Note di sintesi sulle novità in materia di affidamenti sottosoglia nel d.l. n. 76/2020.

di Enrica Daniela Lo Piccolo

1. Elementi generali riferibili alle nuove disposizioni.

1.1. L'architettura delle procedure semplificate (utilizzabili temporaneamente).

Il d.l. n. 76/2020 configura un articolato sistema di disposizioni finalizzate a ottimizzare e velocizzare i processi di affidamento degli appalti.

I primi due articoli del decreto delineano le regole per gli affidamenti sottosoglia e soprasoglia, mentre altre disposizioni incidono su singoli processi operativi connessi comunque alla gestione degli appalti, sia nella fase di affidamento sia in quella di esecuzione.

L'elemento più significativo delle disposizioni derogatorie contenute nel decreto si rileva nella loro efficacia temporanea, determinata nel periodo tra l'entrata in vigore del decreto, ossia il 17 luglio 2020, e la data del 31 luglio 2021, rapportabile a un periodo di un anno dal termine della originaria dichiarazione di emergenza per il Covid19.

Entro questo periodo di tempo le stazioni appaltanti sono chiamate a intensificare l'attività per l'affidamento di appalti di lavori, servizi e forniture, in una prospettiva dei flussi di risorse pubbliche sistema economico, come evidenziato negli obiettivi delle particolari norme, rilevabili nel comma uno dell'articolo uno e nel comma uno dell'articolo due del d.l. n. 76/2020.

1.2. Gli elementi peculiari relativi alle procedure semplificate.

Il complesso delle nuove disposizioni contenute nel d.l. n. 76/2020 comporta per le stazioni appaltanti un significativo impegno nella prospettiva di velocizzazione delle procedure per l'affidamento di appalti, con l'obiettivo di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito della crisi causata dal Covid-1.

Gli articoli 1 e 2 del decreto introducono infatti percorsi con soluzioni derogatorie per l'affidamento di appalti di lavori, servizi (compresi quelli di ingegneria e architettura) e forniture rispettivamente di valore inferiore e pari o superiore alle soglie Ue nel periodo tra l'entrata in vigore del decreto e il 31 luglio 2021, ma stabiliscono anche precisi vincoli temporali per la loro realizzazione.

Per le procedure da realizzarsi in entrambe gli ambiti di valore, l'attenzione è posta sul contingentamento dei tempi di sviluppo dei percorsi di affidamento, dal momento del loro avvio con la determinazione a contrarre (o con atto equivalente) sino a quello dell'aggiudicazione.

Le due disposizioni definiscono precisi termini procedurali entro i quali le stazioni appaltanti sono tenute a completare i processi per l'affidamento degli appalti, dovendo di concretizzare nel sottosoglia in due mesi per gli affidamenti diretti e in quattro mesi per le procedure con confronto competitivo, mentre nel soprasoglia entro un periodo massimo di sei mesi.

Il mancato rispetto dei termini di conclusione delle procedure di affidamento, la

mancata tempestiva stipulazione del contratto e il tardivo avvio dell'esecuzione dello stesso possono essere valutati ai fini della responsabilità del responsabile unico del procedimento per danno erariale e, qualora imputabili all'operatore economico, costituiscono causa di esclusione dell'operatore dalla procedura o di risoluzione del contratto per inadempimento, che deve essere formalizzata immediatamente dalla stazione appaltante, operando di diritto.

Le disposizioni contenute negli articoli 1 e 2 del d.l. n. 76/2020 individuano nello specifico tre fattispecie che possono costituire presupposto per la contestazione della responsabilità del rup, ma anche dell'operatore economico.

La prima situazione critica è costituita dal superamento dei termini massimi previsti dalle norme per l'aggiudicazione degli appalti e ha come unica eccezione l'eventuale sospensione determinata da interventi dell'autorità giudiziaria.

Le stazioni appaltanti devono programmare accuratamente le procedure, definendo un cronoprogramma per la fase di affidamento, impegnativo per tutti i soggetti che intervengono a vario titolo nella gara.

Il responsabile unico del procedimento è pertanto tenuto a dar corso in modo tempestivo ed efficace alle attività di propria competenza e sollecitare quelle degli altri soggetti che intervengono nella procedura, ad esempio chiedendo alla commissione giudicatrice di svolgere le operazioni di valutazione delle offerte con massima continuità.

Le fasi successive all'aggiudicazione hanno eguale importanza nella prospettiva sollecitatoria, poiché la stipulazione del contratto oltre i termini previsti in sede di gara (e comunque statuiti in via generale in un massimo di 60 giorni dall'art. 32, comma 8 del codice) e il tardivo avvio dello stesso costituiscono presupposti sostanziali per la contestazione di profili di responsabilità in capo al rup o per il riconoscimento di comportamenti elusivi dell'aggiudicatario (es. in caso di intenzionale ritardo nell'avvio delle prestazioni).

2. La semplificazione delle procedure sottosoglia.

2.1. Affidamento diretto.

Gli enti locali possono acquisire sino al 31 luglio 2021 gli appalti di lavori, servizi e forniture di valore compreso entro i 150.000 euro, con la procedura dell'affidamento diretto "puro" (ossia senza particolari percorsi preliminari per l'individuazione dell'operatore economico) innalzando temporaneamente la soglia di valore rapportabile al particolare modulo, che le Amministrazioni hanno utilizzato in questi anni sulla base della configurazione posta dall'art. 36, comma 2, lett. a) del Codice dei contratti pubblici.

La disposizione dell'articolo 1, comma 2 lett. a) del d.l. n. 76/2020 amplia, sino al 31 luglio 2021, portandola a 150.000 euro, la fascia di valore entro la quale è utilizzabile l'affidamento diretto per acquisire lavori, beni e servizi (compresi quelli di ingegneria ed architettura, con deroga rispetto alle particolari soglie stabilite dall'art. 157 del codice), senza necessità di particolari formalità per la scelta dell'affidatario.

Il particolare dato normativo costituisce deroga esplicita alle previsioni del comma 2 dell'articolo 36 del codice dei contratti pubblici, tuttavia risulta evidente come connoti la procedura di affidamento diretto proprio sul modello definito dal

d.lgs. n. 50/2016 e consolidatosi in questi anni per gli affidamenti di importo limitato, entro i 40.000 euro.

La norma rende omogeneo il particolare valore di riferimento sia per i lavori (per il quale era già stato previsto dalla legge n. 55/2019, seppure con individuazione dell'operatore economico mediante richiesta di tre preventivi dai 40.000 ai 150.000 euro) sia per i beni e i servizi, per i quali, invece, il quadro di riferimento ridefinito dalla legge di conversione dello sblocca-cantieri comportava, al di sopra dei 40.000 euro e sino alle soglie Ue, una procedura più strutturata.

Le stazioni appaltanti sono comunque tenute a specificare il percorso che hanno seguito per individuare l'operatore economico con il quale intendono procedere ad affidamento diretto nell'ambito delle regole straordinarie definite dal decreto semplificazioni.

Il comma 3 dell'art. 1 del d.l. n. 76/2020 richiama infatti esplicitamente l'art. 32, comma 2 del codice dei contratti pubblici, che consente di formalizzare l'affidamento con un atto unico equivalente alla determinazione a contrarre, impone alle amministrazioni di esplicitare non solo i principali elementi relativi all'aggiudicazione, ma anche le ragioni della scelta dell'operatore economico.

Le stazioni appaltanti sono libere di sviluppare il percorso che ritengono più idoneo per l'effettuazione dell'indagine di mercato (poiché la disposizione del d.l. n. 76/2020 sull'affidamento diretto non individua alcun percorso predeterminato), potendo scegliere tra le varie soluzioni a suo tempo indicate dall'Anac nelle linee-guida n. 4, come, ad esempio, l'analisi delle procedure di affidamento per lo stesso appalto effettuate da altre amministrazioni, l'analisi dei listini su internet, oppure la richiesta di preventivi a più operatori economici di settore.

Anche la giurisprudenza, negli ultimi anni, analizzando il modulo dell'affidamento diretto entro i 40.000 euro, ha più volte confermato che non prevede particolari formalità per la scelta del fornitore, del prestatore di servizi o dell'esecutore di lavori, chiarendo peraltro che qualora intenda autovincolarsi a una procedura selettiva vera e propria, deve poi svilupparla nel rispetto di tutte le regole previste per la stessa.

2.2. Procedura negoziata con confronto comparativo.

Il decreto semplificazioni appalti di servizi e soprattutto di lavori nella fascia compresa tra i € 150.000 e le soglie previste dall'articolo 35 del codice dei contratti pubblici (er gli appalti di beni e servizi tali soglie sono individuate in 214.000 euro per le forniture di beni e di servizi, nonché in 750.000 euro per i servizi sociali e per gli altri servizi compresi nell'allegato IX del codice dei contratti pubblici).

Entro tale soglia di valore le amministrazioni sono tenute a sviluppare le acquisizioni di beni e servizi mediante ricorso alla procedura negoziata senza pubblicazione di bando, con confronto competitivo, regolata dal format del comma 6 dell'articolo 63 del codice dei contratti pubblici e determinante l'invito ad almeno cinque operatori economici, individuati mediante indagine di mercato o estrazione da elenchi costituiti dalla stessa stazione appaltante.

Tale modello deve essere seguito dal appaltanti anche per l'affidamento di appalti di lavori compresi nella fascia di valore tra i 150.000 e i 350.000 euro,

nonché per l'affidamento di appalti di lavori nelle fasce di valore compreso tra i 350.000 euro e 1 milione di euro e nella successiva fascia di valore tra 1 milione di euro e la soglia comunitaria, stabilita in 5.350.000 euro, tuttavia dovendo in tali casi invitare rispettivamente almeno dieci e quindici operatori economici.

La disposizione del decreto sintetizza pertanto in due soli moduli procedurali le soluzioni per gestire gli affidamenti sottosoglia, a fronte invece dei quattro differenti percorsi previsti dall'articolo 36 comma 2 del codice dei contratti pubblici.

Nell'ambito delle procedure negoziate con confronto comparativo previste dal d.l. n. 76/2020, le appaltanti non hanno particolari vincoli in relazione alla scelta del criterio di valutazione delle offerte, che può essere da esse definito liberamente, per espressa previsione contenuta nel comma 3 dell'articolo 1 del decreto.

La medesima disposizione stabilisce però che le amministrazioni, nell'invitare gli operatori economici alle procedure di gara, devono effettuare tale operazione tenendo conto della differente dislocazione territoriale delle imprese, al fine di evitare situazioni che possono favorire eccessivamente imprese locali, a discapito del confronto concorrenziale e in violazione del principio di divieto di discriminazione.