. 50 del codice per la disciplina, "in sede di prima applicazione", della gestione di elenchi e indagini di mercato, quali strumenti tra loro alternativi per l'individuazione degli operatori da invitare alle procedure negoziate, nell'attesa del regolamento ministeriale cui il comma 3 dello stesso art. 50 rimette la disciplina a regime.

²⁸ Trenta giorni dalla "pubblicazione [nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'A.N.A.C. ex art. 50, comma 9, primo periodo, del codice] dell'avviso di aggiudicazione" contenente le ragioni per cui l'appalto è stato affidato "senza pubblicazione del bando" e "l'indicazione del sito dove sono visionabili gli atti e i documenti presupposti"; in mancanza di avviso o delle prescritte informazioni il termine per ricorrere è pari a sei mesi dalla stipulazione del contratto.

²⁹ Art. 3, comma 3, della legge n. 241/1990.

³⁰ Ciò comporta – come sarà più chiaro a breve allorché si indugerà sulla competenza – una possibile divaricazione tra l'organo che in sede di decisione di contrarre opta per la procedura ordinaria *alleggerita* – il R.U.P. – e quello chiamato a enunciare la relativa motivazione nell'ambito del provvedimento di aggiudicazione, quante volte quest'ultimo sia devoluto dall'ordinamento della stazione appaltante a un organo diverso dal R.U.P., fermo restando che la motivazione consiste pur sempre nell'indicazione dei "presupposti di fatto" e delle "ragioni giuridiche che hanno determinato la decisione dell'amministrazione, in relazione alle risultanze dell'istruttoria" inizialmente compiuta dal R.U.P. (art. 3, comma 1, della legge n. 241/1990).

³¹ Senza onere del ricorrente di partecipare alla procedura di cui contesta l'indizione: Cons. Stato, ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4.

³² Di cui si dirà a suo tempo commentando l'art. 50, comma 1, del codice.

³³ Trenta giorni dalla pubblicazione del bando nella Banca dati nazionale dei contratti pubblici dell'A.N.A.C. (artt. 50, comma 8, e 85, comma 4, ultimo periodo, del codice).

³⁴ All'allegato I.2, intitolato "Attività del R.U.P.", rinvia l'art. 15, comma 5, del codice per l'individuazione, "in sede di prima applicazione", dei compiti del R.U.P., nelle more del regolamento ministeriale cui lo stesso comma 5 demanda la disciplina a regime.

| | | |
|--|--|--|
| Procedura negoziata senza bando | Decisione di contrarre che precede la procedura (art. 17, comma 1, del codice; art. 1, comma 2, dell'allegato II.1 del codice) | R.U.P. (art. 6, comma 2, lett. g), dell'allegato I.2 del codice) |
|--|--|--|

Ricorso contro l'affidamento diretto o l'aggiudicazione all'esito di procedura negoziata senza bando

| | |
|--|---|
| Legittimazione a ricorrere | Operatore del settore titolare di un interesse legittimo pretensivo all'indizione di una procedura ordinaria <i>alleggerita</i> (non affidatario diretto, non venuto per tempo a conoscenza di una procedura negoziata previa indagine di mercato, rimasto estraneo a quella innescata dalla consultazione di un elenco per non esservi iscritto o per non avere titolo all'invito in quella specifica occasione) |
| Interesse a ricorrere (strumentale) | Eventualità che per effetto dell'accoglimento del ricorso sia indetta una procedura ordinaria <i>alleggerita</i> |
| Atto impugnabile | Aggiudicazione (di cui è paventata l'illegittimità originaria in caso di affidamento diretto e derivata dalla decisione di contrarre nel caso di procedura negoziata senza bando) |
| Ragione dell'azione | Violazione del dovere di indire una procedura ordinaria <i>alleggerita</i> in presenza di un interesse transfrontaliero certo (art. 48, commi 2 e 4, del codice) |
| Termine di notifica del ricorso | Art. 120, comma 3, c.p.a. (trenta giorni dalla pubblicazione nella B.D.N.C. dell'A.N.A.C. ³⁵ dell'avviso di aggiudicazione completo delle prescritte informazioni; altrimenti sei mesi dalla stipulazione del contratto) |

Atto recante la motivazione del riscontro di un interesse transfrontaliero certo e relativa competenza

| Atto | Competenza |
|---|--|
| Decisione di contrarre (art. 17, comma 1, del codice) cui poi si rifà <i>per relationem</i> (art. 3, comma 3, legge n. 241/1990) il provvedimento di aggiudicazione oppure provvedimento di aggiudicazione (art. 17, comma 5, del codice) | R.U.P. (art. 6, comma 2, lett. g), dell'allegato I.2 del codice) R.U.P. o altro organo cui spetta secondo l'ordinamento della stazione appaltante esternarne la volontà (art. 7, comma 1, lett. g), dell'allegato I.2 del codice) |

Ricorso contro il bando di indizione di una procedura ordinaria alleggerita

| | |
|--|---|
| Legittimazione a ricorrere | Operatore del settore titolare di un interesse legittimo pretensivo a essere coinvolto in una procedura negoziata preceduta da un'indagine di mercato o individuato come affidatario diretto; operatore del settore aspirante all'invito in una procedura negoziata innescata dalla consultazione dell'elenco cui è iscritto o a venire designato quale affidatario diretto |
| Interesse a ricorrere (strumentale) | Eventualità che per effetto dell'accoglimento del ricorso si seguano modalità <i>semplificate</i> di aggiudicazione |
| Atto impugnabile | Bando |

³⁵ Artt. 50, comma 9, primo periodo, e 85, comma 4, ultimo periodo, del codice.

| | |
|--|---|
| Ragione dell'azione | Violazione del dovere di seguire modalità <i>semplificate</i> in assenza di un interesse transfrontaliero certo |
| Termine di notifica del ricorso | Art. 120, comma 2, penultimo periodo, c.p.a. (trenta giorni dalla pubblicazione del bando nella B.D.N.C. dell'A.N.A.C.: artt. 50, comma 8, e 85, comma 4, ultimo periodo, del codice) |

5. Ipotesi di riordino dei commi dell'art. 48.

Diversamente dal comma 2 dell'art. 48, relativo ai soli appalti sotto soglia, dotati o privi di un interesse transfrontaliero certo, il comma 3, nel mantener “*fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle vigenti disposizioni in materia di contenimento nella spesa*”, accosta – nel suo rinvio dinamico³⁶ – gli appalti sotto soglia *inter se* e a quelli sopra soglia, al pari del già rammentato comma 1, con il suo superfluo richiamo ai principi e alle norme delle Parti I e II del Libro I. Dato che il comma 4³⁷ riguarda dichiaratamente i soli appalti sotto soglia, si suggerisce di riordinare i contenuti dell'art. 48 sulla scorta del seguente criterio: prima i commi che accomunano gli appalti sotto soglia *inter se* e a quelli sopra soglia (gli attuali commi 1 e 3)³⁸, poi gli altri centrati sui soli appalti sotto soglia (gli odierni commi 2 e 4)³⁹.

6. Rinvio interno alle disposizioni del codice non derogate: due serie di deroghe, la seconda delle quali puntualizza la nozione di procedure ordinarie *alleggerite*.

Il comma 4 dell'art. 48 recita che agli appalti sotto soglia “*si applicano, se non derogate dalla presente Parte, le disposizioni del codice*”. Il rinvio interno a tutte “*le disposizioni del codice*”, “*se non derogate*”, le proietta nel piccolo mondo degli appalti sotto soglia. Esso vale tanto per quelli appetibili oltre i confini nazionali quanto per quelli che non lo sono: nella Parte I del Libro II, infatti, le deroghe sono apportate sia da precetti che disegnano modelli d'azione *semplificati*, largamente eccentrici rispetto a quelli ordinari, sia da prescrizioni dedicate a tutti gli appalti sotto soglia, compresi quelli accattivanti per operatori stranieri. La prima serie di disposizioni derogatorie è saggiamente riferita agli “*affidamenti*” (art. 49), alle “*modalità*” per “*l'affidamento*” (art. 50, commi 1, 2 e 3), agli “*affidamenti di cui al comma 1, lettere c), d) ed e)*” (art. 50, comma 4), alle modalità “*di affidamento di cui al presente articolo*” (art. 50, comma 9, primo periodo), ai “*casi di cui alle lettere c), d) ed e) del comma 1*” dell'art. 50 (art. 50, comma 9, secondo periodo), alle modalità “*di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1, lettere a) e b)*” (art. 52), alle modalità “*di affidamento di cui all'articolo 50, comma 1*” (art. 53, commi 1, 2 e 3) o, ancor più esplicitamente, ai “*contratti che non presentano un interesse transfrontaliero certo*” (art. 54); la seconda serie di disposizioni derogatorie concerne invece la generalità degli appalti “*di importo inferiore alle soglie europee*” (art. 50, comma 5) o degli appalti “*di cui alla presente Parte*”

³⁶ Proprio per non ingenerare scrupoli sulla natura dinamica del rinvio varrebbe la pena espungere dal comma 3 il participio presente “*vigenti*”.

³⁷ Su cui *infra* nel par. 6.

³⁸ Magari sostituendo quello che è oggi il comma 1 con un altrettanto inutile ma quanto meno felicemente didascalico: “*La presente Parte disciplina l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di importo inferiore alle soglie europee*”.

³⁹ Tra questi ultimi, per le ragioni che si esporranno a suo tempo, dovrebbe essere annoverato l'attuale comma 5 dell'art. 50 del codice. A nulla varrebbe obiettare ch'esso accoglie la distinzione tra appalti dotati e carenti di un interesse transfrontaliero certo perché lo stesso fanno gli odierni commi 2 e 4 dell'art. 48, il primo in modo più appariscente del secondo. Neppure avrebbe pregio, ove portata a guisa di obiezione, la constatazione in sé esatta che il comma 5 dell'art. 50 cit. inerisce ai soli appalti aggiudicati da imprese pubbliche e soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi nei settori speciali: si propone infatti di traslarlo in un comma a sé stante dell'art. 48 con un *incipit* che ne chiarisca la circoscritta sfera di operatività o in un articolo separato (art. 48-*bis*), sempre in apertura della Parte I del Libro II, a indicare una disposizione che investe solo appalti sotto soglia per differenziarne il regime a seconda che denotino o meno appetibilità transnazionale, *ad instar* dell'attuale comma 2 dell'art. 48.

(art. 50, commi 7 e 8; art. 51; art. 53, comma 4; art. 55)⁴⁰. Si chiude così, al lume dell'art. 48, comma 4, il ragionamento testé imbastito partendo dal suo comma 2⁴¹: la motivata valutazione dell'eventuale interesse transnazionale del singolo appalto da aggiudicare è ogni volta doverosa nell'*an*; l'esito positivo comporta la necessità di seguire procedure ordinarie *alleggerite*, rispettose dei principi del T.F.U.E. sul mercato interno che arginano scelte legislative per il resto discrezionali di snellimento delle procedure ordinarie (si pensi ad es. all'esonero dei bandi dalla pubblicazione a livello europeo: art. 50, comma 8); quello negativo l'impiego, altrettanto doveroso⁴², di modalità *semplificate*, costellate da deviazioni dagli *itinerari* ordinari più numerose ed estese, secondo opzioni legislative massimamente discrezionali perché libere da lacci europei. La differenza non sta, dunque, nella mancanza e presenza di scostamenti dalle procedure apparecchiate per gli appalti sopra soglia, bensì nella loro misura, rispettivamente ridotta e larga secondo le soluzioni del diritto positivo, ora condizionate, ora emancipate da vincoli europei. In questo quadro al legislatore italiano è dato, ove non si frapponga il diritto europeo convenzionale, di *alleggerire* le procedure ordinarie fino a equipararle, in relazione a singole misure di snellimento, a quelle *semplificate*: la mente corre alla generalizzata emancipazione dalle dilazioni per la stipula del contratto (di cui ai commi 3 e 4 dell'art. 18 del codice), decretata dal comma 2 dell'art. 55 per la totalità degli appalti sotto soglia sull'esatto presupposto del legittimo ancoraggio dello *standstill*, nella direttiva 2007/66/CE, ai soli appalti sopra soglia. All'accennata assimilazione in ordine ad altre misure di sfronamento osta invece il diritto europeo convenzionale: si pensi alla limitazione del raggio dell'esclusione automatica di offerte anomale alle sole procedure per l'aggiudicazione di appalti "*che non presentano un interesse transfrontaliero certo*", sancita dall'art. 54, comma 1, sul corretto rilievo della (già stigmatizzata da Corte di giustizia, 15 maggio 2008, C-147/06 e C-148/06, punti da 25 a 33) incompatibilità dell'istituto con i principi del T.F.U.E. sul mercato interno (se non in presenza di un "*numero eccessivamente elevato*" di offerte ammesse, quale di certo non è quello "*pari o superiore a cinque*")⁴³.

Sensibilmente (e ragionevolmente) diverso è l'approccio del codice alle concessioni sotto soglia: ferma, quantunque non formalizzata, la doverosità della motivata valutazione, volta per volta, dell'eventuale appetibilità transnazionale, il suo rinvenimento comporta l'ineluttabile rispetto dei principi del T.F.U.E. sul mercato interno ma senza che siano codificate procedure da seguire, forse perché già la procedura ordinaria – artt. 182-183 del codice – rassomiglia a quelle che nell'ambito degli appalti sono le procedure competitive con negoziazione, anche se a dire il vero non sarebbero mancati i margini per cristallizzare ulteriori alleggerimenti (basti pensare alla riduzione delle misure di pubblicità del bando), mentre l'assenza di appetibilità oltre i confini nazionali apre la via alla modalità semplificata (procedura negoziata senza bando) contemplata ma non prescritta dall'art. 187 del codice agli enti concedenti, cui è riservata in termini generali la possibilità d'intraprendere in via di auto-limite la procedura ordinaria, giacché il valore assoluto del contratto ascende fino a lambire la soglia di € 5.538.000, in non casuale coincidenza con quanto si registra nei casi di cui all'art. 50, comma 1, lett. d), del codice⁴⁴.

Disposizioni derogatorie contenute nella Parte I del Libro II

| | |
|---|---|
| Disposizioni derogatorie che disciplinano modalità <i>semplificate</i> d'azione per gli appalti non appetibili oltre i confini nazionali | Disposizioni derogatorie che, accomunando appalti privi e dotati di un interesse transfrontaliero certo, puntualizzano la nozione di procedure ordinarie |
|---|---|

⁴⁰ Anche l'art. 50, comma 6 perché – come si vedrà a tempo debito – il suo perimetro dipende in via sistematica da quello dell'art. 55.

⁴¹ Cfr. *supra* nel par. 3.

⁴² Come si illustrerà in uno dei prossimi contributi, le modalità *semplificate* di affidamento sono *prescritte* e non semplicemente messe a disposizione dall'art. 50, comma 1, del codice, salva la "*possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV*" del Libro II nei soli casi di cui alla lett. d).

⁴³ Si rinvia al contributo che si occuperà dell'art. 54 del codice.

⁴⁴ Si rimanda al contributo che sarà dedicato alle modalità *semplificate* di affidamento *prescritte* dall'art. 50, comma 1, del codice, salva, ivi, la "*possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV*" nei soli casi di cui alla lett. d).

| | |
|---|--|
| <p>art. 49 art. 50, commi 1, 2 e 3 art. 50, comma 4 art. 50, comma 9, primo periodo art. 50, comma 9, secondo periodo art. 52 art. 53, commi 1, 2 e 3 art. 54</p> <p>art. 50, commi 6, 7 e 8 art. 51 art. 53, comma 4 art. 55</p> | <p><i>alleggerite</i></p> <p>art. 50, commi 6, 7 e 8 art. 51 art. 53, comma 4 art. 55</p> |
|---|--|

7. La riformulazione suggerita.

In conclusione si suggerisce la seguente riformulazione dell'art. 48 del codice.

Art. 48 (*Disciplina comune degli appalti di importo inferiore alle soglie europee*)

1. La presente Parte disciplina l'affidamento e l'esecuzione degli appalti di importo inferiore alle soglie europee.
2. Restano fermi gli obblighi di utilizzo degli strumenti di acquisto e di negoziazione previsti dalle disposizioni in materia di contenimento della spesa.
3. La stazione appaltante valuta ogni volta l'esistenza o meno di un interesse transfrontaliero certo e, nel primo caso, segue le procedure ordinarie di cui alle Parti seguenti del presente Libro, salve le deroghe apportate dalle pertinenti disposizioni della presente Parte⁴⁵.
4. Agli appalti di importo inferiore alle soglie europee si applicano le disposizioni del codice, se non derogate da quelle della presente Parte.
5. Le imprese pubbliche e i soggetti titolari di diritti speciali o esclusivi, per gli appalti rientranti negli ambiti definiti dagli articoli da 146 a 152 che presentano un interesse transfrontaliero certo, osservano i principi sul mercato interno del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Esulano dall'ambito applicativo del codice i loro contratti privi di appetibilità transnazionale⁴⁶.

⁴⁵ Queste sono le disposizioni derogatorie che definiscono la nozione di procedure ordinarie *alleggerite*: art. 50, commi 6, 7 e 8, art. 51, art. 53, comma 4, art. 55.

Un discorso a sé stante merita l'attuale art. 50, comma 5, riformulato e traslato nell'ultimo comma dell'art. 48 nella riformulazione qui proposta.

⁴⁶ La piena comprensione dell'ipotizzato comma 5 richiede l'approfondimento che dell'odierno art. 50, comma 5, si farà a suo tempo.