



Lo strano caso dell'affidamento diretto procedimentalizzato

di Vito Pagliarulo*

4 novembre 2025

Sommario: 1. Premessa. - 2. L'affidamento diretto "puro" e l'affidamento diretto "procedimentalizzato" o "mediato" - 3. La giurisprudenza - 4. La dottrina - 5. Un differente approccio - 6. Conclusioni.

1. Premessa

*"Sia sul piano scientifico che su quello morale, venni dunque gradualmente avvicinandomi a quella verità, la cui parziale scoperta m'ha poi condotto a un così tremendo naufragio: l'uomo non è veracemente uno, ma veracemente due"*¹.

Così si esprimeva Rober Louis Stevenson scrivendo della sua più famosa creatura.

Si tentava di racchiudere, in quell'espressione, lo stato di confusione – se non, addirittura, lo smarrimento - infuso nell'osservatore al disvelarsi di una natura dicotomica il cui principale e più immediato effetto è quello di infrangere gli schemi prefissi e quindi imporre interrogativi necessari.

Per quanto ardito possa apparire il confronto, esistono istituti giuridici in cui, come per Hyde in Jekyll, si cela una natura alternativa a quella solitamente predicata; una che mal si concilia, a volte, con le dinamiche che, a stretto rigor di norma, le sarebbero proprie e che sovente trovano nell'operato dell'interprete la pozione da cui scaturisce la temporanea "metamorfosi".

L'istituto dell'affidamento diretto, così come declinato nell'attuale assetto del Codice dei Contratti pubblici, assume sotto questo profilo caratura esemplificativa ed esprime appieno tutta la problematicità che, non tanto dal tenore testuale della norma, quanto piuttosto dalla sua interpretazione ed attuazione, tende a scaturire.

Esattamente come per il creatore che, temendo la propria stessa creatura, giunge inevitabilmente ad abusarne snaturandone la natura, anche per l'istituto in parola si è

* Avvocato esperto in materia di contratti pubblici, attualmente in forze all'agenzia regionale per il diritto allo studio universitario della Regione Puglia con funzioni, fra le altre, di Responsabile Unico del Procedimento e Direttore dell'esecuzione in appalti di rilevanza comunitaria. Già docente in materie giuridiche per corsi di formazione presso enti pubblici e operatori privati, nonché membro di Organismi di Vigilanza costituiti ex d.lgs. 231/01 e Data Protection Officer giusto GDPR – regolamento 2016/679. Contributo sottoposto a blind peer review

¹ Lo strano caso del Dr. Jekyll e del Sig. Hyde, traduzione di Carlo Fruttero e Franco Lucentini, Collana Scrittori tradotti da scrittori n.2, Einaudi, 1983, p. 129, ISBN 88-06-56093-X.



assistito di recente ad una manifesta distorsione determinata dal ricorso a forme esasperate di burocrazia difensiva da parte dagli operatori chiamati ad attuarlo.

Tale fenomeno, associato ad una Giurisprudenza purtroppo spesso rivolta ad assiomatizzare conclusioni speculative, più che a fornire utili spunti sul piano empirico, ha condotto a rendere l'istituto in parola, che nelle intenzioni del legislatore avrebbe dovuto favorire celerità ed immediatezza, una sorta di creatura bicefala e tutt'altro che di agevole intellegibilità.

2. L'affidamento diretto "puro" e l'affidamento diretto "procedimentalizzato" o "mediato"

E' bene puntualizzare, in prima battuta, come l'espressione "affidamento diretto procedimentalizzato" (o "mediato") e la distinzione di quest'ultimo rispetto al c.d. "affidamento diretto puro", costituisca il parto (malriuscito) di un approccio giurisprudenziale² e dottrinale in cui, come si vedrà, è possibile tracciare un rapporto di proporzionalità inversa fra i picchi di raffinatezza accademica raggiunti sotto il profilo formale e i baratri di attenzione e coerenza tracciati sotto il profilo sostanziale.

A ben vedere, difatti, non vi è passaggio del d.lgs. 36/2023, al lordo del correttivo di cui al d.lgs. 209/2024, che faccia menzione di tali figure, né che possa ingenerare l'idea dell'istituto in parola come di un'entità bicefala declinabile, come appunto fatto dall'Interprete, a seconda di un presunto differente grado di "purezza" ovvero, al contrario, di "procedimentalizzazione".

Una prima distinzione fra le figure di "affidamento diretto puro" e "affidamento diretto mediato" (o "impuro", o "mediato", o "comparativo"), scaturisce dall'analisi dell'art. 36 del D.lgs. 50/2016. La categorizzazione, sotto l'imperio del vecchio codice, appariva giustificata prevalentemente dalla necessità di tenere distinte le ipotesi di affidamenti di importo inferiore ai 40.000,00 euro per cui non vi era alcun dovere di consultazione di due o più operatori economici, e gli affidamenti di importo compreso fra i 40.000,00 euro ed i 150.000,00 euro, per cui, invece, risultava obbligatoria la valutazione di almeno 3 preventivi per i lavori, ovvero di almeno 5 per i servizi e forniture³.

È interessante notare, inoltre, come l' "affidamento diretto" nel d.lgs. 50/2016, non godesse di una specifica definizione. Esso risultava, al più, sussumibile nella nomenclatura di cui all'art. 3, c.1, lett. rrr)⁴, il quale, nell'espone il significato del termine "affidamento" rimandava a tutte le procedure dirette a realizzare – appunto – "l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto".

² Cfr. *ex multis* Consiglio di Stato, sez. V, 15.01.2024 n. 503.

³ Art. 36, c. 2, lett. a) e b), d.lgs. 50/2015

⁴ Art. 3, c.1, lett. rrr), D.lgs. 50/2016 "«procedure di affidamento» e «affidamento», l'affidamento di lavori, servizi o forniture o incarichi di progettazione mediante appalto; l'affidamento di lavori o servizi mediante concessione; l'affidamento di concorsi di progettazione e di concorsi di idee"



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Sotto l'imperio del precedente Codice, insomma, l'affidamento diretto non integrava una figura a sé stante, ma era pacificamente riconosciuto come un procedimento di natura selettiva attivabile per gli appalti sottosoglia, il quale, benché semplificato ed accelerato, al pari delle altre procedure di affidamento avrebbe dovuto rispondere ai principi propri delle procedure comparative⁵.

L'affidamento diretto, in altri termini, ed in particolare quello riferito ad appalti di valore eccedente i 40.000 euro, dava luogo all'avvio di una procedura concorrenziale fra gli operatori economici interpellati ed imponeva alla Committente di operare secondo regole e criteri ponderali, predeterminati e conoscibili, in forza dei quali condurre il confronto competitivo e legittimare, in ultimo, la scelta del soggetto affidatario.

Sul punto non sorgeva dibattito, né in sede giurisprudenziale né in ambito accademico, anzi, la chiara riconducibilità dell'affidamento diretto alla categoria delle procedure di gara era consacrato in termini palmari nelle linee guida ANAC n. 4 di attuazione del Decreto Legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recanti "Procedure per l'affidamento dei contratti pubblici di importo inferiore alle soglie di rilevanza comunitaria, indagini di mercato e formazione e gestione degli elenchi di operatori economici"⁶, le quali dettavano puntuali regole volte a proceduralizzare rigorosamente l'attività di selezione nell'ambito della procedura di cui all'art. 36, c.2, lett. b, D.lgs. 50/2016, in ossequio ai principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza⁷.

In un contesto normativo che, in ragione del valore dell'affidamento, consentiva l'applicabilità dell'istituto in parola in termini differenziati, poteva apparire condivisibile coniare una distinzione terminologica che potesse rimandare alle due differenti declinazioni. Le citate definizioni, di origine giurisprudenziale e dottrina, assumevano, insomma, il fine più immediato di distinguere i casi in cui la committente potesse operare con piena discrezionalità, da quelli in cui l'affidamento diretto avrebbe obbligatoriamente

⁵ L'art. 36 D.lgs. 50/2016, difatti, al comma 1, operava l'espresso rinvio ai principi di cui all'art. 30, comma 1 del d.lgs. n. 50/2016 (ovvero: economicità, efficacia, tempestività, correttezza, libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalità, pubblicità), nonché nel rispetto del principio di rotazione e in modo da assicurare l'effettiva possibilità di partecipazione delle microimprese, piccole e medie imprese. Significativo, per quanto di interesse, appare in particolare l'espresso richiamo ai principi di libera concorrenza, non discriminazione, pubblicità i quali non avrebbero avuto rilievo se si fosse ritenuto che l'affidamento diretto non desse luogo al confronto competitivo fra gli operatori economici interpellati.

⁶ Le linee guida ANAC n. 4, nel trattare le procedure di affidamento diretto di valore eccedente i 40.000 euro, riservano l'intero paragrafo n. 5.2. al "*confronto competitivo*" da instaurarsi successivamente all'individuazione degli operatori da interpellare.

⁷ Linee guida ANAC n. 4, punto 5.2.1., "*Una volta conclusa l'indagine di mercato e formalizzati i relativi risultati, ovvero consultati gli elenchi di operatori economici, la stazione appaltante seleziona, in modo non discriminatorio gli operatori da invitare, in numero proporzionato all'importo e alla rilevanza del contratto e, comunque, in numero non inferiore a quanto previsto dall'articolo 36, comma 2, lettera b) del Codice dei contratti pubblici. Nell'avviso pubblico di avvio dell'indagine di mercato ovvero di costituzione dell'elenco, la stazione appaltante indica i criteri di selezione, che devono essere oggettivi, coerenti con l'oggetto e la finalità dell'affidamento, e nel rispetto dei principi di concorrenza, non discriminazione, proporzionalità e trasparenza*"



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

dovuto costituire l'approdo di un procedimento comparativo retto da regole e condizioni predeterminate.

L'accennata ratio della distinzione, tuttavia, tende a sbiadire se invece rapportata all'attuale assetto normativo.

L'art. 50 del D.lgs. 36/2023, difatti, non ha conservato l'impostazione bifida precedentemente riservata – come visto – all'istituto in parola. Nel nuovo codice, difatti, non ha trovato dimora lo scaglione di cui al precedente art. 36, c. 2, lett. a) d.lgs. 50/2016 (affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro) e conseguentemente la distinzione rispetto al caso trattato alla successiva lett. b) del medesimo articolo (affidamenti diretti di importo pari o superiore a 40.000 euro e inferiore a 150.000 euro per i lavori, o alle soglie di cui all'articolo 35 per le forniture e i servizi).

In effetti, il Legislatore del 2023, rifacendosi a quanto già previsto dall'art. 1, comma 2, del decreto-legge n. 76 del 2020 (il quale, in piena fase emergenziale, aveva derogato al codice del 2016, semplificando le procedure di affidamento diretto), ha inteso confermare l'attitudine a svincolare detta tipologia di affidamento da sovrastrutture ed orpelli formalistici, legittimando un più celere ed agevole ricorso all'istituto ed è significativo che tale finalità sia stata perseguita estendendo di fatto la disciplina già prevista per gli affidamenti diretti di minor importo a tutti quelli per cui risulti possibile il ricorso all'istituto in questione.

Nell'attuale contesto, quindi, tutti gli affidamenti diretti sono soggetti alla medesima normativa (salvo la differenza delle soglie di valore mantenuta fra i lavori ed i servizi) e per nessuno degli stessi è imposto come obbligatorio il ricorso alla previa consultazione a più operatori economici. È legittimo chiedersi, allora, se abbia ancora un senso (ed ancor prima, se sia addirittura legittimo) perorare la distinzione fra affidamento diretto "puro" e affidamento diretto "procedimentalizzato" o "mediato".

3. La giurisprudenza

Numerose sono le occasioni in cui il G.A. è stato chiamato ad interessarsi della questione ed è certamente significativo che nella quasi totalità dei casi ed in termini ampiamente condivisi, i vari Tribunali abbiamo riaffermato il principio secondo cui la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori, non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dall'Amministrazione circa la rispondenza dei prodotti offerti alle proprie esigenze.⁸

⁸ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 503 del 15.01.2024; Cons. di Stato, Sez. IV, 23.04.2021 n. 3287; in termini, TAR Campania Napoli, Sez. III, 04.02.2025, n.909; TAR Lombardia, Milano, IV, 11 giugno 2024, n. 1778; TAR Venezia, Sez. I, 13.06.2022 n. 981; TAR Basilicata, Sez. I, 11.02.2022 n. 108; TAR Marche, Sez. I, 07.06.2021 n. 468.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

Occorre dar conto, in ogni caso di una corrente, fortemente minoritaria, secondo cui, invero, l'affidamento diretto espletato previa richiesta di offerte da presentarsi secondo regole tecniche e procedurali definite a monte dalla stessa amministrazione procedente, implicherebbe inevitabilmente l'intento della Committente di dar corso a un confronto competitivo fra gli aderenti all'invito. Ne deriverebbe che, a prescindere dal nomen juris attribuitole, la procedura dovrebbe seguire i principi in materia di parità di trattamento degli operatori partecipanti alla gara a cui, del resto, lo stesso art. 50, comma 1, fa riferimento nel prevedere il rispetto dei principi comuni contenuti all'interno del Libro I, Parti I e II del codice dei contratti pubblici⁹.

Particolarmente significativa sotto questo profilo appare, da ultimo, la pronuncia del TAR Sardegna n. 793/2025, la quale si lascia apprezzare non solo in termini sostanziali per i canoni interpretativi che si pongono in parziale discontinuità con l'indirizzo prevalente, ma anche sotto l'ulteriore profilo per cui il Giudice stesso, nell'argomentare la propria decisione, si riferisce alla procedura di affidamento diretto procedimentalizzato richiamando espressioni proprie dell'evidenza pubblica¹⁰.

Il ricorso a dette espressioni, il quale non può certo ritenersi casuale o frutto di sviste clamorose, lascia ben intendere come lo stesso Interprete inizi a rinforzare l'appello ai principi di autovincolo, par condicio, e trasparenza, i quali, in caso di procedimentalizzazione dell'affidamento assumono la funzione di antidoto al rischio di degenerazione della discrezionalità in arbitrio; in questo riecheggiando, a dire il vero, convinzioni che, come precedentemente accennato, già figuravano sparse fra la giurisprudenza minoritaria.

Sembra, quindi, che anche in sede interpretativa si vada affermando la consapevolezza per cui la fissazione di canoni oggettivi di partecipazione e selezione, quand'anche non necessari a stretto rigor di norma, comporti l'inevitabile virata dell'affidamento diretto verso rotte più consone alle procedure competitive, giungendo a trovare ampi margini di contiguità con le stesse.

Come anticipato, tuttavia, quest'ultima rimane espressione di una corrente ancora oggi residuale ed integralmente obliterata dallo stesso Garante il quale, invece, ha dimostrato di condividere l'indirizzo ermeneutico maggioritario, avendolo espressamente richiamato nel proprio Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro ai sensi del d.lgs. 36/2023.

È altresì vero, tuttavia, che sempre l'Autorità, nell'ambito del medesimo Vademecum, abbia ritenuto di dover mitigare l'ampio margine di discrezionalità riconosciuto al RUP nella scelta delle modalità di attuazione dell'affidamento diretto. In tal senso dev'essere

⁹ Cfr. T.A.R. Friuli-Venezia Giulia n. 52 del 16 febbraio 2023, T.A.R. Abruzzo n. 410 del 17 novembre 2022.

¹⁰ Reiterati, nella richiamata sentenza, risultano i richiami ai concetti di "legge di gara", "commissione di gara", "documentazione versata in gara", "lex specialis".



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

letto richiamo riservato ai principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato sui quali, fra gli altri applicabili all'istituto in parola, il Garante ha inteso porre particolare enfasi. Secondo quanto da ultimo affermato dal quest'ultimo, difatti, si *"impone, tra l'altro, alle stazioni appaltanti e agli enti concedenti di perseguire il risultato dell'affidamento del contratto con la massima tempestività"* e senza dar corso a forme di aggravamento del procedimento amministrativo¹¹.

Cionondimeno, l'insegnamento su cui il Garante ha inteso esprimere piena condivisione coincide con quello confermato in ambito di esegesi giurisprudenziale. Anche l'ANAC, difatti, afferma che la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto sia legittima e non trasformi la procedura in una gara, né abilita i soggetti che non siano stati selezionati a contestare le valutazioni effettuate dalla P.A.¹²

In linea con i richiamati precipitati si annovera anche l'intervento del Ministero delle Infrastrutture e dei Trasporti il quale di recente non ha mancato di riaffermare quanto già espresso dalla prevalente giurisprudenza e dall'ANAC, puntualizzando, inoltre, che *"il preventivo non è un'offerta formale, e la relativa richiesta è finalizzata alla motivazione del successivo affidamento, in rapporto alla dimostrazione della sussistenza delle esperienze nonché della congruità del prezzo di quella che sarà poi l'offerta individuata. Ciò comporta che la stazione appaltante in maniera legittima può instaurare la procedura attraverso le modalità ritenute più opportune, seppur nel rispetto dei principi di adeguatezza e proporzionalità e di quanto specificato all'art. 35 del d.lgs. 36/2023"*¹³

L'analisi della giurisprudenza formatasi sul punto sembra, pertanto, non lasciare adito a molti dubbi. La risposta che, ad oggi, l'Interprete ha fornito risulta, nella quasi totalità dei casi, rivolta ad affermare che, anche in vigenza del nuovo codice, permane la piena legittimità della scelta operata dal RUP di procedimentalizzare l'affidamento diretto e soprattutto a confermare che, quand'anche "procedimentalizzato", l'affidamento diretto non sia assimilabile ad una procedura di piccola evidenza pubblica¹⁴.

4. La dottrina

La linea di demarcazione fra la procedura di gara e l'affidamento diretto procedimentalizzato, secondo autorevole dottrina, sarebbe da ravvisare nel differente grado di istruttoria in cui il RUP, nell'esercizio del proprio legittimo margine di discrezionalità, si sarebbe cimentato prima di giungere all'affidamento¹⁵.

¹¹ Cfr. Vademecum informativo per gli affidamenti diretti di lavori di importo inferiore a 150.000,00 euro, e di forniture e servizi di importo inferiore a 140.000 euro, secondo cui *"agli affidamenti diretti si applicano i principi generali di cui agli artt. da 1 a 11 del d.lgs. 36/2023 ed in particolare i principi del risultato, della fiducia e dell'accesso al mercato"*.

¹² cfr. Parere ANAC n. 410 del 11 settembre 2024; Parere ANAC n. 424 del 19 settembre 2023

¹³ Parere del MIT, Servizio Supporto Giuridico, n. 3225 del 30/01/2025.

¹⁴ cfr. Consiglio di Stato, sez. V, n. 503 del 15.01.2024; Consiglio di Stato, sez. IV, n. 3287/2021

¹⁵ S. USAI, *Gli affidamenti diretti e la questione della "mera procedimentalizzazione"*, in *Le Autonomie*, 26.08.2024, secondo cui il RUP, nell'ambito della procedura in discussione, *"ha, infine, (se si ammette la*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

A supporto di tale conclusione, parrebbe porsi la già richiamata giurisprudenza formatasi in materia la quale appare granitica nell'affermare che la mera procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, mediante l'acquisizione di una pluralità di preventivi e l'indicazione dei criteri per la selezione degli operatori non trasforma l'affidamento diretto in una procedura di gara.

Se per procedimentalizzazione, in altri termini, si intende il tentativo di infondere all'affidamento diretto una veste di ritualità che normativamente non le è attribuita e se essa trova la sua ragion d'essere nell'intento, tramite l'introduzione di una serie di parametri regolamentari, di "oggettivizzare" il processo di scelta dell'operatore economico senza gara, allora, secondo la richiamata dottrina, è coartata la conclusione per cui la decisione in merito, oltre ad essere in ogni caso legittima, ricadrebbe integralmente nell'alveo della discrezionalità del RUP.

L'affermarsi di tale conclusione, tuttavia, ha condotto necessariamente all'apertura di un ulteriore panorama di indagine: riconoscere al RUP la libertà di decidere se "procedimentalizzare" o meno un affidamento diretto ha imposto di interrogarsi in merito all'ampiezza di tale libertà ed alle corrette condizioni di esercizio della stessa.

Occorre rammentare, difatti, che, a mente dell'art. 3, comma 1, lettera d), dell'allegato I.1 d.lgs. 36/2023, l'affidamento diretto deve svolgersi senza una procedura di gara e secondo piena discrezionalità della stazione appaltante. Ogni iniziativa assunta dal RUP atta a sviare da detti canoni dovrebbe ritenersi inammissibile ed attuata in violazione di legge. L'attribuzione del mero *nomen juris*, infatti, non è di per sé significativo, se poi, nella pratica, ciò a cui si è dato seguito è una vera e propria procedura comparativa o gara informale, mascherata da affidamento diretto.

Molto interessante, sotto questo profilo è il contributo fornito da parte della dottrina, la quale, nel tentativo di illustrare il perimetro entro il quale un affidamento diretto procedimentalizzato non rischi assumere nella sostanza i connotati della procedura di gara

legittimità della procedimentalizzazione) tre possibilità istruttorie: A. ridurre a schema essenziale l'affidamento diretto, ovvero scegliere attingendo anche dalla sua esperienza contrattuale (banca dati) o da quella di altri (per non utilizzare elenchi/albi etc). Sempre nell'ambito del quadro/cornice di riferimento dalla previa verifica dell'inesistenza dell'interesse transfrontaliero, dal rispetto della rotazione, dalla verifica sui requisiti alla congruità della prestazione/prezzo rispetto al risultato cui deve tendere. B. il RUP può utilizzare uno schema meno essenziale popolandolo l'istruttoria con l'innesto di una indagine di mercato e quindi, interpellando più operatori in modo, come detto, asimmetrico. Ma questa non può essere definita mera procedimentalizzazione, la procedimentalizzazione è altra cosa come adesso si dirà. C. la procedimentalizzazione – terza ipotesi – è la conduzione dell'istruttoria, da parte del RUP, in modo più articolato (ad esempio, si pensi al caso dell'avviso pubblico a manifestare interesse – non richiesto nell'affidamento diretto – con invito/interpello – secondo una discrezionalità tecnica – dei requisiti fissati a monte – di operatori o scelti discrezionalmente o sulla base, appunto, di requisiti/criteri fissati a monte). Questa procedimentalizzazione, appunto, se condotta con automatismi non muta l'affidamento diretto».



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

informale, ha ritenuto di tracciarne il confine ricorrendo al parametro dell'asimmetria degli interpelli e della valutazione degli stessi¹⁶.

Partendo dal presupposto per cui *"Il riferimento all'interpello rende bene il fatto che, in realtà, nell'affidamento diretto il RUP può consultare/interpellare gli operatori economici in modo asimmetrico ovvero prescindendo da ogni collegamento l'uno dall'altro (interpellandone uno, poi passando ad uno successivo etc)"*¹⁷, questa tesi giunge a concludere che l'unico elemento su cui possa tollerarsi la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto, senza che ciò implichi il rischio di mutare l'istituto in una gara informale, è la richiesta simultanea di preventivi da parte del RUP.

Quest'ultimo, in altri termini, sarebbe sì libero di procedimentalizzare l'affidamento diretto, ma esclusivamente al fine di delineare le regole per l'acquisizione simultanea (e non asincrona) dei preventivi e sempre a condizione che la valutazione degli stessi avvenga in maniera del tutto indipendente l'uno dall'altro.

Se si condividesse tale posizione, si dovrebbe giungere ad affermare che le regole poste in sede di procedimentalizzazione valgano ad oggettivizzare non i criteri e le modalità di valorizzazione dei preventivi pervenuti (i quali comunque non dovrebbero essere passibili di confronto l'un con l'altro), ma esclusivamente i parametri redazionali degli stessi.

Il tentativo di derubricare la procedimentalizzazione negli affidamenti diretti a mera definizione di istruzioni redazionali, tuttavia, non convince.

In primo luogo, difatti, essa appare immediatamente come un tentativo di distorsione del concetto stesso di "procedimentalizzazione" che, nelle parole e nell'intento del G.A., ha assunto di certo una valenza ed un'ampiezza di caratura ben differente rispetto a quella della mera indicazione di regole compilatorie o addirittura dalla mera indicazione della tempistica di trasmissione dei preventivi.

In secondo luogo, poi, non ci si può esimere dall'interrogarsi su quale effettiva utilità e quale valenza oggettivante possa avere un insieme di regole volte a definire esclusivamente aspetti formali e non sostanziali della procedura.

Nel medesimo solco e convergendo sempre verso l'obiettivo di fornire parametri operativi adeguati a segnare il *discrimen* tra affidamento diretto e procedura di gara informale, si pone il tentativo, operato da altri autori¹⁸, volto ad enfatizzare l'importanza della

¹⁶ P. GIRLANDO, *L'affidamento diretto "procedimentalizzato" non esiste*, in *Le Autonomie*, 19.09.2024: *"Riteniamo che, nel contesto di un affidamento diretto, la procedimentalizzazione debba riguardare, se proprio si ritiene opportuno avvalersene, solo la simultaneità (simmetricità) degli interpelli, senza per questo stabilire dei criteri selettivi che fungono da parametri di competizione"*.

¹⁷ S.Usai, op.cit.

¹⁸ S. BIANCARDI, *Negoziare "travestite" da affidamenti diretti: gli errori terminologici e sostanziali da evitare*, in *Le Autonomie*, 01.07.2024, secondo il quale *"Evitare di incorrere in procedure negoziate sostanziali che tengono luogo agli affidamenti diretti è possibile, basta adottare i necessari accorgimenti che consentono di arginare le ambiguità di cui si è detto. È chiaro che il RUP deve utilizzare tutte le attenzioni e cautele del caso"*.



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

terminologia utilizzata dal RUP e la necessità di eliminare “ambiguità” per – evidentemente – manifestare appropriatamente la volontà dell’Amministrazione¹⁹.

Anche in questo caso, la tesi appare troppo squilibrata nel valorizzare profili formali e l’utilizzo di un lessico adeguato che tuttavia, pur assumendo certamente la sua rilevanza, da solo non può di sicuro ovviare a possibili distorsioni dell’istituto le quali, al di là del vocabolario, ne mutino la natura sotto il profilo sostanziale.

Altri autori, inoltre, per dirimere il medesimo quesito, hanno invece ritenuto di porre l’attenzione sulla netta differenza che ricorrerebbe fra l’acquisizione di un preventivo e la ricezione di un’offerta, facendo leva, in particolare, sulla valenza meramente istruttoria ed in alcun modo obbligatoria dei primi rispetto alle seconde²⁰.

La tesi in questione si distingue per delineare una dicotomia fra “offerta” e “preventivo” prevalentemente incentrata sulla natura vincolante della prima rispetto alla valenza meramente “istruttoria” e precontrattuale della seconda.

Detta posizione, tuttavia, a parere dello scrivente, si espone almeno ad un duplice ordine di eccezioni. In primo luogo, difatti, non si condivide l’assioma secondo cui *“l’offerta in una gara è una vera e propria proposta contrattuale ai sensi dell’articolo 1326 del codice civile e che il bando costituisce un vero e proprio invito ad offrire, che sottende l’impegno della PA procedente (ecco che scatta la procedura) a sottoscrivere il contratto con la proposta contrattuale – leggasi offerta – migliore tra tutte quelle compulsate dal bando, avviso o lettera”*. L’affermazione, difatti, è smentita dal chiaro tenore dell’art. 108, c.10, d.lgs. 36/2023 secondo il quale costituisce facoltà della Stazione Appaltante quella di non aggiudicare ove ritenga l’offerta non conveniente o idonea rispetto all’oggetto dell’appalto. All’offerta, quindi, non può essere riconosciuto quel necessario carattere vincolante che, secondo la tesi in parola, la distinguerebbe dal mero preventivo.

In seconda battuta, poi, si potrebbe obiettare che, a stretto rigor di norma, anche il preventivo, esattamente come predicato per l’offerta, assume i connotati di una proposta contrattuale ai sensi dell’art. 1326 c.c., tant’è vero che, a prescindere dal suo grado di definizione, l’accettazione dello stesso implica l’instaurazione, a tutti gli effetti, di un vincolo contrattuale.

Come visto, ciascuna delle richiamate teorie presenta criticità dalla cui analisi sembra potersi risalire al vizio originale da cui tutte promanano. Lo strenuo - e sotto certi aspetti, anche ammirevole - tentativo di conciliare il tenore testuale dell’attuale codice con

¹⁹ La tesi in questione sembra trovare conferma in alcune recenti pronunce in cui lo stesso G.A. ha inteso porre particolare enfasi sul tenore letterale degli atti introduttivi della procedura, in cui risultava esplicitata “la volontà dell’amministrazione di ricorrere ad una modalità di affidamento diretto e non ad una procedura di carattere comparativo” (cfr. TAR Lombardia – Milano, IV, n. 1778 del 2024, Tar Lombardia, Milano, sez. IV, sent. n. 2968/2023)

²⁰ L. OLIVIERI, *Il confine tra affidamento diretto e procedimentalizzazione? Il momento della proposta contrattuale*, in *Le Autonomie*, 01.10.2024: “Se non si comprende che l’acquisizione di un preventivo è operazione totalmente diversa dalla ricezione di un’offerta, risulta impossibile ogni passo in avanti”.



l'interpretazione dell'istituto fornita dal G.A. (spesso poco aderente al dettato normativo e di certo indifferente alle questioni operative), ha condotto la dottrina a dover individuare soluzioni idonee a consentire, per un verso, di tener fermo l'assioma enunciato dall'Interprete della legittimità della procedimentalizzazione nell'affidamento diretto, mentre per altro di tenere indenne, pur in caso di procedimentalizzazione, la natura non competitiva ed estranea ad ogni connotato di concorrenzialità dell'istituto in parola.

5. Un differente approccio

Tende a sedimentarsi, dopo la lettura dei contributi di dottrina e giurisprudenza, una sensazione d'eccessivo teoreticismo nell'approccio riservato da interpreti ed autori alla questione. Appare, in altri termini, che gran parte degli sforzi profusi nello studio e nell'esegesi dell'istituto abbiano di fatto sorvolato quello che in realtà, a parere di chi scrive, rappresenta il vero punto nodale della problematica e da cui non può che prendere l'abbrivio l'analisi del fenomeno che ci interessa.

È indubitabile, difatti, che il ricorso alla procedimentalizzazione dell'affidamento diretto da parte dei RUP - spesso anche molto marcata e spinta sotto il profilo formale - costituisca il corollario diretto di un approccio all'istituto in questione connotato più dal timore dello strumento che dalla consapevole conoscenza dello stesso.

La scelta di procedimentalizzare l'affidamento diretto, in altri termini, piuttosto che alla necessità di dare attuazione ai canoni di tempestività, economicità ed efficienza, a cui la procedura in parola dovrebbe tendere nelle intenzioni del Legislatore, sembra rispondere alla volontà dei RUP di ridurre al minimo il proprio stesso ambito di discrezionalità nell'illusoria convinzione che ciò possa mettere al riparo da eventuali addebiti²¹.

La domanda da porsi, quindi, è se ed in quale misura le dinamiche testé illustrate possano ritenersi coerenti (e quindi legittime) rispetto alla veste dell'istituto così come intessuta dal codice del 2023.

Si è già avuto modo di rammentare come l'art. 3, c.1, lett. d), all.I.1, del d.lgs. 36/2023 abbia voluto espressamente sottrarre l'affidamento diretto dal novero delle procedure di gara e ciò proprio nell'ottica di scongiurare il rischio della "burocrazia difensiva"²² ed

²¹ In questo senso molto significativi risultano P. Girlando *"Il cortocircuito logico dietro all'affidamento diretto procedimentalizzato"*, in *Diritto e Società*, numero 4/2024, pag. 69 e S. Usai, *"Procedimentalizzare è un approccio "atavico" alle gare"*, in *Le Autonomie*, 01.10.2025.

²² Cfr. Relazione illustrativa al Codice, pag. 29: *"Sul piano della definizione delle procedure e degli strumenti (articolo 3), si segnala l'innovativa definizione dedicata all'affidamento diretto, che chiarisce che non si tratta di una procedura di gara, neanche nel caso di previo interpello di più operatori economici, il che, nell'ottica di scongiurare il rischio della "burocrazia difensiva", segna anche il definitivo superamento dell'indirizzo giurisprudenziale che, in caso di affidamento diretto "comparativo", ha ritenuto applicabile l'art. 353-bis c.p."*.

L'indirizzo giurisprudenziale cui fa riferimento la Relazione illustrativa è quello, affermato fra le altre nella sentenza Cassazione Penale n. 7264/2022, in forza del quale *"in caso di affidamento diretto, il delitto previsto dall'art. 353-bis c.p.: a) è configurabile quando la trattativa privata, al di là del nomen juris,*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

agevolare l'esercizio consapevole di quel potere discrezionale che, se correttamente espresso, consente di perseguire l'interesse pubblico con celerità, efficacia ed economicità, evitando inutili aggravamenti del procedimento.

Appare chiaro, peraltro, come l'intento del Legislatore del 2023 fosse anche quello di ridurre i rischi di sindacato da parte dell'autorità giudiziaria in merito all'operato e alle scelte dell'Amministrazione²³.

Ciononostante, la condotta degli operatori pubblici non sembra molto cambiata poiché, nella gran parte dei casi, ancora tesa alla ricerca della formalizzazione e della "oggettivizzazione" della procedura, quasi che questo fosse l'unico modo per attuare i necessari parametri di trasparenza ed imparzialità nella scelta.

La reiterazione di tale prassi, tuttavia, non può più essere tollerata, tenuto conto che essa conduce inevitabilmente a negare la natura stessa dell'istituto in parola e con ciò finisce non solo con il risultare inconciliabile con il chiaro dettato normativo, ma vieppiù giunge a frustrare le finalità cui esso deve intendersi rivolto, esponendo l'operatore, peraltro, a quella pletora di addebiti dai quali il Legislatore del 2023 aveva inteso renderlo immune. La scelta di procedimentalizzare l'affidamento diretto porta con sé una serie di inevitabili conseguenze a cui l'Amministrazione procedente non può sottrarsi, ma che non possono essere considerate conciliabili con la novellata disciplina della procedura in questione.

Il principio dell'autovincolo, in primo luogo, ingiunge alla Committente di osservare scrupolosamente la disciplina autoimposta, sia in termini di ammissibilità delle varie proposte, sia in termini di preferenza all'atto della scelta²⁴. Ciò evidentemente limita e comprime, a volte addirittura azzerandola, ogni forma di discrezionalità che invece, per

prevede, nell'ambito del procedimento amministrativo di scelta del contraente, una "gara", sia pure informale, cioè un segmento valutativo concorrenziale"

²³ In tal senso depone la circostanza per cui la prevalente giurisprudenza, come già rammentato, asserisce che, nell'ambito di procedure di affidamento diretto, la scelta dell'operatore "anche nel caso di previo interpello di più operatori economici" è "operata discrezionalmente dalla stazione appaltante" (art. 3, allegato I.1), esclude il sindacato del giudice amministrativo. Parimenti dicasi relativamente alla volontà espressa dal Legislatore di neutralizzare l'applicabilità dell'art. 353-bis c.p. all'istituto in parola.

²⁴ Cfr. sul punto Consiglio di Stato, sez. V, 24.05.2024 n. 4659, che, proprio in merito ad una procedura di affidamento diretto, ha avuto modo di affermare che: "*secondo il principio dell'autovincolo, la Stazione appaltante è tenuta a rispettare le regole che, nell'esercizio del proprio potere discrezionale, ha deciso di porre a presidio dello svolgimento della procedura di gara, in ragione dei principi dell'affidamento e della parità di trattamento tra i concorrenti. Il criterio di aggiudicazione di un appalto pubblico prescelto dalla Stazione appaltante in una procedura comporta sempre che la stessa è obbligata al rispetto della legge di gara, sicché l'individuazione del contraente deve avvenire sulla scorta delle regole prescelte. Nel caso di specie, l'Amministrazione si è avvalsa della possibilità dell'affidamento diretto ai sensi dell'art. 1, comma 2, del D.L. n. 76 del 2020, convertito con legge n. 120 del 2020, ma ciò, diversamente da quanto sostenuto dall'appellante, non fa venire meno l'obbligo del rispetto della legge di gara (c.d. autovincolo). Il rispetto dell'autovincolo, giova ribadire per ragioni di completezza espositiva, è confermato anche dal vigente codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 36 del 2023) che fra i principi fondamentali annovera quello dell'affidamento e della buona fede, per cui occorre tutelare l'affidamento dell'operatore economico sul legittimo esercizio del potere amministrativo (art. 5 del d.lgs. n. 36 del 2023)"*



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

espressa previsione normativa, dovrebbe sempre sovrintendere a questa forma di affidamento.

La necessità poi, di avviare una vera e propria valutazione comparativa fra i vari preventivi alla luce dei criteri di valorizzazione posti all'atto della procedimentalizzazione, implica la necessaria infusione nell'affidamento diretto di una natura competitiva e concorsuale la quale, a rigor di norma, non le appartiene²⁵. Ciò, peraltro, - e questo è forse l'effetto che sfugge maggiormente - espone l'operatore ed il suo operato a sindacato giudiziale non solo in sede amministrativa ma, ove del caso, anche in sede penale. Ne deriva il paradosso per cui stesse le misure che, nelle intenzioni dell'operatore, dovrebbero immunizzare da addebiti sono quelle che invece ne divengono la maggior causa.

Giova inoltre rilevare che la necessità di imbastire e portare a compimento tutte le attività inevitabilmente conseguenti alla scelta di procedimentalizzare l'affidamento diretto (redazione e formalizzazione delle regole della procedura, verifica dei requisiti degli offerenti, comparazione delle diverse proposte pervenute), implica fatalmente un aggravamento del procedimento ed una significativa dilatazione della tempistica di affidamento, con il diretto sacrificio delle esigenze di celerità, semplificazione ed efficienza.

Ne deriva che, nel momento stesso in cui, benché non coartato dalla legge, il RUP decida deliberatamente di conferire all'affidamento diretto una veste di ritualità che normativamente non gli appartiene, il rischio di deragliare dai canoni posti dal Legislatore del 2023 diviene sostanzialmente certo.

Tale decisione, pertanto, oltre a non essere in alcun modo suffragata dal tenore della vigente normativa di settore, si pone in patente conflitto con il principio generale di non aggravamento del procedimento amministrativo di cui all'art. 1, c. 2, Legge 241/1990, nonché con ogni declinazione possibile del principio di risultato di cui all'art. 1 del d.lgs. 36/2023.

6. Conclusioni

Se si conviene che per "procedimentalizzazione" non si possa intendere la mera fissazione di semplici canoni redazionali o di soli termini di presentazione dei preventivi, allora occorrerà concludere che, contrariamente a quanto asserito dalla prevalente giurisprudenza, dall'autorità garante e da parte della dottrina, la scelta di ritualizzare e

²⁵ La giurisprudenza, infatti, ha sottolineato che nell'affidamento diretto la scelta è discrezionale. Al contrario, qualora così non fosse, perderebbe di ogni significato la titolazione di "affidamento diretto", in quanto l'iter in concreto adottato, coinciderebbe con una procedura: comparativa, competitiva e pertanto estranea alla definizione stessa di affidamento diretto (v. TAR Lazio, Sezione Seconda Bis, sentenza 28.2.2023, n. 3422).



FORUM DI AMMINISTRAZIONE IN CAMMINO

Rivista elettronica di diritto pubblico, diritto amministrativo, diritto dell'economia e scienza dell'amministrazione a cura del Centro di ricerca sulle amministrazioni pubbliche "Vittorio Bachelet"

Direttori Prof. Giuseppe Di Gaspare - Prof. Bernardo Giorgio Mattarella - Prof. Aristide Police

procedimentalizzare l'affidamento diretto costituisce una chiara violazione dei principi generali e della normativa specifica posta dal d.lgs. 36/2023 s.m.i.

In quest'ottica, non può più essere avallata la tesi, ancora oggi prevalente, per cui la procedimentalizzazione dell'affidamento diretto debba intendersi legittima espressione della discrezionalità del RUP e che essa non valga a mutare la natura dell'istituto.

Sarebbe il momento, invero, di "educare" i pubblici amministratori affinché sia loro chiaro che i canoni di trasparenza, imparzialità e correttezza dell'agire amministrativo si reggono su un equilibrio che non ammette certamente sbilanciamenti verso margini di arbitrarietà, ma che, in senso contrario, non ne tollera nemmeno in termini eccessivamente formalistici. I valori della trasparenza ed imparzialità della scelta nell'affidamento diretto, invero, non necessitano di formalismi esasperati, quanto piuttosto di una approfondita conoscenza dello strumento dal quale possa derivare il consapevole ricorso allo stesso. Solo in questo modo l'operatore pubblico sarà in grado di sorreggere le proprie scelte discrezionali su congrue motivazioni da estendere senza timore di addebiti per illogicità, arbitrarietà, irragionevolezza, irrazionalità o travisamento dei fatti.

Il Legislatore del 2023 ha chiaramente voluto tracciare una netta cesura fra l'affidamento diretto e le procedure di gara; tanto nel dichiarato intento di agevolare le PP.AA. e riservare alle stesse uno spazio di discrezionalità tale da consentire alle stesse di operare celermente e con relativa serenità. Se, quindi, l'intento della nuova disciplina di cui all'art. 50 d.lgs. 36/2023 è quello di "scongiurare il rischio della burocrazia difensiva", così come espressamente dichiarato dallo stesso Legislatore, allora occorre restituire all'istituto in parola il suo corretto assetto ed impedire, definendolo illegittimo, ogni tentativo di deviarne finalità e natura.

Mantenere una figura ibrida da poter continuare a chiamare "affidamento diretto" pur avendola svuotata delle sue peculiari caratteristiche, significherebbe solamente proseguire a legittimare l'arrocco su posizioni vanamente difensive da parte degli operatori pubblici, imponendo, di contro, all'Amministrazione di dover patire tutte le conseguenze dell'inutile formalismo e dell'aggravio procedurale che ne deriva.

L'auspicio, quindi, è che l'Interprete, primo fra tutti, trovi il coraggio, se non di affermare l'assoluto divieto di procedimentalizzazione l'affidamento diretto, di statuire che tale scelta comporti inevitabilmente il mutamento della procedura in una vera e propria gara a carattere concorrenziale, con ogni conseguente corollario sia sotto il profilo normativo che sotto quello giudiziario.

Se lo si vuole salvare, insomma, occorre trovare la forza di separare definitivamente Jekyll da Hyde per restituirgli un'identità che sia solamente sua, altrimenti, proprio come nel racconto di Stevenson, si correrà il rischio di assistere alla sua progressiva regressione, sino alla inevitabile estinzione.