



PODCAST DI AGGIORNAMENTO

Aggiornamento normativo Appalti pubblici

Introduzione

Buongiorno,

in questo aggiornamento faremo un rapido excursus relativo alla normativa in tema di appalti pubblici. In particolare, ci soffermeremo sulle più importanti modifiche che la normativa emergenziale legata alla pandemia da Covid 19 ha introdotto in questa materia.

Gli interventi normativi più rilevanti sono stati apportati dal c.d. **Decreto Semplificazioni**, ossia il Decreto Legge n. 76/2020, convertito in L. n. 120/2020, recante appunto *Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale* e dal recentissimo c.d. **Milleproroghe 2021**, di cui al D.L. n. 183/2020, convertito con modifiche in L. n. 21/2021.

In virtù della transitorietà delle norme legate all'emergenza COVID-19, la maggior parte delle innovazioni non hanno una valenza definitiva, ma derogano la norma base per una durata limitata nel tempo.

Mentre parliamo, si profilano però ulteriori modifiche.

Con lo schema di PNRR (Piano di ripresa e resilienza del Paese) si prevedono, infatti, inevitabili ed ulteriori interventi di semplificazione sugli appalti. Nello schema si legge della prevista introduzione "*In via di urgenza (...) di una "normativa speciale sui contratti pubblici che rafforzi le semplificazioni già varate con il decreto-legge n. 76/2020, come quelle che prevedono un termine massimo per l'aggiudicazione dei contratti"*.

È quindi ben possibile che un prossimo Decreto Legge, da adottare verosimilmente entro il mese di maggio, possa estendere la portata degli istituti principali del Decreto Semplificazioni oltre il termine, ora previsto, del 31 dicembre 2021.

Gli appalti sotto soglia

Con il Decreto Semplificazioni sono state introdotte una serie di disposizioni di carattere derogatorio, temporanee e non, al fine di realizzare un'accelerazione degli investimenti pubblici, semplificando le procedure in materia di contratti pubblici, partendo proprio da uno snellimento e abbassamento delle soglie.

Iniziamo, dunque, il nostro *excursus* dall'art. 1 del c.d. Decreto Semplificazioni

Questa norma riguarda appunto le "*Procedure per l'incentivazione degli investimenti pubblici durante il periodo emergenziale in relazione all'aggiudicazione dei contratti pubblici sotto soglia*".

Come ben sappiamo, si tratta delle procedure per l'aggiudicazione di appalti di importo ridotto, ma molto diffusi nella pratica quotidiana degli approvvigionamenti delle Amministrazioni. Si tratta di contratti con valore al di sotto delle c.d. soglie comunitarie stabilite dall'art. 35 del Decreto Legislativo n. 50/2016, periodicamente aggiornate, aggiudicati secondo fasce e procedure derogatorie stabilite dal successivo art. 36 del codice.

L'art. 1 del Decreto Semplificazioni ha previsto che le stazioni appaltanti possono procedere all'affidamento di lavori, servizi e forniture, nonché di servizi di ingegneria e architettura, inclusa l'attività di progettazione, sotto soglia, secondo i seguenti scaglioni e modalità:

- a) **affidamento diretto** - cioè senza confronto di preventivi - per **lavori di importo inferiore a 150.000 euro e per servizi e forniture**, ivi compresi i servizi di ingegneria e architettura e l'attività di progettazione, **di importo inferiore a 75.000 euro**
- b) **procedura negoziata senza previa pubblicazione del bando**, di cui all'art. 63 del codice
 - b1) previa consultazione di **almeno cinque** operatori economici, ove esistenti, nel rispetto di un criterio di rotazione degli inviti, che tenga conto anche di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate, 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 75.000 euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del codice e di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e inferiore a 350.000 euro**
 - b2) previa consultazione di **almeno dieci operatori economici**, per l'affidamento di **lavori di importo pari o superiore a 350.000 euro e inferiore a un milione di euro**
 - b3) previa **consultazione di almeno quindici operatori per lavori di importo pari o superiore a un milione di euro e fino alle soglie di cui all'art. 35 del codice**

Il Decreto c.d. Milleproroghe 2021 ha poi introdotto un'ulteriore previsione derogatoria riservata alle aree del cratere sismico di cui al Decreto Legge n. 189/2016, in cui è ora consentito l'affidamento diretto per contratti di importo inferiore a 150.000 euro, fino al termine delle attività di ricostruzione pubblica.

Per quanto concerne gli affidamenti diretti, il Decreto Semplificazioni precisa che questi potranno essere effettuati mediante semplice determina a contrarre, contenente almeno gli elementi essenziali di cui all'art. 32 del Codice.

Sempre per gli affidamenti sotto soglia, viene altresì prevista la possibilità di non procedere alla previa richiesta della cauzione provvisoria di cui all'art. 93 del Codice, salvo particolari esigenze dell'Amministrazione, da motivarsi nello specifico e con un ammontare in ogni caso dimezzato.

Inoltre, i criteri di aggiudicazione (prezzo più basso e offerta economicamente più vantaggiosa) sono considerati alla pari (tranne per i servizi tecnici), non essendoci nel Decreto Semplificazioni una espressa preferenza per l'uno o per l'altro. È solo prevista sempre l'esclusione automatica per le offerte anomale nel caso di aggiudicazione al prezzo più basso, anche se il numero di offerte ammesse sia pari o superiore a 5.



Infine, occorre segnalare che il comma 5 *bis* dell'art. 1 del Decreto Semplificazioni ha introdotto una modifica “senza scadenza” all'art. 36 del Codice, prevedendo che per gli affidamenti di contratti fino a 40.000,00 euro la pubblicazione dell'avviso sui risultati della procedura di affidamento non è obbligatoria.

Termini e responsabilità del R.U.P.

Un tema di rilievo è la previsione di termini massimi per arrivare all'aggiudicazione dell'appalto e alla stipula del contratto. Quest'ultimo termine risulta oggi rafforzato nella formulazione dell'art. 32, co. 8 del Codice.

L'attuale normativa prevede:

- 2 mesi dalla data di adozione del primo atto di avvio del procedimento per gli affidamenti diretti e 60 giorni per la firma del contratto
- 4 mesi per le procedure negoziate e 60 giorni per la firma del contratto

Il mancato rispetto dei termini, la mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso “possono” essere valutati ai fini della responsabilità del RUP per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione o di risoluzione del contratto per inadempimento, che viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.

Appalti sopra soglia

Anche per le gare sopra soglia comunitaria sono previsti termini massimi per aggiudicare:

- 6 mesi dalla determina di indizione

In sintesi, per i contratti sopra soglia, fino al 31 dicembre 2021, si procede con:

- **procedure ordinarie** (procedura aperta, ristretta o, previa motivazione sulla sussistenza dei presupposti previsti dalla legge, la procedura competitiva con negoziazione di cui agli artt. 61 e 62 del Codice o dialogo competitivo) per l'aggiudicazione di contratti di lavori, servizi e forniture, nonché servizi di ingegneria e architettura, secondo termini ridotti previsti nei casi di “urgenza”
- **procedura negoziata**, ai sensi dell'art. 63 del Codice, previa pubblicazione dell'avviso di indizione della gara o di altro atto equivalente, nel rispetto di un criterio di rotazione, nella misura strettamente necessaria quando, per ragioni di estrema urgenza derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia da COVID-19 o dal periodo di sospensione delle attività determinato dalle misure di contenimento adottate per fronteggiare la crisi, i termini, anche abbreviati, previsti dalle procedure ordinarie non possono essere

rispettati, nonché nel caso di singoli operatori economici con sede operativa collocata in aree di preesistente crisi industriale complessa che abbiano stipulato un accordo di programma

- **procedura negoziata**, ai sensi dell'art. 63 del Codice, anche nei settori dell'edilizia scolastica, universitaria, sanitaria, giudiziaria e penitenziaria, delle infrastrutture per attività di ricerca scientifica e per la sicurezza pubblica, dei trasporti e delle infrastrutture stradali, ferroviarie, portuali, aeroportuali, lacuali e idriche, nel qual caso le stazioni appaltanti "possono", sempre per ragioni di "estrema urgenza" derivanti dagli effetti negativi della crisi causata dalla pandemia 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 agli articoli 30, 34 e 42 del Decreto Legislativo n. 50/2016 oltre che in materia di subappalto

La normativa evidenzia un doppio profilo dell'urgenza:

- il primo è l'**urgenza** che autorizza *ex lege* la riduzione dei termini delle procedure ordinarie e la consegna in via d'urgenza di lavori, servizi e forniture
- il secondo è l'**estrema urgenza** che richiede, invece, un obbligo di motivazione da parte delle stazioni appaltanti nella scelta della procedura semplificata

Una "nuova" causa d'esclusione

Tra le disposizioni del Decreto Semplificazioni che assumono maggiore rilevanza, vi è una modifica all'art. 80, co. 4 del Codice dei contratti pubblici, in materia di violazioni di natura tributaria.

Nello specifico si introduce – o per meglio dire si estende – la causa d'esclusione per l'operatore economico che abbia compiuto una violazione degli obblighi fiscali e contributivi (imposte, tasse e contributi previdenziali). La novità rispetto al passato è che la comminatoria d'esclusione può essere applicata anche nel caso di irregolarità fiscali e contributive non definitivamente accertate.

Si prevede un solo limite per ciò che concerne la "rilevanza" della fattispecie, in quanto potrà intendersi "grave violazione" solamente un'irregolarità fiscale o contributiva pari ad almeno 5.000 euro.

Verifiche antimafia

L'art. 3, co. 2 del Decreto Semplificazioni prevede un'altra misura volta a snellire e accelerare le procedure di affidamento dei contratti pubblici. La norma, infatti, prevede una modalità più rapida per l'effettuazione dei controlli antimafia sugli operatori economici, in quanto si può procedere, sempre sino al 31 dicembre 2021, al rilascio di un'**informativa liberatoria provvisoria** attraverso la semplice consultazione della Banca dati nazionale unica, anche nel caso di soggetti non censiti.

L'informativa "liberatoria" consente l'immediata stipula del contratto, salvo le eventuali ulteriori verifiche da effettuarsi entro i successivi 60 giorni.

Nel caso in cui emergano successivamente delle cause interdittive, ai sensi del Decreto Legge n. 159/2011, viene quindi previsto il recesso immediato dal contratto, fatto salvo il pagamento dei lavori/opere già eseguite e delle spese.

Le ragioni "esclusive" di sospensione dell'opera e il comitato consultivo

Vediamo ora le misure più importanti, sempre in ottica acceleratoria, introdotte nel periodo emergenziale per quanto riguarda la fase di esecuzione dei contratti.

La norma di cui all'art. 5 del Decreto Semplificazioni circoscrive ed elenca **le ragioni per cui è possibile sospendere la realizzazione di opere** d'importo pari o superiore alle soglie comunitarie.

Si tratta nello specifico di una deroga temporanea, sempre fino al 31 dicembre 2021, all'art. 107 del Codice, con l'individuazione di **4 particolari casi di sospensione**:

1. cause previste da disposizioni di legge penali, comprese naturalmente quelle previste dal Codice nazionale antimafia
2. gravi ragioni di ordine pubblico e salute, incluse le misure di contrasto all'emergenza sanitaria COVID-19
3. gravi ragioni di ordine tecnico per la realizzazione dell'opera e per cui non vi è accordo tra le parti
4. gravi ragioni di pubblico interesse

La norma prevede che la sospensione debba essere disposta dal R.U.P., ma previo parere e determinazione di un apposito Comitato consultivo tecnico, che deve pronunciarsi sulle modalità (ed eventuali modifiche necessarie da apportare all'opera) ai fini della concreta prosecuzione dei lavori.

La costituzione di un Comitato consultivo, a cui è dedicato l'art. 6 del Decreto Semplificazioni, viene indicata come obbligatoria per ogni stazione appaltante prima dell'avvio dell'esecuzione dell'opera (e comunque non oltre 10 giorni prima dell'avvio dei lavori) e, per i contratti già in esecuzione, è altresì prevista la sua nomina entro 30 giorni dall'entrata in vigore del Decreto.

I componenti del predetto Comitato variano da un minimo di 3 ad un massimo di 5 e devono essere selezionati tra soggetti dotati di professionalità e comprovata esperienza e qualifica professionale.

Si prevede che la composizione possa essere rimessa alla scelta delle parti di comune accordo (con proporzionalità d'elezione dei membri), ovvero, in assenza di accordo, dal Ministero delle infrastrutture e dei trasporti per le opere di interesse nazionale.

Il Decreto prevede che, nel caso in cui il Comitato consultivo decida (anche in caso di insolvenza o crisi dell'esecutore dei lavori) di risolvere in via preventiva il contratto, deve comunque intervenire secondo delle specifiche modalità:

- esecuzione diretta dei lavori da parte della stazione appaltante, anche attraverso l'ausilio di ulteriori enti o società pubbliche
- interpello dei soggetti che avevano originariamente partecipato alla procedura (secondo la graduatoria finale)
- indizione di una nuova procedura di affidamento
- nomina di un Commissario straordinario, con possibile prosecuzione dell'opera mediante utilizzo dei dipendenti del precedente esecutore

La conclusione dei contratti e i ricorsi giurisdizionali

Da ultimo, ma non per importanza, appare certamente rilevante la modifica dell'art. 120, co. 6 c.p.a. (Decreto Legislativo n. 104/2010) che ha sostanzialmente imposto che il procedimento giudiziale in materia di appalti pubblici debba "di norma" essere deciso all'esito dell'udienza cautelare.

Nel caso in cui, invece, non ricorrano i presupposti per una sua definizione già all'udienza cautelare, lo stesso deve essere comunque definito con sentenza in forma semplificata e con udienza da tenersi entro 45 giorni dal termine di costituzione delle parti convenute.

A ciò si aggiunge la successiva modifica alla disposizione di cui al comma 9 del medesimo art. 120, che stabilisce un ulteriore termine "super accelerato" per il deposito della sentenza che definisce il giudizio (non più 30, ma 15 giorni dall'udienza di discussione).

Conclusioni

Bene, siamo giunti alla fine. In questo aggiornamento abbiamo trattato gli ultimi aggiornamenti normativi in tema di Appalti pubblici.

In particolare abbiamo parlato:

- degli appalti sopra e sotto soglia
- delle responsabilità del R.U.P.
- delle verifiche antimafia
- delle ragioni "esclusive" di sospensione dell'opera e il comitato consultivo

Grazie dell'attenzione e buon lavoro.

