

21 dicembre 2023 ore 10:30

**AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA
COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023
CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298
RELATORE: AVV. FEDERICO BUSBANI**

ASMEL Associazione per la
Sussidiarietà e la
Modernizzazione degli Enti
Locali

www.asmel.eu

800165654

webinar@asmel.eu

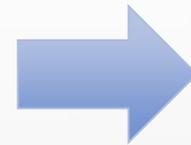


AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Il 20 Novembre 2023 il Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti ha diramato la circolare n. 298/2023 sul tema delle procedure di affidamento nei contratti di importo inferiore alle soglie di rilevanza europea, il cosiddetto sottosoglia. Il riferimento, in particolare, inerisce l'applicazione dell'art.50 del Codice dei Contratti con riferimento all'applicabilità in tale ambito delle procedure c.d. «Ordinarie».

Nel sottosoglia è possibile ricorrere alle procedure ordinarie anche nei casi differenti dalla lettera d) di cui al predetto art. 50?



Il MIT sancisce che la risposta è affermativa

Il provvedimento prevede che per gli affidamenti sottosoglia è possibile scegliere, per le amministrazioni aggiudicatrici, tra l'applicazione di procedure aperte o ristrette, come disposto dalla Direttiva 2014/24/ UE.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Relazione illustrativa del 5 gennaio 2023 - Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023

La precedente versione dell'art. 50 comma 1, lett. d) prevedeva che, in ipotesi di lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie europee, la stazione appaltante, in luogo del ricorso alla procedura negoziata senza bando, possa utilizzare le **procedure ordinarie**, *«previa adeguata motivazione»*.

La disciplina del sottosoglia di cui al DL n. 76 del 2020 (art. 1, comma 2) non contemplava il possibile ricorso alle procedure ordinarie, cò 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».

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Attuale assetto Art. 50, comma 1, d.lgs. 36 del 2023

«Salvo quanto previsto dagli articoli 62 e 63, le stazioni appaltanti procedono all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'articolo 14 con le seguenti modalità: [...]

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

Si può notare che nel testo elaborato dal Consiglio di Stato tale possibilità era subordinata alla **“previa adeguata motivazione”**. Questo presidio era finalizzato ad evitare il ricorso a procedure ordinarie, notoriamente più lente, che a volte possono essere preferite dagli amministratori al solo fine di evitare potenziali maggiori responsabilità. Già in tale formulazione della norma, in **versione definitiva**, la scelta di una procedura aperta in luogo di quella negoziata **può essere sempre effettuata senza onere di alcuna motivazione** il ché pare coerente con l'impianto complessivo del Codice che, comunque, privilegia le procedure ordinarie rispetto alle negoziate, utilizzabili esclusivamente al ricorrere dei presupposti previsti dalla legge.

AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

"La presente circolare intende fornire alcuni chiarimenti in merito alla portata normativa delle disposizioni di cui all'art. 50 del decreto legislativo 31 marzo 2023, n. 36, recante il «Codice dei contratti pubblici», che disciplinano le procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie definite dall'art. 14 del medesimo decreto".

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

In particolare, l'art. 50, comma 1, del decreto legislativo n. 36 del 2023 prevede che, fatto salvo quanto previsto dagli articoli 62 (in materia di aggregazioni e centralizzazione delle committenze) e 63 (in materia di centralizzazione delle stazioni appaltanti e delle centrali di committenza), le stazioni appaltanti **procedono** all'affidamento dei contratti di lavori, servizi e forniture di importo inferiore alle soglie di cui all'art. 14 con le seguenti modalità:

- a) affidamento diretto per lavori di importo inferiore a 150.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;
- b) affidamento diretto dei servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo inferiore a 140.000 euro, anche senza consultazione di più operatori economici, assicurando che siano scelti soggetti in possesso di documentate esperienze pregresse idonee all'esecuzione delle prestazioni contrattuali, anche individuati tra gli iscritti in elenchi o albi istituiti dalla stazione appaltante;

Art.50,
comma 1

- c) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno **cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per i lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 1 milione di euro;
- d) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di almeno **dieci operatori economici**, ove esistenti, individuati in base a indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, **per lavori di importo pari o superiore a 1 milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 14, salva la possibilità di ricorrere alle procedure di scelta del contraente di cui alla Parte IV del presente Libro;**
- e) procedura negoziata senza bando, previa consultazione di **almeno cinque operatori economici**, ove esistenti, individuati in base ad indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici, per l'affidamento di servizi e forniture, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, di importo pari o superiore a 140.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 14



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298



Attraverso **tali disposizioni**, il nuovo Codice dei contratti pubblici ha inteso, in continuità con le semplificazioni introdotte dai decreti-legge n. 76 del 2020 e n. 77 del 2021, **individuare soglie di affidamenti al di sotto delle quali possono essere utilizzate procedure ritenute idonee a soddisfare le esigenze di celerità e semplificazione nella selezione dell'operatore economico, fermi restando i principi fondamentali del Codice**



Queste disposizioni costituiscono applicazione del principio del risultato di cui all'art. 1 del Codice che impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività. **Tale principio costituisce peraltro attuazione nel settore dei contratti pubblici del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità**. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea.

Al contempo, viene fatta salva la possibilità di ricorrere alle procedure ordinarie. Pertanto, va ribadito che l'art. 48, comma 1, del Codice, sulla disciplina comune applicabile ai contratti sotto-soglia, 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 (i) accesso al mercato degli operatori economici nel rispetto dei principi di (ii) concorrenza, di (iii) imparzialità, di (iv) non discriminazione, di (v) pubblicità e trasparenza, (vi) di proporzionalità e il (vii) principio della fiducia, che valorizza l'iniziativa e l'autonomia decisionale dei funzionari pubblici.



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Tale richiamo conferma che le procedure del sottosoglia 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.

In considerazione di quanto esposto, si ribadisce che le disposizioni contenute nell'art. 50 del Codice vanno interpretate ed applicate nel solco dei principi e delle regole della normativa di settore dell'Unione europea, che in particolare richiama gli Stati membri a prevedere la possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di applicare procedure aperte o ristrette, come disposto dalla direttiva 2014/24/UE

La presente circolare reca indirizzi interpretativi condivisi con la Presidenza del Consiglio dei ministri - Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi. Roma, 20 novembre 2023



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Il testo del nuovo piano del PNRR, riformulato e concordato dal Governo con la Commissione europea, dispone all'obiettivo M1C1-73QUATER: *"Circular on below-EU threshold procurement adopted and published on the Italian Official Journal. The circular shall clarify that contracting authorities can use open and restricted procedures for below-EU threshold procurement"*, che tradotto porta a considerare ***l'adozione di una Circolare che chiarisca che negli affidamenti sotto soglia comunitaria le stazioni appaltanti possono utilizzare le procedure aperte e ristrette previste per il sopra soglia.***



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

CIRCOLARE MIT 20 novembre 2023, n. 298

Chi è a favore....



L'ANAC ha subito accolto **positivamente** questa interpretazione. La circolare con la quale il MIT interviene sulle procedure sotto soglia (affidamenti diretti e procedura negoziata senza bando), innovando rispetto a quanto affermato col nuovo Codice degli Appalti e disponendo che **bisogna tenere conto non solo del principio di risultato, ma anche degli altri principi del Codice, tra cui quello di trasparenza**. E' quindi fatta salva la possibilità per le Stazioni Appaltanti di ricorrere a procedure selettive pubbliche e pubblicazione dei bandi, e che tutto va interpretato sulla base dei principi dell'UE. ANAC da ultimo eccepisce però che la circolare contiene una sostanziale innovazione che meriterebbe una modifica legislativa.

.... **chi non condivide in pieno la posizione.**

Il **Consiglio Nazionale degli Ingegneri**, di contro, esprime diverse perplessità. La circolare fornisce un'interpretazione del Codice dei Contratti che andrebbe **oltre all'interpretazione testuale del Codice**. L'articolo 50 prevederebbe chiaramente l'utilizzo di affidamenti diretti e procedure negoziate senza bando per gli appalti sottosoglia, **in quanto procedure espressamente pensate per velocizzare e semplificare i processi**. Senza contare il fatto che, come richiamato dall'ANAC, **una circolare non può cambiare una legge**.



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

DOMANDE

- QUANDO VA APPLICATO IL PRINCIPIO DI ROTAZIONE NEGLI APPALTI SOTTOSOGLIA?
- QUALI SONO I POSSIBILI CRITERI DI SELEZIONE PER LA DEFINIZIONE DELLE 5 DITTE CHE LA STAZIONE APPALTANTE INVITA ALLA GARA PER LAVORI ?

ROTAZIONE DEGLI AFFIDAMENTI E NON DEGLI INVITI

Art. 49 comma 2 riprende, innovandolo in alcuni punti, le Linee guida n.4: «In applicazione del principio di rotazione è **vietato l'affidamento o l'aggiudicazione di un appalto al contraente uscente nei casi in cui due consecutivi affidamenti** abbiano a oggetto una commessa rientrante nello stesso settore merceologico, oppure nella stessa categoria di opere, oppure nello stesso settore di servizi»

il principio di rotazione si applica con riferimento all'affidamento immediatamente precedente nei casi in cui i due consecutivi affidamenti abbiano ad oggetto una commessa:

- **stesso settore merceologico;**
 - **stessa categoria di opere;**
 - **nello stesso settore di servizi.**
- AI SENSI ART. 50, LETT. 1, C. B) D.LGS. 36/2023 SI PUÒ PROCEDERE SEMPRE ALL'AFFIDAMENTO DIRETTO PER AFFIDAMENTO SERVIZI O FORNITURE SOTTO I 140.000 EURO ANCHE CHIEDENDO UN PREVENTIVO AD UNA SOLA DITTA? anche senza consultazione di più operatori economici; scegliendo soggetti in possesso di documentate esperienze anche individuati tra gli iscritti in elenchi istituiti dalla SA



AFFIDAMENTI SOTTO SOGLIA COMUNITARIA AI SENSI D.LGS. 36/2023

DOMANDE

- APPALTI SERVIZI SOCIALI: E' POSSIBILE APPLICARE IL 5° D'OBBLIGO NEGLI AFFIDAMENTI DIRETTI DI SERVIZI SOTTOSOGLIA? **DIPENDE**
- IN CASO DI PROCEDURA NEGOZIATA OPPURE PER GLI AFFIDAMENTI DIRETTI IL CONTRATTO D'APPALTO, PUO' ESSERE SOSTITUITO MEDIANTE CORRISPONDENZA SECONDO L'USO COMMERCIALE, COSÌ COME PREVISTO DALL'ART. 18 COMMA 1 DEL CODICE? SE SÌ FINO A QUALE IMPORTO?

In caso di procedura negoziata oppure per gli affidamenti diretti, mediante corrispondenza secondo l'uso commerciale, consistente in un apposito scambio di lettere, anche tramite posta elettronica certificata o sistemi elettronici di recapito certificato qualificato

- SI RIFERISCE SOLO ALLA CASISTICA DI CUI ALL'ART. 50 COMMA 1 LETTERA D DEL DLGS 36/2023? LAVORI SOPRA 1.000.000,00 DI EURO?". **CON LA CIRCOLARE ESTESO A TUTTO IL SOTTO SOGLIA**