ISSN 2532-8913
Numero 3/2020

Decreto semplificazioni: un focus sui contratti pubblici

di Vincenzo Mancini[1]

Premessa.
Nella G.U. n. 178 - S.O. n. 24/L del 16 luglio 2020 è stato pubblicato il Decreto-legge 16 luglio 2020, n. 76 (c.d. decreto semplificazioni) entrato in vigore il giorno successivo (17 luglio).
Con tale decreto, che consta di 65 articoli, l'esecutivo si pone l'ambizioso scopo di introdurre strumenti utili a rilanciare il mercato dei contratti pubblici e, in particolar modo, delle gare d'appalto e di fornire, conseguentemente, nuovi mezzi con cui rilanciare l'attività d'impresa e gli investimenti, il tutto nell'ottica di contrastare le ricadute economiche conseguenti all'emergenza epidemiologica provocata dal Covid-19.
Lo strumento normativo utilizzato che, come noto, nasce dalla straordinaria necessità e urgenza di realizzare gli obiettivi sopra descritti, per quanto concerne gli appalti, non si sostanzia, tuttavia, in una riforma strutturale, poiché gran parte degli interventi sono "a tempo" (fino al 31 dicembre 2021), finalizzati cioè a superare l'attuale fase di crisi generata dall'impatto dell'emergenza epidemiologica.

1. Modifiche alle procedure di affidamento e di gara.
La riforma investe tutte le procedure (affidamento di lavori, servizi, forniture e servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura) la cui determina di indizione o determina a contrattare sia adottata entro il 31 luglio 2021.
Tali procedure potranno essere avviate anche in assenza di una specifica previsione nei documenti di programmazione di cui all'art. 21 D. Lgs. n. 50/2016 a condizione che si provveda all'aggiornamento degli stessi entro trenta giorni dalla data di entrata in vigore del decreto (art. 8, comma 1, lett. d) Decreto), vale a dire entro il 17 agosto 2020.

2. Procedure sotto soglia.
Non sono più richieste le garanzie provvisorie "*salvo che ricorrano particolari esigenze che ne giustifichino la richiesta, che la stazione appaltante indica nell'avviso di indizione della gara o in atto equivalente"*, con ciò volendo significare che tali particolari ragioni attengano alla specificità dell'appalto; nel caso in cui vengano comunque richieste l'importo è dimezzato.

Il Decreto non esprime una preferenza sui criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa) che, conseguentemente, potranno essere liberamente scelti dalle Stazioni

[1]Avv. Vincenzo Mancini- Istruttore Direttivo Giuridico Contabile Comune di Siena- Direzione Affari Generali e Amministrativi Servizio Stazione Unica Appaltante, Gare, Controllo unico Acquisti.

appaltanti. Viene, tuttavia, sempre disposta l'esclusione automatica per le offerte a prezzo più basso *"anche qualora il numero di offerte ammesse sia pari o superiore a cinque"*.
Tale previsione, il cui fine ultimo è quello di evitare i procedimenti di verifica di anomalia delle offerte che comportano lunghi tempi di valutazioni e, spesso, il rischio concreto di ricorsi, rischia di risultare contraria alle previsioni del diritto comunitario considerato che la Corte di Giustizia, anche in ambito di appalti sotto soglia, si è pronunciata sfavorevolmente rispetto alle esclusioni automatiche delle offerte anomale ritenendo addirittura incongruo il numero minimo di 10 offerte.

Sono previsti, inoltre, termini massimi per giungere all'aggiudicazione:
- 2 mesi per gli affidamenti diretti;
- 4 mesi per le procedure negoziate.
I termini decorrono, recita testualmente il decreto, *"dalla data di adozione del primo atto di avvio del procedimento"*.
Il mancato rispetto dei termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto, il tardivo avvio dell'esecuzione del contratto:
- possono essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danni erariali;
- possono determinare causa automatica di esclusione o di risoluzione del contratto per inadempimento (operano di diritto) qualora siano addebitabili all'operatore economico.

Rispetto alle modalità di affidamento:

- ***affidamenti diretti*** di servizi e forniture fino a €. 75.000,00 lavori e servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura fino a €. 150.000,00;
- ***procedure negoziate a invito*** per forniture e servizi di importo pari a €. 75.000 e fino alle soglie comunitarie (€. 214.000,00), nonché per lavori di importo compreso tra €. 150.000,00 e €. 350.000 previa consultazione di 5 operatori economici;
- 10 operatori economici per lavori di importo compreso tra €. 350.000,00 e €. 1.000.000,00;
- 15 operatori economici per lavori di importo compreso tra €. 1.000.000,00 e la soglia comunitaria (€. 5.350.000,00) ;

3. Servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura (SIA).
Per tali servizi è stata espressamente prevista la deroga al comma 2 dell'art. 157 D. Lgs. n. 50/2016 e, conseguentemente:

- ***fino ad €. 150,000,00*** si procede con affidamento diretto;

- ***tra €. 150.000,00 sino alla soglia comunitaria (€. 214.000,00)*** i SIA non sono più affidati *"secondo le modalità di cui alla Parte II, Titoli III e IV del presente codice"* e cioè secondo la procedura ordinaria ma con procedura negoziata ai sensi dell'art. 63 D. Lgs. n. 50/2016 con utilizzo, anche in questo caso, dell'offerta economicamente più vantaggiosa.

4. Procedure sopra soglia comunitaria.
In tale ambito sono previsti:
- termini massimi per arrivare ad aggiudicazione (6 mesi *"dalla data di adozione del primo atto di avvio del procedimento"*);
- termini ridotti (riduzione dei termini procedimentali) per ragioni d'urgenza che non debbono essere motivate (ai sensi del combinato disposto del comma 2 dell'art. 3 e del comma 1, lett. c) dell'art. 8 del Decreto);
- obbligatorietà dell'istituto del Collegio Consultivo Tecnico per i lavori sopra soglia comunitaria (art. 6 Decreto).
Ai sensi del comma 2 dell'art. 8 del Decreto, inoltre, per le procedure in corso i cui termini di presentazione delle offerte siano scaduti entro il 22 febbraio 2020, si dispone che il provvedimento di aggiudicazione debba disporsi entro il 31 dicembre 2020.

Volendo sintetizzare si può asserire che nel sopra soglia si procede con:
- ***procedura ordinaria*** per SIA, lavori, servizi e forniture a termini ridotti previsti nei casi di urgenza (art. 2, comma 2 Decreto);
- ***procedura negoziata*** ai sensi degli artt. 63 e 125 del D. Lgs. n. 50/2016 quando :
a) i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possano essere rispettati;
b) nei settori indicati al comma 4 dell'art. 2 del Decreto (edilizia, infrastrutture) le stazioni appaltanti possono, per ragioni di *"estrema urgenza"* (effetti negativi della crisi causata dal Covid-19 o dal periodo di sospensione delle attività), operare *"in deroga ad ogni disposizione di legge"* salvo quella penale, quella relativa alle leggi antimafia, alle Direttive europee e ai principi di cui agli artt. 30, 34 e 42 del D. Lgs. n. 50/2016 oltre che in materia di subappalto.
Due sono, in sostanza, i profili di urgenza che emergono dal Decreto:
1) urgenza che autorizza *ex lege* la riduzione dei termini delle procedure ordinarie e la consegna in via d'urgenza di lavori, servizi e forniture ai sensi del comma del comma 8 dell'art. 32 del D. lgs. n. 50/2016 (cfr. art. 4, comma 1, lett. a) del Decreto);
2) *estrema urgenza* che richiede, al contrario, un obbligo di motivazione da parte delle Stazioni Appaltanti nella scelta della procedura semplificata.

5. Contratti in fase di esecuzione.
Nell'ambito dei lavori viene riconosciuto un SAL entro 15 giorni dalla data di entrata in vigore del Decreto a prescindere dagli accordi contrattuali.
Viene riconosciuto, in occasione del primo SAL utile, il rimborso dei maggiori costi sostenuti dalle imprese per l'adeguamento alle misure di sicurezza.
Viene riconosciuto un periodo di proroga alle imprese per l'adeguamento alle misure di contenimento che vengono ricondotte alla *"causa di forza maggiore"* di cui all'art. 107 D. Lgs. n. 50/2016.

6. I presidi di legalità e di trasparenza.
In tema di certificazione antimafia si dispone la generalizzazione del sistema del rilascio della documentazione antimafia in via d'urgenza, con la possibilità di rilasciare un'informativa antimafia liberatoria provvisoria immediatamente conseguente alla consultazione della banca dati nazionale unica e delle ulteriori banche dati, valevole anche per i soggetti non censiti, che consente di stipulare contratti o altri atti sotto condizione risolutiva, fermo restando le ulteriori verifiche necessarie per il rilascio della documentazione antimafia, da completarsi entro trenta giorni.

Sotto il profilo della trasparenza e del controllo della spesa, viene introdotta una norma in materia di monitoraggio degli investimenti pubblici (cfr. art. 41 Decreto) prevedendo, in accordo con la Ragioneria Generale dello Stato, un set minimo di dati di monitoraggio.
Si introducono, inoltre, ulteriori obblighi finalizzati al monitoraggio della spesa per investimenti pubblici:
- il CUP è elemento essenziale di ogni atto amministrativo che autorizza l'esecuzione di progetti di investimento pubblico che, in assenza di tale codice, diventa nullo;
- ogni anno i soggetti titolari di progetti d'investimento hanno l'obbligo di pubblicare sul profilo del Committente, un elenco di tutti i progetti di investimento pubblico con relativo CUP, importo, data di avvio del progetto e stato finanziario e procedurale.

7. Conclusione dei contratti pubblici e ricorsi giurisdizionali.
A livello processuale il Decreto Semplificazioni prevede che la Stazione Appaltante sia tenuta a concludere il contratto nei termini previsti dalla legge o dalla *lex specialis*.
La *ratio* di tale norma è quella di evitare che la stipulazione del contratto venga ritardata o rinviata, a causa della presenza di ricorsi giurisdizionali o di altri motivi, non costituendo la pendenza di un ricorso

giurisdizionale adeguata giustificazione per la sospensione della procedura di appalto né per la mancata stipula del contratto nel termine previsto.
A tal proposito giova ricordare che la mancata stipulazione del contratto deve essere motivata e valutata ai fini della responsabilità erariale e disciplinare del Dirigente.
Il Decreto introduce, dunque, modifiche finalizzate ad incidere su taluni specifici aspetti del rito appalti di cui all'art. 120 del Codice del Processo Amministrativo (D. Lgs. n. 104/2010) che possano "scongiurare" il rischio che le iniziative giurisdizionali ostacolino l'esecuzione dei contratti, attraverso il richiamo della disciplina processuale delle disposizioni in tema di infrastrutture strategiche: nella fase cautelare del giudizio al giudice viene imposto di valutare tutti gli interessi delle parti, vale a dire l'interesse nazionale alla rapida realizzazione dell'opera e l'interesse dell'aggiudicatario alla rapida prosecuzione dell'opera.
Si è, inoltre, voluto velocizzare ulteriormente l'iter di decisione delle controversie, prevedendo da un lato che di norma vengano definite ad esito dell'udienza camerale e, dall'altro, attraverso la previsione di un termine di 15 giorni per l'emissione della sentenza (30 giorni in caso di particolare complessità della questione), fermo restando il deposito del dispositivo di sentenza entro il termine di 15 giorni.

8. Sospensione dell'esecuzione dell'opera pubblica.
Merita di essere segnalato anche l'art. 5 del Decreto che interviene, in deroga alla normativa vigente (art. 107 D. Lgs. n. 50/2016), in merito alle ipotesi in cui la Stazione Appaltante ha facoltà di sospendere l'esecuzione di un'opera pubblica di importo pari o superiore alle soglie comunitarie.
L'articolo indica ora, in modo tassativo, le ipotesi di sospensione, limitando conseguentemente i casi in cui le parti o l'autorità giudiziaria possono sospendere l'esecuzione.
La sospensione è disposta dal RUP secondo procedure specifiche indicate dalla norma , con l'intervento anche del Collegio Consultivo Tecnico.

9. Collegio Consultivo Tecnico.
L'art. 6 del decreto prevede l'obbligatorietà della costituzione di un Collegio Consultivo Tecnico, presso ogni Stazione Appaltante, per la realizzazione di lavori pari o superiori alle soglie comunitarie: tale collegio deve essere istituito prima dell'avvio dell'esecuzione dell'opera.
Il Collegio svolge funzioni di assistenza per la rapida risoluzione delle controversie che dovessero insorgere durante l'esecuzione del contratto.

***10.* Regolarizzazione degli obblighi contributivi e previdenziali.**
L'articolo 8 comma 5 n. 5 lett. b), modificando l'art. 80, comma 4 D. Lgs. n. 50/2016 dispone testualmente che *"un operatore economico può essere escluso dalla partecipazione a una procedura d'appalto se la stazione appaltante è a conoscenza e può adeguatamente dimostrare che lo stesso non ha ottemperato agli obblighi relativi al pagamento delle imposte e tasse o dei contributi previdenziali non definitivamente accertati qualora tale mancato pagamento costituisca una grave violazione ai sensi rispettivamente del secondo e quarto periodo"*.
L'esclusione, dunque, può essere disposta non più soltanto in caso di violazioni definitivamente accertate ma anche nel caso in cui l'operatore non abbia adempiuto ad obblighi tributari o contributivi non definitivamente accertati.
Mentre le *"violazioni"* devono essere state accertate in via definitiva (accertamento contenuto in sentenze o atti non più soggetti ad impugnazione), gli *"obblighi"* possono anche non essere stati accertati in via definitiva.
Si pone un problema non di poco conto in considerazione del fatto che presupposto ineludibile per l'esclusione di un operatore economico è la sussistenza, debitamente accertata, dell'obbligo tributario/contributivo, vale a dire dell'effettivo presupposto della violazione.
Come se ciò non bastasse si potrebbe creare una disparità di trattamento, possibile oggetto di censura innanzi alla Corte Costituzionale, tra il concorrente imputabile dei reati di cui al comma 1 dell'art. 80, che può essere

escluso solo qualora il giudice penale abbia accertato, in modo definitivo, che il fatto costituisce reato ed il concorrente che abbia commesso un fatto che non è ancora certo (non è stato accertato in modo definitivo) se integri integri effettivamente gli estremi di un illecito tributario/contributivo.

11. Conclusioni.

11.1 Dies a quo per la conclusione dei procedimenti.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte e in considerazione delle responsabilità in cui può incorrere il RUP (valutazione ai fini della responsabilità erariale) o l'operatore economico (automatica risoluzione di diritto del contratto per inadempimento) in caso di mancato rispetto dei termini o di mancata tempestiva stipulazione o di tardivo avvio dell'esecuzione del contratto si reputa opportuno fornire chiarimenti sul corretto *dies a quo* funzionale ad un corretto computo dei termini procedurali.
La norma del Decreto Semplificazioni fa coincidere tale data con quella di adozione dell'atto di avvio del procedimento.
L'ambigua espressione utilizzata dal legislatore *"atto di avvio del procedimento"* secondo alcuni interpreti dovrebbe essere intesa con la determinazione a contrattare: a sostegno di tale tesi adducono la circostanza che il Decreto Semplificazioni stabilisce che la propria decorrenza sugli appalti parta *"qualora la determina a contrattare o altro avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il 31 luglio 2021"*.
Tale interpretazione tuttavia risulta fuorviante in considerazione del fatto che un conto è stabilire per legge da quando la medesima legge si applica, altra cosa è individuare il dies per il computo dei termini procedurali.
La data di adozione della determinazione a contrattare o atto equivalente ha dunque il solo scopo di evidenziare quale normativa debba essere applicata.
Secondo giurisprudenza consolidata (cfr. tra le altre TAR Campania, Napoli, Sez. V 5/09/2018, n. 5380) *"la determina a contrarre non ha una efficacia propriamente provvedimentale, non producendo effetti giuridici autonomi verso terzi quale atto presupposto suscettibile di autonoma impugnazione. In quanto precede l'avvio della procedura di affidamento, lo stesso ha, invece, natura più propriamente endoprocedimentale e, quindi, di regola è inidoneo a costituire in capo a terzi posizione di interesse qualificato. La sua funzione attiene essenzialmente alla corretta assunzione di impegni di spesa da parte dell'amministrazione nell'ambito del controllo e della gestione delle risorse finanziarie dell'ente pubblico, esaurendo gli effetti all'interno dell'amministrazione stessa"*.
La determinazione a contrattare non ha la forza di iniziare nessun procedimento, dovendosi per avvio del procedimento intendere l'atto che metta gli operatori economici nelle condizioni di conoscere l'esistenza del procedimento, per mezzo della ricezione di un invito o dell'accesso alla pubblicazione di un bando.
Tale atto si adotta prima di avviare le procedure di affidamento che, dunque, si avviano con la pubblicazione del bando o dell'avviso o con l'invio delle lettere d'invito o con la richiesta di preventivi o con l'avvio di un'istruttoria sui listini ed è a partire da tali momenti che decorrono i rispettivi 2, 4 o 6 mesi di cui parla il Decreto Semplificazioni.

11.2 Coordinamento del decreto con i principi e le disposizioni del codice degli appalti e delle norme in materia di contratti pubblici.

Premesse tutte le considerazioni sopra esposte e ribadendo la necessità da parte delle Pubbliche Amministrazioni di orientare la loro azione secondo criteri e dinamiche che connotino la loro azione in termini di efficienza ed economicità, è appena il caso di ricordare che per gli acquisti di beni e servizi di importo pari o superiore ad €. 5.000,00 (con esclusione dei lavori e dei servizi tecnici per l'ingegneria e l'architettura non sottoposti all'obbligo di approvigionamento tramite Mercato Elettronico) e fino alle soglie comunitarie, le stesse hanno l'obbligo di ricorrere al MEPA.
Le amministrazioni possono, in tal modo, **risparmiare tempo** nei processi di acquisizione, disponendo di un processo d'acquisto più trasparente e facilmente tacciabile e disponendo, inoltre, di un ampio ventaglio di scelta, basato sul confronto tra prodotti e servizi offerti da fornitori che provengono da tutta l'Italia.

11.3 Possibilità di esperire le procedure ordinarie.

Rimane aperta la questione relativa alla possibilità per le stazioni appaltanti, prima espressamente prevista dall'art. 36, comma 2 del D. Lgs. n. 50/2016, di ricorrere, nell'esercizio della propria discrezionalità, alle procedure ordinarie, compresa quella ristretta, anziché a quelle semplificate recentemente introdotte, qualora le esigenze del mercato suggeriscano di assicurare il massimo confronto competitivo.
Il quesito che ci si pone, in buona sostanza, è se sia possibile per le Stazioni Appaltanti ricorrere in ogni caso alle procedura ordinaria anche sotto soglia, come fino al 16 luglio u.s. consentito.
Per rispondere a tale quesito è necessario premettere che l'articolo 36 comma 1 del Codice non è stato derogato e, conseguentemente, resta pienamente operativo.
Da tale articolo non deriva soltanto l'obbligo del rispetto del principio di rotazione degli inviti e degli affidamenti ma anche di quei principi di cui all'articolo 30 del D. Lgs. 50/2016, vale a dire principi di economicità, efficacia, tempestività e correttezza, di libera concorrenza, non discriminazione, trasparenza, proporzionalita, nonché di pubblicità.
Di conseguenza pare che sia sempre e comunque possibile scegliere la procedura aperta, ricordandosi di motivare espressamente tale scelta nella determina a contrattare sulla base dei principi di cui all'art. 30 D. Lgs. n. 50/2016.

11.4 Principio di rotazione e dislocazione territoriale delle imprese invitate.
Anche in costanza di regime derogatorio il principio di rotazione degli affidamenti impone che, in caso di contratti rientranti nel medesimo settore merceologico, categorie di opere e settore di servizi di quello precedente, l'affidamento all'operatore economico uscente abbia carattere eccezionale e richieda, conseguentemente un onere motivazionale più stringente: una best practice per la Stazione appaltante, caldeggiata anche da ANAC, potrebbe essere quella di acquisire informazioni, dati, documenti finalizzati ad individuare le soluzioni presenti sul mercato e necessarie a soddisfare i propri bisogni e al tempo stesso la platea dei potenziali affidatari, procedendo al confronto tra preventivi di spesa forniti da due o più operatori economici.
Per quanto concerne la procedura negoziata senza pubblicazione di bando è opportuno sottolineare che, ai sensi del comma 2, lett. b) dell'art. 1 Decreto Semplificazioni, viene richiesta la previa consultazione di un numero minimo di operatori economici, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, individuati mediante indagini di mercato o tramite elenchi di operatori economici.
Viene introdotto il criterio della diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate.
Quest'ultimo inciso desta qualche perplessità in considerazione del fatto che non viene precisato su quale base, regionale, provinciale o altro debba essere considerata diversa la dislocazione territoriale .
Come se non bastasse, rischia paradossalmente, in ragione di tali limitazioni di tipo territoriale, di produrre effetti discriminatori relativamente a profili quali uguaglianza, non discriminazione, parità di trattamento e concorrenza.
Alla procedura negoziata delineata dalla disciplina in deroga risultano, dunque, applicabili (come anche nell'affidamento diretto), Le Linee Guida n. 4 che, coerentemente con i principi richiamati dal comma 1 dell'art. 36, continuano a disciplinare tutta la sequenza procedimentale.

(5 ottobre 2020)