



Comune di Aci Castello

Ufficio del Segretario Generale
Responsabile Misure Prevenzione Corruzione (R.P.C.)
Responsabile Trasparenza (R.P.T.)
Titolare U.P.D.
Tel. 0957371111
P.e.c.: protocollo@pec.comune.acicastello.ct.it

Aci Castello, li 17/9/2020

AI DIRIGENTI DI AREA
SEDE

E, per conoscenza:

AL SIG. SINDACO
AI SIGG.RI ASSESSORI COMUNALI
SEDE

Oggetto: Decreto Legge 16 luglio 2020, n. 76, convertito in Legge 11 settembre 2020, n. 120, recante: "Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale". Circolare esplicativa e direttiva di coordinamento.

Com'è noto, nella G.U. - serie generale - n. 228 del 14/9/2020, è stata pubblicata la Legge di conversione del D.L. n. 76/2020, recante Misure urgenti per la semplificazione e l'innovazione digitale che ha introdotto speciali modifiche al codice dei contratti e, soprattutto, alla legge n. 241/1990 in tema di disciplina del procedimento amministrativo.

Al fine di supportare le SS.LL. nell'applicazione delle nuove disposizioni legislative, con la presente si tenta di darne una prima lettura interpretativa, delle modifiche provvisorie introdotte in materia di codice dei contratti, salvo procedere successivamente, ai necessari approfondimenti che tali disposizioni necessitano.

MODIFICHE AL CODICE DEI CONTRATTI PUBBLICI

Innanzitutto, emerge dalla lettura dell'articolato normativo in esame che le modalità semplificate di affidamento degli appalti di lavori, forniture e servizi di importo inferiore alle soglie comunitarie rappresentano, sicuramente, uno degli aspetti centrali del Decreto legge 76/2020 (c.d. Decreto semplificazioni); infatti, le novità introdotte sul punto dalla legge di conversione sono limitate e non toccano l'impianto complessivo della disciplina originariamente contenuta nel Decreto.

In linea generale le relative disposizioni - contenute all'articolo 1 - derogano alle previsioni generali di cui all'articolo 36 comma 2 del D.lgs. 50/2016 e a quelle specifiche sugli incarichi di progettazione di cui all'articolo 157, comma 2.

Art. 1: " 1. Al fine di incentivare gli investimenti pubblici nel settore delle infrastrutture e dei servizi pubblici, nonché al fine di far fronte alle ricadute economiche negative a seguito delle misure di contenimento e dell'emergenza sanitaria globale del COVID-19, in deroga agli articoli 36, comma 2, e 157, comma 2, del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50, recante Codice dei contratti pubblici, si applicano le procedure di affidamento di cui ai commi 2, 3 e 4, qualora la determina a contrarre o altro atto di avvio del procedimento equivalente sia adottato entro il ((31 dicembre 2021))."

La deroga ha, pertanto, natura temporanea. Vale, infatti, per tutti gli affidamenti per i quali la determina a contrarre - o altro atto equivalente - sia adottata entro il 31 dicembre 2021 e non più al 31 luglio 2021.



Viene quindi ampliato il periodo temporale di vigenza delle regole semplificate – circa un anno e mezzo - fermo restando che i relativi procedimenti di affidamento si potranno concludere anche successivamente al 31 dicembre 2021, a condizione che siano stati avviati con la determina a contrarre prima di tale data.

E', in tale occasione, utile rammentare, anche ai fini del controllo interno di regolarità amministrativa e contabile svolta ai sensi dell'art. 147 del TUEL, che la determina a contrarre deve contenere, ai sensi dell'articolo 32, comma 2:

- a) l'indicazione dell'oggetto dell'affidamento;
- b) l'importo del contratto;
- c) il contraente e le ragioni della scelta del contraente, nonché il possesso da parte di quest'ultimo dei requisiti generali e speciali.

Sotto questo profilo assume particolare importanza, quale elemento che legittima l'affidamento e in particolar modo l'affidamento diretto, l'esplicitazione nella determina a contrarre delle ragioni che sono alla base della scelta del contraente, che vengono a costituire il substrato motivazionale che giustifica l'affidamento a favore di un determinato operatore, piuttosto che un altro. Questo elemento rappresenta infatti presupposto e parametro di controllo e di verifica dell'operato dell'ente appaltante, che per il resto è caratterizzato dalla più ampia discrezionalità.

Altro elemento normativo di particolare rilievo è costituito dal contingentamento dei tempi di svolgimento della procedura di affidamento.

“ART. 1 COMMA 1 SECONDO E TERZO PERIODO: In tali casi, salve le ipotesi in cui la procedura sia sospesa per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, l'aggiudicazione o l'individuazione definitiva del contraente avviene entro il termine di due mesi dalla data di adozione dell'atto di avvio del procedimento, aumentati a quattro mesi nei casi di cui al comma 2, lettera b). Il mancato rispetto dei termini di cui al secondo periodo, 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 viene senza indugio dichiarata dalla stazione appaltante e opera di diritto.”

In particolare, viene previsto che l'aggiudicazione deve avvenire:

- a) in caso di affidamento diretto entro due mesi dalla determina a contrarre o dall'atto equivalente di avvio del procedimento;
- b) in caso di affidamento conseguente a una procedura negoziata senza pubblicità, il termine di due mesi è aumentato a quattro.

Questi termini possono non essere rispettati unicamente nell'ipotesi in cui il procedimento sia stato sospeso per effetto di provvedimenti dell'autorità giudiziaria, cioè in sostanza se sia intervenuto un provvedimento cautelare (la così detta sospensiva) da parte del giudice amministrativo.

Viene poi precisato che all'aggiudicazione nei tempi indicati deve seguire un iter altrettanto accelerato – anche se in questo caso non sono indicati termini predefiniti - nelle successive fasi di stipulazione del contratto e di avvio della fase esecutiva del contratto. Va ribadito che non è sufficiente la semplice pendenza di un contenzioso a impedire la stipulazione del contratto e l'avvio della fase esecutiva.

Quanto alla stipulazione del contratto, com'è noto obbligatoria nella forma pubblica amministrativa in modalità elettronica dai 40.000,00 euro in su, si pone una questione interpretativa relativa all'applicazione del c.d. stand still, cioè della previsione secondo cui il contratto non può essere stipulato prima che siano decorsi trentacinque giorni dalla comunicazione del provvedimento di aggiudicazione (articolo 32, comma 9, D.lgs. 50/2016). In base al successivo comma 10 del medesimo articolo 32, lo stand still non opera esclusivamente in caso di affidamenti diretti e per gli affidamenti fino alle soglie comunitarie per gli appalti di forniture e servizi e fino a 150.000 euro per gli appalti di lavori. In termini concettuali si potrebbe ritenere che la disposizione volta a penalizzare la mancata tempestiva stipulazione del contratto sia intrinsecamente incompatibile con il rispetto della stand still.

Tuttavia, in mancanza di un coordinamento tra questa previsione e le nuove disposizioni transitorie introdotte dal Decreto legge 76/2020, si deve ritenere che per gli affidamenti di lavori ricompresi tra 150.000 euro e la soglia comunitaria resti l'obbligo di rispettare lo stand still.

Di particolare rilievo sono le conseguenze in caso di mancato rispetto delle tempistiche indicate. Infatti, il mancato rispetto del termine di due mesi o di quattro mesi per l'aggiudicazione o, in termini più generici, il ritardo nella stipulazione del contratto o nell'avvio dei lavori costituiscono elementi di valutazione ai fini della configurabilità della responsabilità erariale del responsabile del procedimento. Si tratta quindi di indici sintomatici di un'eventuale responsabilità erariale, che lasciano comunque aperta ogni valutazione in merito a possibili ragioni giustificatrici dei ritardi.

Quanto alla scelta del contraente, le novità di semplificazione più rilevanti introdotte dal legislatore, prevedono, com'è noto, il sistema di affidamento diretto:

A) per l'affidamento degli appalti di lavori di importo inferiore a 150.000 euro;

B) per l'affidamento di forniture e servizi, inclusi gli incarichi di progettazione, di importo inferiore a 75.000 euro.

Ovviamente, per il principio giuridico del "tempus regit actum" La modifica introdotta ha vigenza dall'entrata in vigore della legge di conversione, mentre il diverso limite di 150.000 previsto originariamente dal Decreto legge 76/20 per servizi e forniture, resta valido qualora si tratti di affidamenti per i quali la determina a contrarre sia intervenuta prima dell'entrata in vigore della legge di conversione.

Il punto centrale dell'attività interpretativa resta incentrata nel significato da dare all'affidamento diretto; infatti, com'è noto, tale sistema non implica alcun obbligo di confronto comparativo tra più offerte. Resta, tuttavia, corretto, sulla base di una interpretazione sistematica del quadro normativo complessivo (principio del buon andamento e imparzialità della P.A., canoni di efficacia, efficienza ed economicità, principio di non discriminazione, ect.) anche al fine di supportare nella determina a contrarre le ragioni della scelta di un determinato operatore, la richiesta, anche secondo modalità informali, di più preventivi da mettere a confronto, escludendo un precedente affidatario (cd. Rotazione).

Per gli appalti di lavori di importo pari o superiore a 150.000 euro e per quelli di servizi di importo pari o superiore a 75.000 euro e fino alle relative soglie comunitarie l'affidamento è consentito previo svolgimento di una procedura negoziata senza bando, ai sensi dell'articolo 63 del D.lgs. 50, in cui il numero degli operatori da invitare varia in relazione alle diverse soglie di importo e, quindi:

A) per gli appalti di servizi e forniture di importo fino alla soglia comunitaria, vanno invitati almeno cinque operatori economici;

B) per gli appalti di lavori gli operatori da invitare sono almeno cinque per importi fino a 350.000 euro, dieci per importi tra 350.000 e 1 milione di euro, quindici per importi tra 1 milione di euro e la soglia comunitaria. Quanto alle modalità di selezione dei soggetti da invitare, vengono confermati i noti criteri:

a) l'applicazione del criterio di rotazione;

b) il ricorso a indagini di mercato o elenchi di fiducia. In entrambi i casi, il rispetto dei principi generali di trasparenza, non discriminazione e parità di trattamento implica che le due modalità indicate siano assistite da idonee forme di pubblicità, che consentano a tutti gli operatori potenzialmente interessati di essere presi in considerazione ai fini degli inviti.

Elemento nuovo che viene introdotto dalla normativa in esame è la necessità di tenere conto, in sede di rotazione degli inviti, di una diversa dislocazione territoriale delle imprese invitate; la norma, pertanto, sembrerebbe imporre, una articolazione degli inviti a imprese che operano in diverse parti del territorio nazionale.

Quanto alle forme di pubblicità che diano evidenza dell'attività svolta, viene previsto che dell'avvio delle procedure negoziate le stazioni appaltanti devono dare notizia tramite pubblicazione dei relativi avvisi nei rispettivi siti internet istituzionali. È inoltre stabilito che l'avviso sui risultati della procedura di affidamento contenga anche l'indicazione dei soggetti invitati.

Si tenga comunque in considerazione che la pubblicazione di tale avviso non è obbligatoria per gli affidamenti diretti di importo inferiore a 40.000 euro.

Quanto al criterio di aggiudicazione, in caso di procedura negoziata, tra il prezzo più basso e l'offerta

economicamente più vantaggiosa, la scelta è lasciata discrezionalità dell'ente appaltante. Viene quindi meno la preferenza per il criterio dell'offerta economicamente più vantaggiosa prevista dal D.lgs. 50/2016.

Su tale punto, tuttavia viene fatta salva la previsione contenuta all'articolo 95, comma 3 del D.lgs. 50/2016, pertanto, ne consegue che il criterio di aggiudicazione dell'offerta economicamente più vantaggiosa resta l'unico utilizzabile nei seguenti casi:

- a) contratti relativi a servizi sociali e di ristorazione ospedaliera, assistenziale e scolastica, nonché tutti gli altri servizi ad alta intensità di manodopera;
- b) contratti relativi all'affidamento dei servizi di ingegneria e architettura e altri servizi di natura tecnica e intellettuale di importo pari o superiore a 40.000 euro (ma si deve ritenere che per gli affidamenti fino all'importo di 75.000 euro, per i quali è consentito l'affidamento diretto, questo vincolo non operi);
- c) contratti di servizi e forniture di importo pari o superiore 40.000 euro caratterizzati da notevole contenuto tecnologico o che hanno carattere innovativo (vale quanto detto poco sopra per i contratti fino a 75.000 euro).

Sull'accertamento dell'offerta anomala è previsto l'ampliamento del meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale; infatti, è sufficiente che il numero delle offerte ammesse sia pari o superiore a cinque, in luogo del numero di dieci previsto in via ordinaria dal Codice dei Contratti.

Quanto, infine, alla **garanzia provvisoria**, per l'affidamento diretto e per la procedura negoziata, l'ente appaltante non richiede la cauzione provvisoria a garanzia dell'offerta, di cui all'articolo 93 del D.lg. 50/2016, fatto salvo che, esigenze correlate alla tipologia e specificità della singola procedura, la stazione appaltante ritenga necessario acquisire detta garanzia. In questo caso l'ente appaltante deve indicare in maniera esplicita che intende richiedere la garanzia provvisoria, che comunque è dimezzata rispetto a quanto previsto dall'articolo 93 del Codice dei Contratti.

IL SEGRETARIO GENERALE – R.P.C.T
Dott. Mario Trombetta

